

Zur Zulässigkeit von

Mashups

nach amerikanischem und schweizerischem

Urheberrecht mit punktuellen Rechtsver-

gleichen zur Situation in Deutschland

Masterarbeit von

Martin Bürgi

Matrikel-Nr. 06-450-092

9. Semester

Alte Obfelderstr. 30

8910 Affoltern am Albis

043 / 322 83 43

martin.buergi@stud.unilu.ch

Verfasst bei Prof. Dr. Christoph Beat Graber im Herbstsemester 2010 an der Universität
Luzern

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	IV
Abkürzungsverzeichnis	IX
1 Einleitung.....	1
2 Definition und Arten von Mashups	2
2.1 Definition.....	2
2.2 Audio-Mashups.....	3
2.3 Video-Mashups.....	4
2.4 Website- bzw. Software-based Mashups.....	4
3 Zur Zulässigkeit von Audio- und Video-Mashups	5
3.1 Zur Zulässigkeit nach amerikanischem Recht.....	5
3.1.1 Vorbemerkungen.....	5
3.1.2 Betroffene Ausschliesslichkeitsrechte.....	6
3.1.3 Schranken nach amerikanischem Copyright Law	8
3.1.3.1 <i>De Minimis-Doktrin</i>	8
3.1.3.2 <i>Fair Use</i>	9
3.1.3.2.1 Purpose and Character of the Use	10
3.1.3.2.1.1 Transformative Use	10
3.1.3.2.1.2 Commercial Purpose	12
3.1.3.2.2 Nature of the Copyrighted Work.....	13
3.1.3.2.3 Amount and Substantiality of the Portions Used	13
3.1.3.2.4 Effect on the Market and Potential Markets.....	14
3.1.3.2.5 Fazit zu Fair Use	14
3.1.3.3 <i>First Amendment</i>	15
3.1.4 Zwischenfazit zum amerik. Recht.....	16
3.2 Zur Zulässigkeit nach schweizerischem Recht.....	16
3.2.1 Betroffene Ausschliesslichkeitsrechte.....	16
3.2.1.1 <i>Urheberpersönlichkeitsrechte</i>	16
3.2.1.2 <i>Nutzungsrechte</i>	18
3.2.2 Schranken nach schweizerischem Urheberrecht	19
3.2.2.1 <i>Der Eigengebrauch (Art. 19 URG)</i>	19
3.2.2.2 <i>Die Parodiefreiheit (Art. 11 Abs. 3 URG)</i>	20
3.2.2.3 <i>Die Neugestaltung</i>	23

3.2.2.4	Das Zitatrecht (Art. 25 URG) (insb. auch im Lichte der Kunstfreiheit)	25
3.2.3	Zwischenfazit für das schweizerische Recht.....	28
4	Zur Zulässigkeit von Website Mashups	28
4.1	Zur Zulässigkeit nach amerikanischem Recht.....	28
4.1.1	Vorbemerkungen.....	28
4.1.2	Formen der Haftung	29
4.1.2.1	Primary bzw. Direct Liability.....	29
4.1.2.2	Secondary Liability	30
4.1.2.2.1	Vicarious Liability (Stellvertretende Verantwortlichkeit)	30
4.1.2.2.2	Contributory Liability (Verantwortlichkeit durch Mitwirkung)	32
4.1.2.2.3	Inducement Liability (Verantwortung durch Setzen eines Anreizes)	32
4.1.3	„Piggy Backing“ für Website Mashups?.....	33
4.1.4	Zwischenfazit zum amerik. Recht.....	36
4.2	Zur Zulässigkeit nach schweizerischem Recht.....	36
4.2.1	Vorbemerkungen.....	36
4.2.2	Situation bei der Verlinkung mittels Inlinelink.....	37
4.2.3	Situation bei der Verbindung mittels API.....	39
4.2.4	Zwischenfazit zum schweizerischen Recht.....	43
5	Würdigung der Ergebnisse, Diskussion und Ausblick	43
5.1	Würdigung der Ergebnisse und Diskussion.....	43
5.2	Ausblick.....	46

Literaturverzeichnis

Zitierweise:

Die nachfolgend aufgeführten Publikationen werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen des Autors sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

- BARRELET DENIS/EGLOFF
WILLI Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl., Bern 2008 (zit. BARRELET/EGLOFF, N ... zu Art. ...)
- BEUTLER STEPHAN/MIRKO
STUTZ ROBERT Copyright v. droit d'auteur, in: Recht, Heft 1 (1998), S. 1 ff.
- BRINER ROBERT G. Haftung der Internet-Provider für Unrecht Dritter, in: sic!, Heft 6 (2006), S. 383 ff.
- BRUNNER MICHEL Die Zulässigkeit von Hyperlinks nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 2001, Bern 2001
- BU YUANSHI Die Schranken des Urheberrechts im Internet, Diss. Bern 2003, Bern 2004
- DONATSCH ANDREAS (Hrsg.) StGB, 18. Aufl., Zürich 2010 (zit. BEARBEITER, StGB, N ... zu Art. ... StGB)
- DOUGHERTY F. JAY RIP, MIX and BURN: Bemerkungen zu aktuellen Entwicklungen im Bereich des digitalen Sampling nach US-amerikanischem und internationalem Recht, in: GRUR Int., 56. Jahrgang 2007, Heft 6 (2007), S. 481 ff.
- GASSER CHRISTOPH/MORANT
MARC O. Das Zitatrecht im Lichte von „Kreis vs. Schweizerzeit“, in: sic!, Heft 4 (2006), S. 229 ff.

-
- GEIGER CHRISTOPHE Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung – freie Gedanken zur Ausschliesslichkeit im Urheberrecht, in: GRUR Int., 57. Jahrgang 2008, Heft 6 (2008), S. 459 ff.
- GOLDSTEIN PAUL Das urheberrechtliche Gemeingut – Copyright's Commons, in: GRUR Int., 55. Jahrgang 2006, Heft 11 (2006), S. 901 ff.
- HESS-BLUMER ANDRI Teilnahmehandlungen im Immaterialgüterrecht unter zivilrechtlichen Aspekten, in: sic!, Heft 2 (2003), S. 95 ff.
- HOF ROBERT D. Mix, Match, And Mutate, in: Businessweek Online, July 25, 2005, http://www.businessweek.com/magazine/content/05_30/b3944108_mz063.htm (besucht am 7.9.2010)
- KATZ MICHAEL Recycling Copyright: Survival & Growth in the Remix Age, in: Intellectual Property Law Bulletin, Vol. 13, Issue 1 (Fall 2008), S. 21 ff.
- LEE EDWARD Remixing Lessig, in: I/S A Journal of Law and Policy for the Information Society Vol. 6 (2010), S. 41 ff. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1579646> (zit. LEE, Remix)
- DERSELBE Warming up to User-Generated Content, in: University of Illinois Law Review, Vol. 2008, Issue 5 (2008), S. 1459 ff. (zit. LEE, UGC)
- LESSIG LAWRENCE Remix, Making Art and Commerce thrive in the Hybrid Economy, USA 2008
- LONG ANDREW S. Mashed Up Videos and Broken Down Copyright: Changing Copyright to Promote the First Amendment Values of Transformative Video, in: Oklahoma Law Review, Vol. 60, Issue 2 (Summer 2007), S. 317 ff.

-
- MÜLLER BARBARA K./OERTLI REINHARD (Hrsg.) Stämpflis Handkommentar SHK, Urheberrechtsgesetz (URG), Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bern 2006 (zit. BEARBEITER, SHK, N ... zu Art. ...)
- OTT STEPHAN Die Haftung von YouTube für urheberrechtsverletzende Uploads seiner Nutzer nach US-amerikanischen Recht, in: GRUR Int., 57. Jahrgang 2008, Heft 7 (2008), S. 563 ff. (zit. OTT, GRUR)
- DERSELBE Haftung für Embedded Videos von YouTube und anderen Videoplattformen im Internet, in: ZUM, 52. Jahrgang 2008, Heft 7 (2008), S. 556 ff. (zit. OTT, ZUM)
- DERSELBE Haftung für verlinkte urheberrechtswidrige Inhalte in Deutschland, Österreich und den USA, in: GRUR Int., 56. Jahrgang 2007, Heft 1 (2007), S. 14 ff. (zit. OTT, GRUR 07)
- DERSELBE Mashups – Neue rechtliche Herausforderungen im Web 2.0-Zeitalter?, in: K&R, 10. Jahrgang 2007, Heft 12 (2007), S. 623 ff. (zit. OTT, K&R)
- PALFREY JOHN/GASSER URS Mashups Interoperability and eInnovation. Berkman Center Research Publication No. 2007-10. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1033232>
- POLL GÜNTER „TV-Total“ – Alles Matscheibe, oder was?, in: ZUM, 48. Jahrgang 2004, Heft 7 (2004), S. 511 ff.
- POTE MICHAEL ALLYN Mashed-up in between: The Delicate Balance of Artists' Interests Lost Amidst the War on Copyright, in: North Carolina Law Review, Vol. 88, Issue 2 (January 2010), S. 639 ff.
- REHBINDER MANFRED Schweizerisches Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2000

-
- REHBINDER MANFRED/
VIGANO ADRIANO URG, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte ... , 3. Aufl.,
Zürich 2008 (zit. REHBINDER/VIGANO, N ... zu Art. ...)
- REY HEINZ Ausserververtragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2008
- SALAGEAN EMIL Sampling im deutschen, schweizerischen und US-
amerikanischen Urheberrecht, Diss. Zürich 2007, Baden-
Baden 2008
- SCHMIEDER WOLFGANG Thematisch-Systematisches Verzeichnis der musikalischen
Werke von Johann Sebastian Bach, Wiesbaden 1958
- SCHWEIZER MARK Kelly vs. Arriba, Zur Zulässigkeit von Thumbnails und Inline-
links nach US- und Schweizer Recht, in: sic!, Heft 3 (2003),
S. 249 ff.
- THOUVENIN FLORENT ET AL. Immaterialgüterrecht, Lehrbuch und Repetitorium, 2. Aufl.,
Zürich 2010
- TRECHSEL STEFAN ET AL. Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich
2008 (zit. BEARBEITER, Praxiskommentar, N ... zu Art. ...
StGB)
- VEASMAN LISA „Piggy Backing“ on the Web 2.0 Internet: Copyright Liability
and Web 2.0 Mashups, in: Hastings Communications and En-
tertainment Law Journal, Vol. 30, Issue 2 (2008), S. 311 ff.
- WEGENER POTO Musik und Recht, Starnberg und München 2003 (zit.
WEGENER, Musik und Recht)
- DERSELBE Sound Sampling, Der Schutz von Werk- und Darbietungstei-
len der Musik nach schweizerischem Urheberrechtsgesetz,
Diss. Basel 2006, Basel 2007 (zit. WEGENER, Sampling)

WHITE ERIC WALTHER

Strawinsky, the composer and his works, 2. Aufl., Berkeley
1979

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
a.M.	anderer Meinung
amerik.	amerikanischen/m/s
API	Application Programming Interface
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bern)
bezügl.	bezüglich
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Lausanne)
BGer	Bundesgericht (Lausanne)
BGH	Deutscher Bundesgerichtshof (Karlsruhe)
Bsp.	Beispiel
BVerfG	Deutsches Bundesverfassungsgericht (Karlsruhe)
bzw.	beziehungsweise
cl.	clause
Co.	Company
Corp.	Corporation
DesG	Bundesgesetz über den Schutz von Design (Designgesetz) vom 5. Oktober 2001 (SR 232.12)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DJ	Disc Jockey
DMCA	Digital Millennium Copyright Act (1998)
E.	Erwägung
E-Piano	Elektronisches Piano
et al.	et alii (und andere)
etc.	et cetera
evtl.	eventuell
f.	und folgende (Seite, Randnummer etc.)
ff.	und folgende (Seiten, Randnummern etc.)

Fn.	Fussnote
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
gl.M.	gleicher Meinung
GRUR Int.	Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (München und Frankfurt am Main)
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
i.d.R.	in der Regel
Inc.	Incorporated
insb.	insbesondere
Int.	International
i.S.	Im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
K&R	Kommunikation und Recht (Frankfurt am Main)
lit.	litera
Ltd.	Limited
m.E.	meines Erachtens
MGM	Metro-Goldwyn-Mayer
Mio.	Million/en
N	Note, Randnote
No.	Number
Nr.	Nummer, Randnummer
op.	Opus
OR	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220)
PatG	Bundesgesetz über die Erfindungspatente (Patentgesetz) vom 25. Juni 1954 (SR 232.14)
p.m.	pro memoria
S.	Seite(n)
schweiz.	schweizerische/m/n/s
selbstst.	selbstständig/e/er/es

selbstverst.	selbstverständlich
SHK	Stämpflis Handkommentar
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations-, und Wettbewerbsrecht (Zürich)
sog.	sogenannten/m/r/s
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
TMG	Telemediengesetz vom 26. Februar 2007 (Deutschland)
u.a.	unter anderem
UGC	User-Generated Content
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (SR 231.1)
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. September 1965 (Deutschland)
U.S.	United States
USA	United States of America
U.S. Const.	United States Constitution vom 17. September 1787
u.U.	unter Umständen
v.	versus
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
vs.	versus
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert als
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Baden-Baden)
17 U.S.C.	Title 17 of the United States Code: Copyright Law of the United States of America and Related Laws (Copyright Act)

1 Einleitung

Als Brian Burton alias DJ Danger Mouse im Jahre 2004 aus dem „White Album“ der Beatles und dem „Black Album“ von Rapper Jay-Z das „Grey Album“ zusammenmischte und so das heute wohl berühmteste Audio-Mashup kreierte, war die Reaktion der Musikindustrie derart energiegelad, dass man hätte meinen können, DJ Danger Mouse habe das Verwerten vorbestehender Leistungen oder, etwas weniger formalistisch ausgedrückt, das Abschreiben schlechthin erfunden.¹ Dabei gehört das Abschreiben seit jeher zum guten Ton. So meinte etwa Igor Strawinsky zur Ähnlichkeit seines „Dumbarton-Oaks“-Konzerts mit dem dritten Brandenburgischen von Bach: „Dennoch denke ich nicht, dass Bach mir die Anleihe seines Ideenschatzes und seiner Materialien verübelt hätte, da auch er sich gern auf diese Art und Weise etwas auslieh.“² Dass dem tatsächlich so war, bestätigt ein Blick ins Bachwerkverzeichnis. Dort ist zum Konzert in A-Moll für vier Klaviere zu lesen: „Bachs Vorlage für diese Bearbeitung ist das Konzert von Antonio Vivaldi für vier Violinen und Streichorchester in H-Moll, op. 3, Nr. 10.“³ Dennoch wird das Werk regelmässig unter Bachs Namen und nicht etwa als Bearbeitung von Vivaldi herausgegeben.⁴

Mashups, welche vereinfacht als moderne (digitale) Collagen bezeichnet werden dürfen,⁵ scheinen eine alte Debatte, nämlich die Frage, ob das Urheberrecht die Kunst fördert oder ob es diese geradezu erstickt, neu zu entfachen.⁶ Während die einen in den neuen Technologien, welche Mashups und anderen sog. „User-Generated Content“, kurz UGC⁷, ermöglichen, sozial wichtige Instrumente der Kreativität oder gar der Demokratieförderung sehen, sind dieselben für andere, wie z.B. die Musikindustrie, schlicht eine Bedrohung.⁸

Tatsache ist, dass durch die Möglichkeiten des Web 2.0⁹ von Benutzern hergestellte Inhalte und Informationen ein fast explosionsartiges Wachstum verzeichnen.¹⁰ Es scheint auch, dass die Ängste der Musik- und Unterhaltungsindustrie nicht ganz unbegründet sind. So sollen allein von den bei YouTube hochgeladenen Videos zwischen 30 und 70% urheberrechtsver-

¹ LEE, UGC S. 1520; LONG, S. 320; POTE, S. 641.

² WHITE, S. 40; Übersetzung des Zitats bei: GOLDSTEIN, S. 901.

³ SCHMIEDER, S. 594.

⁴ Als Beispiel für viele: Johann Sebastian Bach, Die Konzerte für 3 und 4 Cembali, Archiv Produktion 400041-2, Polydor Int. 1981.

⁵ Eine exakte Definition und Beispiele folgen sogleich, unter 2.

⁶ Vgl. dazu: GOLDSTEIN, S. 901; POTE, S. 650.

⁷ UGC kann etwa mit „von Benutzern hergestellter Inhalt“ übersetzt werden.

⁸ LEE, UGC, S. 1524; LESSIG, S. 34 f.

⁹ Das Web 2.0 ist eine verbesserte Version des Web 1.0. Jenes ermöglicht es im Unterschied zu zweitem, dass Benutzer Onlinedienste nicht nur nutzen, sondern mit diesen interagieren oder sogar neue Applikationen herstellen können (VEASMAN, S. 314).

¹⁰ LONG, S. 314.

letzend sein.¹¹ Tatsache scheint aber auch, dass sich die Unterhaltungsindustrie den neuen Erscheinungsformen des Internets, wie im folgenden Beispiel den Audio Mashups gegenüber, nicht immer ganz stringent verhält: Während gewisse Zweige der Musikindustrie renommierten Mixtape-Artists¹² Geld anbieten, damit sie deren unbekannte Künstler in ihre Remix-Tapes aufnehmen, um so den Bekanntheitsgrad dieser Newcomer zu steigern, schicken andere Exponenten der Musikindustrie denselben Mixtape-Artists die Staatsanwaltschaft ins Haus, mit der Begründung, dass deren Tätigkeit Urheberrechte verletze.¹³

Ziel vorliegender Arbeit ist es allerdings weniger, auf die Frage, ob das Urheberrecht kreativitätsfördernd oder hemmend wirkt, abschliessende Antworten zu geben. Vielmehr soll der rechtliche „Ist“-Zustand zur Zulässigkeit von Mashups beleuchtet werden. Da das Problem in der Schweiz eher stiefmütterlich bis gar nicht diskutiert wird, wird jeweils zuerst die Situation in den USA – wo über das Thema auf breiter Front debattiert wird – betrachtet. Danach wird die Situation in der Schweiz untersucht, wobei auch interessiert, ob und inwiefern die aus dem amerikanischen Recht gewonnenen Erkenntnisse ins schweizerische Recht einfließen könnten. Daneben werden Seitenblicke ins Nachbarland Deutschland geworfen, in dem die Thematik ebenfalls beschäftigt und dessen Urheberrecht Ähnlichkeiten mit dem Schweizerischen aufweist, weshalb sich eine punktuelle Rechtsvergleichung fast aufdrängt. Abgeschlossen wird die Arbeit mit einer Würdigung der Ergebnisse und einem kurzen Ausblick bezüglich der Frage, ob ein für alle Beteiligten akzeptabler Konsens, welcher die stark gegenläufigen Interessen abzuschwächen in der Lage wäre, gefunden werden kann.

Zunächst aber folgt eine Definition des Begriffes „Mashup“ und es werden einzelne Arten unter Zuhilfenahme von Beispielen erörtert.

2 Definition und Arten von Mashups

2.1 Definition

Für den Begriff „Mashups“ existieren so viele Definitionen wie Autoren. LONG etwa schreibt: „a mashup is some type of digital media containing a mixture of content or elements.“¹⁴ Ähnlich bei PALFREY/GASSER: „Mashup creators pull data dynamically from one source and integrate it with another.“¹⁵ Etwas anschaulicher bei OTT, welcher festhält, dass bei Mashups „In-

¹¹ OTT, ZUM, S. 557.

¹² Ein „Mixtape-Artist“ stellt im Endeffekt ein Audio-Mashup her. Dazu sogleich unter 2.

¹³ So geschehen im „DJ Drama“ Fall, KATZ, S. 23 f. und S. 28 f.

¹⁴ LONG, S. 319

¹⁵ PALFREY/GASSER, S. 2.

halte des Webs wie Text, Daten, Bilder, Töne oder Videos neu kombiniert werden.“¹⁶ Ein anderer Autor ergänzt, dass es bei Mashups nicht darauf ankomme, ob der Ersteller dem Mashup eigene Inhalte, wie z.B. eigens aufgenommene Videosequenzen, beifüge oder nicht.¹⁷

Einigkeit scheint bei der Herkunft des Begriffes zu herrschen: Dieser stamme ursprünglich aus der Musik und bedeute dort so viel wie Remix.¹⁸

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass zur Erstellung eines Mashups verschiedenes, vorbestehendes Material genommen, dieses evtl. verändert und anschliessend auf neuartige Weise zusammengesetzt wird, sodass das Ergebnis – wie eingangs erwähnt – eine Art digitale Collage ergibt.

Im Einzelnen:

2.2 Audio-Mashups

Ein Audio-Mashup ist ein (neues) Musikstück, welches entsteht, indem man zwei oder mehrere bestehende Musikstücke zusammenmischt.¹⁹ Diese Technik ist in der Musikwelt nicht neu, sondern wurde von DJs bereits in den 70er Jahren, damals unter dem Namen „Remix“, angewendet.²⁰ Als Beispiel soll hier das eingangs erwähnte „Grey Album“ und konkret das Stück „Encore“ von DJ Danger Mouse dienen.²¹ Danger Mouse benutzte dafür die Gesangsspur des (gleichnamigen) Stückes „Encore“ des „Black Albums“ von Rapper Jay-Z und unterlegte diese mit Musik des „White Albums“ der Beatles.²² Die Technik, der sich DJ Danger Mouse bedient, nennt man „Sampling“. Diese soll hier kurz erläutert werden, da sie für die rechtliche Beurteilung eine Rolle spielt. Sampling bedeutet ursprünglich, dass ein Klang digital aufgenommen wird, um ihn später wieder abzuspielen.²³ So kann beispielsweise erreicht werden, dass mit einem simplen E-Piano der Klang eines Bösendorfer Konzertflügels erzeugt wird. Heute wird der Begriff dergestalt verwendet, dass nicht nur einzelne Klänge, sondern ganze Spuren, wie z.B. die Schlagzeugspur einer Aufnahme oder sogar ganze Stücke digital aufgezeichnet und später wiederverwendet werden. Eine Schwierigkeit beim Erstellen eines Audio-Mashups ist regelmässig, dass die Gesangsspur „im Weg“ ist. Das heisst, dass nicht einfach ein ganzes Stück gesampelt werden kann, sondern, dass an einer Stelle, an der gerade nicht gesungen wird, ein oder zwei Takte herausgeschnitten und diese dann unzählige Male anein-

¹⁶ OTT, K&R, S. 623.

¹⁷ KATZ, S. 22.

¹⁸ OTT, K&R, S. 623; VEASMAN, S. 315; zum Begriff Remix sogleich unter 2.2.

¹⁹ VEASMAN, S. 315.

²⁰ POTE, S.645.

²¹ <http://www.youtube.com/watch?v=JbXLp2z6xL4> (besucht am: 5.8.2010).

²² LONG, S. 320.

²³ POTE, S. 643.

andergereiht werden.²⁴ Diese Technik nennt man „Looping“.²⁵ Auch sie birgt rechtliche Relevanz, wie zu zeigen sein wird.

2.3 Video-Mashups

Die einfachste Methode ein Video-Mashup zu erzeugen, ist, ein bestehendes Video mit anderer Musik oder anderem Text zu versehen.²⁶ Ein Beispiel dafür wäre „Beaker sings Yello by Coldplay“.²⁷ Während die Puppe „Beaker“ der Muppet Show im Original („Beaker’s Mimi“) das Lied „Feelings“ singt, wurde beim Mashup das Video mit der Musik von Coldplay unterlegt.²⁸ Es existieren freilich auch aufwändigere Produktionen. Video-Mashups werden gerne zu parodistischen und satirischen Zwecken hergestellt.²⁹ Ein gerne genanntes Beispiel ist ein Mashup mit George Bush und Tony Blair, welche zusammen das Lied „Endless Love“ singen.³⁰ Das Mashup spielt(e) auf deren Zusammenarbeit im Irakkrieg an.³¹ Video-Mashups werden aber auch eingesetzt, um politische Ansichten zu transportieren: Ein eindrückliches Beispiel ist das „Hillary 1984“-Video, welches 2007 im Zusammenhang mit den Präsidentschaftswahlen hergestellt wurde.³² Erwähnenswert ist, dass dieses Mashup von einer Privatperson erstellt wurde und innert kürzester Zeit 4,5 Mio. Mal betrachtet wurde.³³ Dies wird später im Zusammenhang mit dem amerikanischen First Amendment (free speech) zu diskutieren sein.

2.4 Website- bzw. Software-based Mashups

Ähnlich wie bei anderen Mashup-Arten werden hier verschiedene Quellen benutzt, um ein neues Produkt, hier eine neue Webseite mit neuen Nutzermöglichkeiten, zu kreieren.³⁴ Man kann sich das in etwa so vorstellen: Damit ein Programm mit der Fähigkeit A mit einem anderen Programm mit der Fähigkeit B kombiniert werden kann, brauchen beide Programme Funktionen, die es ermöglichen, dass sie miteinander kommunizieren können. Diese Schnittstellen werden in der Fachsprache API (Application Programming Interface) genannt, was in

²⁴ POTE, S. 644.

²⁵ POTE, a.a.O.

²⁶ LONG, S. 319.

²⁷ <http://www.youtube.com/watch?v=GbItoJlfSyI&feature=related> (besucht am 5.8.2010).

²⁸ Das Original „Beaker’s Mimi“: <http://www.youtube.com/watch?v=LCayacFcCX4> (besucht am: 5.8.2010).

²⁹ OTT, K&R, S. 623.

³⁰ <http://www.youtube.com/watch?v=rNpoS6jOty4&feature=related> (besucht am: 5.8.2010).

³¹ OTT, K&R, S. 623.

³² <http://www.youtube.com/watch?v=6h3G-IMZxjo&feature=related> (besucht am: 5.8.2010).

³³ LEE, UGC, S. 1524.

³⁴ LONG, S. 321.

etwa mit „Schnittstelle zur Anwendungsprogrammierung“ übersetzt werden kann.³⁵ Viele Softwarefirmen stellen ihre APIs offen zur Verfügung (sog. „open APIs“), d.h., Programmierer dürfen sie offiziell benutzen.³⁶ Offen heisst aber nicht bedingungslos. Regelmässig ist eine Lizenzvereinbarung zu akzeptieren.³⁷ Das am häufigsten genutzte API ist jenes von Google Maps.³⁸ Beispiele von Website Mashups sind www.directories.ch, bei der nebst der Telefonnummer der gewünschten Person auch noch eine Karte erscheint, auf der der Wohnort derselben ersichtlich ist und www.housingmaps.com, wo die neue Wohnung per Mausklick auf einer Karte gefunden werden kann.³⁹

Gemäss PALFREY/GASSER spricht man auch von einem (Website-) Mashup, wenn dieses andere Webseiten nach spezifischen Inhalten durchsucht, sich also auf diese Art und Weise Informationen verschafft und dies ohne dass die durchsuchten Webseiten über offene APIs verfügen (sog. Meta-Suchmaschinen).⁴⁰ Ein Beispiel dafür wäre die Seite www.anzeiger.ch, bei der eine Vielzahl von Immobilienwebseiten nach passenden Angeboten durchsucht wird.⁴¹

3 Zur Zulässigkeit von Audio- und Video-Mashups

3.1 Zur Zulässigkeit nach amerikanischem Recht

3.1.1 Vorbemerkungen

Ziel des amerikanischen Urheberrechts ist es „to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries“, wie die Copyright Clause der amerikanischen Verfassung festhält.⁴² Im Langenscheidt wird „to promote“ u.a. mit „fördern“ und „unterstützen“ übersetzt, was bei der Auslegung des auf die Verfassung gestützten amerikanischen „Copyright Acts“ im Hinterkopf zu behalten ist. Der Copyright Act wurde 1909 vom Kongress in Kraft gesetzt und 1976 in wesentlichen Punkten revidiert, sodass teilweise der Terminus „1976 Copyright Act“ verwendet wird. Das Gesetz ähnelt in mancher Hinsicht dem schweizerischen Urheberrecht, birgt andernorts aber doch fundamentale Unterschiede: So kennt das angloamerikanische Copyright-System im Unterschied zum kontinentaleuropäischen System des „droit

³⁵ PALFREY/GASSER, S. 3 f.; VEASMAN, S. 315.

³⁶ VEASMAN, S. 316.

³⁷ VEASMAN, a.a.O.

³⁸ PALFREY/GASSER, S. 4.

³⁹ Beide Websites besucht am: 6.8.2010.

⁴⁰ PALFREY/GASSER, S. 4; vgl. auch: OTT, K&R, S. 625 f.

⁴¹ Besucht am: 6.8.2010.

⁴² U.S. Const. Art. I, § 8, cl. 8.

d’auteur“ keine eigentlichen Urheberpersönlichkeitsrechte.⁴³ Anders als hier stand im Copyright-System immer eine mehr wirtschaftliche Betrachtungsweise im Vordergrund und weniger die Beziehung des Künstlers zu seinem Werk.⁴⁴ So sind, wenn der Copyright Act in § 106 Ausschliesslichkeitsrechte garantiert, darunter nur solche Rechte zu verstehen, die im schweizerischen Recht als „Nutzungsrechte“ bezeichnet werden.⁴⁵ BEUTLER/MIRKO STUTZ halten die Übersetzung von „Copyright“ mit „Urheberrecht“ gerade auf Grund dieser teilweise grossen Unterschiede für grundsätzlich unglücklich.⁴⁶

Wie bereits gesagt, gewährt auch das amerik. Recht – mit dem ebenfalls bereits erwähnten Unterschied der Nichtexistenz von Urheberpersönlichkeitsrechten – den Urhebern Ausschliesslichkeitsrechte. Auch stehen diesen Rechten gewisse Schranken gegenüber, welche sich inhaltlich allerdings teilweise stark von denen des schweizerischen Rechts unterscheiden.⁴⁷ Im Folgenden soll untersucht werden, ob Mashups Ausschliesslichkeitsrechte des amerik. Copyrights tangieren und ob Schrankenbestimmungen existieren, von denen Mashups allenfalls profitieren können. (Wird in diesem Kapitel der Begriff „Mashups“ ohne Zusatz verwendet, so sind damit immer Audio- und Video-Mashups gemeint).

3.1.2 Betroffene Ausschliesslichkeitsrechte

Vom Copyright Act genannte Ausschliesslichkeitsrechte sind das Reproduction Right (Vervielfältigungsrecht), das Adaption Right (Bearbeitungsrecht), das Distribution Right (Verbreitungsrecht), das Public Performance Right (Recht, das Werk öffentlich aufzuführen) und das Public Display Right (Recht, das Werk öffentlich zu zeigen bzw. wahrnehmbar zu machen).⁴⁸

POTE hält kurz und bündig fest, dass Audio-Mashups „at least a few, if not most“ dieser Ausschliesslichkeitsrechte verletzen.⁴⁹ Dasselbe dürfte für Video-Mashups gelten.⁵⁰

So werden durch das Erstellen eines Mashups unzweifelhaft vorbestehende Werke reproduziert, wobei erwähnenswert ist, dass dies auch gilt, wenn die Kopie nur für private Zwecke verwendet wird.⁵¹

Ebenso unzweifelhaft wird das Adaption Right verletzt: Mashups lassen sich vorzüglich unter die Definition des Copyright Acts für „derivative works“ subsumieren, welcher darunter „a work based upon one or more preexisting works, (...) in which a work may be recast, trans-

⁴³ BEUTLER/MIRKO STUTZ, S. 2.

⁴⁴ BEUTLER/MIRKO STUTZ, a.a.O.

⁴⁵ Vgl. 17 U.S.C. § 106 und Art. 10 URG.

⁴⁶ BEUTLER/MIRKO STUTZ, S. 1.

⁴⁷ 17 U.S.C. § 107-122.

⁴⁸ 17 U.S.C. § 106; die Übersetzungen stammen vom Verfasser und sind nicht offizieller Natur.

⁴⁹ POTE, S. 659.

⁵⁰ LEE, UGC, S. 1509.

⁵¹ POTE, S. 660.

formed, or adapted“ versteht.⁵² Der Schutz des Adaption Rights beinhaltet auch, dass Bearbeitungen eines geschützten Werkes durch Dritte vom Urheber autorisiert werden müssen.⁵³ Gerade dies dürfte bei Mashups regelmässig nicht der Fall sein.

Das Right of Distribution ist verletzt, sobald Kopien eines geschützten Werkes verkauft oder anderweitig in Umlauf gebracht werden.⁵⁴ Der Copyright Act nennt auch die Leihe als Beispiel. Damit dürfte m.E. klargestellt sein, dass nicht nur die Verbreitung zu wirtschaftlichen Zwecken ins Visier der Bestimmung fällt. Solange also ein Mashup Komponenten von geschützten Werken beinhaltet, dürfte mit der Verbreitung des Mashups das Distribution Right aller inkorporierten Werke verletzt werden.⁵⁵ Dazu genügt das Heraufladen des Mashups aufs Internet.⁵⁶

Die Public Performance und Public Display Rights schliesslich schützen vor unautorisierten Aufführungen und Ausstellungen bzw. Wahrnehmbarmachungen.⁵⁷ Zusätzlich zur Aufführung, welche bereits durch das Abspielen eines Musikstückes auf den Lautsprechern eines Computers gegeben ist, tritt eine Öffentlichkeitskomponente hinzu.⁵⁸ Eine Aufführung ist dann öffentlich, wenn sie unter Personen stattfindet, die ausserhalb des Familien- oder engen Bekanntenkreises stehen oder wenn sie an einen Ort übertragen wird, der ebenfalls nicht nur dem erwähnten Personenkreis offensteht.⁵⁹ Somit verletzt z.B. das öffentliche Abspielen eines Audio-Mashups, welches geschützte Werke beinhaltet, das Public Performance Right und auch das Heraufladen eines solchen aufs Internet dürfte den Anforderungen einer Verletzung genügen.⁶⁰

Zusammenfassend lässt sich mit POTE eigentlich nur wiederholen, dass Audio- (aber auch Video-) Mashups viele, wenn nicht alle Ausschliesslichkeitsrechte des Copyright Acts verletzen.⁶¹

⁵² 17 U.S.C. § 101; POTE, S. 660.

⁵³ 17 U.S.C. § 106.

⁵⁴ 17 U.S.C. § 106.

⁵⁵ POTE, S. 661.

⁵⁶ VEASMAN, S. 325.

⁵⁷ 17 U.S.C. § 106.

⁵⁸ POTE, S. 661.

⁵⁹ 17 U.S.C. § 101.

⁶⁰ POTE, S. 662.

⁶¹ POTE, S. 659.

3.1.3 Schranken nach amerikanischem Copyright Law

3.1.3.1 *De Minimis-Doktrin*

Die De Minimis-Doktrin innerhalb des Copyrights findet ihre Wurzeln in der Rechtsprechung: Kurz nach Erlass des Copyright Acts von 1909 hatte der 2nd Circuit Court of Appeals darüber zu befinden, ab wann eine Urheberrechtsverletzung vorliegt, bzw., ob das Kopieren eines minimalen Teils eines geschützten Werkes bereits genügt, um eine Verletzung des Copyright Laws zu begründen.⁶² Das Gericht befand, dass „some copying“ erlaubt sei und dass zusätzlich gezeigt werden müsse, dass das Kopieren „to an unfair extent“ ausgeübt worden sei.⁶³ Diese De Minimis-Doktrin bildete seither einen unbestrittenen Teil des Copyright Laws und wurde in diversen Entscheiden bestätigt.⁶⁴ Bis sie im Jahre 2005 vom Sixth Circuit Court of Appeals in *Bridgeport Music v. Dimension Films* – mindestens was das Sampling anbelangt – über den Haufen geworfen wurde.⁶⁵ Vorauszuschicken ist, dass „sound recordings“ (Tonaufnahmen) im amerik. Recht eine eigene Werkart, welche als solche schutzfähig ist, darstellen.⁶⁶ Der Umfang der Ausschliesslichkeitsrechte ist hier allerdings begrenzt: So darf eine Tonaufnahme imitiert werden, wenn sie „entirely“ (ganz, vollständig) aus selbstständig hergestelltem (das Gesetz spricht von „fixiertem“) Material besteht.⁶⁷ Will heissen, dass z.B. eine Aufnahme der Beatles nachgeahmt werden darf, sodass die Neuaufnahme dem Original zum Verwechseln ähnlich ist, solange die Neuaufnahme eben neu i.S.v. selber eingespielt ist. Damit würden die Rechte der Beatles an ihrer Aufnahme nicht verletzt. (Über die Rechte des Komponisten am Musikstück ist damit freilich noch nichts gesagt).⁶⁸ Das Gericht legte den Begriff „entirely“ in *Bridgeport Music v. Dimension Films* weit aus: Anlass war ein zwei Sekunden langes Sample eines Gitarrenriffs, welches verändert und mehrfach geloopt in einer neuen Aufnahme verwendet wurde.⁶⁹ Obwohl das Riff nur zwei Sekunden dauerte und auch kaum mehr erkennbar war, schloss das Gericht, dass die neue Aufnahme nicht „entirely“ neu fixiert, d.h. aufgenommen, wurde und für eine De Minimis Defense im Rahmen des Samplings kein Raum verbleibe.⁷⁰ Der Entscheid stiess in der Lehre auf breite Kritik: Die vom Gericht aufgestellte Regel „Get a licence or do not sample“ sei zwar einfach aber nicht sehr krea-

⁶² *West Publishing Co. v. Edward Thompson Co.* 169 F. 833 (2nd Circuit 1910).

⁶³ *West Publishing Co. v. Edward Thompson Co.* 169 F. 833 (861) (2nd Circuit 1910).

⁶⁴ POTE, S. 663.

⁶⁵ *Bridgeport Music v. Dimension Films*, 383 F.3d 390 (6th Circuit 2005).

⁶⁶ DOUGHERTY, S. 481.

⁶⁷ 17 U.S.C. § 114 (b); DOUGHERTY, S. 481.

⁶⁸ DOUGHERTY, S. 482.

⁶⁹ *Bridgeport Music v. Dimension Films*, 383 F.3d 390 (398) (6th Circuit 2005).

⁷⁰ *Bridgeport Music v. Dimension Films*, 383 F.3d 390 (398) (6th Circuit 2005).

tivitätsfördernd.⁷¹ Auch wird darauf hingewiesen, dass der Entscheid nicht stringent mit früheren Entscheiden und diese Auslegung des Copyright Acts vom Kongress sicher nicht gewollt sei.⁷² Tatsächlich hat der Ninth Circuit Court in *Newton v. Diamond* im Jahre 2002 die Verwendung eines sechs Sekunden langen Samples eines avantgardistischen Flötenkonzerts unter der De Minimis-Doktrin geschützt.⁷³ Allerdings ging es um die Frage, ob die Rechte des Komponisten und nicht die Rechte an den Aufnahmen (für die eine Lizenz eingeholt worden war) verletzt seien.

Dennoch dürfte die Bridgeport-Entscheidung so lange geltendes Recht darstellen, bis ein anderer Circuit Court (oder der Supreme Court) in gleicher Sache anders entscheidet.

Für DJ Danger Mouse sind dies keine guten Nachrichten: Für sein Stück „Encore“ (um bei diesem Beispiel zu bleiben) hat er genau das getan, was seit Bridgeport verpönt ist, nämlich wenige Sekunden eines (oder mehrerer) geschützter Werke gesampelt und geloopt. Die Gesangsspur hat er gar vollständig verwendet, womit für eine De Minimis Defense von vornherein kein Raum verbliebe.⁷⁴ Hinzu kommt, dass DJ Danger Mouse seine Aufnahmen nicht nur nicht „entirely“, sondern überhaupt nicht selber hergestellt hat.

Auch Video-Mashups dürften von der De Minimis-Verteidigung kaum profitieren. Für die Audiospur gilt exakt dasselbe wie bei den Audio-Mashups. Beispiele wie „Beaker sings Coldplay“ oder auch Bush und Blair, welche zusammen „Endless Love“ singen, verwenden ganze geschützte Werke, womit sie einerseits gegen das Samplingverbot verstossen und die Verwendung andererseits sicher auch nicht De Minimis-konform ist. Doch auch die visuelle Spur wird kaum davon profitieren: Zwar wäre De Minimis hier anwendbar, da es sich nicht um eine Tonaufnahme handelt, doch müsste die verwendete Sequenz derart kurz sein, dass sie von einem Betrachter nicht erkannt wird, was kaum je der Fall sein wird.⁷⁵

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sowohl Audio- wie Video-Mashup-Hersteller sich in den wenigsten Fällen mit der De Minimis-Doktrin verteidigen könnten, da das verpönte Sampling eine, wenn nicht *die* zentrale Komponente ihrer Tätigkeit darstellt.

3.1.3.2 Fair Use

Wie De Minimis hat auch die Fair Use-Doktrin ihre Wurzeln in der Rechtsprechung, wurde im Gegensatz zu dieser jedoch 1976 kodifiziert und ist seither Bestandteil des Copyright

⁷¹ Für viele: DOUGHERTY, S. 483; LEE, Remix, S. 52.

⁷² LEE, UGC, S. 1512.

⁷³ *Newton v. Diamond* 388 F.3d 1189 (9th Circuit 2002).

⁷⁴ Tatsächlich hat Rapper Jay-Z sein Einverständnis gegeben, indem er eine A-capella-Version seiner CD veröffentlichte, welche gerade bezweckte, dass Remix-Artisten sie verwenden (KATZ, S. 27).

⁷⁵ Vgl. dazu: DOUGHERTY, S. 482.

Acts.⁷⁶ Nach dieser Doktrin darf geschütztes Material unter gewissen Voraussetzungen in geringem Ausmass auch ohne Zustimmung des Urhebers (oder Rechteinhabers) verwendet werden. Folgende vier Faktoren dienen der Beurteilung, ob Fair Use vorliegt: (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for non-profit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.⁷⁷ Gerichte tendieren dazu, das Schwergewicht auf den ersten und vierten Faktor zu legen.⁷⁸

Im Einzelnen:

3.1.3.2.1 Purpose and Character of the Use

Dieser erste Faktor soll untersuchen, ob ein neues Werk das vorbestehende lediglich ersetzt und damit finanziell ausbeutet oder ob dem neuen Werk tatsächlich etwas Neues hinzugefügt wird, sodass das vorbestehende Werk in irgendeiner Weise transformiert wird.⁷⁹ Der Faktor enthält somit zwei Komponenten: 1. Ob ein (neues) Werk transformativ ist und 2. ob ein kommerzieller oder nichtkommerzieller Zweck (insb. ein Ausbildungszweck) verfolgt wird.⁸⁰

Zunächst zu Ersterem:

3.1.3.2.1.1 Transformative Use

Das Gesetz nennt verschiedene Beispiele von Zwecken, welche transformativ sind, nämlich: „criticism, comment, news reporting, teaching (...), scholarship, or research“. Die Liste ist nicht abschliessend, sondern dient der Veranschaulichung.⁸¹

Die meisten dieser Zwecke dürften für Mashups weniger in Betracht fallen, auch wird ein Grossteil von Mashupproduktionen grundsätzlich Mühe bekunden, Transformative Use geltend zu machen, da sie – wie die vorbestehenden Werke – einzig Unterhaltungszwecken dienen und damit nicht transformativ sind.⁸² Zwecke wie „criticism“ oder „comment“ könnten aber für Mashups interessant sein:

In *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* hatte der Supreme Court zu entscheiden, ob der Gebrauch von Sequenzen des Stücks „Oh, Pretty Woman“ durch die Rap Gruppe „2 Live

⁷⁶ GOLDSTEIN, S. 903; LEE, UGC, S. 1467.

⁷⁷ 17 U.S.C. § 107.

⁷⁸ KATZ, S. 26.

⁷⁹ LONG, S. 331; POTE, S. 670.

⁸⁰ POTE, a.a.O.

⁸¹ POTE, a.a.O.

⁸² Vgl. auch POTE, a.a.O.

Crew's“ Fair Use darstellte.⁸³ Das Gericht kam zum Schluss, dass die Version der Rap Gruppe das Original parodierte und dass Parodie Transformative Use darstelle. Es bejahte infolgedessen Fair Use, selbst unter dem Umstand, dass auch das neue Werk kommerzielle Absichten verfolgte.⁸⁴ Dies wurde u.a. mit der vom Gericht aufgestellten Faustregel, je transformativer ein Werk, desto weniger signifikant seien die anderen Faktoren, begründet.⁸⁵

Das Gericht stellte allerdings noch eine andere Regel auf, wonach zwischen Parodie und Satire zu unterscheiden sei. Parodie, so das Gericht, sei gegeben, wenn das neue Werk das Original in irgendeiner Weise kommentiere oder kritisiere. Satire dagegen, wenn das Werk sich sonst in einer Weise über irgendetwas lustig mache.⁸⁶ Oder anders ausgedrückt: Parodie setzt voraus, dass das Original Zielscheibe des Humors ist, sprich, dass das neue Werk sich über das alte lustig macht. Weiter hielt das Gericht fest, dass in der Satire keine Transformative Use zu sehen sei, da, wenn jegliche Kritik oder Auseinandersetzung mit dem vorbestehenden Werk fehle und dieses nur gebraucht werde, um Aufmerksamkeit zu erregen, die Voraussetzungen für eine faire Ausleihe („fairness in borrowing“) nicht gegeben seien.⁸⁷

Dieser Schluss – und weniger die Unterscheidung zwischen Parodie und Satire an und für sich – wird, m.E. zu Recht, mit der Begründung kritisiert, dass das Gericht damit verkennt, dass der ursprüngliche Zweck eines Werks sehr wohl auch durch eine Satire und nicht bloss durch eine Parodie transformiert werden kann.⁸⁸

Ferner wird diese Rechtsprechung, insbesondere im Hinblick auf die Zulässigkeit von Thumbnails⁸⁹, als schwer nachvollziehbar kritisiert: Tatsächlich haben amerik. Gerichte wiederholt die Zulässigkeit von Thumbnails mit dem Argument bejaht, dass diese mehr als Werkzeuge und weniger als ästhetische Bilder zu betrachten seien und daher einem ganz anderen Zweck („purpose“) dienen.⁹⁰ In „Perfect 10“ wird gar von „highly transformative“ gesprochen.⁹¹ Bemängelt wird daran, dass 1. einem Thumbnail absolut nichts Neues hinzugefügt

⁸³ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994).

⁸⁴ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (572-574) (1994).

⁸⁵ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (579) (1994).

⁸⁶ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (581) (1994).

⁸⁷ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (580) (1994).

⁸⁸ LONG, S. 337.

⁸⁹ Ein Thumbnail ist ein sowohl in Grösse wie Pixelzahl stark reduziertes, daumennagelgrosses Abbild eines grösseren Bildes. Thumbnails werden i.d.R. von Suchmaschinenbetreibern hergestellt, um damit das Original aufzufinden (SCHWEIZER, S. 249, Fn. 1).

⁹⁰ So in: Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811 (818) (9th Circuit 2003); bestätigt in: Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146 (9th Circuit 2007).

⁹¹ Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146 (1165) (9th Circuit 2007).

werde und 2. auch eine satirische Werkbearbeitung einen anderen Zweck als das Original verfolge und deshalb eine unterschiedliche Behandlung nicht gerechtfertigt sei.⁹²

Die Parodie/Satire-Unterscheidung hat für Mashups weitreichende Konsequenzen: Mashups nehmen – wenn überhaupt – regelmässig Politik oder gesellschaftliche Gegebenheiten aufs Korn und dürften somit als Satiren qualifiziert werden, womit sie nach geltender Rechtsprechung per se nicht als transformativ gelten.⁹³ Als Beispiel kann das Bush/Blair-Video dienen: Es lässt sich schwerlich argumentieren, dass das Video sich über den Song „Endless Love“ lustig mache, auch dürfte es kaum die wahrscheinlich aus Tagesschausendungen zusammengeschnittenen Videosequenzen kritisieren. Vielmehr wird – wie bereits früher erwähnt – der fast brüderliche Schulterschluss von Bush und Blair während des Irakkrieges auf die Schippe genommen.⁹⁴

Für Audio-Mashups dürfte die „Transformative Hürde“ noch schwerer zu nehmen sein, da sie selten parodistische oder kritische Absichten verfolgen, sondern rein unterhaltenden Charakter haben.⁹⁵ Dagegen könnten m.E. Mashups wie das „Hillary 1984“-Video Transformative Use geltend machen: Dieses setzt sich durchaus kritisch mit dem verwendeten Material, i.e. einer Präsidentschaftskampagnenrede von Hillary Clinton, auseinander.

3.1.3.2.1.2 *Commercial Purpose*

Zweite Komponente des ersten Fair Use Faktors (Purpose and Character of the Use) ist die Frage, ob mit dem (neuen) Werk kommerzielle Absichten verfolgt werden oder nicht. Der Gedanke dahinter ist, dass der Urheber eines bestehenden Werkes nicht leer ausgehen sollte, wenn ein anderer unter Zuhilfenahme der Arbeit des Ersteren Geld verdient.⁹⁶

Mashup-Produktionen sind sehr oft nichtkommerziell. So hat auch DJ Danger Mouse sein „Grey Album“ zum Gratisdownload ins Internet gestellt, was ihn allerdings nicht vor einem „cease and desist letter“ von EMI, der Rechteinhaberin der Beatles-Werke, bewahrt hat.⁹⁷ Es wird auch darauf hingewiesen, dass gerade DJ Danger Mouse einen nicht unerheblichen indirekten Nutzen aus seiner Produktion gezogen hat, indem er durch das „Grey Album“ eine immense Popularität erlangte und seine künftigen Produktionen einen sehr viel grösseren Absatzmarkt fanden, als dies ohne das „Grey Album“ der Fall gewesen wäre.⁹⁸

⁹² LONG, S. 337 f.

⁹³ So auch: LONG, S. 338.

⁹⁴ Teilweise a.M., im Resultat aber ähnlich: LONG, S. 338 f.

⁹⁵ Vgl. Fn. 82.

⁹⁶ POTE, S. 676.

⁹⁷ POTE, S. 641.

⁹⁸ POTE, S. 676 f.

Erwähnenswert ist an dieser Stelle auch, dass allein die nichtkommerzielle Natur eines Werks nicht per se Fair Use bedeutet.⁹⁹ Als Faustregel dürfte aber etwa gelten: Je weniger kommerziell die Nutzung, desto eher Fair Use. Bei Privatgebrauch tendieren die Gerichte dazu, mit Fair Use grosszügig umzugehen.¹⁰⁰

3.1.3.2.2 Nature of the Copyrighted Work

Bei diesem zweiten Fair Use-Faktor wird die Frage gestellt, wie viel kreativer Ausdruck ein geschütztes Werk beinhaltet.¹⁰¹ Je höher der kreative Gehalt eines Werks, desto mehr verdient es den Schutz des Copyright Laws.¹⁰² Tonaufnahmen z.B. gelten als kreative Werke, weshalb das Verwenden einer solchen zur Erstellung eines Audio-Mashups gegen Fair Use spricht.¹⁰³

3.1.3.2.3 Amount and Substantiality of the Portions Used

Dieser Faktor untersucht, wie viel von einem geschützten Werk verwendet wird und zwar sowohl in qualitativer wie in quantitativer Hinsicht. Die qualitative Komponente ist betroffen, wenn von einem Werk das „Herzstück“, z.B. der wohlbekannte Refrain eines Musikstücks, verwendet wird, selbst wenn der verwendete Teil nur wenige Sekunden dauert.¹⁰⁴ Die quantitative Komponente fragt danach, wie viel von einem Werk und zwar rein mengenmässig, verwendet wird.¹⁰⁵ Dabei ist es möglich, dass sogar die Verwendung eines ganzen Werkes, speziell zu nichtkommerziellen Zwecken, Fair Use darstellen kann.¹⁰⁶

Solange also ein Mashup-Artist charakteristische Teile eines Werks verwendet, wird er Mühe bekunden, unter diesem Faktor Schutz durch Fair Use zu erlangen. Anders ist hier die Situation bei DJ Danger Mouse: Für die Instrumentalspur seines „Grey Albums“ hat er stets kurze Ausschnitte der Beatles-Aufnahmen verwendet, welche allesamt keinen Gesang enthielten. Diese Ausschnitte dürften daher als uncharakteristisch eingestuft werden, womit Fair Use möglich wäre. An diesem Punkt muss vielleicht angefügt werden, dass die Lehre davon ausgeht, die Bridgeport-Entscheidung habe sich explizit nur zur De Minimis-Doktrin und nicht zu § 107 (Fair Use) des Copyright Acts geäussert.¹⁰⁷ Das bedeutet, dass digitales Sampling

⁹⁹ POTE, S. 676.

¹⁰⁰ POTE, a.a.O.

¹⁰¹ LONG, S. 331.

¹⁰² Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (586) (1994).

¹⁰³ POTE, S. 679.

¹⁰⁴ POTE, a.a.O.

¹⁰⁵ LONG, S. 332.

¹⁰⁶ Vgl. Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984), wo das Aufzeichnen einer ganzen Fernsehsendung mit einem Videorecorder zu privaten Zwecken als Fair Use gewertet wurde.

¹⁰⁷ POTE, S. 669.

lediglich unter De Minimis per se rechtswidrig ist, unter Fair Use aber dennoch Schutz erlangen kann.

3.1.3.2.4 Effect on the Market and Potential Markets

Bei diesem vierten Faktor zeigt sich die stark ökonomisch-wirtschaftliche Betrachtungsweise des amerik. Copyright Laws: Es wird untersucht, ob und wie fest der Markt und die potentiellen (Absatz-) Märkte des Originalwerks durch dessen Verwendung beeinträchtigt werden.¹⁰⁸ Etwas simpler ausgedrückt: Ob das neue Werk der Verwertung des Originals finanziell schadet. Dabei wird es nicht bloss bei dieser Betrachtung belassen, sondern es wird auch untersucht, ob mögliche Bearbeitungen und deren potentielle Märkte durch das neue (unautorisierte) Werk beeinträchtigt werden könnten.¹⁰⁹ Ferner wird sogar untersucht, welche Auswirkungen es auf den Markt hätte, wenn das verletzende Verhalten (also die zu beurteilende unautorisierte Verwendung des Originals) alltäglich i.S.v. weitverbreitet würde.¹¹⁰

Grundsätzlich gilt: Je mehr das Neuwerk die Nachfrage nach dem Original senkt, z.B. weil es dieses substituiert, desto weniger kommt Fair Use in Betracht.¹¹¹

Mashups dürften die Nachfrage nach den Originalwerken in den wenigsten Fällen einschränken, da sie diesen oft zu wenig ähnlich sind, als dass ein Konsument sich für das Mashup anstelle des Originals entscheiden würde.¹¹² Wird im Mashup allerdings sehr viel eines Originals verwendet, wie z.B. bei DJ Danger Mouse, welcher die gesamten Gesangsspuren von Jay-Z verwendet hat, sieht die Lage anders aus.¹¹³ Auch kann, selbst wenn das Mashup das Original nicht substituiert, speziell unter diesem vierten Faktor geltend gemacht werden, dass dem Urheber des Originals Lizenzgebühren verlustig gehen.¹¹⁴

3.1.3.2.5 Fazit zu Fair Use

Der Richter hat die obig beschriebenen vier Faktoren gegeneinander abzuwägen, wobei – wie bereits erwähnt – in der Regel dem ersten und vierten Faktor mehr Gewicht beigelegt wird.¹¹⁵ Mashups werden nach dem Gesagten in den wenigsten Fällen von der Fair Use-Verteidigung profitieren können. Das muss aber nicht sein. Die Situation kann etwa wie folgt zusammengefasst werden: Je mehr ein Mashup das Original transformiert (z.B. indem es das zugrunde

¹⁰⁸ 17 U.S.C. § 107 (4).

¹⁰⁹ LONG, S. 333.

¹¹⁰ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (590) (1994).

¹¹¹ LONG, S. 333.

¹¹² Ähnlich: POTE, S. 681.

¹¹³ Obwohl im konkreten Fall Rapper Jay-Z seine (konkludente) Einwilligung gab. Vgl. Fn. 74.

¹¹⁴ POTE, S. 682.

¹¹⁵ KATZ, S. 26.

liegende Werk parodiert), je weniger Material des vorbestehenden Werkes verwendet und je weniger der Absatzmarkt des Originals tangiert wird, desto eher wird Fair Use in Betracht fallen, insbesondere wenn ein nichtkommerzieller Zweck verfolgt wird.¹¹⁶

Es ist aber augenfällig, dass diese Gleichung relativ viele „Unbekannte“ enthält. Kritiker monieren denn auch, dass es für einen Mashup-Artisten schlicht unmöglich sei, vorherzusagen, wie sein Werk im konkreten Fall von einem Gericht beurteilt würde.¹¹⁷ LEE schreibt sogar: „knowledge of copyright law is often no better than ignorance of copyright law. Even though I am an expert of copyright law, my prediction of what is a fair use is probably no better than the person on the street“.¹¹⁸ Ein anderer Autor weist auf die Tatsache hin, dass keine Möglichkeit besteht, ein Werk von vornherein auf Fair Use überprüfen zu lassen (ohne teure Lizenzen zu erwerben), die Beurteilung also immer erst vor Gericht geschieht und so das Risiko stets beim Artisten liegt.¹¹⁹

Fair Use soll einen Ausgleich zwischen den Ausschliesslichkeitsrechten des Copyright Acts und den Anliegen der kreativ Tätigen schaffen.¹²⁰ Ein gewisser Grad an Ausleihe („borrowing“) soll im Hinblick auf die freie Entwicklung der Kunst erlaubt bleiben und ist dem Kunstsystem seit jeher inhärent.¹²¹ Ob Fair Use diesen Anforderungen gerecht wird, ist ein in der amerik. Lehre heiss umstrittenes Thema. Die Frage führt im Endeffekt auf das in der Einleitung beschriebene Spannungsfeld zwischen Urheberrecht und Kreativität zurück und soll nicht hier, sondern gegen den Schluss dieser Arbeit (unten, 5.1.) diskutiert werden.

3.1.3.3 *First Amendment*

Das erste Zusatzprotokoll zur amerik. Verfassung garantiert u.a. die Meinungsäusserungsfreiheit („free speech“).¹²² Versuche, das First Amendment als Schranke des Copyright Acts zu etablieren, sind allerdings vor Gericht wiederholt gescheitert.¹²³ In *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* kam das Gericht zum Schluss, dass die vom Copyright Law vorgenommene Trennung zwischen einer Idee, welche als solche nicht schutzfähig ist und deren Festlegung in irgendeiner Form („expression“), welche durch das Copyright Law geschützt ist, einen genügenden und definitiven Ausgleich zwischen dem First Amendment und dem

¹¹⁶ POTE, S. 682.

¹¹⁷ LEE, UGC, S. 1468.

¹¹⁸ LEE, UGC, a.a.O.

¹¹⁹ KATZ, S. 30.

¹²⁰ LONG, S. 330.

¹²¹ POTE, S. 668. Vgl. dazu auch die Ausführungen in der Einleitung.

¹²² U.S. Const. Amendment 1.

¹²³ GOLDSTEIN, S. 902.

Copyright Act schaffe.¹²⁴ Im Klartext heisst dies, dass ein jeder frei ist, seine Ideen – auch wenn es nicht die eigenen sind – zu äussern, aber er soll sich dazu seiner eigenen Ausdrucksweise und nicht derer anderer bedienen. Der Entscheid wurde in *Eldred v. Ashcroft* bestätigt: Das Gericht führte aus, dass der Copyright Act die Prinzipien des First Amendments bereits beinhalte.¹²⁵

Den Entscheiden wird u.a. vorgeworfen, dass auf diese Weise der politische Diskurs unterdrückt werde.¹²⁶ Betrachtet man das „Hillary 1984“-Video, kommt man tatsächlich zum Schluss, dass hier ein origineller Weg gefunden wurde, um an der öffentlichen Debatte teilzunehmen. Auch wurde darin das vorbestehende Material, konkret die Präsidentschaftskampagnenrede von Hillary Clinton, derart eingearbeitet, dass deren Aussage im neuen Kontext zynisch wirkte, ja ins Gegenteil verkehrt wurde, weshalb man gut damit argumentieren könnte, dass die Ausdrucksweise („expression“) nicht einfach *tel quel* übernommen wurde.¹²⁷

Dennoch können politisch motivierte Mashups unter der gängigen Rechtsprechung grundsätzlich nicht auf den Schutz des First Amendments hoffen. Eine etwas mutigere Auslegung der Verfassung würde aber m.E. dem Copyright Law in der Tat keinen grossen Schaden zufügen.

3.1.4 Zwischenfazit zum amerik. Recht

Audio- und Video-Mashups verletzen diverse Ausschliesslichkeitsrechte des Copyright Acts. Die geprüften Schranken *De Minimis*, *Fair Use* und das First Amendment bieten keinen verlässlichen Schutz für Mashup-Erzeuger. Unter den dreien stellt *Fair Use* noch die beste Verteidigungsmöglichkeit dar. Allerdings müssen diverse Voraussetzungen erfüllt sein und die Beurteilung eines Gerichts ist schwer vorhersehbar.

3.2 Zur Zulässigkeit nach schweizerischem Recht

3.2.1 Betroffene Ausschliesslichkeitsrechte

3.2.1.1 Urheberpersönlichkeitsrechte

Der Urheber hat zunächst ein ausschliessliches Recht darauf, zu bestimmen, ob und inwiefern sein Werk abgeändert oder bearbeitet werden darf.¹²⁸ Ob eine Bearbeitung¹²⁹ i.S.v. Art. 3 URG oder bloss eine Abänderung vorliegt, bestimmt sich danach, ob die Umgestaltung

¹²⁴ *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (556) (1985).

¹²⁵ *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (219) (2003).

¹²⁶ LONG, S. 349.

¹²⁷ Aus ähnlichen Gründen würde das Video m.E. auch als transformativ gelten. Vgl. oben, 3.1.3.2.1.1.

¹²⁸ Art. 11 Abs. 1 URG.

¹²⁹ Das Gesetz verwendet den Terminus „Werke zweiter Hand“. Dieser ist mit dem Begriff „Bearbeitung“ identisch (BARRELET/EGLOFF, N 2 zu Art. 3).

Werkcharakter aufweist, d.h. eine geistige Schöpfung mit individuellem Charakter darstellt.¹³⁰ Weist eine Umgestaltung keine eigene Individualität auf, bzw. ist für deren Erstellung keine eigenständige geistige Leistung nötig, so liegt eine Abänderung i.S.v. Art. 11 Abs. 1 lit. a. URG vor.¹³¹ Als Beispiele werden Kürzungen, blosser Wiedergaben von Werkteilen, Kopien, aber auch Verkleinerungen oder, aus dem Bereich der Musik, die Veränderung der Tonart genannt.¹³² In diesem Falle, also bei fehlender neuer Individualität, liegt blosser Werknutzung vor.¹³³ Wird eine solche Abänderung gar als eigenes Werk ausgegeben, spricht man von einem Plagiat.¹³⁴

Zur Erstellung eines Mashups werden oftmals Sequenzen von Filmaufnahmen oder Musikstücken kopiert (bzw. gesampelt) und neu zusammengesetzt. Prima Vista würde es sich daher um blosser Abänderungen handeln, da zunächst jegliche Individualität fehlt. In der Lehre wird aber darauf hingewiesen, dass, selbst wenn bloss gekürzt, kopiert, etc. wird, eine Bearbeitung entstehen kann, sofern durch die Änderung eine qualitativ neue Aussage erreicht wird.¹³⁵ Beim Sampling ist SALAGEAN gar der Auffassung, dass dieses das URG nur verletze, wenn das entnommene Sample selber Werkcharakter i.S.v. Art. 2 URG aufweise.¹³⁶ Tatsächlich ist bei REHBINDER/VIGANO zu Art. 2 URG zu lesen, dass ein musikalisches Motiv als solches keinen urheberrechtlichen Schutz genießt, sondern nur die Melodie, welche im Unterschied zum Motiv individuelle Prägung aufweist.¹³⁷ Dennoch ist m.E. SALAGEANS Aussage mit Vorsicht zu geniessen, denn selbst wenn mit dem Sample bloss ein uncharakteristisches Stück einer Aufnahme ohne individuelle Prägung entnommen wird, dürfte das Vervielfältigungsrecht (dazu sogleich unter 3.2.1.2.) betroffen sein. Dies im Gegensatz zur Situation, bei der ein Komponist ein blosses Motiv übernimmt und in eine eigene, neue Komposition einarbeitet. Die Auffassung erinnert im Übrigen stark an die amerik. De Minimis-Doktrin. Interessant ist, dass diese in den USA als Schranke behandelt wird, während nach hiesiger Auffassung offenbar die Urheberrechte gar nicht erst als verletzt gelten.¹³⁸

Ob es sich bei einem Mashup im konkreten Fall aber um eine Bearbeitung oder eine blosser Abänderung handelt, spielt für dessen Zulässigkeit zunächst keine Rolle: Wird das vorbeste-

¹³⁰ Art. 3 Abs. 1 URG; BARRELET/EGLOFF, N 3 zu Art. 3.

¹³¹ BARRELET/EGLOFF, N 3 zu Art. 3; REHBINDER/VIGANO, N 1 zu Art. 3.

¹³² BARRELET/EGLOFF, N 4 zu Art. 3; SALAGEAN, S. 131.

¹³³ SALAGEAN, S. 130 f.

¹³⁴ REHBINDER/VIGANO, N 1 zu Art. 3.

¹³⁵ BARRELET/EGLOFF, N 4 zu Art. 3; dem Sinn nach auch: REHBINDER/VIGANO, N 1 zu Art. 3.

¹³⁶ SALAGEAN, S. 133.

¹³⁷ REHBINDER/VIGANO, N 22 zu Art. 2.

¹³⁸ Vgl. oben 3.1.3.1.; zum schweizerischen Recht: REHBINDER/VIGANO, a.a.O.; SALAGEAN, S. 133.

hende Werk ohne Zustimmung des Urhebers umgestaltet, so ist so oder anders Art. 11 Abs. 1 URG verletzt. Erst wenn sich das Mashup derart vom Original entfernt hat, dass es als Neugestaltung¹³⁹ gilt, wird die Frage, ob Mashups überhaupt etwas anderes als blosse Abänderungen darstellen können, entscheidend. Die Frage ist – mit Blick auf obige Ausführungen – zu bejahen, sofern das Neuwerk individuelle Prägung aufweist und insbesondere auch dann, wenn damit eine qualitativ neue Aussage erreicht wird.¹⁴⁰

Wird ein Mashup mit der Zustimmung des Urhebers des vorbestehenden Werkes erstellt – z.B. indem ein Lizenzvertrag eingegangen wurde – so können dennoch Urheberpersönlichkeitsrechte verletzt werden, sofern durch die Umgestaltung das Original in persönlichkeitsverletzender Weise entstellt wird.¹⁴¹ Bei der Beurteilung, ab wann eine Bearbeitung eine persönlichkeitsverletzende Entstellung darstellt, ist ein möglichst objektiver Massstab anzulegen, das subjektive Empfinden des Betroffenen soll keine Rolle spielen.¹⁴² Eine Persönlichkeitsverletzung kann auch dann vorliegen, wenn das Werk selber zwar nicht entstellt wurde, dieses aber in einem für den Urheber ungünstigen Zusammenhang gezeigt wird, z.B. indem es in einen rechtsextremen Kontext eingebettet wird.¹⁴³ (Eine Situation, die bei Mashups durchaus denkbar wäre).

Schliesslich kann mit einem Mashup auch das Recht auf Nennung der Urheberschaft (Art. 9 Abs. 1 URG) verletzt werden. Dies dürfte in der Tat relativ häufig der Fall sein, da die wenigsten Mashup-Kreationen explizit auf alle darin verwendeten Werke und deren Urheber hinweisen.

3.2.1.2 Nutzungsrechte

Ähnlich dem amerikanischen dürfte auch im schweizerischen Recht ein ganzes Bündel an Nutzungsrechten durch Mashups betroffen sein:

Das Vervielfältigungsrecht (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG) besteht im Recht, Werkexemplare herzustellen. Darunter fällt auch der Up- und Download ins bzw. aus dem Internet.¹⁴⁴ Spätestens mit dem Heraufladen eines Mashups, welches geschütztes Material enthält, wird das Vervielfältigungsrecht verletzt. Da aber jede Speicherung eines Datensatzes auf einem Datenträger als Vervielfältigung gilt,¹⁴⁵ dürfte dieses schon lange vor dem Upload des fertigen Mashups aufs Internet verletzt sein. So schreibt auch SALAGEAN, dass das Kopieren einer Klangse-

¹³⁹ Dazu eingehend unten, 3.2.2.3.

¹⁴⁰ Vgl. BARRELET/EGLOFF, N 4 zu Art. 3; REHBINDER/VIGANO, N 1 zu Art. 3.

¹⁴¹ Art. 11 Abs. 2 URG.

¹⁴² REHBINDER/VIGANO, N 9 zu Art. 11.

¹⁴³ GASSER/MORANT, S. 235; REHBINDER, Nr. 137.

¹⁴⁴ REHBINDER/VIGANO, N 8 zu Art. 10; THOUVENIN ET AL., S. 95.

¹⁴⁵ REHBINDER/VIGANO, a.a.O.

quenz aus analoger oder digitaler Quelle auf einen Computer bereits eine Vervielfältigungshandlung darstelle.¹⁴⁶

Das Verbreitungsrecht ist betroffen, wenn Werkexemplare angeboten, veräußert oder sonstwie verbreitet werden.¹⁴⁷ Umstritten ist dabei, ob die Verbreitung eine Eigentumsübertragung voraussetzt, also z.B. die Leihe darunter fällt oder nicht.¹⁴⁸ Der Verkauf von Remix-CDs als Beispiel würde das Verbreitungsrecht jedenfalls verletzen. (Wurde ein Werkexemplar dagegen mit Zustimmung des Rechteinhabers verkauft, darf dieses ohne weiteres weiterveräußert werden).¹⁴⁹

Nicht das Verbreitungsrecht, sondern das Recht zur Zugänglichmachung (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG) ist betroffen, wenn ein Werk auf dem Internet zum Download bereitgestellt wird, wenn also kein Werkexemplar im physischen Sinne übergeben wird.¹⁵⁰ Erwähnenswert ist dabei, dass es unerheblich ist, ob das Werk effektiv abgerufen wird, das Einstellen ins Internet erfüllt bereits die Zugänglichmachung.¹⁵¹ Das Heraufladen eines Mashups aufs Internet stellt also nicht nur eine Vervielfältigung, sondern auch eine Zugänglichmachung dar.

3.2.2 Schranken nach schweizerischem Urheberrecht

3.2.2.1 Der Eigengebrauch (Art. 19 URG)

Der Eigengebrauch stellt im hiesigen Urheberrecht die wohl wichtigste Schrankenbestimmung dar.¹⁵² Dennoch wird sie hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt. Aus einem simplen Grund: Sie greift nicht. Mashup-Produktionen werden regelmässig aufs Internet geladen und so einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich gemacht.¹⁵³ Damit ist es mit dem Eigengebrauch bereits gelaufen.

Im privaten Rahmen dürfen veröffentlichte Werke freilich gesampelt, kopiert, vervielfältigt, zusammengebastelt oder sonstwie bearbeitet und – innerhalb dieses Rahmens – sogar weitergegeben werden.¹⁵⁴ Der private Rahmen hat jedoch enge Grenzen: Dazu gehört der familiäre Kontext sowie enge, dauerhafte freundschaftliche Beziehungen.¹⁵⁵ Bereits ausserhalb dieses Kreises sind Bekanntschaften am Arbeitsplatz oder Schulkameraden.¹⁵⁶

¹⁴⁶ SALAGEAN, S. 133.

¹⁴⁷ Art. 10 Abs. 2 lit. b URG.

¹⁴⁸ THOUVENIN ET AL., S. 95.

¹⁴⁹ Ausfluss des Erschöpfungsgrundsatzes, Art. 12 Abs. 1 URG.

¹⁵⁰ REHBINDER/VIGANO, N 11 zu Art. 10.

¹⁵¹ THOUVENIN ET AL., S. 96.

¹⁵² THOUVENIN ET AL., S. 99.

¹⁵³ Vgl. oben, 3.2.1.2.

¹⁵⁴ Vgl. Art. 19 Abs. 1 lit. a URG; SALAGEAN, S. 137.

¹⁵⁵ REHBINDER/VIGANO, N 16 zu Art. 19.

¹⁵⁶ REHBINDER/VIGANO, a.a.O.

3.2.2.2 Die Parodiefreiheit (Art. 11 Abs. 3 URG)

Das URG regelt die Parodiefreiheit ausdrücklich, wenn auch an eher eigentümlicher Stelle, nämlich bei den Urheberpersönlichkeitsrechten statt bei den Schrankenbestimmungen. REHBINDER/VIGANO definieren die Parodie als „eine von Humor geprägte Meinungsäußerung zum Originalwerk“.¹⁵⁷ Obwohl das Gesetz namentlich nur die Parodie erwähnt, sollen alle Arten von Satiren zulässig sein, wie aus der Botschaft hervorgeht.¹⁵⁸ Auch in Stämpflis Handkommentar ist zu lesen, dass „unter Verwendung des Inhalts eines vorbestehenden Werkes Kritik am betreffenden Werk, am Urheber, aber auch an Situationen oder Personen, die zum Werk keinen Bezug haben, geübt“ werden könne.¹⁵⁹ Unter Art 11 Abs. 3 URG fällt insb. auch die Travestie, unter der „die komisch-satirische Wiedergabe des Inhalts ernster Werke in unpassender, lächerlicher Form“ verstanden wird.¹⁶⁰ Der Unterschied zum amerik. Recht ist somit augenfällig: Zwar wird auch hierzulande begrifflich zwischen Parodie und Satire unterschieden, doch lässt sich die Satire im Gegensatz zum Copyright Law, wo diese per se nicht „transformative“ und damit rechtswidrig ist, durchaus unter Art. 11 Abs. 3 URG subsumieren. Damit zeichnet sich ein Rettungsanker für alle parodistisch/satirischen Mashups ab.

Auf Grund der spärlichen Literatur und Rechtsprechung in diesem Bereich soll an dieser Stelle aber zunächst noch ein Blick über die Grenze nach Deutschland geworfen werden:

Vorausgeschickt werden muss, dass sich die Satirefreiheit im deutschen Urheberrechtsgesetz (UrhG) nirgends findet. Diese wird aus § 24 UrhG (freie Benutzung¹⁶¹), § 51 UrhG (Zitat-recht) und der Rundfunk- und Kunstfreiheit (Art. 5 GG) abgeleitet und gilt als Sonderfall der freien Benutzung.¹⁶²

Der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) hatte in seiner „Mattscheibe“-Entscheidung vom 13.4.2000 zu beurteilen, ob die unveränderte Übernahme von urheberrechtlich geschützten Ausschnitten einer TV-Sendung (sog. Laufbilder¹⁶³) zur Erstellung eines eigenen, satirischen Sendeformats durch die Satirefreiheit geschützt sei.¹⁶⁴

¹⁵⁷ REHBINDER/VIGANO, N 13 zu Art. 11.

¹⁵⁸ BBl 1989 III 530, Ziff. 212.31; so auch REHBINDER/VIGANO, N 13 zu Art. 11.

¹⁵⁹ PFORTMÜLLER, SHK, N 10 zu Art. 11; a.M. bei fehlendem Bezug zum vorbestehenden Werk: WEGENER, Sampling, S. 282.

¹⁶⁰ REHBINDER, Nr. 96.

¹⁶¹ Der Begriff „freie Benutzung“ ist mit dem in der Schweiz verwendeten Begriff der „Neugestaltung“ identisch. Dazu ausführlich unten, 3.2.2.3.

¹⁶² POLL, S. 511 und 515.

¹⁶³ Laufbilder gelten nicht als Filmwerke, geniessen aber dennoch Schutz nach §§ 94, 95 UrhG (BGH, Urteil vom 20. Dezember 2007 – I ZR 42/05 (Leitsatz)).

¹⁶⁴ BGH, Urteil vom 13. April 2000 – I ZR 282/97.

Als Voraussetzungen zur Erlangung des Schutzes der Satirefreiheit gilt in Deutschland (u.a.) einerseits, dass das zu schützende Werk selber ein selbstständiges Werk darstellt.¹⁶⁵ Andererseits muss, in Abweichung zum Normalfall der freien Nutzung, das vorbestehende Werk im neuen nicht verblässen, sondern der erforderliche innere Abstand zu Ersterem kann (und soll) durch parodistisch-satirische (sog. antithematische) Auseinandersetzung geschaffen werden.¹⁶⁶

Das Gericht kam zum Schluss, dass es den Machern der Satiresendung durchaus gelungen sei, ein selbstständiges Werk zu schaffen und führte weiter aus, dass der erforderliche Abstand auch auf andere Weise als durch antithematische Auseinandersetzung mit dem vorbestehenden Werk geschaffen werden könne, vielmehr zähle die Gesamtwertung.¹⁶⁷ Der Entscheid wird im Ergebnis gutgeheissen.¹⁶⁸ Kritisiert wird allerdings, dass die Einordnung der antithematischen Auseinandersetzung hinter einer Gesamtwertung zum vorschnellen Schluss verleiten könnte, Erstere sei grundsätzlich obsolet geworden.¹⁶⁹

Doch was ist die Relevanz dieses Entscheids für Mashups und das schweizerische Recht? Die Situation, bei der aus zusammengesetzten Laufbildern eine neue Sendung kreiert wird, erinnert stark an Mashups: Auch sie werden aus verschiedenem vorbestehendem Material zu einem neuen Gesamten zusammengesetzt. Diese Parallele scheint auch OTT zu sehen, welcher der Zulässigkeit von parodistischen Mashups (für das deutsche Recht) allerdings eher skeptisch gegenübersteht: Zwar könne der geforderte innere Abstand trotz äusserer Übereinstimmung bei einer 1:1-Übernahme von Material hergestellt werden, doch sei im Einzelfall zu prüfen, ob eine antithematische Auseinandersetzung effektiv stattgefunden habe.¹⁷⁰ (Anders hier POLL, der eine antithematische Auseinandersetzung bei unveränderter Übernahme für „denklogisch ausgeschlossen“ hält).¹⁷¹

Im schweizerischen Recht wird die Parodiefreiheit nicht aus der freien Benutzung (Neugestaltung) abgeleitet, sondern ist eine selbstst. verankerte Rechtsfigur. Dass die Züge des Originalwerks im neuen verblässen müssen bzw. bei unveränderter Übernahme auf andere Weise ein innerer Abstand geschaffen wird, ist hier nicht nötig. Im Gegenteil: Die Züge des par-

¹⁶⁵ POLL, S. 513.

¹⁶⁶ POLL, S. 515.

¹⁶⁷ BGH, Urteil vom 13. April 2000 – I ZR 282/97, S. 16 ff.

¹⁶⁸ POLL, S. 518.

¹⁶⁹ POLL, S. 519.

¹⁷⁰ OTT, K&R, S. 625; insb. auch Fn. 23, 24.

¹⁷¹ POLL, S. 519; der deutsche BGH entgegen POLL allerdings wörtlich: „Voraussetzung für eine solche, durch gewisse Übernahmen charakterisierte freie Benutzung ist aber stets, dass das neue Werk trotz der äusseren Übereinstimmungen einen deutlichen (inneren) Abstand hält, der im allgemeinen in einer antithematischen Behandlung zum Ausdruck kommt“ (BGH, Urteil vom 20. März 2003 – IZR 117/00 „Gies-Adler“, S. 11).

odierten Werks sollen gerade erkennbar bleiben.¹⁷² Damit gelten Parodien stets als Bearbeitungen.¹⁷³ Das wiederum heisst, dass Parodien geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter darstellen, sprich Werkcharakter i.S.v. Art. 3 Abs. 1 URG aufweisen müssen.¹⁷⁴

Für Mashups bedeutet dies Folgendes: Ungleich dem amerik. Recht fallen auch satirische Kreationen, welche nicht das vorbestehende Werk zur Zielscheibe der Kritik machen, unter die Parodiefreiheit. Ungleich dem deutschen Recht muss das vorbestehende Werk im neuen nicht verblassen und es muss auch nicht auf andere Weise ein innerer Abstand zu Ersterem geschaffen werden (jedenfalls nicht in diesem Sinne, dazu sogleich). Die Verwendung von vorbestehendem Material stellt dann kein Problem dar, wenn mit dem Mashup eine qualitativ neue Aussage erreicht wird (insofern könnte schon von einem Abstand gesprochen werden).¹⁷⁵ Dies dürfte bei parodistisch/satirischen Produktionen regelmässig der Fall sein, es sei denn, das vorbestehende Werk sei bereits humoristisch. Die gleiche Voraussetzung unterscheidet auch die Bearbeitung von der Abänderung. Als einzige wirtschaftliche Einschränkung darf die Parodie/Satire die normale Verwertung des Originals nicht beeinträchtigen.¹⁷⁶

Mashups wie das Bush/Blair-Video könnten – sofern sie nach schweiz. Recht beurteilt würden – durchaus Schutz erlangen: Aus Tagesschauausschnitten und einem Liebeslied wird ein etwas grotesk anmutendes Duett zweier älterer Herren gezimmert, welches deren Zusammenarbeit im Irakkrieg kritisiert. Eine qualitativ neue Aussage wird damit durchaus erreicht, weshalb man auch von einer Bearbeitung ausgehen darf. Die Verwertung der Originale wird kaum eingeschränkt sein.

Parodien sind aber auch im Audibereich denkbar, wenn auch sicher seltener anzutreffen als im Zusammenhang mit Video- oder Filmaufnahmen.¹⁷⁷

Der Vollständigkeit halber sollte abschliessend noch erwähnt werden, dass es zur Erstellung einer Parodie keiner Einwilligung des Urhebers des parodierten Werks bedarf und dass auch keine Vergütung geschuldet ist.¹⁷⁸

¹⁷² REHBINDER/VIGANO, N 13 zu Art. 11; SALAGEAN, S. 140.

¹⁷³ REHBINDER/VIGANO, a.a.O.

¹⁷⁴ PFORTMÜLLER, SHK, N 10 zu Art. 11.

¹⁷⁵ Vgl. oben, 3.2.1.1.

¹⁷⁶ REHBINDER/VIGANO, N 15 zu Art. 11.

¹⁷⁷ So auch SALAGEAN, S. 140.

¹⁷⁸ PFORTMÜLLER, SHK, N 10 zu Art. 11; SALAGEAN, S. 140.

3.2.2.3 Die Neugestaltung

Die Neugestaltung ist ein – im Gegensatz zu Deutschland¹⁷⁹ – ungeschriebener aber anerkannter Grundsatz des schweiz. Urheberrechts.¹⁸⁰ Als Neugestaltungen gelten „Werke, die sich vom Original durch Umarbeitung derart gelöst haben, dass die Elemente des Originalwerks zu einer völlig selbst[st]ändigen Neuschöpfung verarbeitet werden, man also von einem völlig eigenständigen Werk sprechen kann.“¹⁸¹ Die verwendeten Teile des vorbestehenden Werks dürfen im Neuwerk nur noch sehr untergeordnete Bedeutung haben, Ersteres darf quasi bloss als Anregung zur Neuschaffung gedient haben.¹⁸² Herauskrystallisiert hat sich der Terminus, dass die charakteristischen Züge des vorbestehenden Werks im neuen „verblassen“ müssen.¹⁸³ Liegen die Voraussetzungen der Neugestaltung vor, so darf das Originalwerk ohne Erlaubnis des Urhebers und auch ohne Vergütung verwendet werden.¹⁸⁴ Nach der (diskutablen) Meinung von BARRELET/EGLOFF liegt keine Schranke des Urheberrechts vor, da das vorbestehende Werk gar nicht verwendet wird.¹⁸⁵

Auch in Deutschland sind die Anforderungen an eine Neugestaltung recht ähnlich: Gefordert wird ebenfalls, dass die Züge des benutzten Werks angesichts der Individualität des neuen verblassen und dass das ältere Werk lediglich als Anregung gedient hat.¹⁸⁶ OTT hält diese Voraussetzungen in einer Situation, bei der 1:1 Teile aus anderen Werken übernommen werden, also bei Mashups, für grundsätzlich nicht erfüllt.¹⁸⁷ Der geforderte Abstand kann nach deutscher Lehre und Rechtsprechung, wie zur Parodiefreiheit bereits ausgeführt (oben, 3.2.2.2.), aber auch bei einer unveränderten Übernahme von Material erreicht werden, wenn es gelingt, dem neuen Werk – trotz äusserer Übereinstimmung – derart selbstständige Züge zu verleihen, dass ein sog. „innerer“ Abstand erzeugt wird.¹⁸⁸ Dazu OTT: „Dies kann bei Mashups schon eher einmal der Fall sein.“¹⁸⁹

¹⁷⁹ In Deutschland wird synonym der Begriff „freie Benutzung“ verwendet. Diese ist in § 24 des UrhG verankert.

¹⁸⁰ SALAGEAN, S. 138.

¹⁸¹ REHBINDER, Nr. 95.

¹⁸² SALAGEAN, S. 138.

¹⁸³ Ausfluss der sog. Abstandslehre. Für viele: THOUVENIN ET AL., S. 85.

¹⁸⁴ BARRELET/EGLOFF, N 5 zu Art. 3.

¹⁸⁵ BARRELET/EGLOFF, a.a.O.

¹⁸⁶ OTT, K&R, S. 625.

¹⁸⁷ OTT, K&R, a.a.O.

¹⁸⁸ BGH, Urteil vom 20. März 2003 – IZR 117/00 „Gies-Adler“, S. 11; OTT, K&R, a.a.O.

¹⁸⁹ OTT, K&R, a.a.O.

Zum schweiz. Recht ist zu dieser Thematik bei WEGENER in Bezug auf Remixes¹⁹⁰ Folgendes zu lesen: Eine Neugestaltung dürfte bei einem Remix in den seltensten Fällen gegeben sein, ist aber nicht absolut ausgeschlossen. Hat sich der Remix derart weit vom Original entfernt, dass die Überbleibsel desselben kaum mehr erkennbar sind, sei es, weil sie stark verändert oder weil nur rudimentäre Elemente einzelner Spuren verwendet wurden und ist die neue, eigenständige Gestaltung im Remix deutlich hörbar, so liegt eine Neugestaltung vor.¹⁹¹ Da die Tätigkeiten von Remix- und Audio-Mashup-Artisten identisch sind (vgl. oben, 2.1. und 2.2.), kann die Aussage mindestens im Audibereich 1:1 auf Mashups übertragen werden. Demzufolge dürften die wenigsten Audio-Mashups als Neugestaltungen gelten, da das verwendete Tonmaterial oft zu lange, zu wenig verarbeitet und schlicht erkennbar ist (und bleibt). Ausnahmen können bestehen, wenn, wie z.B. bei der Instrumentalspur von DJ Danger Mouse, wenige Sekunden herausgeschnitten und geloopt werden, sodass die entnommene Sequenz von irgendeiner Band stammen könnte. Bei der Verwendung von Gesang wird es allerdings schwieriger, wenn nicht unmöglich.

Noch weniger aussichtsreich scheint die Situation bei Video-Mashups: Müssen Film- oder Videosequenzen derart kurz sein oder verändert werden, dass sie kaum mehr erkennbar sind, dürften sie zur Verarbeitung nicht mehr taugen.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob, analog dem deutschen Recht, der geforderte Abstand vom Neuwerk zum Original trotz 1:1-Übernahme von Werkteilen durch Erlangung eines inneren Abstandes erzeugt werden könnte. Hier könnten allenfalls die Grundsätze zur Transformative Use (oben, 3.1.3.2.1.1.) herangezogen werden: Demnach würde ein innerer Abstand bejaht, wenn das Mashup im Verhältnis zum Original transformativ ist, also einen ganz anderen Zweck verfolgt. Ein Bsp. eines möglichen Zwecks wäre die Kritik: Im „Hillary 1984“-Video werden Ausschnitte eines Apple-Werbepots sowie einer Präsidentschaftskampagnenrede von Hillary Clinton verwendet.¹⁹² Während die Originale Zwecke der Werbung und der Wahlpropaganda verfolgen, übt das Mashup Kritik an der Wahlkandidatin. Der „Transformative Use“-Gedanke könnte also, insb. wenn Material in unveränderter Form übernommen wird, dabei behilflich sein, den Terminus „verblasen“ zu konkretisieren. Etwa nach der Faustregel: Je transformativer die Verwendung, desto eher verblasst das zugrunde liegende Werk.

¹⁹⁰ WEGENER definiert den Begriff „Remix“ leicht anders als POTE und VEASMAN (oben, 2.2.). Nach ihm spricht man von einem Remix, wenn eine bestehende Aufnahme unter Anwendung von speziellen Techniken neu abgemischt wird (WEGENER, Musik und Recht, S. 374). Demzufolge ist es nach seiner Auffassung nicht nötig, dass das Material für den Remix aus verschiedenen Aufnahmen stammt.

¹⁹¹ Zum Ganzen: WEGENER, Musik und Recht, S. 382.

¹⁹² LEE, UGC, S. 1524.

Will man allerdings die deutsche Theorie des „inneren Abstandes“ bei unveränderter Übernahme für das schweiz. Recht nicht gelten lassen,¹⁹³ so bleibt es dabei, dass Mashups nur in den seltensten Fällen den Schutz der freien Benutzung erlangen werden.

3.2.2.4 Das Zitatrecht (Art. 25 URG) (insb. auch im Lichte der Kunstfreiheit)

Nach Art. 25 Abs. 1 URG dürfen veröffentlichte Werke zitiert werden, „wenn das Zitat zur Erläuterung, als Hinweis oder zur Veranschaulichung dient und der Umfang des Zitats durch diesen Zweck gerechtfertigt ist“. Das Gesetz fordert also immer einen inhaltlichen Bezug zwischen Zitat und Original.¹⁹⁴ Dieser Zitatzweck begrenzt auch den Umfang des Zitats: Es darf nur so viel zitiert werden, wie es der Zweck erfordert.¹⁹⁵ Das Zitieren eines ganzen Werkes ist daher nicht ausgeschlossen, dürfte aber eher selten sein.¹⁹⁶

Die Schranke des Zitatrechts soll der Förderung des geistigen Schaffens dienen.¹⁹⁷ Allerdings ist mittlerweile anerkannt, dass das Zitatrecht nicht nur auf wissenschaftliche Texte und dergleichen, sondern auch bei Bildern (sog. Bildzitat), Filmen (Filmzitat), ja grundsätzlich bei allen Werkkategorien anwendbar ist.¹⁹⁸ Umstritten ist dagegen, ob es sich beim Zitatmedium seinerseits um ein Werk handeln muss: REHBINDER/VIGANO verneinen dies ausdrücklich.¹⁹⁹ Das BGE hat im Urteil „Schweizerzeit“ die Gelegenheit nicht genutzt, um die Streitfrage endgültig zu entscheiden, scheint aber die Werkqualität des Zitatmediums eher als entbehrlich zu halten.²⁰⁰

Ergänzt werden die materiellen Voraussetzungen mit den formellen in Abs. 2 der Bestimmung: Danach ist das Zitat als solches zu bezeichnen und die Quelle anzugeben. Sofern in der Quelle die Urheberschaft genannt wird, ist auch diese anzugeben.²⁰¹

Mashups dürften auf den ersten Blick kaum vom Zitatrecht profitieren: Diese setzen sich nicht auf eine Art und Weise mit dem fremden Material auseinander, dass dessen Bezug zur Erläuterung, als Hinweis oder zur Veranschaulichung dient.²⁰² Vielmehr dient der Bezug reinem Selbstzweck, nämlich der Erstellung von eigenen Inhalten bzw. Werken.²⁰³ Natürlich liessen

¹⁹³ Im Schrifttum findet sich wenig zu dieser Thematik. Die Ausführungen von SALAGEAN und WEGENER lassen nicht darauf schliessen, dass sie die Theorie für das schweiz. Recht in Betracht ziehen (SALAGEAN, S. 138. f; WEGENER, Musik und Recht, S. 382).

¹⁹⁴ THOUVENIN ET AL., S. 102.

¹⁹⁵ REHBINDER/VIGANO, N 4 zu Art. 25.

¹⁹⁶ REHBINDER/VIGANO, a.a.O.

¹⁹⁷ REHBINDER, Nr. 145.

¹⁹⁸ REHBINDER/VIGANO, N 1 zu Art. 25; SALAGEAN, S. 142.

¹⁹⁹ REHBINDER/VIGANO, N 2 zu Art. 25; a.M. GASSER/MORANT, S. 233.

²⁰⁰ BGE 131 III 480 ff. (487), E. 2.1; zur gleichen Schlussfolgerung gelangen GASSER/MORANT, S. 234 und 240.

²⁰¹ Art. 25 Abs. 2 URG.

²⁰² Gl. M.: Speziell in Bezug auf das Sampling: WEGENER, Sampling, S. 267.

²⁰³ Speziell in Bezug auf das Sampling: SALAGEAN, S. 142.

sich irgendwelche Begründungen konstruieren, etwa dass das Zusammenmischen von Beatles-Songs mit Rapmusik (im Falle von DJ Danger Mouse) der Veranschaulichung der Kombinationsmöglichkeit von verschiedenen Musikstilen dient. Die Begründung scheint allerdings etwas weit hergeholt, ausserdem liesse sich ihr entgegensetzen, dass das Zitat im Verhältnis zum eigenen Beitrag untergeordnete Bedeutung haben muss, was i.c. nicht gegeben wäre.²⁰⁴ Auch die formellen Voraussetzungen dürften in den wenigsten Fällen erfüllt sein: Oft werden weder Quellen noch Urheberschaft angegeben.²⁰⁵

Damit dürfte das Zitatrecht für Mashups wenig hergeben, wäre da nicht die „Germania 3“-Entscheidung des deutschen Verfassungsgerichts.²⁰⁶ Das Gericht hatte zu beurteilen, ob die unautorisierte Verwendung von Brecht-Passagen in einem Theaterstück von Heiner Müller (GERMANIA 3 GESPENSTER AM TOTEN MANN) durch das Zitatrecht geschützt ist. Zunächst qualifizierte das Gericht das Theaterstück von Heiner Müller als Kunstwerk.²⁰⁷ Danach führte es aus, eine kunstspezifische Betrachtung i.S.v. Art. 5 Abs. 3 GG (Kunstfreiheit) verlange, dass bei der Auslegung von § 51 UrhG (Zitatrecht) „die innere Verbindung der zitierten Stellen mit den Gedanken und Überlegungen des Zitierenden über die blosser Belegfunktion hinaus auch als Mittel künstlerischen Ausdrucks und künstlerischer Gestaltung anzuerkennen“ sei.²⁰⁸ Später im Entscheid kam es zum Schluss: „Die Zulässigkeit der Verwendung des fremden Textes im Rahmen eines Kunstwerks hängt nicht davon ab, ob der Künstler sich damit „auseinander setzt“, massgeblich ist vielmehr allein, ob es sich funktional in die künstlerische Gestaltung und Intention seines Werks einfügt und damit als integraler Bestandteil einer eigenständigen künstlerischen Aussage erscheint.“²⁰⁹ Damit bejaht das BVerfG nicht nur die kunstspezifische Betrachtung von § 51 UrhG (Zitatrecht), sondern es befürwortet diese m.E. auch bei der freien Benutzung, indem es davon spricht, dass mit dem Verweben von fremdem und eigenem Text eine „eigenständige künstlerische Aussage“ erreicht wird. Obwohl die Beschwerdeführerin auch die Verletzung von § 24 UrhG (freie Benutzung) gerügt hat, nimmt das Gericht dazu explizit keine Stellung, weshalb offen bleibt, ob meine These richtig ist und damit, ob das Gericht eine kunstspezifische Betrachtung und Auslegung auch bei der freien Benutzung und bei den Schranken des UrhG überhaupt befürwortet.

²⁰⁴ Zum Erfordernis der „untergeordneten Bedeutung“: REHBINDER/VIGANO, N 3 zu Art. 25.

²⁰⁵ So etwa beim „Hillary 1984“-Video. Anders bei DJ Danger Mouse, welcher die Quellen offenlegt.

²⁰⁶ Deutsches Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 29.6.2000 (BVerfG, 1 BvR 825/98).

²⁰⁷ BVerfG, 1 BvR 825/98, E. B.I.1.a.

²⁰⁸ BVerfG, 1 BvR 825/98, E. B.I.1.c.aa.

²⁰⁹ BVerfG, 1 BvR 825/98, E. B.I.1.c.bb.

Trotz dieses Urteils hat der deutsche BGH mit seinem „Gies-Adler“-Entscheid²¹⁰ drei Jahre später ein Urteil erlassen, welches in einem gewissen Spannungsverhältnis zu Ersterem steht.²¹¹ Zwar erging der Entscheid nicht zum Zitatrecht, sondern zur Parodiefreiheit.²¹² Das Gericht betonte, dass das Urheberrecht die daraus entstehenden Befugnisse abschliessend regle und der Gesetzgeber darin eine verfassungsrechtliche Güter- und Interessenabwägung zu den Interessen der Allgemeinheit an möglichst uneingeschränktem Zugang zu geschützten Werken bereits vorgenommen habe.²¹³ Daher verbleibe für eine der urheberrechtlichen Prüfung nachgeschaltete Güter- und Interessenabwägung kein Raum.²¹⁴ An späterer Stelle räumte das Gericht zwar ein, dass eine allgemeine Güter- und Interessenabwägung im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung möglich sei, dem Gericht bei klarem Wortlaut aber die Hände gebunden seien und es alleinige Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts sei, eine allfällige Verfassungswidrigkeit der betreffenden Normen festzustellen.²¹⁵ Dennoch dürfte der Entscheid voreilige Hoffnungen bezüglich einer kunstspezifischen Betrachtung des Urheberrechts dämpfen.

In der Schweiz besteht kein Entscheid, welcher sich ausschliesslich mit diesem Thema beschäftigt. Im Urteil „Schweizerzeit“ hat sich das BGer jedoch zum Verhältnis zwischen dem Urheberrecht und den Grundrechten geäussert: Danach hat der Gesetzgeber mit Ersterem bereits einen Ausgleich zwischen den gegensätzlichen Interessen getroffen und damit Kollisionssachverhalte geregelt.²¹⁶ Ein allfälliges Spannungsverhältnis zwischen den Grundrechten und Art. 25 URG (Zitatrecht) könne bei der Auslegung und Anwendung berücksichtigt werden (i.S. einer verfassungskonformen Auslegung).²¹⁷ Die Ausführungen erinnern an jene des deutschen BGHs.

Doch was heisst das nun für Mashups? Folgt man der Argumentation des deutschen BVerfGs, so kann bei Werken mit künstlerischer Gestaltung und künstlerischem Ausdruck auf die Voraussetzung der Belegfunktion verzichtet und dennoch Schutz des Zitatrechts erlangt werden. Für das schweiz. Recht würde das heissen, dass der „inhaltliche Bezug“ entfallen könnte.²¹⁸

²¹⁰ BGH, Urteil vom 20. März 2003 – IZR 117/00 „Gies-Adler“.

²¹¹ Vgl. dazu auch: POLL, S. 512 f.

²¹² Zu beurteilen war die karikaturistische Verwendung des seit 1955 bis zu dessen Neubau im deutschen Bundestag hängenden Bundestags-Adlers („Gies-Adler“) des Bildhauers Ludwig Gies.

²¹³ BGH, Urteil vom 20. März 2003 – IZR 117/00 „Gies-Adler“, S. 7 f.

²¹⁴ BGH, Urteil vom 20. März 2003 – IZR 117/00 „Gies-Adler“, S. 8.

²¹⁵ BGH, Urteil vom 20. März 2003 – IZR 117/00 „Gies-Adler“, S. 9.

²¹⁶ BGE 131 III 480 ff. (490), E. 3.1; REHBINDER/VIGANO, N 5 zu Art. 25 begrüssen diese Auffassung, leider ohne Begründung.

²¹⁷ BGE 131 III 480 ff. (490), E. 3.1.

²¹⁸ Da gemäss h.L. das Zitatrecht auf alle Werkkategorien anwendbar ist (vgl. oben, Fn. 198), könnten auch Mashups davon profitieren.

Vorausgesetzt wäre allerdings, dass es sich bei den Neuwerken um Kunstwerke handelt. Darüber, ob Mashups als solche zu qualifizieren sind, herrscht keine Einigkeit: Die Beurteilungen reichen von „Kunst“ bis „Crap“ (Mist).²¹⁹ Eine umfassende Betrachtung dieser Frage würde den Umfang dieser Arbeit sprengen (nicht zuletzt auch wegen der Problematik, welche der Kunstbegriff bereits als solcher im rechtlichen Kontext verursacht).²²⁰ Sicherlich lässt sich die Frage auch nicht generell für Mashups beantworten, sondern wäre im Einzelfall zu entscheiden. Die Diskussion, welche insb. in den USA die Gemüter erhitzt, wird gegen das Ende dieser Arbeit (unten, 5.1.) noch einmal aufgegriffen.

Insgesamt würde einer kunstspezifischen Betrachtung des Zitatrechts, wie sie das BVerfG für das deutsche Recht vorgenommen hat, auch in der Schweiz nichts entgegenstehen. Die Ausführungen des Bundesgerichts lassen aber vermuten, dass es kaum gewillt ist, eine solche für das hiesige Recht in Erwägung zu ziehen.²²¹ Für Mashups bedeutet das, dass sie – gemäss den obigen Ausführungen – kaum von der Schranke des Zitatrechts profitieren können.

3.2.3 Zwischenfazit für das schweizerische Recht

Im schweiz. Recht zeichnet sich ein ähnliches Bild ab wie im amerikanischen: Die wenigsten Schrankenbestimmungen scheinen für Mashups einschlägig zu sein. Die Neugestaltung greift nur unter der – spekulativen – Voraussetzung, dass die Gerichte die Theorie des „inneren Abstandes“ befürworten. Das Zitatrecht scheitert an der Voraussetzung des inhaltlichen Bezugs, es sei denn, das BGer würde eine kunstspezifische Betrachtung dieser Schranke oder des Urheberrechts insgesamt unterstützen. Einzig die Parodiefreiheit scheint – im Unterschied zum amerik. Recht – ein einigermaßen verlässlicher Anker für parodistisch/satirische Mashups zu sein.

4 Zur Zulässigkeit von Website Mashups

4.1 Zur Zulässigkeit nach amerikanischem Recht

4.1.1 Vorbemerkungen

Bei Website- bzw. Software-based Mashups stellen sich andere Fragen als bei Audio- und Video-Mashups, weshalb sie separat betrachtet werden. Problematisch ist hier weniger, dass Teile von fremden Programmen für eigene Kreationen verwendet werden, dies geschieht in der Regel im legalen Rahmen, indem APIs durch Lizenzvereinbarungen zur Verfügung ge-

²¹⁹ POTE, S. 653.

²²⁰ Vgl. dazu ausführlich: CHRISTOPH BEAT GRABER, Der Kunstbegriff des Rechts im Kontext der Gesellschaft, in: BERTIL COTTIER (Hrsg.), *Liberté de l'art et indépendance de l'artiste*, Genf etc. 2004, S. 91 ff.

²²¹ BGE 131 III 480 ff. (490), E. 3.1.

stellt werden (vgl. oben, 2.4.). Heikel ist vielmehr die Situation, bei der durch die Kombination von mehreren Webseiten urheberrechtlich geschütztes Material auf das Mashup gelangt und dies vielleicht sogar ohne dass der Mashup-Programmierer es merkt.²²² Ein Beispiel wäre, wenn ein Website-Programmierer das API von YouTube in seine Seite einbaut: Haftet er für die illegal hochgeladenen Videos bei YouTube? Vervielfältigt er diese? Macht er sie öffentlich zugänglich? Tatsache ist, dass nicht er selber das problematische Material aufs Netz lädt, die illegale Handlung geschieht vielmehr früher, nämlich im Zeitpunkt, in dem die Nutzer die betreffenden Videos hochladen.²²³ Die Frage ist jener ähnlich (aber nicht identisch), ob Plattformbetreiber für die illegalen Handlungen ihrer Nutzer gerade stehen müssen.

Der Copyright Act nennt namentlich nur die direkte Haftung für Urheberrechtsverletzungen.²²⁴ Die Rechtsprechung anerkennt aber auch die indirekte/mittelbare (sog. „secondary liability“) und hat dazu zahlreiche Grundsätze entwickelt.²²⁵

Im Einzelnen:

4.1.2 Formen der Haftung

4.1.2.1 *Primary bzw. Direct Liability*

Der Mashup-Programmierer kombiniert – wie bereits ausgeführt – die verschiedenen Webseiten mittels Verbindung der einzelnen APIs (oben, 4.1.1). Möglich ist allerdings auch, dass ein Mashup auf Inhalte anderer Websites zurückgreift, ohne mit diesen durch APIs verbunden zu sein: Dies geschieht mittels eines „Embedded Links“, was nichts anderes als die moderne Bezeichnung für einen „Inlinelink“ ist.²²⁶

Das Setzen von Inlinelinks beeinträchtigt nach amerik. Rechtsprechung die Verwertungsrechte der Urheber nicht: In „Perfect 10“ hielt das Gericht fest, dass weder das Public Display-, noch das Distribution Right verletzt würden, mit der Begründung, dass der Webseitenbetreiber den Besucher mittels des Inlinelinks lediglich zum Ort führe, wo die gewünschte Information abgespeichert sei, es aber letztendlich der Betreiber dieses Orts sei, welcher das Material verbreite.²²⁷

²²² Vgl. VEASMAN, S. 326.

²²³ VEASMAN, S. 328.

²²⁴ VEASMAN, S. 319.

²²⁵ VEASMAN, a.a.O.

²²⁶ OTT, K&R, S. 625; OTT, ZUM, S. 557; anders als bei einem Hyperlink wird der Besucher beim Inlinelink nicht auf die angeklickte Seite geleitet, sondern der gewünschte Inhalt wird vom Browser des Besuchers direkt heruntergeladen. Dabei merkt der Besucher i.d.R. nicht, dass der Inhalt von einer anderen Website stammt, da dieser im Umfeld der Website erscheint, auf der sich der Besucher gerade befindet (SCHWEIZER, S. 250).

²²⁷ Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146 (1157 ff.) (9th Circuit 2007); a.M. noch Kelly v. Arriba Soft., 280 F.3d 934 (9th Circuit 2002), wo festgehalten wurde, dass Inlinelinking das Public Display Right

Anders liegt die Sache selbstverst. dort, wo der Mashup-Programmierer das geschützte Material selber vervielfältigt und in seine Webseite integriert. In diesem Fall gilt er als „Direct-Infringer“.²²⁸

Noch einmal anders liegt die Sache, wenn die Webseiten durch APIs kombiniert werden: Hier dürfte es darauf ankommen, ob mit der Vernetzung tatsächlich auch (urheberrechtlich geschützte) Inhalte kopiert werden. Doch selbst wenn dem so sein sollte, ist zu beachten, dass die amerik. Rechtsprechung für eine direkte Verletzung des Reproduction Rights zusätzlich „Volition“, also ein Willenselement, verlangt.²²⁹ Das bedeutet, dass wenn die Kopiertätigkeit einer Person gar nicht im Zentrum ihres Willens steht, dies nicht zur Verletzung des Reproduction Rights führen soll.²³⁰ Zwar setzt eine Verletzung kein Wissen oder Vorsatz diesbezüglich voraus, verlangt wird aber, dass ein Verhalten grundsätzlich geeignet sein muss, um eine Verletzung zu bewirken.²³¹ Beim Erstellen eines Website-Mashups entscheidet der Programmierer, welche APIs er für seine Zwecke kombinieren möchte, sein Wille ist daher nicht auf eine mit dieser Tätigkeit allenfalls verbundene Vervielfältigung irgendwelcher (illegalen) Inhalte gerichtet, sondern einzig auf das Kreieren einer neuen Anwendung.²³² Eine in diesem Rahmen erstellte Vervielfältigung dürfte daher keine direkte Haftung begründen. Beim oben beschriebenen Fall, bei dem der Programmierer aber bewusst ein bestimmtes Bild oder Video in seine Seite kopiert, ist m.E. das Willenselement durchaus gegeben.

4.1.2.2 *Secondary Liability*

4.1.2.2.1 Vicarious Liability (Stellvertretende Verantwortlichkeit)

Das Rechtsinstitut der „Vicarious Liability“ stammt ursprünglich von den sog. „Dance Hall Cases“, bei denen Betreiber von Tanz- und Unterhaltungslokalen für urheberrechtsverletzende Aufführungen in ihren Lokalitäten verantwortlich gemacht wurden.²³³ Die Rechtsprechung verlangt zwei Voraussetzungen, um mittelbare Haftung zu begründen: Erstens muss der mittelbar Handelnde – im Beispiel der Dance Hall-Betreiber – in der Lage sein, das Verhalten des (verletzenden) Dritten zu überwachen und zu kontrollieren.²³⁴ Zweitens muss er ein direktes finanzielles Interesse an der Aktivität des Dritten haben, wobei die Hoffnung auf spätere

verletze. Das Urteil wurde in dieser Form allerdings aus prozessualen Gründen zurückgenommen (Kelly v. Arriba Soft., 336 F.3d 811 (9th Circuit 2003)).

²²⁸ Vgl. 17 U.S.C. § 106.

²²⁹ OTT, GRUR, S. 564; VEASMAN, S. 326 f.

²³⁰ VEASMAN, a.a.O.

²³¹ VEASMAN, a.a.O.

²³² VEASMAN, a.a.O.

²³³ VEASMAN, S. 319.

²³⁴ OTT, GRUR, S. 565; VEASMAN, S. 319 f.

Monetarisierung genügt.²³⁵ In *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* hat der 9th Circuit Court das Institut auch auf Computerprogramme ausgedehnt.²³⁶ Das Gericht hat die Internetmusiktauschbörse „Napster“ der mittelbaren Verletzung des Copyright Laws für schuldig befunden, mit der Begründung, dass diese die Möglichkeit gehabt hätte, illegale Aktivitäten ihrer Nutzer durch deren Ausschluss zu unterbinden.²³⁷ Auch ein finanzielles Interesse von Napster bejahte das Gericht insb. im Hinblick auf grössere künftige Einkünfte, welche sich mit einer grösseren Benutzerschaft generieren liessen.²³⁸

Website Mashup-Programmierer dürften der Haftung durch Vicarious Liability meist entgehen: Sie haben keine Möglichkeit, die Nutzer der ursprünglichen Webseiten zu überwachen, geschweige denn zu kontrollieren bzw. deren Tätigkeit zu unterbinden.²³⁹ Mashups „docken“ zwar mittels API an die Plattformen der verwendeten Websites an, haben aber auf deren Inhalte keinerlei Einfluss.²⁴⁰ Dasselbe gilt auch bei Verbindung mittels Inlinelink: Entfernt der Betreiber der ursprünglichen (verlinkten) Webseite deren Inhalt, so kann dies der Setzer des Inlinelinks nicht verhindern.²⁴¹ Umgekehrt kann er jedoch auch den Inhalt der darunterliegenden Seite nicht eigenhändig entfernen.

Gemäss VEASMAN ist auch die Voraussetzung des finanziellen Interesses nicht erfüllt, da Mashups i.d.R. kein Geld generieren und höchstens die Betreiber der ursprünglichen Webseiten ein direktes finanzielles Interesse an der verletzenden Tätigkeit haben, da die Aufmerksamkeit der Mashup-Besucher auf deren Seiten gelenkt wird.²⁴² Diese Ansicht ist mindestens diskutabel, denn auch Mashups können durch Werbeeinnahmen Geld generieren und kassieren offenbar gelegentlich auch „collecting fees“ für das Weiterleiten von Kundschaft an E-commerce-Seiten.²⁴³ Die Möglichkeit, dass ein Gericht dies als finanzielles Interesse genügen liesse, ist immerhin gegeben.

Eine weitere Verteidigungsmöglichkeit gegen eine Vicarious Liability wird im „Piggy Backing“ gesehen (dazu ausführlich unten, 4.1.3.).

²³⁵ OTT, a.a.O.; VEASMAN, a.a.O.

²³⁶ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Circuit 2001).

²³⁷ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (1024) (9th Circuit 2001).

²³⁸ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (1023) (9th Circuit 2001).

²³⁹ So auch: VEASMAN, S. 330.

²⁴⁰ VEASMAN, a.a.O.

²⁴¹ OTT, ZUM, S. 559.

²⁴² VEASMAN, S. 330 f.

²⁴³ Vgl. dazu den Internetartikel von HOF.

4.1.2.2 Contributory Liability (Verantwortlichkeit durch Mitwirkung)

Mitwirkende Verantwortlichkeit ist gegeben, wenn eine natürliche oder juristische Person die verletzende Handlung wissentlich veranlasst oder dazu beiträgt.²⁴⁴ In „Napster“ z.B. konnte das Gericht nachweisen, dass sich Napster bewusst war, dass seine Nutzer urheberrechtlich geschützte Musik austauschten und dass Napster zu dieser Aktivität nicht unerheblich beitrug, indem es die betreffenden Musiktitel auf dem eigenen System speicherte und so den Tausch erst ermöglichte.²⁴⁵

Contributory Liability ist aber auch gegeben, wenn der Beitrag zur verletzenden Handlung im Zurverfügungstellen des notwendigen Werkzeugs oder Materials besteht.²⁴⁶ Mashup-Programmierer dürften unter diesem Aspekt seit der „Sony Betamax Doktrin“ allerdings wenig zu befürchten haben: In *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.* hatte der Supreme Court zu beurteilen, ob Sony sich der Contributory Liability schuldig machte, weil dessen Betamax-Videorecorder die Fähigkeit besaßen, geschützte Fernsehsendungen der Universal Studios aufzuzeichnen.²⁴⁷ Die Frage wurde verneint, weil die Videorecorder auch umfassende, urheberrechtlich unbedenkliche Gebrauchsmöglichkeiten boten.²⁴⁸ Auch Website-Mashups werden über einen nicht unerheblichen Anteil legaler Nutzungsmöglichkeiten verfügen, weshalb eine indirekte Verantwortlichkeit in diesem Bereich kaum in Frage kommt.

Doch auch im ersten Fall der wissentlichen Veranlassung bzw. des wissentlichen Beitrags dürfte eine Verantwortlichkeit ausscheiden: Die verletzende Aktivität findet i.d.R. nicht auf der Webseite des Mashups statt, sondern auf den inkorporierten Webseiten.²⁴⁹ Selbst wenn der Mashup-Programmierer um urheberrechtlich bedenkliche Aktivitäten auf den für das Mashup verwendeten Webseiten wissen sollte, veranlasst er diese Handlungen nicht und liefert auch keinen aktiven Beitrag dazu (wie z.B. Napster es tat).²⁵⁰ Das Wissen um diese Aktivitäten allein genügt nicht.²⁵¹

4.1.2.3 Inducement Liability (Verantwortung durch Setzen eines Anreizes)²⁵²

Inducement Liability ist eigentlich nichts anderes als eine Präzisierung zur Contributory Liability: Im Jahre 2005 bot sich dem Supreme Court die Gelegenheit, sich in *MGM v. Grokster*

²⁴⁴ OTT, GRUR 07, S. 20; VEASMAN, S. 320 f.

²⁴⁵ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (1020) (9th Circuit 2001).

²⁴⁶ OTT, GRUR 07, S. 20; VEASMAN, S. 320.

²⁴⁷ *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

²⁴⁸ *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (455) (1984).

²⁴⁹ VEASMAN, S. 332.

²⁵⁰ VEASMAN, a.a.O.

²⁵¹ *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (439) (1984).

²⁵² Die Übersetzung stammt vom Verfasser und hat keinen offiziellen Charakter.

zu seiner „Sony Betamax Doktrin“ zu äussern.²⁵³ Die Firma Grokster stellte sog. Peer-to-Peer-Software her, welche sich für das Tauschen von (illegalen) Inhalten eignete und strich dies auch hervor.²⁵⁴ Das Gericht führte aus, dass „where an article is good for nothing else but infringement, (...) there is no public interest in its unlicensed availability“.²⁵⁵ Es hielt weiter fest, dass ein Schutz durch den DMCA²⁵⁶ ausscheide, wenn ein Unternehmen nachweislich unrechtmässige Absichten verfolge bzw. Schädigungen geradezu beabsichtige und strich so den Unterschied zu „Sony“ hervor.²⁵⁷

Für Website-Mashups bedeutet das, dass sie so lange nichts zu fürchten haben, als sie vorwiegend urheberrechtlich unbedenkliche Funktionen beinhalten, was wohl für den allergrössten Teil zutrifft. Erst wenn vorwiegend unrechtmässige Funktionen im Zentrum stehen, dürfte eine Schädigungsabsicht bejaht werden. Zu denken wäre vielleicht an ein Mashup, welches durch APIs mit verschiedenen Videoplattformen verbunden ist und dessen einzige Funktion es ist, nach noch unveröffentlichtem Filmmaterial zu suchen.

4.1.3 „Piggy Backing“ für Website Mashups?

Im Jahre 1998 verabschiedete der amerik. Kongress mit dem Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ein Gesetz, welches einen Kompromiss zwischen den widerstrebenden Interessen von Copyright-Inhabern und der Online-Gesellschaft im digitalen Zeitalter darstellen sollte.²⁵⁸ Das Gesetz regelt das Copyright Law materiell allerdings nicht neu, sondern gewährt gewissen Akteuren im Internet, insb. Service-Providern, Haftungsbefreiungen, sofern sie die vorgesehenen Verhaltensregeln einhalten.²⁵⁹ Man spricht in diesem Zusammenhang von der „Save Harbor-Doktrin“.²⁶⁰ „Piggy Backing“ bedeutet oder wirft vielmehr die Frage auf, ob Website-Mashups vom Schutz des DMCA profitieren können, sofern sich der Service-Provider der darunter liegenden (vom Mashup verwendeten) Website erfolgreich darauf beruft.²⁶¹ Mit anderen Worten, ob sich der Schutz der ursprünglichen Website auch auf das Mashup erstreckt.

Service Provider können sich – wie bereits angedeutet – einer Haftung für auf ihren Servern gespeicherte illegale Inhalte ihrer Nutzer entziehen. Als Voraussetzungen für eine Haftungsbe freiung verlangt der DMCA, dass ein Provider: (1) Keine aktuelle Kenntnis von rechtsver-

²⁵³ Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. 545 U.S. 913 (2005).

²⁵⁴ Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. 545 U.S. 913 (913 ff.) (2005).

²⁵⁵ Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. 545 U.S. 913 (932) (2005).

²⁵⁶ Digital Millennium Copyright Act, dazu sogleich, unten, 4.1.3.

²⁵⁷ Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. 545 U.S. 913 (934 f.) (2005).

²⁵⁸ VEASMAN, S. 323.

²⁵⁹ VEASMAN, S. 324.

²⁶⁰ VEASMAN, S. 323.

²⁶¹ VEASMAN, S. 324.

letzenden Inhalten hat, (2) keine Umstände kennt, aus denen sich rechtsverletzende Handlungen offensichtlich ergeben, (3) bei Erlangung der Kenntnis solcher Inhalte diese sofort entfernt, (4) keine finanziellen Vorteile aus den rechtsverletzenden Aktivitäten zieht, im Falle, dass er das Recht und die tatsächliche Möglichkeit hat, diese zu kontrollieren und (5) einen speziellen Agenten bestimmt, welcher Notifikationen von Verletzungstatbeständen auf seinem System entgegennimmt.²⁶² Ergänzt wird die Bestimmung mit zwei allgemeinen Voraussetzungen, wonach ein Service Provider: (1) Nutzungsbedingungen vereinbaren muss, welche einen Ausschluss von Nutzern bei wiederholten Rechtsverletzungen vorsehen und (2) dem technischen Stand entsprechende Vorrichtungen installiert, welche das Filtern von rechtswidrigen Inhalten bewirken.²⁶³

Im Zusammenhang mit diesen Voraussetzungen sind jedoch längst nicht alle Fragen geklärt. Ein diesbezüglich mit Spannung erwartetes Urteil (die Haftung von YouTube für durch seine Nutzer hochgeladenes, illegales Videomaterial), welches auch in Bezug aufs Piggy Backing für Mashups interessante Anhaltspunkte beinhaltet, hat kürzlich die erste Instanz durchlaufen.²⁶⁴ Einzelrichter Stanton hatte sich dabei mit der Frage zu beschäftigen, ab wann ein Unternehmen „aktuelle Kenntnis“ von illegalen Inhalten hat und wann „Umstände“ vorliegen, aus denen sich verletzende Handlungen offensichtlich ergeben.²⁶⁵ Er kam zum Schluss, dass der DMCA ein spezifisches Wissen verlange und ein bloss allgemeines Wissen nicht genüge.²⁶⁶ Den Service Providern könne auch nicht zugemutet werden, unter Millionen von hochgeladenen Dateien zu suchen, wenn nicht klar sei, um welche Datei es sich genau handle.²⁶⁷ Seiner Ansicht nach genüge die von Viacom im Rahmen des „Notice and Take Down“-Verfahrens getätigte Notifikation den Anforderungen der Spezifikation nicht.²⁶⁸ Eine andere Frage, welche gerade im Zusammenhang mit Mashups sehr interessant wäre, nämlich die Frage des finanziellen Vorteils (vgl. oben, 4.1.2.2.1.), hat Richter Stanton leider offen gelassen: Gemäss OTT könnte ein finanzieller Vorteil aus der rechtsverletzenden Aktivität dann bejaht werden, wenn sich der Anbieter allein mit Werbeeinnahmen finanziert, da mit den illegalen Inhalten die Attraktivität des Portals gesteigert wird und so mehr Einnahmen generiert werden können.²⁶⁹ Richter Stanton hat die Thematik zwar kurz erwähnt, die Frage aber mit dem Hinweis offen gelassen, dass sie im vorliegenden Verfahren keine Rolle spiele, weil die

²⁶² 17 U.S.C. § 512 (c).

²⁶³ 17 U.S.C. § 512 (i).

²⁶⁴ Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc., 07 Civ. 2103 (Southern District New York 2010).

²⁶⁵ Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc., 07 Civ. 2103 (Southern District New York 2010), S. 7 ff.

²⁶⁶ Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc., 07 Civ. 2103 (Southern District New York 2010), S. 15.

²⁶⁷ Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc., 07 Civ. 2103 (Southern District New York 2010), S. 16.

²⁶⁸ Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc., 07 Civ. 2103 (Southern District New York 2010), S. 20.

²⁶⁹ OTT, GRUR, S. 568.

Prüfung auf Grund der ungenügenden Spezifikation von Viacom gar nicht bis zu diesem Punkt gelange.²⁷⁰ (Im Ergebnis hat Richter Stanton YouTube den Schutz durch den DMCA übrigens gewährt).²⁷¹

Die Schwierigkeiten, die mit der Auslegung und Anwendung obiger Voraussetzungen verbunden sind, stehen hier aber nicht im Vordergrund, vielmehr interessiert, ob ein Mashup von der Haftungsbefreiung einer inkorporierten Webseite profitieren kann.

VEASMAN vertritt diese Ansicht und basiert ihre Überlegungen auf dem von der Rechtsprechung entwickelten Grundsatz: „There is no secondary liability without primary liability“.²⁷² Sie zeigt auf, dass die erfolgreiche Berufung einer API zurverfügungstellenden Firma auf Safe Harbor die Kausalkette unterbricht und damit, basierend auf obigem Grundsatz, eine Vicarious Liability für ein Website-Mashup ausscheidet.²⁷³ Allerdings übersieht die Autorin möglicherweise, dass, nur weil die Betreiberin der originären Website sich auf Safe Harbor beruft, dies noch lange nicht heisst, dass keine Primary Liability existiert: Da ist immer noch der Nutzer, der das rechtlich geschützte Material aufs Netz geladen hat und dieser ist u.U. sehr wohl „primary liable“. Dennoch hat der Ansatz einiges für sich. Vergleicht man die Situation mit derjenigen von Inlinelinks, so fällt auf, dass Ähnlichkeiten bestehen: Zwar ist ein Website-Mashup i.d.R. nicht bloss durch einen Link, sondern mittels API mit der originären Webseite verbunden. Doch die Inhalte sind auch bei der Verbindung durch API primär, wenn nicht ausschliesslich, auf den Servern der originären Website gespeichert und werden, sofern abgerufen, von dort übertragen. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb Website-Mashups diesbezüglich nicht gleich behandelt werden sollten wie Inlinelinks. Dort, pro memoria, war in „Perfect 10“ das Gericht der Ansicht, dass weder das Public Display- noch das Distribution Right tangiert seien (vgl. oben, 4.1.2.1.). Dies müsste m.E. mindestens im Fall gelten, in dem bei der Erstellung des Mashups keine Inhalte (sondern nur Programmfunktionen) kopiert werden. Ob bei dieser Argumentation der Umweg über das Piggy Backing noch nötig ist, sei freilich dahingestellt.

VEASMAN verfiht das Piggy Backing überdies mit dem Argument, dass auch Website-Mashups befreit sein sollten, wenn bereits die originären Websites einer indirekten Haftung entgehen können, da Erstere „less culpable“ seien.²⁷⁴ Der Ansicht ist im Grundsatz zuzustimmen. Allerdings stellt sich für mich damit die Frage, ob auch Website-Mashups gewisse Vor-

²⁷⁰ Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc., 07 Civ. 2103 (Southern District New York 2010), S. 25 f.

²⁷¹ Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc., 07 Civ. 2103 (Southern District New York 2010), S. 30.

²⁷² VEASMAN, S. 329, 331.

²⁷³ VEASMAN, S. 331.

²⁷⁴ VEASMAN, S. 335.

aussetzungen des DMCA erfüllen sollten, um von der Haftungsbefreiung zu profitieren. Sicherlich können sie illegale Inhalte nicht entfernen, da sie dazu, ähnlich einem Inlinelinksetzer, gar nicht in der Lage sind. Doch wären leicht abgeänderte Bedingungen vorstellbar. Etwa eine Benachrichtigungspflicht an die Adresse des Betreibers der originären Website bei aktueller Kenntnis von Verletzungstatbeständen, insb. dann, wenn das Mashup durch die Vernetzung mit der anderen Seite finanziell profitiert. (Aus diesem Grund wäre auch eine Stellungnahme von Richter Stanton zur Thematik der finanziellen Vorteile durch Werbeerträge interessant gewesen). Auf diese Weise könnte einem Piggy Backing selbst dann mit gutem Gewissen zugestimmt werden, wenn irgendwo noch eine Primary Liability bestehen sollte. Meine Ansicht basiert auch auf der Überlegung, dass im Falle einer Inducement Liability, also wenn der Mashup-Betreiber Schädigungsabsichten verfolgt (vgl. dazu das Bsp. oben, 4.1.2.2.3.), ein Piggy Backing ausgeschlossen sein sollte, da dieser dann nicht „less culpable“ als der Betreiber der originären Seite ist.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Piggy Backing insb. unter Fairnessaspekten (Fälle von Inducement Liability ausgenommen) einen interessanten Ansatz darstellt. Meines Wissens haben die Gerichte dazu allerdings noch nie Stellung bezogen, weshalb eine Verteidigungsstrategie einzig darauf basierend womöglich nicht ratsam wäre.

4.1.4 Zwischenfazit zum amerik. Recht

Insgesamt ergibt sich bei Website-Mashups ein weniger tristes Bild als bei Audio- und Video-Mashups. Eine direkte Verantwortlichkeit eines Programmierers oder Betreibers kommt nur dann in Betracht, wenn er geschützte Inhalte selber vervielfältigt und direkt ins Mashup integriert *und* dabei das Willenselement der Volition erfüllt. Indirekte Verantwortlichkeiten scheitern an Gründen wie fehlende Möglichkeit der Überwachung bzw. Kontrolle, fehlendes finanzielles Interesse (Vicarious Liability), Nichtvorliegen einer Veranlassung zu illegalen Handlungen, fehlender Beitrag oder fehlender materieller Beitrag (Contributory Liability). Einzig bei Schädigungsabsicht kommt eine Inducement Liability in Betracht. Daneben existiert eine weitere Verteidigungsmöglichkeit durch Piggy Backing.

4.2 Zur Zulässigkeit nach schweizerischem Recht

4.2.1 Vorbemerkungen

Die Analyse der Zulässigkeit nach schweiz. Recht gestaltet sich erheblich schwieriger als jene des amerik. Rechts: Gleich dem amerik. Copyright Act äussert sich auch das URG nicht darüber, ob es auch den indirekten Verletzer von Urheberrechten verantwortlich machen möch-

te.²⁷⁵ Ungleich dem amerik. Recht existiert zu diesem Thema in der Schweiz aber keine reichhaltige Rechtsprechung, welche herangezogen werden könnte. Auch ein Blick nach Deutschland verschafft keine Abhilfe: Deutschland kennt die – im schweiz. Zivilrecht nicht existente²⁷⁶ – Störerhaftung und hat im in Umsetzung der Informationsrichtlinie geschaffenen Telemediengesetz (TMG) – mindestens einigermaßen – klare Verhaltensregeln formuliert, durch deren Einhaltung eine indirekte Haftung verhindert werden kann.²⁷⁷

Nebst einer direkten (nach URG) käme eine indirekte Haftung eines Mashup-Programmierers nach schweiz. Recht sicher dann in Betracht, wenn sie sich auf Art. 41 ff. OR, die „Grundnorm“ des schweiz. ausservertraglichen Haftpflichtrechts, stützen könnte.

Wie bereits erwähnt, hat die Situation eines Website-Mashup-Programmierers einerseits Ähnlichkeiten mit derjenigen eines Providers (oben, 4.1.1.) und andererseits mit derjenigen eines Inlinelink-Setzers (oben, 4.1.3.). Im Folgenden soll – auf Grund der spärlichen Literatur diesbezüglich – versucht werden, von Bekanntem auf Unbekanntes zu schliessen, indem die Analogien detailliert untersucht werden.

4.2.2 Situation bei der Verlinkung mittels Inlinelink

Wie oben gezeigt (4.1.2.1.), können fremde Inhalte bei Website-Mashups nicht nur mittels APIs, sondern auch mittels Verbindung durch Inlinelinks inkorporiert werden. Nach jüngster amerik. Rechtsprechung ist das Setzen von Inlinelinks erlaubt, da damit weder das Public Display- noch das Distribution Right verletzt würden (oben, 4.1.2.1.).

Der Grossteil der Schweizer Autoren sieht die Sache jedoch anders, argumentiert wird verschiedentlich: BU sieht das Recht zur Wahrnehmbarmachung tangiert, da das verlinkte Material dem Benutzer auf eine andere Art und Weise präsentiert werde.²⁷⁸ SCHWEIZER räumt ein und vertritt damit die wohl herrschende Meinung in der Schweiz, dass der Inlinelink-Setzer das durch den Link inkorporierte Werk zwar weder selber vervielfältige, noch verbreite, noch wahrnehmbar mache, doch falle das Linking unter den Oberbegriff der Verwendung nach Art. 10 Abs. 1 URG.²⁷⁹ Eine Ansicht übrigens, für die (für das deutsche Recht) auch OTT plädiert, der im Inlinelinking die Verletzung eines unbenannten Verwertungsrechtes i.S.v. § 15 Abs. 2 UrhG sieht.²⁸⁰ Einzig BRUNNER steht der Theorie des Oberbegriffs der Verwendung kritisch gegenüber: Er ist der Ansicht, dass, wer sein Werk im Internet publiziere, sich die Möglich-

²⁷⁵ Vgl. Art. 61 f. URG.

²⁷⁶ BRINER, S. 394 f.

²⁷⁷ Dazu ausführlich: OTT, ZUM, S. 566 ff.; die deutsche Regelung ist durchaus mit der amerik. Safe Harbor-Doktrin vergleichbar.

²⁷⁸ BU, S. 63.

²⁷⁹ SCHWEIZER, S. 243.

²⁸⁰ OTT, ZUM, S. 560.

keiten dieses Tools anrechnen lassen müsse und insofern seine Zustimmung zum Inlinelinking gebe, als er dieses nicht ausdrücklich untersage.²⁸¹ Anders sieht er die Sache dort, wo auf ein illegal aufs Netz geladenes Werk gelinkt wird.²⁸² Zwar stützt er sich in seiner Begründung wesentlich auf die – seit der Revision des URG überholten²⁸³ – Annahme, dass der Nutzer, welcher urheberrechtlich geschütztes Material herunterlädt, auf jeden Fall eine Urheberrechtsverletzung begeht, doch dürfte bei einem Inlinelink auf illegales Material auch die Einwilligung des Urhebers fehlen, womit das Ergebnis – Unzulässigkeit – wohl gleich bleibt.²⁸⁴

Die Betrachtung von BRUNNER ist aber noch in einer anderen Hinsicht bemerkenswert: Die Argumentation mit den „Möglichkeiten dieses Tools“ (des Internets) erinnert stark an den von der Lehre weniger feindselig betrachteten Hyperlink, welcher zweifelsfrei als beinahe systemnotwendig betrachtet werden kann und der denn auch keine Nutzungsrechte verletzen soll.²⁸⁵ Begründet wird dies damit, dass der Hyperlinksetzer die Verfügbarkeit des Werkes nicht beeinflussen kann und dieses daher selber nicht zugänglich macht.²⁸⁶ Eine Argumentation, die zwar auch für den Inlinelink zutrifft, bei diesem aber eben nicht genügen soll: Hier wird, p.m., kurzerhand Art. 10 Abs. 1 URG (Oberbegriff der Verwendung) bemüht, um doch noch die Unzulässigkeit zu bewirken.

Gegen die Zulässigkeit des Inlinelinks wird noch ein weiteres Argument ins Feld geführt: Kopiert ein Website-Programmierer geschütztes Material, um es in seine Seite einzubauen, verletzt er zweifelsfrei Urheberrechte. Integriert er dasselbe Material lediglich mittels Verweisung per Inlinelink, so vervielfältigt er das geschützte Werk bei rein technischer Betrachtung nicht. Bei einer wertenden Betrachtung dagegen ergibt sich für den Betrachter (Nutzer) dasselbe Ergebnis, weshalb es gemäss OTT nicht darauf ankommen dürfe, welchen technischen Weg jemand einschlage, um fremdes Material zu inkorporieren.²⁸⁷ Obwohl diese Argumentation auf den ersten Blick einleuchtet, meldet sich ein leises Unbehagen: Macht man mit der wertenden Betrachtungsweise Ernst, so ist nicht unbedingt einzusehen, weshalb das oben Gesagte nicht auch für den Hyperlink gelten sollte. Zwar ist beim Hyperlink das geschützte Material nicht direkt auf der besuchten Seite ersichtlich, doch macht der Hyperlink das Auffinden

²⁸¹ BRUNNER, S. 121 f.

²⁸² BRUNNER, S. 127.

²⁸³ Vgl. dazu: BARRELET/EGLOFF, N 7b zu Art. 19; kritisch jedoch: REHBINDER/VIGANO, N 19 zu Art. 19.

²⁸⁴ BRUNNER, S. 32 ff.

²⁸⁵ REHBINDER/VIGANO, N 19 zu Art. 10 (Gesprochen wird zwar nur von „Link“, doch darf davon ausgegangen werden, dass damit primär der Hyperlink gemeint ist).

²⁸⁶ REHBINDER/VIGANO, a.a.O.

²⁸⁷ Zum Ganzen: OTT, ZUM, S. 560; dem Sinn nach auch: BARRELET/EGLOFF, N 7a zu Art. 10.

desselben Materials derart einfach, dass man sich – immer unter wertenden Aspekten – in der Tat fragen darf, welchen Unterschied dies noch machen soll.

Aller Unkenrufe zum Trotz bleibt es dabei, dass die h.L. in der Schweiz dem Inlinelink kritisch gegenübersteht und zwar unabhängig davon, ob das verlinkte Material seinerseits rechtmässig aufs Netz gelangte oder nicht.

Einzuräumen ist, dass durch Inlinelinking auch Urheberpersönlichkeitsrechte tangiert werden können, (was beim Hyperlink doch eher unwahrscheinlich ist): So kann – bei fehlender Nennung – das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft (Art. 9 Abs. 1 URG) verletzt werden. Weiter kann, bei Einbettung in einen unpassenden Kontext, die Werkintegrität (Art. 11 URG) tangiert sein.²⁸⁸

4.2.3 Situation bei der Verbindung mittels API

Zunächst soll noch einmal kurz die zu untersuchende Situation in Erinnerung gerufen werden: Es geht nicht um die Frage, ob ein Mashup-Programmierer sich verantwortlich macht, indem er eine fremde Website (oder deren Applikation) mittels API in seine eigene Seite integriert (da dies i.d.R. über eine Lizenzvereinbarung geschieht), sondern darum, ob er sich verantwortlich macht, indem über seine Website illegale Inhalte der fremden Seite (z.B. Fotos oder Videos) abrufbar werden (vgl. oben, 4.1.1.). Die Situation des Mashup-Programmiers hat – wie bereits erwähnt – Ähnlichkeiten mit derjenigen des Inlinelink-Setzers einerseits und des Providers andererseits (oben, 4.1.1. und 4.1.3.). Mit Ersterem bestehen Ähnlichkeiten, indem durch das Mashup wie durch den Inlinelink Inhalte anderer Webseiten abrufbar werden, doch haben beide keinerlei Einfluss über diese Inhalte, auch nehmen sie – mindestens nach h.L. – keine Handlungen i.S.v. Art. 10 Abs. 2 URG vor (oben, 4.2.2.). Mit Zweiterem bestehen die Ähnlichkeiten darin, dass das Mashup wie der Provider den Zugriff auf eine Vielzahl von Inhalten ermöglichen. Doch es bestehen auch Unterschiede, welche für die rechtliche Würdigung von Bedeutung sein dürften:

Der Inlinelink-Setzer verlinkt seine Seite mit einem ganz spezifischen (fremden) Inhalt (z.B. ein konkretes Video), während der Mashup-Programmierer ein ganz anderes Ziel verfolgt: Er kombiniert zwei (oder mehrere) Anwendungsmöglichkeiten zweier Programme (oben, 2.4.). Die Inhalte hat er dabei nicht im Visier, bzw. kennt sie wahrscheinlich nicht einmal. Ein Beispiel: Kombiniert ein Mashup-Programmierer seine Seite mit dem API von YouTube, so inkorporiert er eine Seite, bei der gemäss dem oben (4.1.3.) zitierten Urteil des New Yorker District Courts pro Minute die ungeheure Menge von 24 Stunden Filmmaterial hochgeladen

²⁸⁸ SCHWEIZER, S. 244.

wird.²⁸⁹ Die für den Inlinelink-Setzer noch passable Argumentation, wonach zwar keine Handlung nach Art. 10 Abs. 2 URG, doch aber eine Verwendung i.S.v. Abs. 1 desselben Artikels stattfindet, lässt sich deshalb m.E. nicht auf den Mashup-Programmierer übertragen. Von der Verwendung irgendeines spezifischen Werkes kann nicht gesprochen werden; dass der Programmierer dagegen *alle* auf der ursprünglichen Seite erhältlichen Videos verwendet, sprengt m.E. den Rahmen des Nachvollziehbaren. Verwendet wird einzig das fremde API. Aus diesem Grund sind nach der hier vertretenen Ansicht die für den Inlinelinksetzer gewonnenen Grundsätze nicht auf den Mashup-Programmierer übertragbar. Dies muss mindestens so lange gelten, als bei der Verbindung der Webseiten die fremden Inhalte nicht kopiert werden, was in aller Regel auch nicht der Fall ist (oben, 4.1.2.1.).

Doch auch zum Provider bestehen Unterschiede: Der Grösste dürfte darin bestehen, dass der Provider die (heiklen) Inhalte auf seinen Servern ablegt, was beim Website Mashup in aller Regel nicht der Fall ist (das Mashup greift über das API auf die auf den Servern der ursprünglichen Website abgelegten Inhalte zu). Der Mashup-Programmierer hat also – wie auch schon erwähnt (oben, 4.1.3.) – keinerlei Einfluss auf die Inhalte der inkorporierten Website.

Diskussionen bezügl. der Providerhaftung werden in der Schweiz vorwiegend im strafrechtlichen Rahmen geführt und betreffen Themen wie Beihilfe zu Betrug oder Teilnahmehandlungen zum Pornographieverbot.²⁹⁰ Im zivilrechtlichen Bereich verläuft die Diskussion eher stiefmütterlich: Zwar gab es Bestrebungen, entsprechende Regelungen im Vorentwurf zu einem Haftpflichtgesetz bzw. im Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr zu platzieren, doch sind beide Erlasse nie Rechtswirklichkeit geworden.²⁹¹ In einem Aufsatz aus dem Jahre 2006 setzt sich BRINER daher mit der Frage auseinander, ob sich eine Haftung des Providers auf OR 41 stützen liesse.²⁹² Im Folgenden soll untersucht werden, ob gewisse seiner Überlegungen auch auf den Mashup-Programmierer anwendbar sind:

Einmal vorausgesetzt, dass ein Schaden nachgewiesen werden könnte (was bereits mit Schwierigkeiten verbunden sein dürfte), wird die Krux wohl im Nachweis der Widerrechtlichkeit liegen. Nach der in der Schweiz geltenden objektiven Widerrechtlichkeitstheorie liegt diese vor, wenn „das schädigende Verhalten gegen geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensverbote oder -gebote der Rechtsordnung, somit gegen eine gesetzliche Pflicht, ver-

²⁸⁹ *Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc.*, 07 Civ. 2103 (Southern District New York 2010), S. 6.

²⁹⁰ BRINER, S. 385.

²⁹¹ BRINER, S. 385 f.; vgl. dazu die Medienmitteilung des Bundesrates vom 21.12.2005, zu finden unter: <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2005/2005-12-212.html> (besucht am 18.10.2010); zum Haftpflichtgesetz: http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_abgeschlossene_projekte/ref_haftpflicht.html (besucht am 18.10.2010).

²⁹² BRINER, S. 387 ff.

stösst²⁹³. Dabei sind Eingriffe in absolute Rechte, wozu auch das geistige Eigentum gehört,²⁹⁴ per se widerrechtlich.²⁹⁵ Da aber i.c. nicht das geistige Eigentum als solches, sondern – wenn überhaupt – dessen wirtschaftliche Nutzung (Vermögensschaden) tangiert ist, bedarf es zur Begründung der Widerrechtlichkeit zusätzlich einer Schutznorm, welche geeignet ist, Schäden dieser Art zu verhindern.²⁹⁶ Man wäre zunächst geneigt, eine solche Norm in Art. 10 i.V.m. Art. 61 ff. URG zu erblicken, doch beisst sich hier die Katze in den Schwanz: Die in Art. 10 URG aufgeführten Nutzungsrechte sind nach der hier vertretenen Ansicht gerade nicht betroffen. (Wäre dem so, würde sich der Umweg über Art. 41 OR sowieso erübrigen). Eine Schutznorm könnte allenfalls im Lauterkeitsrecht gefunden werden (dessen detaillierter Einbezug würde den Rahmen der vorliegenden Betrachtungen sprengen, weshalb es mit diesem Hinweis sein Bewenden haben muss).²⁹⁷ Ansonsten existiert meines Wissens keine Norm, welche geeignet wäre, Widerrechtlichkeit zu begründen.

BRINER untersucht in seinem Aufsatz auch die Möglichkeit, ob Widerrechtlichkeit im Falle einer Unterlassung mittels Gefahrensatz oder Garantienstellung begründet werden könnte.²⁹⁸ Eine Frage, die für Provider tatsächlich von zentraler Bedeutung sein dürfte, da diese es nur – aber immerhin – unterlassen, das Unrecht Dritter zu verhindern.²⁹⁹ Er weist einerseits auf die Ähnlichkeit der beiden Institute und andererseits auf die Tatsache hin, dass Garantienstellungen von der Rechtsprechung offenbar nur im Zusammenhang mit Personenschäden angenommen werden.³⁰⁰ Insgesamt kommt BRINER zum Schluss, dass es nach neuerer Rechtsprechung zur Begründung der Widerrechtlichkeit im Zusammenhang mit Unterlassungen immer einer spezifischen Verhaltensnorm bedürfe, welche den gefährlichen Zustand missbilligt.³⁰¹ Ob sich diese Überlegungen tel quel auf den Mashup-Programmierer übertragen lassen, ist zweifelhaft, denn im Unterschied zum Provider speichert Ersterer die illegalen Inhalte gerade nicht auf seinem Server ab, weshalb fraglich ist, ob er überhaupt einen „gefährlichen Zustand“ i.S. des Gefahrensatzes schafft. Dasselbe muss für die Qualifikation als Garant gelten. Sicher ist aber, dass, wenn die Widerrechtlichkeit durch Unterlassung schon beim Provider kaum gegeben ist – BRINER findet in seinem Aufsatz keine Norm, welche eine Gefahr im oben beschriebenen Stil missbilligt – dies umso mehr für den Mashup-Programmierer gelten muss, da

²⁹³ REY, Nr. 670.

²⁹⁴ BRINER, S. 388.

²⁹⁵ REY, Nr. 672.

²⁹⁶ BRINER, S. 388; REY, Nr. 705.

²⁹⁷ Vgl. dazu: BRINER, S. 388 f.

²⁹⁸ BRINER, S. 391 ff.

²⁹⁹ BRINER, S. 391.

³⁰⁰ BRINER, S. 392 f.

³⁰¹ BRINER, S. 393.

dieser noch weiter vom Geschehen entfernt ist. Eine Haftung des Mashup-Programmierers auf der Grundlage von OR 41 scheidet daher wegen fehlender Widerrechtlichkeit aus. Auf eine Prüfung der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen wird daher verzichtet. (Es sei einzig noch darauf hingewiesen, dass sich beim Verschulden (begeht der Mashup-Programmierer eine Sorgfaltspflichtverletzung, wenn er z.B. nicht alle Videos einer inkorporierten Seite auf Illegalität hin überprüft?) analoge Fragen wie beim Gefahrensatz stellen).

Last but not least ist noch zu prüfen, ob sich eine (zivilrechtliche) Haftung des Mashup-Programmierers durch eine Teilnahmehandlung begründen liesse. Gewisse Immaterialgütergesetze, wie etwa das PatG und das DesG, heben Teilnahmehandlungen (wie Anstiftung und Gehilfenschaft) in den Kreis von Tathandlungen.³⁰² Nicht so das URG, welches keine Auskunft über Teilnahmehandlungen gibt.³⁰³ Gemäss HESS-BLUMER ist eine Haftung auf Grund einer Teilnahmehandlung aber auch im Bereich des Urheberrechts möglich und wäre auf Art. 50 Abs. 1 OR zu stützen.³⁰⁴ Zu fragen wäre demnach, ob der Mashup-Programmierer als Anstifter, Urheber oder Gehilfe des Primärverletzers – also des Nutzers, der z.B. ein urheberrechtlich geschütztes Foto oder Video aufs Netz geladen hat – anzusehen ist und ob die beiden den Schaden gemeinsam verursacht haben. Obwohl in der Lehre darauf hingewiesen wird, dass die Begrifflichkeiten (Anstifter, Gehilfe) von der strafrechtlichen Bedeutung abweichen,³⁰⁵ ist ihre zivilrechtliche Umschreibung doch recht ähnlich: Der Anstifter veranlasst eine rechtswidrige Handlung, der Gehilfe fördert dieselbe.³⁰⁶ Als Vorfrage scheint es aber hilfreich, zu erörtern, bis zu welchem Zeitpunkt eine Teilnahmehandlung überhaupt stattfinden kann. In Ermangelung von zivilrechtlichen Ausführungen muss hier allerdings doch aufs Strafrecht zurückgegriffen werden: Danach ist eine Gehilfenschaft bis zur Vollendung, bei Dauer- und Absichtsdelikten bis zu deren Beendigung, möglich.³⁰⁷ Die Primärverletzung, also die missbilligte Zugänglichmachung, ist mit dem Upload aufs Internet abgeschlossen.³⁰⁸ Da es des effektiven Abrufs durch einen Nutzer gerade nicht bedarf, dürfte es sich um ein Tätigkeitsdelikt im strafrechtlichen Sinne handeln, das mit dem Upload vollendet ist.³⁰⁹ Damit ist die Gehilfenschaft – und offensichtlich auch die Anstiftung – durch den Mashup-Programmierer vom Tisch. Das Ergebnis ist auch begriffslogisch: Eine abgeschlossene Handlung kann nicht gefördert und noch viel weniger veranlasst werden. (Abgesehen davon wäre

³⁰² HESS-BLUMER, S. 96 f.

³⁰³ HESS-BLUMER, a.a.O.

³⁰⁴ HESS-BLUMER, S. 99.

³⁰⁵ REY, Nr. 1434.

³⁰⁶ REY, Nr. 1435 und 1435b.

³⁰⁷ DONATSCH, StGB, N 3 zu Art. 25 StGB; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Praxiskommentar, N 9 zu Art. 25 StGB.

³⁰⁸ THOUVENIN ET AL., S. 96.

³⁰⁹ THOUVENIN ET AL., a.a.O.

auch ein gemeinsames Verschulden zu verneinen: Dieses liegt nicht vor, wenn mehrere Ersatzpflichtige i.S.v. Art. 50 OR „nichts voneinander wissen oder wissen konnten“, was zwischen Nutzer und Mashup-Programmierer die Regel sein dürfte).³¹⁰

4.2.4 Zwischenfazit zum schweizerischen Recht

Nach dem Gesagten kommt man zu dem – vielleicht etwas verblüffenden – Ergebnis, dass, wer ein Mashup mittels Setzen eines Inlinelinks erstellt, möglicherweise Urheberrechte verletzt, während jemand, der ein Mashup mittels Verbindung durch APIs erstellt, sich einer urheberrechtlichen Haftung weitestgehend entzieht. Nicht betrachtet wurden dabei lauterkeitsrechtliche Aspekte.

5 Würdigung der Ergebnisse, Diskussion und Ausblick

5.1 Würdigung der Ergebnisse und Diskussion

Während nach dem oben Gesagten Website-Mashups weniger in Gefahr laufen, mit dem Urheberrecht in Konflikt zu geraten,³¹¹ gestaltet sich die Lage bei Audio- und Video-Mashups sowohl nach amerik. wie nach schweizer. Recht konträr: Es werden fast immer Ausschliesslichkeitsrechte tangiert und Schrankenbestimmungen gewähren selten einen sicheren (und v.a.: sicher vorhersehbaren) Schutz.

Diese Situation stösst bei breiten Reihen der Lehre auf Kritik: Besonders in den USA findet eine (bereits eingangs erwähnte) angeheizte Diskussion darüber statt, ob das Urheberrecht die Kreativität nicht zu sehr einschränke. Insbesondere wird ins Feld geführt, das geltende Urheberrecht verfolge gerade nicht das in der Verfassung verankerte Ziel „to promote the Progress of Science and useful Arts“. Speziell im Hinblick auf neue (kreative) Äusserungsformen wie Audio- oder Video-Mashups werde diesem Verfassungsziel zu wenig Rechnung getragen.³¹²

Allen voran plädiert LAWRENCE LESSIG in seinem Buch „Remix“ für diese neue Art der Kreativität: Er unterscheidet die sog. RW (Read Write) von der RO (Read Only) Kultur.³¹³ Während der Betrachter/Nutzer bei der RO-Kultur selber passiv bleibt, etwa indem er ein Buch liest oder eine Fernsehsendung betrachtet, wird derselbe bei der RW-Kultur aktiv und nimmt selber am Diskurs teil, z.B. indem er einen Blog schreibt oder eben ein Mashup kreiert.³¹⁴ Als Aufhänger dient LESSIG die Geschichte des John Philip Sousa, welcher zu Beginn des 20.

³¹⁰ REY, Nr. 1436.

³¹¹ Eine Ausnahme bildet die Vernetzung mittels Inlinelink nach schweiz. Recht (vgl. oben 4.2.2.).

³¹² Vgl.: KATZ, S. 41; LEE, UGC, S. 1504 f.; LONG, S. 344; VEASMAN, S. 333; differenzierend: POTE, S. 650 f.

³¹³ LESSIG, S. 28 ff.

³¹⁴ LESSIG, a.a.O.

Jahrhunderts gegen das Aufkommen des Grammofons ankämpfte.³¹⁵ Sousa befürchtete, dass diese „Höllmaschine“ die Leute (insbesondere Kinder) davon abhalten werde, selber zu singen und zu musizieren und auf diese Weise die eigene Kreativität darunter leide.³¹⁶ (Eine Befürchtung, welche sich aus heutiger Sicht als wohl unbegründet erweist). LESSIG zieht die Parallele zur Remixtätigkeit von heute, welche einen essentiellen Teil der RW-Kultur ausmacht.³¹⁷ Seiner Ansicht nach stellen das Musizieren (damals wie heute) wie auch das Remixen beides Formen der Kreativität dar, welche einander nicht konkurrieren. Mit anderen Worten: Remix- oder Mashuptätigkeiten tangieren den Markt der verwendeten Werke nicht, da es sich um unterschiedliche Erscheinungsformen der Kreativität handle, die einander sogar komplementieren.³¹⁸ LESSIG geht aber noch einen Schritt weiter, indem er in Mashups nicht nur neue Erscheinungsformen der Kreativität, sondern ,darüber hinaus, neue Formen des politischen und gesellschaftlichen Diskurses überhaupt sieht.³¹⁹ Er zieht den Vergleich zum geschriebenen Wort, das er als „ultimative Form demokratischer Kreativität“³²⁰ bezeichnet und kommt zum Schluss, dass Remixen lediglich eine neue Form des Schreibens darstelle.³²¹ Insofern sei nicht recht einzusehen, weshalb das Zitieren, welches sich beim geschriebenen Wort einer breiten Akzeptanz erfreue, bei den neuen Erscheinungsformen des Schreibens absolut verpönt sein solle.³²² Insgesamt, so LESSIG, sei es aber nie die Absicht gewesen, mit dem geltenden Urheberrecht die RW-Kultur (insb. im Amateurbereich) zu regulieren, vielmehr sei dies allein eine Folge der Architekturen des Urheberrechts einerseits und der digitalen Technologie andererseits, welche so ausgestaltet seien, dass Zweitere in die Reichweite der Ersteren fallen würde.³²³ Im letzten Teil seines Buches zeigt LESSIG denn auch verschiedene Möglichkeiten auf, wie Urheberrecht und Remixtätigkeit in Einklang gebracht werden könnten. Darauf wird im nächsten Kapitel (unten, 5.2.) zurückzukommen sein.

Es gibt aber auch andere Stimmen: GOLDSTEIN z.B. kann dem Vorwurf, das Urheberrecht ersticke die Kreativität, die freie Rede und auch die Kultur, nicht viel abgewinnen.³²⁴ Er weist darauf hin, dass im Urheberrecht ungleich dem Patentrecht, bei dem auch Ideen schützbar sind, seit jeher zwischen Idee und deren Ausdruck unterschieden wird und Erstere gerade kei-

³¹⁵ LESSIG, S. 23 ff.

³¹⁶ LESSIG, a.a.O.

³¹⁷ LESSIG, S. 56.

³¹⁸ LESSIG, a.a.O.

³¹⁹ LESSIG, a.a.O.

³²⁰ Übersetzung vom Verfasser.

³²¹ LESSIG, S. 52 ff.

³²² LESSIG, S. 53 ff.

³²³ LESSIG, S. 103.

³²⁴ GOLDSTEIN, S. 902.

nen Schutz erlangen kann.³²⁵ Sobald die Idee einmal – in welcher Form auch immer – publiziert wird, kann sie von jedermann weiterverwendet werden, dagegen erlangt die Festlegung Schutz und garantiert dem Urheber eine Kompensation für seine Arbeit.³²⁶ Diese Zweiteilung – so GOLDSTEIN – verkörpert die Balance zwischen Verfassung und Copyright Act.³²⁷ Weiter widerspricht er der Behauptung, dass die durch das Urheberrecht gewährten Rechte massiv ausgeweitet worden seien: „Das grosse Zeitalter der Ausdehnung des Urheberrechts war das 19. Jahrhundert, nicht das 20.“³²⁸ In diesem Punkt würde ihm LESSIG wahrscheinlich nicht widersprechen, denn nach ihm fallen neue Technologien auf Grund ihrer Architektur unter das Urheberrecht und dies gerade *ohne* dass eine Ausdehnung der Rechte notwendig wäre (vgl. oben 5.1.). Schliesslich übt GOLDSTEIN auch Kritik an der De Minimis-Doktrin sowie an Fair Use: Nichts habe eine so breite Schneise ins Urheberrecht geschlagen wie Fair Use und die Gerichte würden bei dessen Auslegung ihre Meinung – hier etwas salopp wiedergegeben – gerne nach dem Wind der Zeit ausrichten.³²⁹ Insbesondere kritisiert er die Handhabung des transformativen Elements und zieht als Bsp. das oben (3.1.3.2.1.1.) zitierte *Urteil Kelly v. Arriba* zur Zulässigkeit von „Thumbnails“ heran: Hier sei nicht mehr als der Kontext verändert worden oder im übertragenen Sinne: Lediglich der Austausch des Rahmens, nicht aber des Bildes genügen für eine „Transformative Use“.³³⁰

In ein ähnliches Horn stösst – allerdings für das deutsche Recht – GEIGER: Mit der „engen Auslegung“ von Schrankenbestimmungen sei es heute in der Tat nicht mehr so weit her, als Bsp. für die Kehrtwende wird die *Germania 3* Entscheidung genannt (oben, 3.2.2.4.).³³¹ Allerdings sieht GEIGER in dieser Entwicklung kein grundsätzliches Problem. Im Gegenteil, Schranken seien gerade dazu geeignet, kreative Leistungen zu fördern. Dies gelte mindestens dann, wenn „Schranke“ nicht gleich „Unentgeltlichkeit“ bedeute.³³² Der Autor plädiert daher dafür, künftig breitere Schranken für kreative Nutzungen einzuführen, diese aber mit einem angemessenen Vergütungsanspruch zu versehen.³³³ Ein Vergütungsanspruch bringe den kreativ Schaffenden letztendlich mehr als ein Verbotsrecht.³³⁴

³²⁵ GOLDSTEIN, a.a.O.

³²⁶ GOLDSTEIN, a.a.O.

³²⁷ GOLDSTEIN, a.a.O.; vgl. dazu auch die Ausführungen unter 3.1.3.3.

³²⁸ GOLDSTEIN, a.a.O.

³²⁹ GOLDSTEIN, S. 903 f.

³³⁰ GOLDSTEIN, S. 904.

³³¹ GEIGER, S. 459.

³³² Zum Ganzen: GEIGER, S. 462 f.

³³³ GEIGER, S. 463.

³³⁴ GEIGER, a.a.O.

Betrachtet man diese verschiedenen Meinungen, so haben gewiss alle etwas für sich: LESSIG ist sicher zuzustimmen, wenn er in Remixes und Mashups neue Formen sieht, am politischen oder gesellschaftlichen Diskurs teilzunehmen, es stellt sich aber die Frage, ob dies für alle Kreationen zutrifft. M.E. stimmt die These für politisch motivierte und auch satirische Mashups, bei Audio-Mashups zu rein unterhaltsamen Zwecken bin ich etwas skeptischer und dies aus folgendem Grund: Erstellt ein Arrangeur eine Bigbandversion z.B. des Stückes „Take the A-Train“ von Duke Ellington, so ist dies nicht nur mit erheblichem Aufwand verbunden, sondern der Arrangeur wird zahlreiche Hintergrundlinien, Einwüfe, Kontramelodien und in aller Regel auch einen Shout-Chorus³³⁵ selber dazukomponieren. Insgesamt dürfte (rein mengenmässig) der Anteil des Arrangeurs die originären 16 Takte überwiegen. Trotzdem bleibt er Bearbeiter.³³⁶ Will er sein Arrangement aufführen oder sonstwie vertreiben, schuldet er dem Komponisten – bzw. dessen Erben – eine Entschädigung.³³⁷ Es ist daher nicht ohne Weiteres einzusehen, weshalb für den Kreierer eines zu Unterhaltungszwecken dienenden Audio-Mashups andere Spielregeln gelten sollten.³³⁸ Insofern erscheint mir der Endzweck eines Mashups nicht ganz bedeutungslos und auch die Figur des „Transformative Use“ zur Bestimmung des transformativen Gehalts bzw. des inneren Abstandes zum Vorwerk, wie unter 3.2.2.3. beschrieben, scheint mir nicht nutzlos. GOLDSTEIN ist aber sicher darin zuzustimmen, dass die Kriterien bezüglich der Frage, wann Transformative Use gegeben ist, einigermaßen griffig, will heissen, definiert, sein sollten.

Ebenfalls prüfenswert ist die These „Schranke mit Vergütung statt Verbot“ von GEIGER. Mit diesen Fragen befinden wir uns bereits tief im letzten Kapitel dieses Aufsatzes: Gibt es Lösungsansätze, die beiden Positionen (griffiges Urheberrecht – Luft für Kreativität) gerecht werden können?

5.2 Ausblick

Viele Lösungsansätze stammen auch in diesem Bereich von amerik. Autoren. Ziel kann es nicht sein, auf den verbleibenden Seiten eine vollständige Übersicht darzustellen. Vielmehr werde ich einige Vorschläge streifen, von denen ich der Ansicht bin, dass sie auch im schweiz. Recht umsetzbar wären.

Von den Lösungsansätzen, die uns LESSIG präsentiert, möchte ich deren drei vorstellen: (1) Deregulierung von nichtkommerziellen Amateur-Remixtätigkeiten; (2) Vereinfachung des

³³⁵ Ein „Shout-Chorus“ ist eine Art Solo des Arrangeurs, wo dieser seine Fähigkeiten demonstriert.

³³⁶ WEGENER, Musik und Recht, S. 25.

³³⁷ Der Urheber des originären Werks kann dessen Bearbeitung aber auch ganz verbieten. Vgl. z.B. REHBINDER/VIGANO, N 1 zu Art. 3; THOUVENIN ET AL., S. 85.

³³⁸ Es sei denn, dieses wird nicht kommerziell genutzt. Dazu sogleich, unten 5.2.

Urheberrechts, sodass es für jedermann verständlich ist; (3) Entkriminalisierung von File Sharing, entweder verbunden mit einer Steuer oder mit der Möglichkeit, eine Art „Blanko-Lizenz“ für das Recht zum freien File Sharing zu erwerben.³³⁹

Zu Punkt (1) findet sich bei LESSIG folgende Matrix.³⁴⁰

	„Copies“	Remix
Professional	©	©/free
Amateur	©/free	free

Ganz frei (von Regulierung) sollen demzufolge nur nichtkommerzielle Amateur-Remixaktivitäten sein. (Die Spalte „Copies“ bedeutet, dass hier kein Effort stattgefunden hat, das Werk zu transformieren, dieses quasi unverändert wiedergegeben wird, während in der Spalte „Remix“ eine Transformation stattgefunden hat).³⁴¹ Zu Recht weist LEE darauf hin, dass die Abgrenzung Copies/Remix und auch jene zwischen Amateur und Professional zu Schwierigkeiten führen wird.³⁴² Interessanterweise teilt LESSIG die Tätigkeit von DJ Danger Mouse beispielsweise bei Professional Remix ein, einer Sparte, bei der die Tätigkeit des Remixens zwar erlaubt sein soll, jedoch eine Vergütung geschuldet ist.³⁴³ Ein weiterer Knackpunkt dürfte die Unterscheidung zwischen kommerzieller und nichtkommerzieller Nutzung sein, welche – wohl aus graphischen Gründen – keinen Eingang in obige Darstellung gefunden hat.

Auf den ersten Blick scheint sie klar: Sobald mit der Tätigkeit in irgendeiner Weise Geld verdient werden soll, ist die nichtkommerzielle Linie überschritten. Doch wie sieht es bei mittelbaren finanziellen Interessen aus? Etwa wenn eine kommerzielle (oder mindestens eine nicht rein unkommerzielle) Website, wie etwa YouTube, das Amateurmaterial zeigt? Nach LESSIG ist hier die nichtkommerzielle Linie bereits überschritten.³⁴⁴ Stoff für Diskussionen ist also auch in diesem Punkt vorhanden.

Wie liesse sich obiger Vorschlag in der Schweiz umsetzen? Er würde bedeuten, dass zunächst Mix- und Mashtätigkeiten auch ausserhalb von Art. 19 URG zulässig wären, sofern damit keinerlei wirtschaftliche Absichten verfolgt würden. Nun unterscheidet Art. 10 URG grund-

³³⁹ LESSIG, S. 254 ff.

³⁴⁰ LESSIG, S. 254.

³⁴¹ LESSIG, S. 255.

³⁴² LEE, Remix, S. 64 f.

³⁴³ LESSIG, S. 255.

³⁴⁴ LESSIG, S. 256.

sätzlich nicht zwischen kommerzieller und nichtkommerzieller Verwendung.³⁴⁵ Die Einführung dieses Kriteriums wäre aber durchaus prüfenswert. Etwas weniger dringend scheint mir die Unterteilung zwischen Amateur- und professioneller Tätigkeit, mindestens solange auch mittelbare finanzielle Interessen als kommerzielle Tätigkeit eingestuft würden. Die Frage, wann mittelbare finanzielle Absichten als kommerzielle Nutzung einzustufen sind, müsste hier – wie im amerik. Recht – definiert werden. Die Unterscheidung schliesslich, ob reine „Kopiertätigkeit“ oder „Remix“ vorliegt, könnte anhand der Kriterien in Art. 3 URG getroffen werden. Auch hier könnte die Transformationstheorie allenfalls hilfreiche Dienste leisten (vgl. oben 3.2.2.3.).

In Punkt Zwei deponiert LESSIG die Forderung nach einem für die Adressaten verständlichen Urheberrecht: Da insbesondere Vertreter der jüngeren Generationen Remixtätigkeiten ausüben, müsse das Gesetz auch für diese verständlich sein.³⁴⁶ Oder anders ausgedrückt: Es genügt nicht, wenn die Anwälte von Sony das Gesetz allenfalls verstehen, auch „your fifteen-year-old“ muss damit etwas anfangen können, wenn es an ihn gerichtet ist.³⁴⁷ Andererseits bemängelt er auch die mit Fair Use verbundenen Unsicherheiten.³⁴⁸

Das schweiz. Urheberrecht ist sicherlich nicht ganz so kompliziert formuliert wie das amerikanische, auch stellt es – ungleich diesem – keine abendfüllende Lektüre dar. Dennoch birgt es – wie obige Ausführungen zeigen – zahlreiche Unklarheiten und Fallstricke, welche gerade für den Laien schwer eruierbar sind. Einfache Regeln, wie etwa die während der Parlamentsdebatte zur URG-Revision aufgestellte Faustregel, wonach illegaler Upload strafbar, der Download von illegalem Material jedoch straffrei ist, sind – man mag diese Regelung begrüssen oder nicht³⁴⁹ – sicher eines: klar.

Den dritten und letzten Vorschlag von LESSIG habe ich weniger wegen des File Sharings, sondern vielmehr wegen der Vergütungsmodelle gewählt. Ich sehe hier eine Kombinationsmöglichkeit mit dem Postulat von GEIGER (Vergütung statt Verbot) i.v.m. den eigenen Vorschlägen. Mir schwebt dabei ein zweistufiges Modell vor: In einem ersten Schritt würde geprüft, ob ein Mashup von bestehenden Schrankenbestimmungen profitieren kann. Es würden also Fragen geklärt wie: Liegt eine Neugestaltung vor? (Allenfalls unter Zuhilfenahme des oben (3.2.2.3.) beschriebenen transformativen Ansatzes). Liegt eine Parodie vor? Oder – nach amerik. Recht – kann Fair Use geltend gemacht werden? Etc. Bejaht man diese Frage(n), so

³⁴⁵ Obwohl der wirtschaftliche Aspekt i.d.R. im Vordergrund stehen dürfte (BARRELET/EGLOFF, N 1 zu Art. 10).

³⁴⁶ LESSIG, S. 266 f.

³⁴⁷ LESSIG, S. 267.

³⁴⁸ LESSIG, S. 266 f.

³⁴⁹ Vgl. dazu die ausführliche Kritik bei REHBINDER/VIGANO, N 19 zu Art. 19.

wäre die Nutzung erlaubt und zwar entschädigungslos. Verneint man sie, gelangt man zur zweiten Stufe: Sie bestünde in einer Entschädigungspflicht. *Wie* diese genau ausgestaltet würde, wäre sicher Stoff für eine weitere Masterarbeit. In Frage kommen eine Art Blanko-Lizenz, wie LESSIG sie vorschlägt, aber auch eine Abgabe ähnlich der Leerkassettenvergütung scheint mir möglich.³⁵⁰ Sicherlich müsste das System simpel und klar verständlich sein, ansonsten es von vornherein zum Scheitern verurteilt wäre. (Je nach Ausgestaltung könnte sich die erste Stufe auch als obsolet erweisen). Die Vorteile aber liegen auf der Hand: Entkriminalisierung der neuen Formen des kreativen Schaffens und eine den Urhebern zugute kommende Entschädigung.

Insgesamt ergibt sich etwa folgendes Bild: Mix- und Mashtätigkeiten, man mag in ihnen neue kreative Kommunikationsformen sehen oder sie ganz einfach als Mist empfinden, sind auf dem Vormarsch. Viele dieser Tätigkeiten, speziell im Audio- und Videobereich, sind mit geltendem Urheberrecht bzw. Copyright Law unvereinbar. Die Frage ist, wie man mit dieser Situation umgeht. Trotziges Festhalten an einem System, welches durch die tatsächlichen Gegebenheiten überrollt wurde, mit einer Fülle von Prozessen gegen Plattformbetreiber und Privatpersonen sowie technischen Schutzmassnahmen, ist eine Möglichkeit. Nach der hier vertretenen Ansicht würde es mehr Sinn machen, das Urheberrecht den Gegebenheiten anzupassen, indem Mixen und Mashen grundsätzlich erlaubt sind, dafür aber eine Vergütung geschuldet wird. Einzelheiten, wie etwa die Frage, ob man eine Unterscheidung zwischen kommerzieller und nichtkommerzieller Nutzung machen möchte oder ob man speziell kreative (transformative) Formen ganz von der Regulierung ausnehmen möchte, wären zu diskutieren. Das System müsste einfach ausgestaltet und die Kosten (z.B. Lizenzgebühren) für den Einzelnen erschwinglich sein. Die Diskussion aber würde sich lohnen, denn sicher ist, dass diese neuen Erscheinungsformen (Mashups) nicht mehr verschwinden werden, so wenig wie seinerzeit der Fotokopierer wieder verschwunden ist.³⁵¹ Fast sicher ist auch, dass diese neuen Formen herkömmliche Formen des kreativen Schaffens kaum zum Verschwinden bringen werden, so wenig wie Sousas „Höllmaschine“ (Grammofon) das Musizieren zum Verschwinden gebracht hat. Im Gegenteil: Durch die Vergütung würden Vertreter der originären (in Mashups

³⁵⁰ Vgl. dazu auch die Diskussion bezügl. einer sog. „Kulturfltrate“ z.B. im Internetaufsatz „Kulturfltrate – Segen oder Sowjetisierung des Urheberrechts?“ von POTO WEGENER, zu finden auf: http://www.rfv.ch/cms/front_content.php?idcat=52&lang=1 (besucht am: 23.2.2011).

³⁵¹ Das Aufkommen von Geräten, die auf schnelle Weise das Anfertigen von Kopien ermöglichten, schaffte eine Situation, die mit der hier skizzierten durchaus vergleichbar ist: Dort wie hier holte die Realität das Recht ein. Mit der (teilweisen) Vergütungspflicht bzw. der Leerträgerabgabe (im Rahmen des Privatgebrauchs) wurde eine praktikable Lösung gefunden. Vgl. dazu REHBINDER/VIGANO, N 12 zu Art. 19.

verwendeten) Disziplinen wie Musiker und Filmschaffende profitieren. Insofern würde auch das Urheberrecht die ihm zugedachte Rolle wieder erfüllen: „to promote the Progress of Science and useful Arts“.