ABHANDLUNGEN ZUM
URHEBER- UND KOMMUNIKATIONSRECHT 64

Aaron Christopher Stumpf

Musikschaffen und Urheberrecht

Schutzfähigkeit und Schutzbereich im Lichte vorbekannter Werke

Nomos Stämpfli Verlag C.H.BECK

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ABHANDLUNGEN ZUM
URHEBER- UND KOMMUNIKATIONSRECHT

des Max-Planck-Instituts für
Innovation und Wettbewerb

Herausgegeben von
Josef Drexl
Reto M. Hilty
Gerhard Schricker
Joseph Straus

Band 64

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Aaron Christopher Stumpf

Musikschaffen und Urheberrecht

Schutzfähigkeit und Schutzbereich im Lichte vorbekannter Werke

Nomos Stämpfli Verlag C.H.BECK

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gedruckt mit Unterstützung der ALAI Deutschland e.V.

Die Open-Access-Veröffentlichung der elektronischen Ausgabe dieses Werkes wurde ermöglicht mit Unterstützung durch die Max-Planck-Gesellschaft.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: München, Ludwig-Maximilians-Universität, Diss., 2022

1. Auflage 2023

© Aaron Christopher Stumpf

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-0477-5
(Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN (ePDF): 978-3-7489-3973-3
(Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN 978-3-7272-3999-1
(Stämpfli Verlag, Bern)

Die Schriftenreihe ist bis Band 51 beim Verlag C.H. Beck, München erschienen.

DOI: https://doi.org/10.5771/9783748939733

Onlineversion
Nomos eLibrary

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Meiner Familie

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorwort

Diese Dissertation ist in wesentlichen Zügen während meiner Tätigkeit am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb in München ab dem Jahr 2018 entstanden und wurde im Juli 2021 an der Ludwig-Maximilians-Universität München eingereicht. Sie berücksichtigt die Rechtslage seit der Urheberrechtsreform 2021 und wurde bis Januar 2023 durch einige Literatur- und Rechtsprechungshinweise, die sich nach der Einreichung ergaben, ergänzt.

Nun kann es wohl inzwischen als üblich bezeichnet werden, dass an dieser Stelle Danksagungen jeglicher Art erfolgen, die dem inhaltlich interessierten Leser selten erkenntnisbringend erscheinen. Auch ich möchte mit dieser – nicht immer unkritisch betrachteten – Tradition nicht brechen. Doch ist es kaum möglich, sämtliche Personen aufzuzählen, die zum Gelingen dieser Dissertation beigetragen haben, seien es Weggefährten aus der Musikpraxis und Musikwissenschaft oder aus der Rechtswissenschaft. Daher will ich mich auf die Namen beschränken, deren Gedanken unmittelbaren Einfluss auf die Dissertationsschrift hatten und bin gleichwohl allen Übrigen nicht weniger dankbar.

An erster Stelle bin ich meinem Doktorvater Prof. Dr. Dr. h.c. Reto M. Hilty zum Dank verpflichtet. Insbesondere gab er mir den Freiraum, in der Dissertation meinen juristischen und musikalischen Leidenschaften nachzugehen. Großer Dank gilt zudem meinem Zweitgutachter Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M. (Cambridge), dessen pointierte Anregungen zahlreiche hilfreiche Gedanken in mir anstießen.

Kaum denkbar wäre diese Arbeit gewesen, wenn sie nicht in der einzigartigen Atmosphäre des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb entstanden wäre. Vielen Dank den Direktoren für die Förderung und allen Kolleginnen und Kollegen für den großartigen Austausch. Hervorzuheben sind insbesondere die zahlreichen, tiefgehenden urheberrechtlichen Diskussionen mit Dr. Tobias Endrich-Laimböck, MJur (Oxford) und Ansgar Kaiser sowie die immaterialgüterrechtliche Unterstützung von Philipp Grotkamp, Dr. Heiko Richter, LL.M. (Columbia), Stefan Scheuerer und Laura Valtere, LL.M., die allesamt zur Reifung der Gedanken in dieser Dissertation erheblich beigetragen haben.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mein größter Dank gilt Linda McCaughey und Robin Repnow, die mir nicht nur durch ihre bedingungslose intellektuelle Unterstützung in der Zeit der Promotion und hilfreiches Gegenlesen der Arbeit zur Seite standen, sondern auch durch den persönlichen Halt – nicht zuletzt auch in der Zeit meines Studiums – den Weg zu dieser Promotion erst ebneten.

Für die finanzielle Unterstützung beim Druck dieser Arbeit bin ich der ALAI Deutschland e.V. sehr dankbar und bedanke mich zudem vielmals bei der Max-Planck-Gesellschaft und der zugehörigen Max Planck Digital Library dafür, dass dieses Werk als Open-Access-Veröffentlichung erscheinen kann.

München, Januar 2023

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 17

Kapitel 1 – Einleitung 23

A. Problemaufriss 23

B. Gang der Untersuchung 25

C. Musik und Urheberrecht 26

Kapitel 2 – Freiheit musikalischer Werkelemente 29

A. Freiheit mangels Originalität 29

I. Der musikalische Schutzgegenstand und dessen Gestaltungsparameter im Überblick 30

II. Grundprinzipien der Originalität und das musikalische Schaffen 35

1. Ansatz des EuGH: Gestaltungsspielraum und freie kreative Entscheidung 35

a. Möglichkeit freier kreativer Entscheidungen im Musikschaffen 36

b. Wie lassen sich freie kreative Entscheidungen am Werk ablesen? 38

aa. Fremdreferenzielle Kompositionsweisen 39

bb. Freie kreative Entscheidung und Kompositionshilfen 40

c. Offene Frage der Gestaltungshöhe 41

d. Zwischenergebnis 42

2. Ansatz des BGH: Individuelle ästhetische Ausdruckskraft 43

a. Konkretisierung der schöpferischen Eigentümlichkeit 43

b. Ausdruckskraft in der Musik 45

c. Unionsrechtskonformität von Kriterien der „Ausdruckskraft" und „Ästhetik" 46

aa. Ausdruckskraft 46

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb. Ästhetik 47
d. Zwischenergebnis 51
3. Statistische Einmaligkeit 51
a. Objektive Neuheit in der Musik 53
b. Hypothetische Möglichkeiten des Alltäglichen 54
c. Zwischenergebnis 55
4. Zusammenfassung 56
III. Einzelfälle freier Werkelementbestimmung 56
1. Regeln, Lehren und Zwänge im musikalischen Schaffen 57
a. Innere Vorgaben: Kompositionslehren 58
aa. Musikalische Bestimmung der Begriffe 60
bb. Entwicklung und Bedeutung 61
cc. Konsequenzen für die juristischen Kategorien 63
b. Funktionelle Vorgaben und Auftragskompositionen 64
c. Fazit 65
2. Der musikalische Stil 66
3. Musikalischer Formenschatz und sonstiges musikalisches Allgemeingut 69
a. Schwerpunkt auf subjektivem Formenschatz 69
b. Schwerpunkt auf kulturell bestimmtem Formenschatz 70
c. Formenschatz und das Vorbekannte 73
4. Naheliegen und Einmaligkeit 75
IV. Schlussbetrachtung 77

B. Objektivität und Genauigkeit 79
I. Herleitung und Ausgangspunkt 79
II. Bewertung der *Levola*-Entscheidung 80
III. Objektivität in der Musik 82
1. Objektivität in den Methoden der Schutzgegenstandsfeststellung 83
2. Objektivität der juristischen Kriterien 86
IV. Zusammenfassung 87

C. Freiheit der Idee und des Inhalts 88
I. Begriffliche Reflexionen 90
1. Inhalt 90
2. Idee 92
3. Zwischenfazit 94

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Inhalt und Idee in Rechtsprechung, Gesetzen und Gesetzesmaterialien 95
1. Nationale Ebene 95
2. Internationale und unionsrechtliche Ebene 98
3. Zusammenfassung 99
III. Begründung und Genese 100
1. Anglo-amerikanische Genese 100
2. Genese in der deutschsprachigen Literatur 102
a. Der vermeintliche philosophische Ursprung 102
b. Inhalt, Idee und Form bei *Kohler* 104
c. Weitere Entwicklung der Lehre von Form und Inhalt 107
3. Zwischenfazit 108
IV. Anwendung auf Musik 109
1. Mögliche musikalische Inhalte und Ideen 110
a. Inhalt als musikalische Themen, Motive oder Melodien 111
b. Inhalt als Gefühl 112
c. Inhalt in Assoziation und Leitmotivik 113
d. Ästhetischer Gehalt 115
e. Ideenbetrachtung durch Musikanalyse 116
f. Zusammenfassung 121
2. Untrennbarkeit 121
3. Freihaltebedürfnisse 124
V. Geeignetheit als Kriterium der Schutzfähigkeit in der Musik 126

Kapitel 3 – Freiheit kompositorischer Benutzungshandlungen 129

A. Benutzung außerhalb des Schutzumfangs: alte und neue Maßstäbe 129
I. Die „alte" freie Benutzung in der Musik 130
1. Einordnung von § 24 UrhG a.F. in den sachlichen Schutzumfang 130
a. Objektive Ähnlichkeitsprüfung 131
b. Subjektive Rückgriffsprüfung 133
c. Bezugspunkt von § 24 UrhG a.F. 135
2. Inhaltliche Grundbegriffe des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. 137
a. Selbständigkeit 137
b. Abstand 138

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. Verblassen 139
d. Zusammenfassung 141
3. § 24 Abs. 1 UrhG a.F. bei Musikwerken (ohne Melodie) 142
a. (Ästhetische) Selbständigkeit in der Musik 143
b. Abstand in der Musik 144
c. Verblassen in der Musik 145
II. Besonderer Melodienschutz: keine freie Benutzung für Melodien? 146
1. Was ist eine Melodie? 147
a. Etabliertes juristisches Melodienverständnis 149
b. Tonfolge 150
c. Geschlossenheit; Geordnetheit 151
d. Abgrenzung zu anderen Tonfolgen 152
e. Zusammenfassung: Melodie nach § 24 Abs. 2 UrhG a.F. 154
2. Übernahme der Melodie 154
a. Entnahme und Zugrundelegen 154
b. Erkennbarkeit der Übernahme 156
3. Rechtsfolge: Ausschluss der freien Benutzung 158
a. Verhältnis zu § 24 Abs. 1 UrhG a.F. 158
b. Verhältnis zu Schranken 160
III. Die Neuerungen der Urheberrechtsreform 2021 162
1. Der hinreichende Abstand und die Abgrenzung zur Parodie 163
a. Gesetzesbegründung 163
b. Systematik 164
c. Unionsrechtliche Implikationen 164
d. Abstand ist nicht gleich Abstand 165
2. Die Abschaffung des besonderen Melodienschutzes – ein Fehler? 165
a. Rechtfertigungsnarrative vor und bei Entstehung (1901) 167
b. Rechtfertigungsnarrative bei Übernahme in das UrhG (1965) 170
c. Begründungsansätze nach 1965 173
aa. Musikalische Verarbeitungsmöglichkeit und Empfindlichkeit 173
bb. Melodie in ihrer Repräsentationsfunktion 174

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d. Kritische Würdigung der Begründungswege 175
e. Ergebnis 178
IV. Zusammenfassung 179

B. Der Schutzbereich und das Unionsrecht 181
I. Schutzbereichsbestimmung unionsrechtlich gedacht? 181
1. Die *Pelham*-Entscheidung und § 24 Abs. 1 UrhG a.F. 182
2. Grenzüberschreitung durch die unionsrechtliche Einflussnahme auf den Schutzbereich? 185
a. Europäische Vervielfältigung und deutsche Bearbeitung 185
b. Werkteileschutz, Vervielfältigung und Bearbeitung 187
c. Verändernde Übernahmen 189
d. Bewertung von verändernden Übernahmen im Allgemeinen 190
e. Konsequenzen für die Grenzen der Bearbeitung 192
3. Konsequenzen und Folgefragen 193
a. Vervielfältigung unter dem Eindruck der Kunstfreiheit 193
b. Auswirkung von Grundrechten auf Unionsrechtsebene 195
II. Wiedererkennbarkeit 196
1. Überblick: Gegenwärtiges Verständnis der Wiedererkennbarkeit 197
a. Begründung des Kriteriums 197
aa. Substitution 198
bb. Sonstige ökonomische Auswirkungen 199
cc. Fazit 201
b. Grad der Wiedererkennbarkeit 202
2. Anwendbarkeit auf den Schutzbereich für Urheber 205
a. Anknüpfung im Normtext 205
b. Vergleichbare Interessenlage zur Wiedererkennbarkeit 206
c. Feststellung der Wiedererkennbarkeit an unterschiedlichen Schutzgegenständen 208
aa. Unterscheidung der Schutzgegenstände durch die Verkehrskreise 209
bb. Schlussfolgerung für die Feststellung 211
d. Schlussfolgerung für die Anwendbarkeit 213

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Ergebnis 214
III. Hinreichender Abstand und Unionsrecht 214
1. Abstand und Wiedererkennbarkeit 215
2. Kontinuitäten zu § 24 UrhG a.F. 216
a. Parallelen zum Verblassen 217
b. Parallelen zum Melodieschutz in § 24 Abs. 2 UrhG a.F. 219
3. Zwischenergebnis 220
IV. Fazit und Ausblick 222

C. Funktionaler Ersatz des § 24 UrhG a.F. durch Schranken 224
I. Das Zitat in der Musik 225
1. Künstlerische Zweckrichtung 226
2. Erkennbarkeit und Identifikation 229
3. Quellenangabe 232
4. Veränderung des zitierten Bestandteils 234
5. Umfang des Zitats und Rolle im neuen Werk 236
6. Fazit 238
II. Die Parodie in der Musik 239
1. Fallgruppen musikalischer Parodie 240
2. Parodie als Lösung für die musikalisch-kreative Nutzung? 242
III. Der Pastiche in der Musik 243
1. Annäherung an den Begriff im außerjuristischen Sprachgebrauch 244
a. Das Pasticcio in der Musik 244
b. Pastiche als Stilimitation 245
c. Neuere weite Pasticheverständnisse 246
2. Juristische Rückschlüsse und Pastichekriterien 248
a. EuGH und Auslegungsmethode der Richtlinienvorgaben 248
aa. Systematische Einordnung 249
bb. Zielbestimmung und Grundrechte 251
cc. Drei-Stufen-Test 252
b. Bewertung und Kriteriendiskussion 254
aa. Pastiche als Generalklausel für imitative und kompilierende Nutzungsformen 255
bb. Pastichezweck 258
cc. Erkennbarkeit 259

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dd. Selbständigkeit 260
ee. Zusammenfassung 261
3. Musikalische Anwendungsfälle 261
a. Sampling, Mashup, Remix 262
b. Musikalischer *User Generated Content* 263
c. Soundalikes 266
4. Der Pastiche als neue freie Benutzung in musikalisch-kreativer Bearbeitung? 267
IV. Freie Benutzung in einer Sackgasse der Schrankenbestimmungen? 268

Kapitel 4 – Reprise, Coda und Schlussakkord 271

A. Résumé 271

B. Zusammenfassung in Thesen 274

Literaturverzeichnis 279

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort (ausschließlich für Verweise innerhalb einer Fußnote verwandt)
a.F.	alte Fassung
Abb.	Abbildung
Abs.	Absatz
AfP	Archiv für Presserecht. Zeitschrift für das gesamte Medienrecht und Kommunikationsrecht
Art.	Artikel
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BT-Drs.	Drucksache des deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bspw.	beispielsweise
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
Cir.	Circuit
Computerprogramm-Richtlinie	Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen
CR	Computer und Recht

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Datenbank-Richtlinie	Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken
DSM-Richtlinie	Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG
Ebd.	Ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErwG	Erwägungsgrund/Erwägungsgründe
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
F.	Federal Reporter
f.	folgende Seite/Randnummer
ff.	folgende Seiten/Randnummern
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt/Generalanwältin
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
GRCh	EU-Grundrechtecharta
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report
GRUR-RS	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungssammlung
Hrsg.	Herausgeber
hrsgg.	herausgegeben
i.E.	im Ergebnis
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
i.S.d.	im Sinne des/der
InfoSoc-Richtlinie	Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft
insb.	insbesondere
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law
JZ	JuristenZeitung
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe (lat. *littera*)
LUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19. Juni 1901
MGG	Musik in Geschichte und Gegenwart
MMR	Multimedia und Recht
MR-Int	Medien und Recht International
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

OLG	Oberlandesgericht
RBÜ	Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst vom 05. Dezember 1887
RegE	Regierungsentwurf
Rn.	Randnummer/Randnummern
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Satz; im Literaturverzeichnis: Seite
sog.	sogenannt(e)
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TRIPS-Abkommen	Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (engl. *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*)
UAbs.	Unterabsatz
U.S. Code	*United States Code*
UFITA	Archiv für Urheber- und Medienrecht (frühere Titel: Archiv für Urheber- und Medienrecht; Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht; Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht)
UrhG	Gesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 09. September 1965 (Urheberrechtsgesetz)
UrhG-E	Entwurf zum UrhG
UrhDaG	Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
v.	von/vom; in anglo-amerikanischen Entscheidungen: versus
WCT	WIPO-Urheberrechtsvertrag vom 20. Dezember 1996 (engl. *WIPO Copyright Treaty*)

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

WIPO	*World Intellectual Property Organization*
WIPOJ	The WIPO Journal
WPPT	*WIPO Performances and Phonograms Treaty* vom 20. Dezember 1996
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WTO	Welthandelsorganisation (engl. *World Trade Organisation*)
z.B.	zum Beispiel
ZGE	Zeitschrift für Geistiges Eigentum (engl. *Intellectual Property Journal*)
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	ZUM-Rechtsprechungsdienst

Verweise innerhalb eines Kapitels wurden zum Zwecke der Übersichtlichkeit ohne Angabe des jeweiligen Kapitels vorgenommen.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 1 – Einleitung

A. Problemaufriss

Ob Beethovens *9. Symphonie* oder Strawinskys *Le sacre du printemps* – selbst „Meilensteine" der Musikgeschichte wären ohne den Rückgriff auf einen Fundus des Vorbekannten nicht möglich gewesen. Musikalisches Schaffen ist ohne den Bezug zu anderem musikalischen Schaffen – bewusst oder unbewusst – schwer denkbar.[1] Jede Orientierung an Trends und Gattungen, jede erlernte harmonische Struktur, jede umgestaltete bekannte Melodie ist auch ein Rückgriff auf das, was andere vorher schufen. Bei weitem nicht immer sind solche Rückgriffe zu verurteilen. Der Blick in die Geschichte zeigt eher, dass der Rückgriff regelmäßiger und oft sogar notwendiger Bestandteil des kreativen und kulturellen Schaffens ist – etwa durch Auseinandersetzung mit bisherigem Musikschaffen, Fortentwicklung des Vorbekannten oder auch Inspiration durch fremde Werke.

Das Ziel, Kreativität und kulturelles Schaffen durch das Urheberrecht zumindest nicht zu behindern, idealerweise sogar zu fördern, zwingt daher zu einer Gratwanderung: Zwar statuiert schon § 1 UrhG in programmatischer Erklärung, dass der Urheber für seine Werke „der Literatur, Wissenschaft und Kunst" – und so auch für das kreative Schaffen in der Musik – den urheberrechtlichen Schutz genießt.[2] Andererseits darf das Urheberrecht kreatives Schaffen, das auf fremdem kreativem Schaffen basiert, auch nicht unangemessen einschränken. Es muss also Freiräume der Benutzung gewährleisten und gleichzeitig kann diese Freiheit nicht grenzenlos bleiben, will man dem Musikschaffenden ein Schutzrecht an die Hand geben. Doch wann werden Musikstücke erlaubterweise, wann werden sie in urheberrechtsverletzender Weise benutzt?

Hierauf gab das Urheberrechtsgesetz mit § 24 UrhG a.F., der die Überschrift „Freie Benutzung" trug, eine Antwort. § 24 UrhG a.F. gründete auf der

1 Vgl. *Döhl,* Mashup in der Musik, 2016, 11 ff.; zum Regelfall der aufeinander aufbauenden Musik auch: *Dahlhaus,* in: *Ehrmann-Herfort/Finscher/Schubert* (Hrsg.), Europäische Musikgeschichte, Bd. 1, 59, 76; *Dahlhaus,* in: *Zaminer* (Hrsg.), Geschichte der Musiktheorie, Bd. 1, Ideen zu einer Geschichte der Musiktheorie. Einleitung in das Gesamtwerk, 8.

2 Zu § 1 UrhG insb. *Podszun*, in: *Dreier/Hilty* (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, 361.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„Erkenntnis, dass kulturelles Schaffen nicht ohne ein Aufbauen auf früheren Leistungen anderer Urheber denkbar ist“[3]. Über viele Jahrzehnte sollte er die beschriebene Gratwanderung ermöglichen.

Spätestens seit den neuesten Entscheidungen auf unionsrechtlicher Ebene zur freien Benutzung und mit der Diskussion um eine Aufhebung von § 24 UrhG a.F. deutete sich ein Umbruch für das gesamte mit § 24 UrhG a.F. verwobene Abgrenzungssystem an.[4] Dennoch scheint selbst nach der Aufhebung des § 24 UrhG a.F. das maßgebliche Ziel der Norm keineswegs auf das Abstellgleis geraten zu sein: Die bereits angesprochene Erkenntnis, dass kulturelles Schaffen notwendig auf dem Vorhandenen aufbaut,[5] ist in Zeiten der digitalen Möglichkeiten, Werkelemente zu übernehmen und daraus Neues zu kreieren, wichtiger denn je.[6]

Die unionsrechtlichen Einflüsse auf § 24 UrhG a.F. und die Bestrebungen zu dessen Abschaffung führten und führen also nicht dazu, die Frage nach den Kriterien der Freiheit oder Unfreiheit einer Benutzung nicht mehr zu stellen, sondern sie wird umso virulenter, je stärker der ursprüngliche Regelungsgehalt ins Wanken gerät. Eine – in diesem Sinne „neue“ – freie Benutzung zu suchen, bedeutet vor dem Hintergrund der oben genannten Erkenntnis, auf der § 24 UrhG a.F. gründete, nun mehr, als nur die Grenzen der musikalischen Bearbeitung auszuloten. Es bedeutet, die Freiheit einer Benutzung im Gesamtsystem des Urheberrechts zu betrachten.

In diesem gesamtsystematischen Zusammenhang, der eine Mischung aus Fragen der Schutzfähigkeit, des Schutzgegenstandes, der Anwendung von Verwertungsrechten und auch deren Schranken betrifft, werden gerade in den letzten Jahren die Grenzen nicht mehr allein durch das Urheberrechtsgesetz bestimmt. Maßgeblich in vielen Bereichen des Werkbegriffs, der Verwertungsrechte und der Schranken ist inzwischen das Unionsrecht, vor allem die 2001 erlassene InfoSoc-Richtlinie. Und es blieb nicht dabei: Nicht nur durch einen großzügigen Umgang des EuGH mit den bisherigen Richtlinien,

3 *BGH* GRUR 2017, 895, Rn. 22 – *Metall auf Metall III*.

4 Für die nach dem Regierungsentwurf dargelegte Begründung der Aufhebung des § 24 UrhG aus dem UrhG siehe BT-Drs. 19/27426, 79. Siehe ferner *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 56 ff. – *Pelham/Hütter*. Zur rechtswissenschaftlichen Diskussion noch näher unter: Kapitel 3 A. und B.

5 *BGH* GRUR 2017, 895, Rn. 22 – *Metall auf Metall III*.

6 Siehe *Leistner*, JZ 2014, 846; *Hilty/Senftleben*, in: *Dreier/Hilty* (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, 317, 317–319; *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815; vgl. im Kontext des Sampling ferner *BVerfG* BVerfGE 142, 74, Rn. 85 f. – *Sampling*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sondern auch durch neu hinzugekommene Richtlinien[7] verbreitert sich der unionsrechtliche Einflussbereich.

So stellt sich nun vor diesem unionsrechtlichen Hintergrund umso mehr die Frage, wo Grenzen der Benutzung fremder Musikstücke verortet werden können und mittels welcher Kriterien sich eine zulässige von einer unzulässigen Benutzung abgrenzen lässt. Oder kurz: Wie klingt nun die freie Benutzung?

B. Gang der Untersuchung

Um dem Klang der freien Benutzung näher zu kommen, wird zunächst auf die Vorfrage eingegangen, welche Elemente aufgrund ihrer Beschaffenheit stets frei bleiben, also schon gar nicht schutzfähig sind (Kapitel 2). Orientierung, nicht aber den einzig diskutierten Maßstab, bieten dabei die Elemente des europäischen Werkbegriffs: Originalität (A.), Objektivität bzw. Genauigkeit (B.) und schließlich die Ideenfreiheit (C.). Wie werden sie konkretisiert und welche Bedeutung haben sie in ihrer Anwendung auf Musikwerke?

Dabei stechen im Rahmen der oben genannten Erkenntnis, dass kulturelles Schaffen auf dem Vorhandenen aufbaut, vor allem die Konzepte der Originalität und der Ideenfreiheit hervor. Sie sollen implizit gewährleisten, dass diejenigen Gegenstände frei bleiben, die für ein aufeinander aufbauendes kulturelles Schaffen am wesentlichsten sind – so wesentlich, dass sie stets „frei benutzt" werden können.

Den Elementen, die nicht schon aufgrund fehlender Schutzfähigkeit ohne Zustimmungserfordernisse frei benutzt werden können, wendet sich sodann Kapitel 3 zu. Den Ausgangspunkt bildet dabei § 24 UrhG a.F. und die am 7. Juni 2021 in Kraft getretene Fassung des § 23 UrhG (A.). Im Kontext der Musik war ursprünglich stets augenfällig § 24 Abs. 2 UrhG a.F. von Relevanz. Der dort bestimmte sogenannte „besondere Melodienschutz" als Ausnahme zu einer freien Benutzung galt schon vor mehr als 100 Jahren manchen als „einer der wundesten Punkte des Urheberrechts".[8]

Unter dem Eindruck der unionsrechtlichen Einflüsse auf diese Bestimmungen wird in der Folge untersucht, wo die bisherigen Funktionen des § 24 UrhG a.F. unionsrechtskonform noch zum Tragen kommen. Zum einen

7 Nicht zuletzt die 2019 in Kraft getretene und 2021 in Deutschland umgesetzte DSM-Richtlinie.

8 *Gerst,* Gegenstand des musikalischen Urheberrecht, 1912, 34.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

betrifft dies die impliziten Grenzen des Schutzbereiches (B.), zum anderen aber auch spezifische unionsrechtlich gebotene Schrankenbestimmungen, im Rahmen derer nun Fallgruppen diskutiert werden, die vormals in § 24 UrhG a.F. verortet wurden (C.).

Vor dem Hintergrund der Ergebnisse aus den vorherigen Kapiteln wird in Kapitel 4 ein Ausblick auf die weitere Entwicklung gewagt und der Streifzug durch die urheberrechtlichen Kriterien in der Musik zusammengefasst.

C. Musik und Urheberrecht

Die zugrundeliegenden Kriterien sind auf den ersten Blick universal und nicht nur auf die Musik bezogen. Mit Ausnahme des besonderen Melodienschutzes in § 24 Abs. 2 UrhG a.F., der einzig auf Werke der Musik gemünzt war, werden die grundlegenden Kriterien von Schutzfähigkeit und Schutzbereich regelmäßig auf Kunstgattungen wie auf wissenschaftliche Schutzgegenstände gleichermaßen angewandt. Kriterien wie „Originalität", „Inhalt" und „Form" oder auch das „Verblassen" im Rahmen von § 24 Abs. 1 UrhG a.F. haben und hatten den Anspruch, für den wissenschaftlichen Aufsatz genauso zu gelten wie für den Popsong.

Um diese Konzepte aber in ihrer Bedeutung für die Musik zu verstehen, muss der Blick immer wieder auf die konkrete Situation und die spezifische Auslegung gerichtet werden. Eine Analyse der musikspezifischen Kriterien ist wohl nicht nur eine der entscheidenden Bedingungen für eine kunstspezifische Betrachtungsweise, wie sie das Bundesverfassungsgericht fordert,[9] sondern sie ist auch notwendig, um die Auswirkungen der oft abstrakt gehaltenen urheberrechtlichen Kriterien überhaupt zu erkennen: Die Grenze der „Originalität" in der Musik genauso zu verstehen wie im Falle eines Literaturwerks, gleicht dem Versuch, die Frage zu beantworten, wer denn nun originellere Werke schrieb: Mozart oder Schiller? Die Vergleichbarkeit der Kriterien reicht also nur bis zu einem gewissen Grad der Abstraktion.

Bei aller Berücksichtigung von gattungsübergreifenden allgemeinen Maßstäben des Urheberrechts haben sich deshalb präzisierende Kriterien herausgebildet, die konkret auf den musikalischen Bereich gemünzt sind. Diese wurden zum einen durch die Literatur herausgearbeitet, besonders aber die Rechtsprechung konkretisierte die Kriterien infolge des Zugzwangs, unter den sie durch die ihnen vorliegenden Sachverhalte gesetzt wurde. Hier stellen

9 *BVerfG* BVerfGE 142, 74, Rn. 85 f. – *Sampling*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich besonders Fragen, ob die dort entwickelten Konkretisierungen sinnvoll sind, inwiefern sie durch das Unionsrecht beeinflusst werden und welche Schlussfolgerungen aus ihrer praktischen Anwendung gezogen werden müssen. Andere Kriterien sind wiederum so neu oder im Wandel befindlich, dass es gerade Aufgabe der jetzigen Rechtswissenschaft ist, sie in handhabbare und sinnvolle Anwendungskategorien zu bringen.

Inwiefern Erkenntnisse und Begriffe aus der Musikwissenschaft auf das Musikurheberrecht übertragen werden können, ist in einigen Fällen umstritten und begegnet manchmal auch nicht gänzlich unberechtigten Bedenken.[10] Rechtsbegriffe werden juristisch autonom verstanden; sie können, müssen aber nicht mit der Begriffsbestimmung in verwandten Wissenschaftsbereichen übereinstimmen. Dies wäre schon allein aus praktischen Gründen nicht möglich, denn zumindest die Justiz ist in der Regel auf ein einheitliches und klares Verständnis von Begriffen angewiesen. Die Musikwissenschaft hingegen kennt nicht *die eine* Melodiedefinition oder *den einen* Begriff des Werks und ist auch nicht auf eine scharf abgrenzbare Definition angewiesen. Während im Recht Begriffe über die Weite des Rechts selbst bestimmen, dienen sie in der Musikwissenschaft vor allem als Kommunikationsvehikel, das immer wieder neu definiert werden kann.

Für die juristischen Fragen sind Begriffsbestimmungen aus der Musikforschung oder dortige Verständnisse der musikalischen Zusammenhänge also regelmäßig nicht entscheidend. Andererseits werden aber gerade dann, wenn urheberrechtliche Kriterien in der Fallanwendung konkretisiert werden müssen, immer wieder solche Konzepte herangezogen und heranzuziehen sein, die letztlich nur aus Sicht der Musikforschung beurteilt werden können.[11] Es überrascht daher nicht, dass selbst im gerichtlichen Prozess die Brücke zur Musikforschung durch die Hilfe von musikwissenschaftlich gebildeten Sachverständigen oft von immenser Bedeutung ist.[12]

Um den Zielen einer kunstspezifischen Betrachtung und eines verständigen Blickes im Folgenden gerecht zu werden, sollen daher nicht nur die klassischen hermeneutischen Methoden der Rechtswissenschaft angewandt,

10 *Canaris,* Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 61 f.; *Dieth,* Musikwerk und Musikplagiat, 2000, 168 f.; *Döhl,* in: *Auhagen/Bullerjahn/von Georgi* (Hrsg.), Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft für Musikpsychologie. Band 25: Musikpsychologie – Anwendungsorientierte Forschung, 19, 26 ff.; *Liebscher,* Schutz der Melodie, 2007, 28 ff.

11 Exemplarisch: *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 60 ff. – *Goldrapper*. Vgl. auch *Döhl,* in: *Auhagen/Bullerjahn/von Georgi* (Hrsg.), Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft für Musikpsychologie. Band 25: Musikpsychologie – Anwendungsorientierte Forschung, 19, 26 f.

12 Vgl. *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 60 ff. – *Goldrapper*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sondern auch immer wieder ein Blick auf die Erkenntnisse der Musikforschung geworfen werden.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 2 – Freiheit musikalischer Werkelemente

A. Freiheit mangels Originalität

Eine Freiheit der Benutzung von musikalischen Elementen ergibt sich nicht nur aus dem, was das Urheberrecht explizit freistellt, sondern auch aus dem, was es unberührt lässt. Sind bei der Benutzung eines Musikstücks die entnommenen Elemente in ihrer Gesamtheit schon gar nicht schutzfähig, dann bleibt auch die Benutzung erlaubt. Trotz fehlender Nennung des Begriffes „Originalität" in den gesetzlichen Grundlagen des Urheberrechts spielt sie in diesem Zusammenhang eine entscheidende Rolle. Was unter Originalität zu verstehen ist, erweist sich aber als ebenso weitläufig wie komplex.

Der Begriff der Originalität ist schon in der Alltagssprache kein einheitlicher, denn es gibt eigentlich zwei im Detail verschiedene Bedeutungen des Begriffes. Diese Bedeutungsunterschiede greift auch der Duden auf: Zum einen sei die Originalität ein Synonym der „Echtheit".[13] Zum anderen beschreibe der Begriff eine „[auffällige] auf bestimmten schöpferischen Einfällen, eigenständigen Gedanken o. Ä. beruhende Besonderheit; einmalige Note".[14]

Wenn im Kontext des deutschen Urheberrechts von Originalität die Rede ist, dann ist in der Regel eine Bedeutung gemeint, die der letzteren nahekommt. Es stellt sich dann nicht die Frage, ob ein Gegenstand tatsächlich vom Autor verfasst wurde (auch wenn diese Frage ebenfalls von urheberrechtlicher Relevanz sein mag), sondern es wird nach den eigenen schöpferischen Elementen eines Werkes gefragt, der eigenen Note. Insofern ist die Originalität eines Werkes verwoben mit den Voraussetzungen der persönlichen geistigen Schöpfung (§ 2 Abs. 2 UrhG) oder der eigenen geistigen Schöpfung (so die Begriffsverwendung im Rahmen des unionsrechtlichen Werkbegriffs),[15] indem sie sicherstellt, dass das Werk einem Autor zugeordnet werden und als „Schöpfung" gelten kann.

---

13 *Dudenredaktion*, Art. „Originalität" in: *Duden online*, URL: https://www.duden.de/node/ 106539/revision/106575 (Abrufdatum: 24. August 2022).

14 Ebd.

15 *EuGH,* Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736), Rn. 22 – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get*. Zum gesetzlichen Anknüpfungspunkt des EuGH in der Erwähnung des Begriffes „Werk" auch im Rahmen der InfoSoc-Richtlinie:

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ob hierfür nun die Begriffe „Individualität“[16], „schöpferische Eigentümlichkeit“[17], „Besonderheit“[18] oder eben „Originalität“ verwandt werden, ist dann irrelevant, wenn unklar bleibt, welche Konzepte sich hinter den denkbar weiten Begriffen verbergen.[19] Auch die Voraussetzungen einer „Schöpfungshöhe“, „Gestaltungshöhe“ und selbst der von *Elster* geprägte Begriff der „kleinen Münze“ zielen in eine ähnliche Richtung, betreffen sie doch letztlich die Frage des Mindestmaßes an Originalität.[20]

Originalität ist also in der juristischen Debatte eng verflochten mit einer ganzen Reihe anderer Begriffe, die um ein zentrales Problem des Urheberrechts kreisen: Wie ist das Schutzlose, Banale vom originellen Schutzfähigen zu unterscheiden?

I. Der musikalische Schutzgegenstand und dessen Gestaltungsparameter im Überblick

Möchte man sich der Frage nähern, wie die Originalität eines Werkes festgestellt werden kann, ist entscheidend, auf welchen Schutzgegenstand man sich dabei bezieht. Vorliegend soll der Fokus auf musikalischen Schutzgegenständen liegen. Besonders relevant in der musikurheberrechtlichen

EuGH, Urt. v. 16. Juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (= GRUR 2009, 1041), Rn. 33 ff. – *Infopaq/DDF*. Ausführlich und differenzierend zur Herleitung des unionsrechtlichen Werkbegriffs bereits: *Leistner*, ZGE 2013, 4, 6 ff.; *König,* Werkbegriff in Europa, 2015, 35 ff.

16 *Ulmer,* Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 119 ff.; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 21.

17 Etwa *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 41 – *Goldrapper*.

18 *Schulze,* Die kleine Münze, 1983, 145.

19 In diesem Sinne auch *Schulze,* Die kleine Münze, 1983, 145; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 18. a.A. *Kummer,* Das urheberrechtlich schützbare Werk, 1968, 35 f., der im Originalitätsbegriff gegenüber der Individualität etwas Wertendes sieht und ihn daher ablehnt. In anderer Hinsicht kritisch: *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 21a. Im Folgenden soll der Begriff aber als Oberbegriff, nicht wertend, verwandt werden, um sämtliche hier benannten Konzepte von Originalität, Individualität, Eigentümlichkeit oder Andersartigkeit zu erfassen. Originalität bezieht sich insofern insbesondere auf die „Werk-Individualität“, da die Individualität des Urhebers höchstens durch Vermittlung des Werks relevant werden kann, siehe *Hilty,* Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 161.

20 In diesem Sinne wohl auch *Schulze,* Die kleine Münze, 1983, 145.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtspraxis ist die Untersuchung sogenannter populärer Musik.[21] Der Begriff der populären Musik ist ein Sammelbegriff für die Musik, die vor allem auf ein breites Publikum ausgerichtet ist.[22] Hierzu gehört etwa auch die Popmusik, die sich wegen vieler wiederkehrender Strukturmerkmale für Abgrenzungsbeispiele besonders anbietet.[23] Die sogenannte Kunstmusik (wie etwa die sogenannte klassische Musik) wird gerne als Gegensatz zur populären Musik betrachtet. Eine klare Trennlinie kann zwischen populärer Musik und Kunstmusik aber nicht ausgemacht werden.[24]

Ob Popsongs in der populären Musik oder Opern in der Kunstmusik – der musikalische Schutzgegentand kann nicht nur in der Gesamtheit eines Musikstücks gesehen werden, sondern auch in den jeweiligen Bestandteilen der musikalischen Zusammenhänge.[25] Wenn auch dem Grunde nach bei der Schutzfähigkeit auf den Gesamteindruck abgehoben wird, ist bei der Betrachtung eines gesamten Werkes die Originalität jedenfalls anhand einzelner origineller Bestandteile darzulegen.[26]

Während im Bereich von Sprachwerken das Gestaltungsmittel der Wörter und deren Verbindung maßgeblich sind,[27] wird diese Rolle in der Musik von Klängen oder Geräuschen eingenommen, die in einer bestimmten zeitlichen Abfolge erklingen.

---

21 *Fischötter*, in: *Schertz/Omsels* (Hrsg.), FS Hertin, 69; *Jörger,* Plagiat in der Popularmusik, 1992; vgl. *BGH* GRUR 1981, 267 – *Dirlada*; *BGH* GRUR 1988, 812 – *Ein bißchen Frieden*; *BGH* GRUR 2015, 1189 – *Goldrapper*; *LG Hamburg* ZUM 2015, 699.

22 *Hemming,* Methoden der Erforschung populärer Musik, 2016, 503 ff. Auch die sogenannte populäre Musik ist bei genauer Betrachtung aber äußerst heterogen. Sie umfasst etwa gleichzeitig stark auf die Melodie ausgerichtete Gattungen wie den Schlager ebenso wie den sehr durch rhythmische Elemente geprägten Hip-Hop.

23 *Rösing,* in: *Helms/Phleps* (Hrsg.), Black Box Pop. Analysen populärer Musik, 257, 258: „Sie ist meistens tonal oder modal ausgerichtet, sie arbeitet mit Akkorden und Akkordfortschreitungen der klassischen Harmonielehre, sie verwendet einfache formale und satztechnische Strukturen, sie bevorzugt einen durchgehenden und eingängigen Beat, und sie huldigt dem Refrainprinzip mit Ohrwurmqualität […]."

24 *Hemming,* Methoden der Erforschung populärer Musik, 2016, 503 ff. Die Begriffe sind im Folgenden auch nicht im Sinne einer juristischen Abgrenzung relevant. Sie sollen eher eine grobe Vereinfachung zur besseren Erläuterung der für die Musik relevanten Kriterien bieten.

25 Allgemein und umfassend zum Teileschutz: *Benz,* Teileschutz, 2018.

26 Zum Gesamteindruck: *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 67 f.; siehe im Übrigen: *EuGH,* Urt. v. 16. Juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (= GRUR 2009, 1041), Rn. 51 – *Infopaq/DDF*.

27 Siehe etwa *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (= GRUR 2019, 934), Rn. 23 – *Funke Medien/BRD*; *EuGH,* Urt. v. 16. Juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (= GRUR 2009, 1041), Rn. 45–47 – *Infopaq/DDF*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Klänge – in der Musik regelmäßig als Töne bezeichnet – können wiederum weiter beschrieben werden, indem man etwa ihre Tonhöhe oder ihre Dauer bestimmt.[28] Solche einfach bestimmbaren Töne sind aber in der populären Musik nicht zwingend notwendig und auch nicht immer vorherrschend. Bei Schlaginstrumenten erklingen beispielsweise häufig Geräusche, die keinem bestimmten Grundton zugeordnet werden können. Dennoch sind solche Geräusche musikalische Gestaltungselemente.

Einzelne musikalische Gestaltungselemente können nun wiederum zu größeren musikalischen Einheiten zusammengefasst werden. So können Töne, wenn sie sukzessive und damit auch in einer gewissen zeitlichen Einordnung (also rhythmisch geordnet und in einem gewissen Tempo) auftreten, als Tonfolgen verstanden werden. Ist die Tonfolge in sich geschlossen und geordnet, wird sie juristisch regelmäßig noch in Anlehnung an die Literatur und Rechtsprechung zu § 24 Abs. 2 UrhG a.F. als Melodie betrachtet.[29]

Erklingen die Töne nicht sukzessive, sondern simultan, dann ergibt sich ein Zusammenklang. Dieser Zusammenklang, wird als Akkord bezeichnet, wenn er bestimmte harmonische Voraussetzungen erfüllt. Auch nicht-harmonische Zusammenklänge sind möglich und in der modernen Kunstmusik durchaus verbreitet.

Die komplexe Zusammensetzung der Töne und die vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten führen in der Musik zu einer weitgehend fachspezifischen und dem musikalischen Bereich eigenen Ansammlung von Gestaltungsparametern, die für Komposition und Analyse maßgeblich sind. Diese Gestaltungsparameter sind aber auch entscheidend in der juristischen Beurteilung von Musik, weil sie die musikalischen Vorgänge beschreibbar und so auch objektivierbarer machen.[30] Im Bereich forensischer Musikwissenschaft und insbesondere in Bezug auf die Popmusik lassen sich die

28 Genau genommen ist mit „Ton" in der Musik meist ein Klang gemeint; so auch hier. Zwar wird in der Akustik zwischen einem Ton (als reinem „Sinuston") und einem Klang mit einer Grundreferenz und mehreren Obertönen unterschieden. Zu den akustischen Grundbegriffen eingängig: *Eberlein u.a.*, Art. „Akustik", in: (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1994). Hier soll aber dem musikalischen Sprachgebrauch entsprechend der Begriff Ton als Referenzton mit Obertönen verwandt werden. Unter dem Begriff des Klangs werden dort v.a. Klangfarbe bzw. Sound erfasst.

29 Siehe noch im Detail unter Kapitel 3 A.II.1.

30 Vgl. zur Objektivierbarkeit insb. B.III.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gestaltungsparameter – bis zu einem gewissen Grad kategorisiert – etwa folgendermaßen darstellen:[31]

1. Harmonische Gestaltung (hierzu gehören die Akkorde und Akkordfolgen im Falle der tonalen Komposition)
2. Melodische Gestaltung (insbesondere Tonfolgen)
3. Rhythmische Gestaltung (Tempo und Rhythmus; wohl auch das Metrum, wenn nicht in der Soundgestaltung mitbetrachtet)
4. Klanggestaltung[32] (Klangfarben, Arrangement; wohl auch Dynamik)
5. Strukturelle Gestaltung (Phrasierungen, Periodisierungen und Wiederholungen)

   Die hier aufgeführten zahlreichen Kategorien zeigen bereits das weite Spektrum auf, in dem Schutzkriterien des musikalischen Urheberrechts gemessen werden können.[33]

Für jeden Versuch einer systematischen Darstellung, wie oben, besteht allerdings ein großes *Caveat*: das Musikschaffen ist, wie wohl jede andere Kunstform auch, davon geprägt, dass nicht nur innerhalb von Gestaltungsparametern Neues möglich ist, sondern auch neue Gestaltungsparameter hinzutreten können oder in völlig neuer Art und Weise Bedeutung erlangen. Während etwa der Bereich der Soundgestaltung vor vielen Jahren noch vor allem die Auswahl der Instrumente umfasste, ist heute ein kreativer Umgang im Bereich der Klanggestaltung praktisch grenzenlos möglich und eröffnet so ein völlig neues Feld kreativer Musikgestaltung.[34] Daher kann auch die systematische Darstellung dieser Parameter für die Beurteilung der

31 Im Wesentlichen basierend auf *Rösing,* in: *Helms/Phleps* (Hrsg.), Black Box Pop. Analysen populärer Musik, 257, 261.

32 Bei *Rösing,* in: *Helms/Phleps* (Hrsg.), Black Box Pop. Analysen populärer Musik, 257, 261: „klangliche Ebene".

33 Der Aussage bei *Schlingloff,* Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 28, die Tonfolge sei „das klassische Feld für die Bejahung urheberrechtlicher Individualität" ist daher jedenfalls aus der aktuellen Entwicklung heraus nicht mehr zuzustimmen. Gerade im Falle von Musikgenres, die rhythmus- oder soundbezogene Elemente in den Vordergrund stellen, spielt die Tonfolge oft nur eine untergeordnete Rolle in der Beurteilung von Originalität bzw. Individualität eines Werks oder Werkteils.

34 Nähere Ausführungen zur klanglichen Ebene in der Neuen Musik des 20. und 21. Jahrhunderts: *Helms,* in: *Appen* (Hrsg.), Pop Sounds, 197, 197 ff. *Schunke*, ZUM 2020, 447, 449; vgl. auch *Rummenhöller*, Art. „Harmonielehre", in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1996): „Am Schluß des Buches führt Schönberg einen neuen Parameter ein, die Klangfarbe, für die er visionär eine Art neuer Harmonielehre in höherer Potenz verlangt, eine Utopie, die sich im Verlaufe der neuen Musik in der Tat erfüllt hat."

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schutzfähigkeit am Schutzgegenstand nicht vollständig pauschalisiert und für jeden Einzelfall gleichermaßen angewandt werden.

Gleichwohl spielt sich der Großteil des musikalischen Schaffens innerhalb der bekannten Parameter ab. Bereits innerhalb dieser Vielzahl der dargestellten Ebenen wird deutlich, dass ein musikalischer Schutzgegenstand für die Beurteilung der Originalität schon deshalb regelmäßig die Hinzuziehung von Sachverständigen benötigen wird, um die schutzfähigen Bestandteile korrekt zu benennen.[35]

Als Methode der Differenzierung solcher Bestandteile durch die Sachverständigen ist vor allem die Musikanalyse von Bedeutung.[36] Während die klassische Musikanalyse sehr stark von stufen- und funktionstheoretischen Untersuchungen anhand von Notentexten aus dem Bereich der tonalen Musik geprägt war, finden inzwischen auch neuere Analysemethoden Eingang in das methodisch etablierte Spektrum.[37] Die Gestaltungsparameter der Komposition müssen sich indes nicht zwingend in einer Verschriftlichung des musikalischen Materials ausdrücken. Betrachtet man die Praxis im Werkschaffen populärer Musik, wird in vielen Fällen auf eine Notenverschriftlichung verzichtet.[38] In diesen Fällen kann mitunter bei der Wahrnehmung des Werkes schwer identifizierbar sein, was kompositorische Anlage des Werkes ist und wo der gestaltende Teil der Interpretation beginnt.[39]

Im Ergebnis handelt es sich also beim musikalischen Schutzgegenstand um einen nicht immer verschriftlichten, ohnehin vor allem akustisch zu bewertenden Gegenstand, der sich in vielen komplex verbundenen Gestaltungsparametern niederschlägt.

35 Vgl. *BGH* GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*; *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 64 – *Goldrapper*.

36 Siehe *Rösing,* in: *Helms/Phleps* (Hrsg.), Black Box Pop. Analysen populärer Musik, 257, 259 ff.

37 Vgl. etwa *Burghardt*, Bibliothek – Forschung und Praxis 2018, 324; *Rösing,* in: *Helms/Phleps* (Hrsg.), Black Box Pop. Analysen populärer Musik, 257.

38 *Rösing,* in: *Helms/Phleps* (Hrsg.), Black Box Pop. Analysen populärer Musik, 257, 258; *Stöckler,* in: *Gensch/Stöckler/Tschmuck* (Hrsg.), Musikrezeption, Musikdistribution und Musikproduktion: Der Wandel des Wertschöpfungsnetzwerks in der Musikwirtschaft, 267, 274; *Stöckler* legt ebenso dar, dass dies auch ein Gegensatz zum Schaffen zeitgenössischer Kunstmusik steht, wo regelmäßig die Verschriftlichung am Ende steht.

39 *Hilty,* Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 182. Das Interpretenrecht selbst (§§ 73 ff. UrhG) bezieht sich freilich nur auf die Individualität des Nachgeschöpften, s. *Grünberger,* Interpretenrecht, 2006, Rn. 108. Siehe ferner bzgl. der schwierigen Unterscheidung von Aufnahme und zugrundeliegender Komposition: *Lund*, Virginia Sports and Entertainment Law Journal 2011, 137; *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Grundprinzipien der Originalität und das musikalische Schaffen

Der Freiheit musikalischer Werkelemente durch das Originalitätskriterium kann man sich von zwei Seiten nähern: durch das positive Festlegen dessen, was als originell, individuell bzw. eigenschöpferisch gilt, oder durch das negative Abgrenzen dessen, was als banal, allgemein oder alltäglich zu verstehen ist. Positive und negative Kriterien sind zwei Seiten einer Medaille.

Über die Jahre haben sich in Rechtsprechung und rechtswissenschaftlicher Literatur unterschiedliche Herangehensweisen herausgebildet, um mithilfe einer Mischung aus diesen positiven und negativen Kriterien die Originalität eines Werks festzustellen.

1. Ansatz des EuGH: Gestaltungsspielraum und freie kreative Entscheidung

In ständiger Rechtsprechung geht etwa der EuGH bei seiner Auslegung des Begriffes „Werk" in unterschiedlichen Richtlinien der EU[40] davon aus, dass ein Gegenstand dann als Original angesehen werden könne, „wenn er die Persönlichkeit seines Urhebers widerspiegelt, indem er dessen freie kreative Entscheidungen zum Ausdruck bringt."[41] Mit diesen freien kreativen Entscheidungen verleihe der Autor dem Werk auch seine „persönliche Note".[42]

Während die Hinweise auf eine persönliche Note eher im Dunkeln lassen, welche Schlussfolgerungen daraus zu ziehen sind,[43] zeigt der Begriff der freien kreativen Entscheidung einen klareren Anknüpfungspunkt auf: Der Blick ist auf den Schaffensprozess gerichtet. Das Kriterium der freien kreativen Entscheidungen bezieht sich gerade nicht direkt auf das Endprodukt als solches, sondern wirft nur die Frage auf, welcher Entstehungshintergrund sich hinter den einzelnen Elementen des Endprodukts und deren Verbindung verbirgt.

---

40 Zur Methodik, Herleitung und Konkretisierungskompetenz im Rahmen der InfoSoc-Richtlinie: *Leistner*, ZGE 2013, 4, 6 ff.; *König,* Werkbegriff in Europa, 2015, 35 ff.

41 *EuGH,* Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736), Rn. 23 – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get*; *EuGH,* Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 30 – *Cofemel/G-Star*; vgl. ferner *EuGH,* Urt. v. 1. Dezember 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 (= GRUR 2012, 166), Rn. 89 – *Painer/Standard*.

42 Für Fotografien: *EuGH,* Urt. v. 1. Dezember 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 (= GRUR 2012, 166), Rn. 92 – *Painer/Standard*. Für Datenbanken: *EuGH,* Urt. v. 1. März 2012, C-604/10, ECLI:EU:C:2012:115 (= GRUR 2012, 386), Rn. 38 – *Football Dacato/Yahoo*.

43 Denn letztlich kann die persönliche Note kaum freischwebend den Urheber widerspiegeln, sondern muss sich am Werk manifestieren, indem sich das Werk von anderen unterscheidet, siehe hierzu *Hilty,* Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 161 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dabei zeigt sich eine enge Verwandtschaft des Konzepts freier kreativer Entscheidungen zum in der Literatur entwickelten Erfordernis eines genutzten Gestaltungsspielraums.[44] Nach dieser sogenannten „Spielraumtheorie"[45] liegt die Originalität dann vor, wenn dem Autor eine entsprechende Freiheit in Form eines konkreten Gestaltungsspielraums gegeben ist, den er dann in kreativer Weise ausnutzt.[46]

Auch hier zielt die Perspektive einzig auf die Entstehung des Werkes ab. Die konzeptuelle Ähnlichkeit von freier kreativer Entscheidung und Gestaltungsspielraum kann insbesondere an jüngeren Entscheidungen des EuGH gesehen werden, in denen technische Aspekte, die zu einer gewissen Gestaltung zwingen, eine freie kreative Entscheidung ausschließen können.[47]

a. Möglichkeit freier kreativer Entscheidungen im Musikschaffen

Was sich hinter den Adjektiven „frei" und „kreativ" verbirgt, ist weitgehend unbestimmt. Aus sich heraus sind die Begriffe kaum eindeutig eingrenzbar. Der EuGH tendierte dazu, die Freiheit und Kreativität im Kontext bisheriger Rechtsprechung mit der „künstlerische[n] Freiheit" in Verbindung zu bringen.[48]

„Künstlerische Freiheit" suggeriert ein Brechen mit Konventionen. Zwar kann eine freie Entscheidung mit Konventionen brechen, im Großteil musikalischer Kompositionen betreffen die Entscheidungen allerdings das Setzen und Verbinden von dem Grunde nach vorbekannten Klängen in einer bestimmten Art und Weise. Da kaum anzunehmen ist, dass sich der EuGH mit dieser Eingrenzung auf epochemachende Konventionsbrüche beschränken wollte, ist die künstlerische Freiheit im Sinne des EuGH wohl eher als eine Abwesenheit von bestimmten Zwängen zu verstehen.[49] Freie Entscheidungen im Sinne des EuGH werden daher schon im Musikschaffen zu finden

44 *Leistner*, ZGE 2013, 4, 16, 23; vgl. auch *Leistner*, GRUR 2019, 1114, 1119.
45 *Berger*, ZUM 2012, 353, 355.
46 *Leistner*, ZGE 2013, 4, 23; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 33.
47 *EuGH,* Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 30 f. – *Cofemel/G-Star*; *EuGH,* Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736), Rn. 23 f. – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get*.
48 *EuGH,* Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 31 – *Cofemel/G-Star*.
49 Siehe näher zu dem Verständnis der Zwänge A.III.1. Vgl. im Übrigen *EuGH,* Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 31 – *Cofemel/G-Star*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sein, das sich innerhalb des Entscheidungsspielraums oben dargestellter Gestaltungsparameter bewegt.

Ein einfaches Beispiel wäre die Gestaltung einer Melodie. Bereits das Setzen des ersten Tones nutzt einen (sehr offenen) Gestaltungsspielraum aus. Der Musikschaffende trifft dabei etwa Entscheidungen hinsichtlich der Tonhöhe, der Dauer oder der Klangfarbe. Auch bei jedem weiteren Ton einer Tonfolge wird das anzunehmen sein. Zwar bestehen einzelne gedankliche Vorarbeiten dazu, welche Kombinationen wohlklingender sind als andere.[50] Der Gestaltungsspielraum kann außerdem von Parameter zu Parameter unterschiedlich groß sein. Dem Grunde nach stehen aber beim Setzen jedes einzelnen Tons mehrere Entscheidungsmöglichkeiten im Rahmen der musikalischen Gestaltungsfreiheit offen. Jede musikalisch-kompositorische Gestaltung ist daher grundsätzlich als „freie Entscheidung" aufzufassen, treten keine weiteren einschränkenden Umstände von außen hinzu.

Auch die Kreativität erklärt sich im Rahmen der EuGH-Rechtsprechung teilweise in ihrer Abgrenzung zur künstlerischen Freiheit: Technisch motivierte Entscheidungen im Bereich angewandter Kunst gelten dem EuGH nicht als kreativ.[51] Dahinter scheint sich eine generelle dichotome Vorstellung von Kunst und Technik zu verbergen.

Die Fälle der technischen Einschränkungen sind im musikalischen Schaffen seltener als im Falle des Designs von Gebrauchsgegenständen wie Kleidungsstücken oder Klapprädern. Das ist schon dadurch bedingt, dass Musik nur vereinzelt reinen Gebrauchszwecken dient. Eine vergleichbare anwendungsorientierte Musikgestaltung wäre bei der Erstellung eines Alarmtones für Mobiltelefone denkbar, sofern nicht kreative Soundüberlegungen den Klang bestimmen sollen, sondern die Signalwirkung.[52] Auch die schlichte Entscheidung, ein Werk zu kopieren, betrifft keine kreative, sondern eher eine technische Entscheidung. Ein anderer Bereich, in dem die künstlerische Freiheit und Kreativität eingeschränkt sein können, sind bestimmte Auftragskompositionen, bei denen gewisse Entscheidungen von außen vorgegeben werden.[53]

50 Näher dazu unter A.III.1.a.

51 *EuGH,* Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 30 f. – *Cofemel/G-Star*; *EuGH,* Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736), Rn. 23 f. – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get*.

52 *OLG Hamburg* ZUM 2002, 480, 482.

53 Vgl. insgesamt zu diesem Komplex noch A.III.1.b.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Außerhalb solcher Ausnahmebereiche ist das musikalische Schaffen aber regelmäßig von künstlerischer Gestaltungsfreiheit geprägt.[54] Dass freie Entscheidungen zumindest in diesem künstlerischen Kontext auch gleichzeitig kreativ sind, ist angesichts des engen Zusammenhangs von Kreativität und künstlerischer Freiheit naheliegend. Eine genauere Unterscheidung zum Unkreativen kann hier jedoch nur im Zusammenspiel mit den später noch näher behandelten Einzelfallbetrachtungen erfolgen.[55]

b. Wie lassen sich freie kreative Entscheidungen am Werk ablesen?

Wie oben dargelegt, wird vom Begriff der freien kreativen Entscheidung nicht das Endprodukt des Werks, sondern dessen Entstehung ins Zentrum der Untersuchung gerückt. Da über die Werkentstehung direkt aber nur selten Genaueres bekannt ist und es an Möglichkeiten mangelt, den Kompositionsprozess direkt zu betrachten, müssen auf Grundlage des Endprodukts eines fraglichen Schaffensprozesses regelmäßig Erwägungen zu dessen Entstehung angestellt werden.[56] Im Falle des Musikwerkes betrifft das den Kompositionsvorgang mittels einer Untersuchung der Komposition.[57] Es ist also ein Blick darauf zu werfen, wie der musikalische Schaffensprozess anhand des Werks selbst in seinen freien kreativen Entscheidungen rekonstruiert werden kann.

Forensisches Mittel der Annäherung an diese Frage ist vor allem die eingängige Analyse des zugrundeliegenden Werks in seinem Kontext.[58] Sie geht vom Werk aus und soll in gewissem Maße Rückschlüsse darauf zulassen, wie es entstanden ist, oder zumindest darauf, ob das jeweilige Musikstück einen kreativen Schaffensprozess vermuten lässt.

Es stellt sich daher die Frage, wie sicher solche Untersuchungsergebnisse am Werk Rückschlüsse auf die Werkentstehung zulassen. Wird ein Musikwerk der Musikanalyse unterzogen, wird dabei eine Differenzierung der Gestaltungsparameter möglich.[59] Jeder dort identifizierte Gestaltungsparameter kann hypothetisch vom Komponisten in freier kreativer Entscheidung beein-

54 In diesem Sinne wohl auch *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 33.
55 Siehe unten A.III.
56 Siehe mit besonderem Fokus auf angewandte Kunst die Ausführungen bei *Tolkmitt*, GRUR 2021, 383, 385 f.
57 Vgl. im musikwissenschaftlichen Kontext *Habryka/Weiß,* in: *Jeßulat* (Hrsg.), Mythos Handwerk? Zur Rolle der Musiktheorie in aktueller Komposition, 187.
58 Siehe *Rösing,* in: *Helms/Phleps* (Hrsg.), Black Box Pop. Analysen populärer Musik, 257.
59 Vgl. etwa die Darstellung bei *Frieler/Müllensiefen,* in: *Schrör u.a.* (Hrsg.), Tipping Points: Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts, 115, 122.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

flusst worden sein. Blickt man also auf die bare Möglichkeit, eine akustische Erscheinung musikalisch hinsichtlich Tonhöhen, Rhythmus und anderen Parametern zu analysieren, könnte dem auch grundsätzlich die Möglichkeit der freien kreativen Entscheidung entnommen werden. Nicht zu verkennen ist aber, inwiefern weitere Erkenntnisse über den Entstehungskontext eine freie kreative Entscheidung wiederum ausschließen, ohne dass sich dies bei objektiver Betrachtung des Werkes zeigt.

aa. Fremdreferenzielle Kompositionsweisen

Steht am Ende des Prozesses nämlich ein neues Werk, in dem fremde Bestandteile übernommen werden, dann bezieht sich die freie kreative Entscheidung gerade nicht auf den Gehalt des übernommenen Bestandteils, sondern lediglich auf die Auswahl und Einbindung eines solchen Bestandteils in einen neuen musikalischen Kontext. Bei vollständigen Plagiaten besteht angesichts der reinen Entscheidung zu kopieren schon gar keine freie *kreative* Entscheidung.

Auch bei künstlerischen Gestaltungen in Verbindungen mit einer teilweisen Übernahme fremder Werke kann die künstlerische Entscheidung in anderer Form vorhanden sein, als es auf den ersten Blick anhand der Werkelemente scheint. Werden etwa beim Sampling Audiofragmente von anderen Werken übernommen, liegt die freie kreative Entscheidung nur in der Auswahl und Verarbeitung des Samples, nicht aber auch in der im Sample befindlichen musikalischen Gestaltung.[60] Da in der Musik oft auf einen bestehenden Formenschatz[61] zurückgegriffen wird, ist die Problematik der Übernahme omnipräsent: Ob bei einem kurzen Motiv nun Tonhöhen und Tondauer jedes einzelnen Tons, lediglich der Rhythmus oder vielleicht auch nur die schlichte Auswahl des gesamten Motivs aus einem älteren Werk die freie kreative Entscheidung darstellt, bleibt wohl regelmäßig spekulativ.

60 Auch die direkte Einfügung eines fremden Bestandteils in einen neuen Gegenstand – etwa beim Sampling – und dessen Wiederholung (z.B. im Rahmen eines sogenannten „Loops“) nutzt einen Gestaltungsspielraum durch eine freie Entscheidung aus, der nicht derselbe ist wie der des Urhebers eines Samples.

61 Zur Problematik des Formenschatzes noch unter A.III.3.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb. Freie kreative Entscheidung und Kompositionshilfen

Teilweise können einzelne der genannten Schritte auch durch technische Hilfsmittel ersetzt werden. Vollständig automatische Kompositionen ganzer marktrelevanter Musikstücke sind noch eher als „Zukunftsmusik" zu betrachten.[62] Allerdings ist der Einsatz von Software als Kompositionshilfe für Bestandteile einer Komposition bereits seit vielen Jahren reale Möglichkeit und selbst die künstliche Erstellung größerer musikalischer Abschnitte entwickelt sich aus der Experimentierphase hin zu Anwendungsmöglichkeiten im Schaffen populärer Musik.[63] Einige dieser Programme können etwa Harmonisierungen oder Tonsatzbestandteile selbständig vornehmen und so dem Anwender für eine Komposition vorschlagen.[64] In diesen Fällen werden einzelne Entscheidungsparameter, die sich im Werk als eine Vielzahl von Gestaltungselementen präsentieren, letztlich verengt: Was sich bei einer Melodie als Entscheidung über Tonhöhe, Dauer und Verknüpfung jedes einzelnen Tons präsentiert, betrifft dann nur eine einzige menschliche Entscheidung darüber, ob die vorgeschlagene Melodie verwendet wird oder nicht. Am musikalischen Endprodukt selbst ist ein Einsatz solcher Mittel praktisch nicht erkennbar. Auch in der Auswahl und Anordnung dieser vorgeschlagenen Elemente kann freilich eine freie Entscheidung gesehen werden. Allerdings zeigen derartige technische Möglichkeiten, dass die Ebene, auf der die freie Entscheidung stattfindet, teilweise undurchsichtig bleibt. Mit fortschreitenden technischen Möglichkeiten in diesem Bereich wird sich die Undurchsichtigkeit wohl noch weiter verdichten.[65]

62 Erste Erfolge zeigen aber schon weitgehend autonom erstellte Stücke wie etwa der Titel „Daddy's Car", der aus einem künstlich verarbeiteten Datensatz von ca. 45 Liedern der *Beatles* basiert. Siehe hierzu etwa auch *Rosati*, Asia Pacific Law Review 2019, 198, 215.

63 Siehe hierzu auch: *Sturm u.a.*, Arts 2019, 115; *Avdeeff*, Arts 2019, 130. Vgl. etwa die Beispiele IBM Watson Beat: https://www.ibm.com/case-studies/ibm-watson-beat, Flow Machine von SONY CSL: https://www.flow-machines.com, Google Magenta: https://magenta.tensorflow.org (Abrufdatum jeweils: 24. August 2022).

64 Vgl. etwa "Band-in-a-Box" von PG Music oder "tonica fugata" von capella software.

65 *Frieler/Müllensiefen,* in: *Schrör u.a.* (Hrsg.), Tipping Points: Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts, 115, 132.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. Offene Frage der Gestaltungshöhe

Nicht eindeutig beantwortet ist damit jedoch, wie und ob eine Gestaltungshöhe zu bemessen ist.[66] Eine solche Schwelle wird im Zusammenhang mit der freien kreativen Entscheidung überwiegend abgelehnt oder bezweifelt.[67] Nach einem strengen Verständnis wäre wohl jeder musikalischen Gestaltung ein Entscheidungsprozess zu entnehmen, der sich als frei und kreativ beschreiben lassen könnte. Eine schwellenlose Bestimmung der Schutzfähigkeit des musikalischen Werkes schlösse dann bereits das Setzen des ersten Klangs einer Komposition mit ein.

Andererseits könnte aber im Erfordernis der persönlichen Note oder der Kreativität ein Hinweis darauf gesehen werden, dass zumindest nicht jegliche gestalterische Entscheidung in der Musik zu einer Schutzfähigkeit führen solle. Denkbar wäre etwa, dass nicht nur die Art der Zwecksetzung einer Entscheidung (also technisch oder künstlerisch) darüber entscheidet, wann Kreativität anzunehmen ist, sondern auch ein bestimmtes Mindestmaß an künstlerischer Besonderheit erforderlich wird.[68]

Zwar hat der EuGH in dieser Hinsicht noch keine Schwelle klar statuiert, aber es bestehen zumindest kleinere Indizien für eine vom EuGH angenommene Mindestschwelle – wenn auch eine niedrige. Einzelne Wörter erachtet etwa auch der EuGH nicht als eigene geistige Schöpfung, wie es die *Infopaq*-Entscheidung deutlich macht, in welcher der europäische Werkbegriff freilich noch in den Kinderschuhen steckte.[69] Erst „mit Hilfe der Auswahl, der Anordnung und der Kombination" von Wörtern entsteht Originalität nach seinem Verständnis.[70] Übertragen auf die Musik könnte kaum etwas anderes für dortige Kleinsteinheiten gelten. So müsste wohl in Analogie zur Sprache gelten, dass einzelne Töne oder Geräusche nach dem

66 Zum diesbezüglichen Spielraum für die deutsche Rechtsprechung etwa *Leistner*, GRUR 2019, 1114, 1119; vgl. ferner: *Leistner*, ZGE 2013, 4, 30 ff.

67 *Richter*, GRUR 2020, 358, 359; zweifelnd auch *Nordemann/Czychowski*, NJW 2019, 725, 726; Tendenz zu einer Interpretation als niedrige Schwelle: *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 22; nicht als unionsrechtliche Notwendigkeit betrachtend, aber die Abschaffung einer Gestaltungshöhe in diesem Zusammenhang fordernd: *Leistner*, ZGE 2013, 4, 44.

68 In ähnlicher Weise diskutieren *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 150 und *Leistner*, GRUR 2019, 1114, 1118 f. etwa eine „künstlerische Gestaltungshöhe".

69 *EuGH,* Urt. v. 16. Juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (= GRUR 2009, 1041), Rn. 46 – *Infopaq/DDF*.

70 *EuGH,* Urt. v. 16. Juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (= GRUR 2009, 1041), Rn. 45 – *Infopaq/DDF*. Vgl. ferner kritisch zu dieser EuGH-Rechtsprechung und ihren Hintergründen: *Vousden*, WIPOJ 2010, 197, 202 f.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kreativitätsbegriff keinen Schutz erfahren können, auch wenn ihre einzelne Auswahl und Ausgestaltung in Tonhöhe und anderen Parametern schon künstlerische Entscheidungen erfordern kann. Ob aus der Schutzlosigkeit kleinster Werkeinheiten aber ein umfassender Gedanke einer Gestaltungshöhe abzuleiten ist oder der EuGH andere Ziele damit bezweckte, bleibt im Dunkeln.

Es ist zusammenfassend also unklar, ob aus dem vom EuGH geprägten Erfordernis der freien kreativen Entscheidung eine klare Gestaltungshöhe abzulesen ist.[71] Zumindest werden aber gewisse „banale" Elemente explizit als nicht schutzfähig erachtet und auch im Bereich der oben genannten einschränkenden Zwänge werden Grenzen gezogen. Insofern liegt die Beantwortung der Frage einer genauen Schutzfähigkeitsbestimmung in letzter Konsequenz dort, wo negative Schutzfähigkeitsbestimmungen getroffen werden.[72]

d. Zwischenergebnis

Die Untersuchung zeigt, dass der Begriff einer freien kreativen Entscheidung in der Anwendung auf Musik die Perspektive des Komponisten ins Zentrum stellt und damit dem Grunde nach einer subjektiven Neuheit auf Ebene der Schutzfähigkeit folgt.[73] Insofern ergeben sich auch deutliche Parallelen zur Überlegung, dass ein Gestaltungsspielraum hinreichend ausgenutzt werden müsse.[74] Die Zentrierung auf den Entscheidungsprozess hinter dem Werk und nicht auf das Werk als solches erfordert aber zumeist eine indirekte Prüfung am Werk.

Da dort die Zusammenfügung von Tönen regelmäßig von künstlerischer Freiheit geprägt ist, wird auch typischerweise ein Gestaltungsspielraum ausgenutzt.[75] Vom EuGH nicht vorbestimmt bleibt aber weiterhin, ob der Gestaltungsspielraum durch eine umfassende allgemeine Gestaltungshöhe eingeschränkt wird und werden sollte, die über Kleinstelemente hinausgeht.

---

71 Differenzierend insofern schon *Leistner*, GRUR 2019, 1114, 1118 f.

72 Hierzu ausführlicher unter A.III.

73 Zum subjektiven Neuheitsbegriff etwa *Endrich-Laimböck*, GRUR Int. 2020, 264, 267.

74 *Leistner*, ZGE 2013, 4, 23 ff.

75 Ähnlich *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 33: „Wer dichtet, komponiert oder malt, dem steht jeweils ein so großer Gestaltungsspielraum an möglichen Geschichten, an Formulierungen, musikalischen Ausdrucksweisen und bildnerischen Darstellungsformen zur Verfügung, dass die einzelnen Werke, seien es Meisterwerke oder auch sog. Sonntagsmalereien, in der Regel urheberrechtlich geschützt sind."

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Außerdem offenbart der herstellungsbezogene Originalitätsbegriff Unsicherheiten in der Bestimmung: Die indirekte Prüfung lässt am Werk in vielen Fällen nicht das angestrebte Kriterium erkennen, welche Elemente einer Komposition tatsächlich Ergebnis eines Entscheidungsprozesses sind und welche nicht. Neue Technologien erschweren diese Überprüfung am Endprodukt noch stärker. In vielen Fällen müssten daher spekulative Vermutungen zur Frage getroffen werden, ob ein Werkteil eine freie kreative Entscheidung erkennen lässt oder nicht.

2. Ansatz des BGH: Individuelle ästhetische Ausdruckskraft

In den vergangenen Jahrzehnten hatte der BGH des Öfteren über die Originalität von Musikwerken zu entscheiden. Der Begriff der Originalität selbst ist in den Urteilen dabei aber kaum zu finden.[76] Stattdessen verwendet die deutsche Rechtsprechung wie ein Teil des Schrifttums die Begriffe der „schöpferischen Eigentümlichkeit", „eigenschöpferischen Prägung" oder ähnliche Formulierungen.[77]

a. Konkretisierung der schöpferischen Eigentümlichkeit

Auch die eigenschöpferische Prägung oder schöpferische Eigentümlichkeit ist für sich genommen kaum konkreter als der Begriff der Originalität. Eine scheinbare Konkretisierung für urheberrechtliche Fälle im Musikbereich fand der BGH dann aber im Begriff der „individuellen ästhetischen Ausdruckskraft":[78]

> „Die schöpferische Eigentümlichkeit liegt bei Musikwerken in ihrer individuellen ästhetischen Ausdruckskraft. An den individuellen ästhetischen

76 Eine Ausnahme bildet in Teilen Fantasy *BGH* GRUR 1988, 810 – *Fantasy*.

77 *BGH* GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*; *BGH* GRUR 1985, 1041 – *Inkassoprogramm*; *BGH* GRUR 1986, 739 – *Anwaltsschriftsatz*; *BGH* GRUR 2015, 1189 – *Goldrapper*; vgl. *Ahlberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 66.
Seit seinem Bestehen nahm der BGH auch in Urteilen mit der Gesetzesgrundlage vor 1966 (dem LUG) anknüpfend an die Urteile des Reichsgerichtes ähnliche Formulierungen als Voraussetzung der Werkeigenschaft auf. Siehe *BGH* GRUR 1968, 321 – *Haselnuß*.

78 *BGH* GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*; ähnlich auch *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 44 – *Goldrapper*. Außerhalb von Fällen musikalischer Schutzgegenstände wird der Begriff oft ohne den Zusatz der Ästhetik verwendet: vgl. etwa *BGH* GRUR 1995, 673, 675 – *Mauer-Bilder*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> Gehalt dürfen allerdings nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden. Es reicht aus, daß die formgebende Tätigkeit des Komponisten – wie bei der Schlagermusik regelmäßig – nur einen geringen Schöpfungsgrad aufweist (vgl. BGH in GRUR 1968, 321, 324 Haselnuß)."[79]

Zumindest die Nennung von Schlagermusik gibt einen Anhaltspunkt dafür, was der BGH noch als schutzfähig erachtet. Er wendet sich damit gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, das der Melodie des streitgegenständlichen Liedes („Dirlada") noch einen zu geringen Originalitätsgrad attestierte.[80]

Das Urteil führt außer dem konkreten Beispiel der Schlagermusik aber keine Anhaltspunkte dafür auf, wann denn die „individuelle ästhetische Ausdruckskraft" dazu genügt, ein Werk als schöpferisch eigentümlich oder originell zu qualifizieren.

Im Kontext vergleichbarer Kriterien bei anderen Werken außerhalb der Musik, finden sich weitere Hinweise zur Auslegung durch den BGH, wie im Urteil „*Geburtstagszug*": Daraus ging hervor, dass es nach der Ansicht des BGH allgemein genüge, wenn eine Gestaltungshöhe erreicht werde, „die es nach Auffassung der für Kunst empfänglichen und mit Kunstanschauungen einigermaßen vertrauten Kreise rechtfertigt, von einer ‚künstlerischen' Leistung zu sprechen."[81] Dabei sei es aber nicht erforderlich, dass ein Werk „die Durchschnittsgestaltung deutlich überragen" müsse.[82]

Zwar ist auch das Erfordernis einer „‚künstlerischen' Leistung" kaum als konkretes Kriterium einer auf Rechtsklarheit gerichteten Prüfung zu verstehen. Aber sowohl die ästhetische Ausdruckskraft als auch die im *Geburtstagszug*-Urteil enthaltene Forderung nach einer „‚künstlerischen' Leistung", die von den entsprechenden Kreisen wahrgenommen werden muss, geben zumindest die Zielrichtung der Konkretisierung vor: Entscheidend für die schöpferische Eigentümlichkeit sind Kriterien, die sich letztlich auf die Wirkung oder Wahrnehmung beziehen.

79 *BGH* GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*.
80 *BGH* GRUR 1981, 267 – *Dirlada*.
81 *BGH* GRUR 2014, 175, Leitsatz 1 – *Geburtstagszug*. Die Klarstellung, dass sich die Anforderungen auch für musikalische Werke nicht unterscheiden, macht den Maßstab des Urteils übertragbar.
82 Ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b. Ausdruckskraft in der Musik

Insofern stellt sich die Frage, wo überhaupt diese wirkungs- bzw. wahrnehmungsbezogenen Kriterien in der Musik gefunden werden können. Auch hier geht zunächst kaum ein Weg an der analytischen Untersuchung des Musikwerkes vorbei. Insofern sind auch dann, wenn eine individuelle ästhetische Ausdruckskraft gefordert wird, zunächst die Elemente zu analysieren, die eine schöpferische Eigentümlichkeit konstituieren.[83] Das sind die bereits oben benannten Gestaltungselemente.[84] Im Ergebnis ist also Ausgangspunkt der Prüfung das jeweilige einzelne musikalische Element, also etwa eine Tonfolge, eine Rhythmussequenz oder eine harmonische Gestaltung des Werkes.

Entscheidend ist dann aber nach Ansicht des BGH nicht, ob diese Elemente auf einer freien kreativen Entscheidung beruhen, sondern ob sich „nach der Auffassung der mit musikalischen Fragen einigermaßen vertrauten und hierfür aufgeschlossenen Verkehrskreise" ein hinreichend eigentümlicher Gesamteindruck ergibt.[85] Dementsprechend müssen die Gestaltungsmittel auf ihren Einfluss bezüglich der „ästhetische[n] Gesamtwirkung" hin untersucht werden.[86]

Genau genommen bedürfte es hierfür eigentlich einer musikpsychologischen Untersuchung.[87] Der BGH begnügte sich in der Vergangenheit aber häufig mit einer musikanalytischen Betrachtung auf Grundlage der eigenen musikästhetischen Vorstellungen oder derer eines Sachverständigen.[88] Beispielsweise könne eine individuelle ästhetische Ausdruckskraft gegeben sein, wenn zum einen die besondere Gestaltung einer Tonfolge im 5/8-Takt durch einen Vorhalt geprägt sei und sich dann eine besondere ästhetische Wirkung durch die Erinnerung an „fremdländische Folklore" ergebe.[89] Solche fremdländische Folklore sei „in dem uns vertrauten Volksliedgut" aber nicht häufig, was der BGH wohl für die Schutzfähigkeit als relevant erachtet.[90]

83 *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 45 – *Goldrapper*.
84 Vgl. A.I und A.II.1.b.
85 *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 45 – *Goldrapper*.
86 *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 55 – *Goldrapper*.
87 *Döhl,* in: *Auhagen/Bullerjahn/von Georgi* (Hrsg.), Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft für Musikpsychologie. Band 25: Musikpsychologie – Anwendungsorientierte Forschung, 19, 28.
88 *BGH* GRUR 1981, 267, 269 – *Dirlada*.
89 Ebd.
90 Ebd; zum damit verbundenen musikethnologischen Problem, siehe später A.III.3.a.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In neuerer Zeit wurden auch solche Kriterien formuliert, die schutzfähige Gestaltungselemente von den schutzlosen, also solchen ohne individuelle ästhetische Ausdruckskraft, abgrenzbar machen sollen. So müssen sich die Elemente vom musikalischen Allgemeingut und dem handwerklichen, routinemäßigen Musikschaffen unterscheiden.[91] Im Widerspruch zum sonst wirkungsbasierten Ansatz werden hier also Kriterien angelegt, die entweder doch an die Werkentstehung anknüpfen (handwerkliches, routinemäßiges Musikschaffen) oder objektiv feststellbar scheinen, ohne die Wirkung zu betrachten (musikalisches Allgemeingut).

Insgesamt hält der BGH aber auch in neuerer Zeit an der Überlegung einer individuellen ästhetischen Ausdruckskraft und somit an der bisherigen Rechtsprechung zur schöpferischen Eigentümlichkeit fest.[92]

c. Unionsrechtskonformität von Kriterien der „Ausdruckskraft" und „Ästhetik"

Die schöpferische Eigentümlichkeit unterscheidet sich also im Grundsatz von der herstellungsbezogenen Anschauung des EuGH. Zwar kann jedenfalls das Erfordernis einer „künstlerischen Leistung" in das Kreativitätserfordernis hineingelesen und insofern auch unionsrechtlich eine „künstlerische Gestaltungshöhe" gesehen werden.[93] Andere Elemente der BGH-Auslegung des Werkbegriffs (§ 2 Abs. 2 UrhG) scheinen aber im Widerspruch zu den Vorgaben des EuGH zum Werkbegriff der Richtlinien zu stehen. In Ansehung der Abweichungen vom unionsrechtlichen Verständnis der Originalität ist insbesondere fraglich, ob es mit den Maßstäben des EuGH vereinbar ist, auf eine ästhetische Ausdruckskraft abzustellen.

aa. Ausdruckskraft

Die freie kreative Entscheidung im Rahmen des unionsrechtlichen Verständnisses von Originalität stellt auf die Herstellung, also den Zeitpunkt der Werkentstehung ab. Die individuelle ästhetische Ausdruckskraft stellt auf die Ausdruckskraft, also den Moment, in dem das Werk bereits geschaffen

91 *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 53 – *Goldrapper*; vgl. näher A.III.
92 *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 44 – *Goldrapper*.
93 Ausführlich bereits *Leistner*, GRUR 2019, 1114; siehe auch oben A.II.1.c.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wurde und nun wahrgenommen werden kann, ab. Folglich richtet sich letztere Sicht nach der Perspektive eines Betrachters bzw. Hörers und nicht nach der nachträglich konstruierten Sichtweise des Urhebers.[94] Insofern scheinen sich beide Verständnisse fundamental zu unterscheiden. Das spricht gegen die Vereinbarkeit eines Abstellens auf die Ausdruckskraft mit dem unionsrechtlichen, entscheidungsbezogenen Maßstab.

Allerdings zeigte sich bereits im Rahmen des obigen entscheidungsbezogenen Originalitätsverständnisses, dass der tatsächliche Bezugspunkt der Feststellung freier kreativer Entscheidungen notwendigerweise die Untersuchung ist, inwiefern sich diese Entscheidungen am Werk niederschlugen.[95] Ebenso finden sich im Rahmen der individuellen ästhetischen Ausdruckskraft maßgebliche untergeordnete Prüfungskriterien, die gar nicht die Wirkung auf die Verkehrskreise, sondern effektiv den Schaffensprozess betreffen.[96]

Beide Aspekte führen also in der Praxis bei vielen Fallkonstellationen zu vergleichbaren Fragen. Die unionsrechtliche Vorgabe zeigt sich dabei auch bislang wenig konkret. Insofern erwächst keine Unionsrechtswidrigkeit daraus, dass die Ausdruckskraft des potentiellen Werkes als maßgebliches Kriterium vorausgesetzt wird, sofern – wie gegenwärtig – eine Feststellung der Schutzfähigkeit an die Gestaltungselemente anknüpft und sich die wenig konkretisierte Zentrierung auf die Ausdruckskraft auch weiterhin so flexibel zeigt wie bislang.

bb. Ästhetik

Das Verhältnis von Originalität und Ästhetik ist in seiner juristischen Bewertung etwas diffus und unionsrechtlich problematisch. Neben der ständigen Rechtsprechung des BGH hat das *Cofemel*-Urteil des EuGH hinsichtlich der Rolle von Ästhetik große Aufmerksamkeit erhalten.[97] Dabei legte der portugiesische *Supremo Tribunal de Justiça* dem EuGH die Frage vor, inwiefern Art. 2 lit. a der InfoSoc-Richtlinie damit unvereinbar ist, dass bestimmte Gegenstände dann urheberrechtlich geschützt werden, wenn sie über einen Gebrauchszweck hinaus auch einen „eigenen, ästhetisch markanten visuellen

94 *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 45 – *Goldrapper*.
95 Siehe A.II.1.b.
96 Siehe A.II.2.b.; vgl. auch *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 53 – *Goldrapper*.
97 *EuGH,* Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185) – *Cofemel/G-Star*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Effekt" haben. Grundlegendes Kriterium der portugiesischen Rechtsordnung sei dabei aber weiterhin die Originalität.

Diese Vorlagefrage war in ihrer teils missverständlichen Formulierung nur schwer zu erfassen.[98] Eine klare Tendenz, welches Ästhetikverständnis dem portugiesischen *Supremo Tribunal de Justiça* vorschwebte, geht aus der Vorlageentscheidung zumindest kaum hervor.[99]

Der EuGH fasste die Frage so auf, dass festzustellen sei, ob ein „eigene[r], ästhetisch markante[r] visuelle[r] Effekt" die Feststellung des Vorliegens eines Werkes rechtfertigen kann – jedenfalls beantwortet er die Frage in diesem Sinne.[100]

Im Ergebnis verneint der EuGH diese Frage. Die ästhetische Wirkung sei „ausweislich der üblichen Bedeutung des Begriffs ‚ästhetisch' das Ergebnis einer naturgemäß subjektiven Schönheitsempfindung des jeweiligen Betrachters".[101] Woher der EuGH die Üblichkeit seiner angeführten Bedeutung nimmt, erklärt er nicht. Es ist angesichts der übrigen Ausführungen naheliegend, dass hiermit auf die Umgangssprache abgestellt wird. Dort gilt „ästhetisch" häufig als Synonym für „schön".[102] Dann versteht sich der Begriff durchaus als Ergebnis einer „naturgemäß subjektiven Schönheitsempfindung".[103]

Diesen Ausführungen folgend sei das Kriterium vor dem Objektivierbarkeitsgebot, dessen Grundstein der EuGH in der *Levola*-Entscheidung legte,[104]

98 Kritisch daher *Leistner*, GRUR 2019, 1114, 1115, 1120.

99 Im Rahmen der Erläuterung vorangegangener Urteile und des Klägervortrags wird dort das Ästhetische unter dem Aspekt des künstlerischen Schaffens (*criação artística*) und der künstlerischen Kreativität (*criatividade artística*) betrachtet. Der künstlerische Wert (*valor estético*) könnte einerseits auf eine Wertung schließen lassen, aber auch darauf hinweisen, dass mehr als nur ein Schönheitsempfinden gemeint ist. Dabei steht der ästhetische Wert synonym für die künstlerische Kreativität wie es an der Formulierung „mit anderen Worten" (*por outras palavras*) deutlich wird, *Supremo Tribunal de Justiça*, Decisão de Reenvio Prejudicial ao TJUE, Revista n.° 268/13.2YHLSB.L1.S1 – *G-Star Raw/Cofemel*.

100 Vgl. *EuGH,* Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 54 f. – *Cofemel/G-Star*.

101 *EuGH,* Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 53 – *Cofemel/G-Star*.

102 Vgl. *Dudenredaktion*, Art. „ästhetisch", in: *Duden online*, URL: https://www.duden.de/node/13295/ revision/13322 (Abrufdatum: 24. August 2022).

103 *EuGH,* Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 53 – *Cofemel/G-Star*.

104 *EuGH,* Urt. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 39 f. – *Levola/Smilde*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch nicht geeignet, um auf einen identifizierbaren Schutzgegenstand zu schließen.[105] Daneben lasse eine ästhetische Wirkung auch nicht den Schluss zu, dass ein Gegenstand die „Entscheidungsfreiheit und die Persönlichkeit" widerspiegele, weshalb das Kriterium nicht dem Originalitätskriterium genüge.[106]

Auf den ersten Blick überzeugt das; werden doch auch ein rötlicher Abendhimmel oder der Vogelgesang der Nachtigall oft als „ästhetisch" bezeichnet und sind ersichtlich nicht schutzfähig.

Die deutsche Rechtsprechung und ein Teil der Literatur binden, scheinbar dem widersprechend, die Feststellung der Eigentümlichkeit in der Musik dennoch an das Kriterium des „ästhetischen Gehalts" oder der „individuellen ästhetischen Ausdruckskraft" eines Musikwerkes.[107]

Sucht man wirkungsbezogene Elemente in der Musik erscheint die „Ästhetik", von griechisch αἴσθησις: „Wahrnehmung" abgeleitet, schon begrifflich zentral. Dabei gibt der BGH aber zu verstehen, dass die ästhetische Gesamtwirkung nicht schlicht nach dem Schönheitsempfinden zu beurteilen ist: Er bemängelt etwa im *Goldrapper*-Urteil, dass das Berufungsgericht nicht deutlich gemacht habe, welchen Einfluss der Rhythmus auf die ästhetische Gesamtwirkung aller musikalischer Elemente hat.[108] Darunter sind Kategorien wie bewegend, melancholisch, oder aggressiv – nicht lediglich schön oder nicht schön – zu verstehen.[109] Auch in anderen Urteilen wird im Zusammenhang mit der erforderten Ästhetik nie auf eine Bewertung als schön oder nicht schön abgehoben.[110]

105 *EuGH,* Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 53 – *Cofemel/G-Star*.

106 *EuGH,* Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 54 – *Cofemel/G-Star*.

107 *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 55 – *Goldrapper*; *Erdmann*, CR 1986, 249, 252; *Troller*, CR 1987, 213, 217 f.; zum Begriff der Ausdruckskraft und des Gehalts in Relation zu Inhalt und Idee eines Werkes C.IV.1.d.

108 *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 55 – *Goldrapper*.

109 *Erdmann*, CR 1986, 249, 252; *Troller*, CR 1987, 213, 217 f.; zu den unterschiedlichen Verständnismöglichkeiten des Ästhetikbegriffs auch schon *Ulmer/Kolle*, GRUR Int. 1982, 489, 492. Entfernter auch *Sucker,* Der digitale Werkgenuss, 2014, 32 f.

110 Der künstlerische Wert soll gerade keine Rolle spielen, *BGH* GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*; *LG Hamburg* ZUM 2015, 699; *OLG Zweibrücken* GRUR-RR 2016, 141 – *Piano-Lehrbuch*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ästhetik bedeutet nach diesem Verständnis der deutschen Gerichtsbarkeit und auch nach einem Großteil der Literatur[111] mithin nicht nur die schlichte Erregung des Schönheitsempfindens. Der Begriff geht viel weiter. Er umfasst hier jede Gedanken- oder Gefühlsauswirkung, die das Werk auf denjenigen hat, der es wahrnimmt.[112] Das kann genauso in einem erbauenden, verwirrenden oder veranschaulichenden Ausdruck bestehen.[113] Das gleicht eher dem weiten und vielseitigen Begriff der Ästhetik, der sich als Lehre der sinnlichen Anschauungen begreift und unter diesem weiten Verständnis auch in unterschiedlichen wissenschaftlichen Disziplinen zu finden ist.

Es bestehen also mehrere Ästhetik-Begriffe.[114] Beide Begriffe sind für sich genommen nicht „falsch". Der eine ist der etymologisch-philosophische Begriff der Ästhetik, der dem BGH, möglicherweise auch dem portugiesischen *Supremo Tribunal de Justiça* vorschwebte. Der andere ist der rein auf das Schönheitsempfinden abzielende und immanent wertende Ästhetik-Begriff der Umgangssprache und des EuGH.[115]

Der umgangssprachliche Begriff der Ästhetik als Schönheitsempfinden hat in der Tat, wie der EuGH feststellt, keinen Mehrwert als urheberrechtlicher Bewertungsmaßstab. Wird „ästhetisch" aber so verstanden, dass eine geistig anregende Wirkung erzeugt werden muss, ist es zumindest eine diskutable Voraussetzungsüberlegung, die Ästhetik als starkes Indiz für eine Originalität gelten zu lassen.[116]

Insofern ist die EuGH-Entscheidung kaum auf jeden Ästhetikbegriff und insbesondere nicht auf den des BGH übertragbar. Nationale Gerichte täten wohl dennoch gut daran, den Ästhetikbegriff angesichts seiner begrifflichen Unklarheit zu vermeiden, denjenigen des EuGH aber jedenfalls nicht zu weit zu verstehen.[117] Im Rahmen der individuellen ästhetischen Ausdruckskraft

111 *Troller*, CR 1987, 213, 217 f.; *Erdmann*, CR 1986, 249, 252. Siehe auch differenzierend *Endrich-Laimböck*, GRUR Int. 2020, 264, 266.

112 Vgl. *Erdmann*, CR 1986, 249, 252.

113 *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 12.

114 Ebd.

115 Prägend: *Baumgarten,* Ästhetik, 2007 (im Original erschienen als: *Aesthetica,* 1750/58).

116 Siehe für das mögliche Missverständnis der unterschiedlichen Ästhetikbegriffe differenzierend: *Schulze*, GRUR 1984, 400, 403; *Erdmann*, CR 1986, 249, 252; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 12.

117 Kritisch bezüglich der Verwendung des Ästhetikbegriffs schon *Schack*, JZ 2014, 207. Dieser versteht den besonderen ästhetischen Gehalt, den der BGH fordert, als Zeichen einer „veraltete[n] kunstästhetische[n] Vorstellung" und schlägt stattdessen einen „individuelle[n] künstlerische[n] Gestaltungswille[n] des Schöpfers" als maßgebliches Kriterium vor. Woran allerdings der vorgeschlagene „Gestaltungswille" für Dritte

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf eine gewisse Ästhetik abzustellen, steht aber nicht im Widerspruch zum Unionsrecht und der Ästhetik-bezogenen Entscheidung des EuGH.

d. Zwischenergebnis

Es zeigt sich zusammenfassend, dass der Begriff der individuellen ästhetischen Ausdruckskraft, der in der deutschen Rechtsprechung und einem Teil der Literatur verfolgt wird, mindestens ebenso schwierig generalisiert für die Musik dargestellt werden kann wie das Kriterium der freien kreativen Entscheidung. Er orientiert sich im Gegensatz zum obigen Originalitätsverständnis nicht an der Herstellung des Werkes, sondern eher an dessen Wirkung, was allerdings – wie schon beim herstellungsbezogenen Begriff – nicht ohne genaue Betrachtung der einzelnen Gestaltungselemente im musikalischen Bereich möglich ist.

Auch im Falle der individuellen ästhetischen Ausdruckskraft wird es wesentlich darauf ankommen, welche Aspekte in negativer Hinsicht von der Eigentümlichkeit ausgeschlossen werden müssen, um ein genaueres Gesamtbild zu erhalten.[118] Im Unterschied zum Begriff der freien kreativen Entscheidung sind diese Elemente für die Musik aber mit dem handwerklichen Schaffen unter Anwendung von Kompositionslehren und dem musikalischen Allgemeingut konkreter benannt.[119] Überraschend ist insofern, dass gerade letztere Kriterien wieder an die Herstellung eines Werkes anknüpfen. Das zeigt, dass die individuelle ästhetische Ausdruckskraft in der Zielsetzung zwar die Wirkung in den Vordergrund stellt, aber in der Praxis nicht immer klar getrennt von anderen Sichtweisen betrachtet werden kann.

3. Statistische Einmaligkeit

Eine Alternative zum Begriff der freien kreativen Entscheidung oder einer individuellen ästhetischen Ausdruckskraft liefert *Max Kummer* mit seinem

---

erkennbar ist (und nicht letztlich doch den Blick auf – im weiteren Sinne – „ästhetische" Merkmale erfordert) erscheint auch hier nicht eindeutig. Zudem bleibt es wohl von – auch hier im weiteren Sinne – ästhetischen Kriterien abhängig, wann dieser Gestaltungswille als „künstlerisch" gelten kann.

118 Dieser Frage widmet sich A.III.

119 *BGH* GRUR 2015, 1189 – *Goldrapper*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verständnis von Individualität.[120] Das Individualitätsverständnis *Kummers* wird häufig auf das Schlagwort „statistische Einmaligkeit" gebracht, was in dieser Verkürzung allerdings schnell missverstanden werden kann.[121]

Kummer selbst bringt den Kern seines Individualitätsverständnisses mit folgenden Worten auf den Punkt:

> „Nach dem Individuellen fahnden heisst […] nicht wägen, sondern heisst *vergleichen;* vergleichen mit dem, was da ist; aber auch mit dem, was da sein *könnte.*"[122]

Damit wendet sich *Kummer* insbesondere gegen eine wertende Betrachtungen der Individualität, die letztlich dazu führe, dass ein gewisses – wenn auch geringes – Maß an künstlerischer Qualität gefordert werde.[123] Sein Individualitätsbegriff ist aber gerade nicht wesentlich voraussetzungsärmer oder niedrigschwelliger als die vorher genannten, wie teilweise angenommen wird.[124] Er ist auch nicht schon dann erfüllt, „wenn zwei gleiche Werke verschiedenen Individuen zuzuordnen wären oder wenn sie zu verschiedenen Zeitpunkten entstehen".[125]

Ein erster Bestandteil der Individualität ist nach *Kummer* darauf ausgerichtet, dass all das vom Originalitätsbegriff ausgeschlossen wird, was bereits vorher bestand – und zwar unabhängig davon, ob der fragliche Autor das Dagewesene kannte oder nicht.[126] *Kummer* fordert daher einerseits zu einer Orientierung an der objektiven Neuheit auf, indem er als ungeschützt betrachtet, was bereits war.[127] Damit kann es keinen urheberrechtlichen

120 Insb. dargelegt in *Kummer,* Das urheberrechtlich schützbare Werk, 1968, 30 ff.

121 Die häufigen Missverständnisse kritisierend *Hilty,* Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 158. Vgl. aber im Übrigen *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 20.

122 *Kummer,* Das urheberrechtlich schützbare Werk, 1968, 30.

123 *Kummer,* Das urheberrechtlich schützbare Werk, 1968, 31: „Nur auf die Individualität kommt es an, nie auf die künstlerische Qualität. Die Lehre sieht das oft anders und verlangt eine Individualität, die sich von der Masse der alltäglichen Gebilde abhebt."

124 So aber *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 20; *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244, 246.

125 So *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 20.

126 Siehe *Kummer,* Das urheberrechtlich schützbare Werk, 1968, 31; so auch *Hilty,* Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 153 ff.

127 Ebenfalls eine objektive Neuheit fordern im Rahmen des schweizerischen Urheberrechts (aber übertragbar auf das deutsche) *Hilty,* Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 153 ff.; *Macciacchini*, in: *Berger/Macciacchini* (Hrsg.), FS Hilty, 25, 33 f. ein. Für das deutsche Urheberrecht *Braun*, DS 2015, 55.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schutz für eine zufällige Nachschöpfung (oder häufig, aber unpräzise: Doppelschöpfung) geben.[128]

Kummer geht aber darüber noch hinaus. Denn er fordert auch eine Abgrenzung davon, was unabhängig von einer Kenntnis des zu prüfenden Gegenstands entstehen könnte. Das ähnelt dem patentrechtlichen Nichtnaheliegen.[129]

a. Objektive Neuheit in der Musik

Auf die Musik gewandt ist der erste Bestandteil der *Kummer*'schen Formel transparent und bestimmbar. Denn es ist stets methodisch klar, wie eine Abgrenzung zum Dagewesenen vonstatten gehen kann – nämlich durch objektiven Vergleich der jeweiligen Vervielfältigungsstücke – und es bedarf hierfür keiner vagen Vermutungen, ob etwas nun mit einfachen Mitteln hätte geschaffen werden können oder sich von alltäglichen Dingen abhebe. Auf den Prozess gewandt mag es zwar teilweise aufwändig sein, konkrete vorbekannte Beispiele vorzubringen, die eine Schutzfähigkeit widerlegen sollen, das Kriterium an sich benötigt aber keine Mutmaßungen, sondern orientiert sich schlicht an einem Vergleich des fraglichen Schutzgegenstandes mit anderen Werken.[130]

Am Beispiel der Tonfolge lässt sich diese Anschauung also etwa so exemplifizieren: Für einen Schutz kommt eine Tonfolge infrage, die so in dieser Form noch nie bestand, also objektiv neu ist. Das betrifft zunächst die Tonfolge als Ganze, mithin in der Kombination ihrer Tonhöhe, ihrer Rhythmisierung, ihrer Einordnung in das Werk, und – sofern kompositorisch vorbestimmt – auch in ihrer Klanggestaltung. Allerdings kann sie – und wird sie auch häufig – in ihren jeweiligen Bestandteilen nicht schützbar sein, wenn man diese Bestandteile nur für sich genommen untersucht.[131] In Anbetracht einer über viele Jahre dokumentierten Musikgeschichte war wohl jeder in der populären Musik vorzufindende einzelne Ton in seiner Tonhöhe und Dauer bereits

128 *Hilty,* Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 157, auch mit Bezug zur terminologischen Ungenauigkeit des Begriffs der Doppelschöpfung. *Macciacchini*, in: *Berger/Macciacchini* (Hrsg.), FS Hilty, 25, 25 ff. Im Folgenden wird wegen des inzwischen üblich gewordenen Sprachgebrauchs der eigentlich unpräzisere Begriff der Doppelschöpfung verwandt.

129 *Hilty,* Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 159.

130 *Kummer,* Das urheberrechtlich schützbare Werk, 1968, 30 f.

131 *Frieler/Müllensiefen,* in: *Schrör u.a.* (Hrsg.), Tipping Points: Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts, 115, 127.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nachweisbar vorhanden. Auch ein dreitöniges Motiv wird wohl regelmäßig in der Musikgeschichte zu finden sein. Kommen allerdings Elemente hinzu, die zuvor nie *in dieser konkreten Kombination* vorkamen, tritt der Gegenstand hinsichtlich dieser Kombination in die objektive Neuheit.

b. Hypothetische Möglichkeiten des Alltäglichen

Schwieriger wird es hingegen beim darüber hinaus vorgeschlagenen Kriterium *Kummers*. Dabei erscheint auf den ersten Blick auch dieses Kriterium einleuchtend. Denn hier soll letztlich das aus der Schutzfähigkeit herausgenommen werden, was so banal ist, dass es bereits hätte vorbekannt sein können oder ein anderer schon früher darauf hätte kommen können. Gleichzeitig lehnt *Kummer* aber eine Leistungs- oder Schöpfungshöhe ausdrücklich ab.[132]

Eine Ähnlichkeit zum Erfordernis des Nichtnaheliegens im Patentrecht ist zwar deutlich, allerdings ist dem Musikbereich und dessen theoretischer Entwicklung nicht in gleicher Weise wie dem technischen Bereich ein Fortschrittsgedanke zu entnehmen.[133] Wann etwas naheliegt oder nicht naheliegt, erfordert in der Musik die Wertung, in welche Richtung sich der Musikbereich entwickelt und wo eine neue Kombination derart banal erscheint, dass sie noch keinen Schutz erfahren soll. Es ist hierfür schon schwierig, aus welcher Perspektive das beurteilt werden könnte, kann doch kaum ein „durchschnittlicher" Komponist ausgemacht werden. Zwar könnte das Alltägliche auch daran festgemacht werden, worauf der musikalisch nicht vorgebildete Musikschaffende hätte bereits kommen können, allerdings ergibt sich bei einer so niedrigen Schwelle kaum ein entscheidender Vorteil gegenüber der ohnehin verhältnismäßig strengen objektiven Neuheit.[134]

---

132 *Kummer,* Das urheberrechtlich schützbare Werk, 1968, 37 f.

133 Siehe *Dahlhaus,* in: *Zaminer* (Hrsg.), Geschichte der Musiktheorie, Bd. 1, Ideen zu einer Geschichte der Musiktheorie. Einleitung in das Gesamtwerk, 8, 28; *Möller*, Neue Zeitschrift für Musik 2011, 32; *Köhler*, Neue Zeitschrift für Musik 2010, 22. Positiver gegenüber einem Fortschrittsdenken, aber dennoch wenig vergleichbar mit technischem Fortschritt: *Hindrichs,* in: *Klein/Kreuzer/Müller-Doohm* (Hrsg.), Adorno-Handbuch: Leben – Werk – Wirkung, 59; vgl. auch *Stephan (Hrsg.),* Zwischen Tradition und Fortschritt, 1973.

134 Zu den strengeren Konsequenzen einer objektiven Neuheit vgl. etwa *Frieler/Müllensiefen,* in: *Schrör u.a.* (Hrsg.), Tipping Points: Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts, 115, 129 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gleichzeitig könnte der Überlegung auch vorgeworfen werden, dass sie in der Prüfung einer Rechtsverletzung schon berücksichtigte Kriterien lediglich auf die Ebene der Schutzfähigkeit zieht: Im Rahmen der Benutzungstatbestände (insbesondere bei der Vervielfältigung oder Bearbeitung) ist ohnehin zu prüfen, inwiefern sich das eine Werk am anderen orientiert und inwieweit in tatsächlicher Hinsicht darauf zurückgegriffen wird.[135] Dabei ist letztlich maßgeblich, wie wahrscheinlich es ist, dass der jeweilige Beklagte von selbst auf die Wendung hätte kommen können und so möglicherweise darlegen kann, dass er sich gar nicht am früheren Werk orientierte.

In der Musik wird das Kriterium aber regelmäßig dann erfüllt sein, wenn eine vorbekannte Melodie schlicht in eine andere Tonart transponiert wurde oder ein bestimmter Rhythmus schneller oder langsamer als seine fragliche Vorlage erklingt, also gerade dann, wenn sie „naheliegt". Außerhalb dieser sehr einfachen Beispiele der Änderung kleinster Parameter wird allerdings eine klare generalisierte Grenze in der Musik nur schwer auszumachen sein.

c. Zwischenergebnis

Insgesamt legt *Kummer* das Originalitätskriterium so aus, dass es deutlicher an einer objektiven Sichtweise auf das Werk orientiert ist als die beiden zuvor behandelten. Mit dem Ausschluss der bereits bestehenden Gestaltungsparameter in der Musik und einer dementsprechenden Orientierung an objektiver Neuheit wird ein Kriterium präsentiert, das keine Umwege über die Feststellung einer Wirkung oder eines Herstellungsprozesses des Werks gehen muss, sondern sich am Werk selbst transparent manifestiert.[136] Mit dem zweiten Kriterium, das auszuschließen, was sein könnte, legt *Kummer* aber doch, weg von einem reinen Werkbezug, einen zusätzlichen Blick auf das Zustandekommen von Gestaltungselementen. Denn ist dieses Zustandekommen zu naheliegend – wohl vergleichbar mit einem geringen Grad an freien kreativen Entscheidungen – sollen Elemente aus der Schutzfähigkeit ausgeschlossen bleiben. Das stößt zumindest auf ähnliche Wertungsprobleme wie diejenigen, die *Kummer* gerade vermeiden wollte.

135 Zumindest in Form der unbewussten Entlehnung: Vgl. ausführlich *Pimat,* Beweisprobleme, 2002.

136 Vgl. *Braun*, DS 2015, 55.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4. Zusammenfassung

Es zeigen sich zusammenfassend drei unterschiedliche Bezugspunkte, an denen die Grundkonzepte der Originalitätsfeststellung anknüpfen: Die Werkentstehung, die Wirkung des Werkes und die tatsächliche Werkbeschaffenheit. Auf den zweiten Blick offenbart sich, dass die tatsächliche Werkbeschaffenheit in allen drei Ansätzen der erste Anknüpfungspunkt für die Prüfung bleibt. Obwohl sich die unterschiedlichen Originalitätsverständnisse in diese drei Kategorien aufteilen lassen, unterscheiden sie sich deshalb effektiv nicht so sehr, wie es die unterschiedlichen Zielsetzungen vermuten lassen. Methodisch am konsequentesten ist insofern die Herangehensweise über eine objektive Neuheit, die ohne Mutmaßungen darüber auskommt, wie Werkelemente entstanden sind, und ohne die subjektiven Wertungen gegenüber offene Frage, worin die ästhetische Ausdruckskraft eines Werkes besteht und wie individuell sie ist.

Das Abstellen des EuGH auf die freie, kreative Entscheidung zeigt seine Stärken in der zentralen Bedeutung der maßgeblichen Kreativität und bildet darüber hinaus durch den Einschluss des Persönlichkeitsgedankens eine Synthese aus der kontinentaleuropäischen Tradition der Verbindung von Werk und Persönlichkeit des Autors und der modernen Form einer Abgrenzung, die auf wesentlichen Grundgedanken kreativen Schaffens aufbaut.[137]

Die „individuelle ästhetische Ausdruckskraft" in der deutschen Rechtsprechung stellt eine Orientierung an der Wirkung in den Vordergrund. Die dort genannte Ästhetik betrifft aber nicht das, was der EuGH unter Ästhetik versteht und ausdrücklich aus der Schutzfähigkeitsbestimmung ausgeschlossen wissen möchte. Der offene Ästhetikbegriff hat daher kaum Relevanz in der tatsächlichen Abgrenzung von Schutzfähigem und Schutzlosem. Mehr noch als im Falle der anderen genannten Ansätze kommt es daher für die „individuelle ästhetische Ausdruckskraft" auf die Hilfskriterien an, die der BGH zur Abgrenzung im Einzelfall heranzieht.

III. Einzelfälle freier Werkelementbestimmung

Um sich Individualität, Originalität oder Eigentümlichkeit in der konkreten Beurteilung eines Musikstücks weiter anzunähern wird gerade in der prak-

137 *Leistner*, ZGE 2013, 4, 16. Siehe ferner auch *Metzger*, GRUR 2012, 118, 122.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tischen Fallbeurteilung häufiger auf negative Kriterien abgestellt.[138] Diese andere Seite der Medaille der Originalität betrachtet also die Frage, was *nicht* individuell, *nicht* originell beziehungsweise *nicht* eigentümlich ist. Hierfür haben sich gerade in der Rechtsprechung und Literatur mehrere Bereiche herausgebildet, die eine „Masse des Alltäglichen", das „Banale" oder schlicht das „Gemeingut" bestimmbar machen sollen.[139]

1. Regeln, Lehren und Zwänge im musikalischen Schaffen

Ein erster solcher Bereich wird von den Regeln, Zwängen und Lehren gebildet, also den Vorgaben, die in der Werkentstehung eine beschränkende Rolle spielen können. Auch wenn Regeln, Zwänge und Lehren vor allem einen werkherstellungsbezogenen Charakter haben, werden sie mal ausdrücklicher, mal weniger ausdrücklich im Rahmen jedes der oben vorgestellten Originalitätskonzepte diskutiert und gelten insbesondere bei EuGH und BGH als Ausschlussbegründung für die Originalität, Individualität oder Eigentümlichkeit.[140]

Dabei können auch die Vorgaben in Form von Regeln, Lehren oder Zwängen sehr unterschiedliche Hintergründe haben: Sie können nämlich von außen vorgegeben sein, wie beispielsweise bei technischen Zwängen, wenn der technische Zweck des Gegenstands bereits feststeht. Sie können

138 *EuGH,* Urt. v. 16. Juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (= GRUR 2009, 1041) – *Infopaq/DDF*; *EuGH,* Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185) – *Cofemel/G-Star*; *EuGH,* Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736) – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get*; *BGH* GRUR 1981, 267 – *Dirlada*; *BGH* GRUR 2015, 1189 – *Goldrapper*. Vgl. aber auch in der Literatur: *Kummer,* Das urheberrechtlich schützbare Werk, 1968, 47 ff.

139 Siehe zu den ersten beiden Begriffen auch *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 2 Rn. 53. Im Sinne eines weiten Gemeingutsbegriffs etwa *Ulmer,* Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 119 ff. und *Kummer,* Das urheberrechtlich schützbare Werk, 1968, 47–52. *Ulmer,* Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 122 f., 275 stellt den Dualismus von individuellen Zügen und Gemeingut dem Dualismus von Form und Inhalt gegenüber (zu dieser dichotomen Unterscheidung siehe C.), verfolgt also ein absolutes Konzept zur Abgrenzung und Gemeingut sei ferner „alles, was dem Schriftsteller oder Künstler durch Natur oder Geschichte vorgegeben ist."

140 *EuGH,* Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185) – *Cofemel/G-Star*; *EuGH,* Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736) – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get*; *BGH* GRUR 2014, 175 – *Geburtstagszug*; *BGH* GRUR 2015, 1189 – *Goldrapper*. Differenzierend und kritisch bezüglich Musik aber schon *Kummer,* Das urheberrechtlich schützbare Werk, 1968, 148 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich aber auch aus Konventionen ergeben, wie es etwa bei künstlerischen Vorgaben der Fall ist.

a. Innere Vorgaben: Kompositionslehren

Der EuGH hat sich bislang in seinen Entscheidungen vor allem im Zusammenhang mit technischen Sachverhalten im Bereich angewandter Kunst geäußert: Die erforderliche Originalität eines Werkes liegt nach seiner Vorstellung dann nicht vor, wenn die „Schaffung eines Gegenstands durch technische Erwägungen, durch Regeln oder durch andere Zwänge bestimmt [wurde], die der Ausübung künstlerischer Freiheit keinen Raum gelassen haben".[141]

Inwiefern dieses Verständnis von Regeln auch die Kompositionsregeln und die dortigen Lehren miteinschließt, beantwortete der EuGH bislang nicht explizit. Eine entscheidende Rolle spielt aber wohl die offen gehaltene künstlerische Freiheit.[142] Sollten Kompositionsregeln als Regeln verstanden werden, welche die künstlerische Freiheit einschränken, würden sie also die Originalität nach diesen Maßstäben ausschließen.

Bereits klar entschieden ist in dieser Hinsicht die Rechtslage nach der deutschen Rechtsprechung, wo Kompositionslehren durchaus als Ausschlussfaktor der Eigentümlichkeit wahrgenommen werden. Das zeigt sich in der BGH-Rechtsprechung etwa im ersten Leitsatz des sogenannten *Goldrapper*-Urteils von 2015.[143] Dort werden die Lehren innerhalb des Musikschaffens explizit als entscheidend für Fragen der Eigentümlichkeit und somit des Urheberrechtsschutzes betrachtet:

> „[…] Nicht dem Urheberrechtsschutz zugänglich ist […] das rein handwerkliche Schaffen unter Verwendung formaler Gestaltungselemente, die auf den Lehren von Harmonik, Rhythmik und Melodik beruhen oder die – wie Tonfolgen einfachster Art oder bekannte rhythmische Strukturen – sonst zum musikalischen Allgemeingut gehören."[144]

---

141 *EuGH,* Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 31 – *Cofemel/G-Star*.

142 Vgl. schon zur wenig konkretisierten Bestimmung dieses Begriffs oben, A.II.1.a. Zum weiten begrifflichen Rahmen *Leistner*, GRUR 2019, 1114, 1118 f.; ferner *Leistner*, ZGE 2013, 4, 20.

143 *BGH* GRUR 2015, 1189, Leitsatz 1 – *Goldrapper*.

144 Ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ferner wird im dritten Leitsatz des *Goldrapper*-Urteils der Begriff der schöpferischen Eigentümlichkeit einer „maßgeblichen Abgrenzung" zum „rein handwerklichen Schaffen unter Verwendung formaler Gestaltungselemente" gegenübergestellt.[145]

Mit dem Urteil wird so der *Status quo* dessen festgehalten, was über die letzten Jahrzehnte als Prüfungsmaßstab für die schöpferische Eigentümlichkeit in der Musik entwickelt wurde: Grundsätzlicher Anknüpfungspunkt ist das „rein handwerkliche Schaffen", wie es der BGH etwa auch schon in den 60er-Jahren als Kriterium etablierte.[146] Weiter wird es konkretisiert durch den Zusatz der formalen Gestaltungselemente, unter deren Verwendung dieses ungeschützte Musikschaffen nach dem Urteil des BGH stattfindet.[147] Zu diesen formalen Gestaltungselementen gehören nach Ansicht des BGH neben dem sogenannten musikalischen Allgemeingut, auf das später zurückzukommen ist, insbesondere die Gestaltungselemente, die auf Lehren von Harmonik, Rhythmik und Melodik beruhen.[148]

Die in diesem Zusammenhang maßgeblichen Begriffe entnahm die Rechtsprechung unverkennbar dem musikwissenschaftlichen oder zumindest musikalischen Bereich. Inwiefern Erkenntnisse und Begriffe aus der Musikforschung auf das Musikurheberrecht Anwendung finden können, wurde bereits im Allgemeinen kritisch erörtert.[149] Der dritte Leitsatz des *Goldrapper*-Urteils macht aber im Fall der oben genannten Begriffe von handwerklichem Schaffen, musiktheoretischen Lehren und musikalischem Allgemeingut selbst deutlich, dass zu deren Bestimmung am Werk in der Regel ein Sachverständiger – im konkreten Fall also ein Musikwissenschaftler oder sonstiger Experte im Bereich der Musik – herangezogen werden muss.[150] Das ist auch sachgerecht, da die Begriffe auf Kernelemente abzielen, die im musikalischen Bereich begrifflich geprägt wurden, wie etwa die Harmo-

145 Ebd.

146 Vgl. *BGH* GRUR 1968, 321, 325 – *Haselnuß*; dort in Anlehnung an ein vorliegendes Fachgutachten.

147 *BGH* GRUR 2015, 1189, Leitsatz 3 – *Goldrapper*. Der Zusatz „unter Verwendung formaler Gestaltungselemente" ist wohl so aufzufassen, dass es das handwerkliche Schaffen in der Musik näher beschreiben soll. Es würde wenig Sinn ergeben, den Zusatz so zu verstehen, dass handwerkliches Schaffen grundsätzlich geschützt sein könnte, aber nur solches ausgeschlossen wäre, das auch formale Gestaltungselemente verwendet.

148 Zum Begriff des musikalischen Allgemeinguts näher unter A.III.3.

149 Siehe Kapitel 1 C. Dort wurde dargelegt, dass die nicht-juristische Ansicht regelmäßig nicht über die juristische Begriffsbestimmung entscheiden kann, da zumindest Rechtsbegriffe auch juristisch autonom auszulegen sind.

150 *BGH* GRUR 2015, 1189, Leitsatz 3 u. Rn. 64 – *Goldrapper*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nielehre. Es sind also Kriterien, die bereits in ihrer Anlage zeigen, dass sie die Brücke von den abstrakten Rechtsbegriffen hin zum musikalischen Expertenwissen schlagen sollen.

Der Begriff der „Lehren von Harmonik, Rhythmik und Melodik" lässt letztlich gar keine andere Möglichkeit zu, als ein Verständnis, dass sich aus der Musikwissenschaft (im weiteren Sinne) ergibt, wo die Lehren auch begründet liegen.

aa. Musikalische Bestimmung der Begriffe

Eine Bestimmung der „Lehren von Harmonik, Rhythmik und Melodik" begegnet zunächst einem prinzipiellen Problem, das mit dem Wesen von musiktheoretischen[151] Lehrmeinungen zusammenhängt. Sie werden nicht in einem allgemeingültigen Stand kanonisiert. So ist es nicht selbstverständlich, überhaupt den „Stand" einer dieser Lehren bestimmen zu können.[152] Über den Inhalt dieser Lehren bestehen unterschiedliche Herangehensweisen der Feststellung und entsprechend auch kontroverse Verständnisse.[153] Sie können – zumindest bislang – nur zu einem geringen Anteil als naturwissenschaftliche oder mathematische Erkenntnisse bezeichnet werden.[154] Es

151 Der Musiktheoriebegriff wird hier in dem Sinne verwendet, als dass er klassische Lehrfächer zusammenfasst wie die Harmonielehre, Kontrapunkt, Formenlehre, Melodielehre oder Rhythmuslehre. Vgl. etwa *Rummenhöller*, Art. „Harmonielehre", in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1996): „Die Lehre in der Musiktheorie (wie sie als traditioneller Kanon heute an Musikhochschulen und Universitäten gelehrt wird) umfaßt die Allgemeine Musiklehre, die Harmonielehre mit der Modulationslehre und den Kontrapunkt; die Formenlehre als die Zusammenstellung gängiger formaler Schemata in der Musik, Melodielehre, Lehre der Rhythmik und Metrik und Instrumentationslehre seien hinzugerechnet."; vgl. ferner auch *Eggebrecht,* in: *Zaminer* (Hrsg.), Geschichte der Musiktheorie, Bd. 1, Ideen zu einer Geschichte der Musiktheorie. Einleitung in das Gesamtwerk, 40. Neuere Musiktheoriebegriffe zielen oft auf ein geschichtlich unabhängigeres Konzept, s. *Sachs*, Art. „Musiktheorie", in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1997).

152 „Historiographische Reflexionen" und darüber hinausgehende Gedanken finden sich hierzu bei *Dahlhaus,* Musiktheorie im 18. und 19. Jh., 1984, 160.

153 Vgl. für einen (nicht stets neutral gestalteten) Überblick zu unterschiedlichen „Instanzen musiktheoretischen Denkens": *Dahlhaus,* Musiktheorie im 18. und 19. Jh., 1984, 34 ff.

154 Ein grober Überblick über mathematische Herangehensweisen findet sich bei *Noll*, Zeitschrift der Gesellschaft für Musiktheorie 2005, 229; siehe ferner auch *Neumann*, Acta Musicologica 1969, 85. Eher kritisch zu naturwissenschaftlicher Herangehens-

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lohnt daher der Blick auf die Geschichte und die daraus folgende Bedeutung dieser Lehren.

bb. Entwicklung und Bedeutung

Ein Wesenskern dieser musiktheoretischen Lehren liegt in ihrer Entwicklung begründet. Sie sind kaum ohne eine historische Betrachtung verständlich, wenngleich eine rein historisch-gesellschaftliche Begründung sie nicht vollständig erklären kann.[155]

Theoretische Überlegungen zum Aufbau und Schaffen von Musik bestehen, seit ästhetische Überlegungen in Bezug auf Musik angestellt wurden. Frühe umfassendere Verschriftlichungen musiktheoretischer Art entstanden schon in der Antike.[156] Ihr Ursprung liegt in der „Reflexion einer offenbar bedeutsamen musikalischen Praxis".[157] Die bereits bestehende und als wohlklingend empfundene Musik wurde also abstrahiert betrachtet und so gewissen Theorien zugeführt.[158] Dabei sticht eine Zunahme des Zwecks, eine praktische Anleitung für das Musikschaffen zu liefern, in späteren Jahrhunderten immer stärker hervor – nicht zuletzt befeuert durch die steigende Bedeutung der Mehrstimmigkeit.[159] Erste anleitende Theorien zur Mehrstimmigkeit orientieren sich vor allem an der Konsonanz und lehnen den (umfassenden) Einbezug von Dissonanzen in der Komposition ab.[160]

Mit unterschiedlichen ästhetischen Vorlieben im Musikschaffen entstanden unterschiedliche dominierende Vorgaben für den Tonsatz. Vor allem im 17. und 18. Jahrhundert verbreitete sich die gerade für heutige populäre Musik

---

weise: *Reinecke,* in: *Zaminer* (Hrsg.), Geschichte der Musiktheorie, Bd. 1, Ideen zu einer Geschichte der Musiktheorie. Einleitung in das Gesamtwerk, 131.

155 Siehe *Dahlhaus,* in: *Zaminer* (Hrsg.), Geschichte der Musiktheorie, Bd. 1, Ideen zu einer Geschichte der Musiktheorie. Einleitung in das Gesamtwerk, 8, 28 ff.; Vgl. insb. zur Harmonielehre *Rummenhöller*, Art. „Harmonielehre", in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1996).

156 Siehe beispielsweise aus dem 4. Und 5. Jahrhundert n. Chr. in moderner Edition: *Augustinus,* De musica: Bücher I und VI, 2002; Vgl. auch *Sachs*, Art. „Musiktheorie", in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1997).

157 *Sachs*, Art. „Musiktheorie", in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1997).

158 Eingängiger zum Verhältnis von Theorie und Praxis mit Fokus auf der Geschichtlichkeit: *Dahlhaus,* Musiktheorie im 18. und 19. Jh., 1984, 147 ff.

159 *Sachs*, Art. „Musiktheorie", in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1997).

160 *Dahlhaus,* Musiktheorie im 18. und 19. Jh., 1984, 38 kritisiert indes die Vorstellung, dass die „Kontrastierung von Konsonanz und Dissonanz" schon in der Antike nicht als menschliche Setzung, sondern natürliche Gegebenheit verstanden wurde.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sehr bedeutsame Harmonielehre, die sich auch bis ins 20. Jahrhundert noch stark weiterentwickelte.[161]

Die Entwicklung der Lehren schritt dabei vornehmlich nicht durch das theoretische Ausdenken neuer Regeln und Entwickeln neuer Theorien fort, die dann erst in die Praxis umgesetzt worden wären. Sie nahm ihren Fortgang vielmehr durch das Überschreiten vorhandener Regeln und Lehren in der Praxis, was durch nachträgliche Analyse wiederum theoretisch eingeordnet wurde.[162] Wie schon oben in Bezug auf die Antike dargelegt, entstanden musiktheoretische Regeln auch in späteren Jahren vor allem durch die Reflexion der musikalischen Praxis. Der Musikwissenschaftler *Hans Heinrich Eggebrecht* drückt dies konzise so aus:

> „Das Denken des Musiktheoretikers abstrahiert das Abstrahierbare der als Musikpraxis vorliegenden Erscheinungen, versucht es begrifflich zu begründen und bringt es in Regeln und in ein Regelsystem, das als Handlungsanweisung auf das Hervorbringen von Musik gerichtet ist."[163]

Diese Ausrichtung an der musikalischen Praxis zeigt aber auch, dass die musiktheoretischen Vorstellungen – zumindest in ihrer heutigen Verfassung – maßgeblich durch ästhetische Idealvorstellungen beeinflusst wurden und werden können.[164] Die in der musikalischen Praxis jeweils vorherrschenden Idealvorstellungen können ersichtlich divergieren. Das betrifft zum einen unterschiedliche Vorstellungen in historischer Hinsicht, beispielweise die ästhetische Vorstellung des 16. Jahrhunderts im Vergleich zum 19. Jahrhundert; es betrifft aber auch unterschiedliche Idealvorstellungen, deren Ursache nicht in zeitlichen, sondern in musikethnologischen oder soziokulturellen Gegebenheiten liegt.[165]

---

161 Siehe *Rösing,* in: *Helms/Phleps* (Hrsg.), Black Box Pop. Analysen populärer Musik, 257, 258. Für eine detaillierte Darstellung der komplexen und umfassenden Geschichte der Musiktheorie, siehe die hier nur in wenigen Einzelbänden zitierte Reihe *Zaminer/Ertelt* (Hrsg.), Geschichte der Musiktheorie.

162 Siehe *Eggebrecht,* in: *Zaminer* (Hrsg.), Geschichte der Musiktheorie, Bd. 1, Ideen zu einer Geschichte der Musiktheorie. Einleitung in das Gesamtwerk, 40.

163 Ebd.

164 Entsprechend ging *Helmholtz,* Lehre von den Tonempfindungen, 1913 im 19. Jahrhundert davon aus, dass die Regeln und Mittel der Kompositionslehre lediglich einem bestimmten (ästhetischen) Zweck innerhalb eines Stiles dienten.

165 Vgl. etwa *Zaminer,* in: *Zaminer* (Hrsg.), Geschichte der Musiktheorie, Bd. 1, Ideen zu einer Geschichte der Musiktheorie. Einleitung in das Gesamtwerk, 119, der mit der Untersuchung von abendländischer Musiktheorie implizit eine Unterscheidung nach kulturellen Unterschieden vornimmt.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Folglich ist auch die Entscheidung für oder gegen eine bestimmte Regel gleichzeitig eine Entscheidung über die ästhetische Zielvorstellung. Die dargestellte Entwicklung und Bedeutung legt damit ein grundlegendes Prinzip des Verständnisses von Regelhaftigkeit im Bereich der Kompositionslehren offen: Die Handlungsempfehlung der Kompositionslehre ist letztlich so gut wie nie alternativlos und ihre Befolgung setzt eine kreative oder zumindest ästhetische Entscheidung voraus; sie ist also kein Zeichen von Zwanghaftigkeit.[166]

cc. Konsequenzen für die juristischen Kategorien

Für die juristischen Kriterien der Regelhaftigkeit und des handwerklichen Schaffens hat das weitreichende Konsequenzen. Das musikalische Schaffen nach Kompositionslehren ist ein elementarer Bestandteil des kreativen Musikschaffens, der in seinem reziproken Verhältnis zur musikalischen Praxis jede Formgestaltung von Musik mitgestaltet. „Handwerkliches" Musikschaffen, das auf Kompositionslehren basiert, ist nicht frei von ästhetischen Erwägungen und kann dementsprechend auch kaum als Gegensatz zu dem gesehen werden, was der BGH sonst als schutzfähig erachtet.[167] Mit dem Ausschluss des handwerklichen Schaffens und der auf musiktheoretischen Lehren basierenden Kompositionselemente aus der schöpferischen Eigen-

166 Ein Beispiel liefert *Dahlhaus,* Entstehung der harmonischen Tonalität, 1968, 56 in anderem Kontext. So entspricht eine Vollkadenz oder „authentische Kadenz" (T-S-D-T) der tonalen Harmonik ebenso wie es eine plagale Kadenz (T-D-S-T) tut. Die Kadenzwirkung mag sich unterscheiden, aber die Lehre zwingt nicht, sie schlägt vor. *Riemann* begründete zwar später die Lehren und Regeln nicht mit einem einfachen stilistischen Zweck, sondern mit der Natur der Sache und somit einer Art naturgesetzlicher Argumentation. Allerdings ist auch dieser naturgesetzliche Begriff insofern nicht ganz treffend, als *Riemann* mehrere Möglichkeiten und nicht eine vom Gesetz vorgegebene Option als Natur der Sache versteht, vgl. *Dahlhaus,* Entstehung der harmonischen Tonalität, 1968, 52.

167 Siehe *Menke,* in: *Jeßulat* (Hrsg.), Mythos Handwerk? Zur Rolle der Musiktheorie in aktueller Komposition, 175. Eine Abgrenzung könnte höchstens verständlich sein, wenn der BGH dem handwerklichen Schaffen eine Genieästhetik gegenüberstellt (siehe a.a.O., 182). Eine so hohe künstlerische Gestaltungshöhe wäre weder ohne wertende Elemente möglich noch entspricht sie der tatsächlichen Praxis der deutschen Rechtsprechung.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tümlichkeit bleibt der BGH einer Musikanschauung verhaftet, die nach moderner Betrachtungsweise daher schwer tragbar ist.[168]

Für den EuGH besteht zwar die Grundannahme, dass eine Regelhaftigkeit die künstlerische Freiheit einschränke und damit der Originalität eines Werkes entgegenstehe.[169] Betrachtet man allerdings das hier Dargelegte, zeigt sich: Die Lehren und Regeln sind ästhetische Anleitungen, die dem Musikschaffenden (der Erfahrung nach) wohlklingende Möglichkeiten in einem Tonsatz aufzeigen, aber nicht zu einem bestimmten Tonsatz zwingen. Wie oben gezeigt, ist der Komponist daher trotz Regeln in zweierlei Hinsicht frei: zum einen in Bezug auf die Entscheidungen innerhalb der von den Regeln vorgesehenen Möglichkeiten, die nie konkreten Handlungszwang mit sich bringen, sondern Optionen für bestimmte ästhetische Wirkung eröffnen; zum anderen ist spätestens seit Beginn der Atonalität die Entscheidung für eine Kompositionslehre auch gleichzeitig selbst eine freie kreative Gestaltungsüberlegung. Die Kompositionsregeln sind deshalb gerade keine Regeln im Sinne der EuGH-Rechtsprechung, da sie die künstlerische Freiheit letztlich nicht einschränken.[170]

b. Funktionelle Vorgaben und Auftragskompositionen

Im Fall funktioneller Ziele stehen die Vorgaben nicht mit der künstlerischen Zielsetzung in Zusammenhang, sondern folgen aus äußeren Umständen. Auch das ist in der Musik möglich, wenngleich selten.

Das kann etwa dann angenommen werden, wenn der Rhythmus eines Raps oder einer musikalischen Tonfolge dem natürlichen Sprechrhythmus eines vorgegebenen Werbeslogans folgen soll.[171] Ähnlich könnte es wohl zu beurteilen sein, wenn kreative Überlegungen deshalb in den Hintergrund treten, weil eine spezifische nicht-ästhetische Wirkung den Kompositionsprozess bestimmt. So etwa in der bereits oben genannten möglicherweise verfolgten

168 Vgl. entfernt *Menke,* in: *Jeßulat* (Hrsg.), Mythos Handwerk? Zur Rolle der Musiktheorie in aktueller Komposition, 175.

169 Siehe *EuGH,* Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 31 – *Cofemel/G-Star*. Vgl. *Leistner*, ZGE 2013, 4, 19 f.

170 Vgl. in ähnlichem Sinne für literarische Werke: *Handig*, GRUR Int. 2012, 973, 977; ferner in allgemeinem Kontext auch *Leistner*, ZGE 2013, 4, 20.

171 *LG München I* ZUM 2010, 913, 915; undifferenzierter in dieser Hinsicht aber das Berufungsurteil: *OLG München* ZUM 2011, 928 – *Melodienfolge eines Werbejingles*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Signalwirkung im Fall von Alarmtönen;[172] selbst kurzen Jingles wird aber in der Regel ein gewisser ästhetischer Zweck in Form eines spezifischen Klangerlebnisses zu entnehmen sein.[173]

Eine weitere solche eingeschränkte Entscheidungsfreiheit könnte man vorsichtig im Falle von Auftragskompositionen vermuten, etwa hinsichtlich der Instrumentation, wenn eine bestimmte Gattung von außen vorgegeben wird. Die äußeren Zwänge in der Auftragskomposition können aber auch im engen Zusammenhang mit der Auswahl bestimmter Kompositionsregeln stehen. Ein Beispiel verdeutlicht dies: Für einen Film, der in einem Kloster im 10. Jahrhundert spielt, wird der Komponist mit der Auftragskomposition betraut, die Filmmusik zu verfassen. Es ist anzunehmen, dass sich der Komponist hier der Regelhaftigkeit der „Gattung", also einer Ästhetik des 10. Jahrhunderts, unterwirft. Daher könnte in diesem Ausnahmefall durchaus die kreative kompositorische Entscheidungsfreiheit – sehr gering – eingeschränkt sein, was die konkrete Auswahl eines solchen Gestaltungsmittels angeht. Selbst im Falle einer Auftragskomposition ist aber nur vorsichtig eine prinzipielle derartige Beschränkung von Entscheidungsfreiheit im musikalischen Schaffen anzunehmen, da jedenfalls für den Großteil der kompositorischen Entscheidungen kaum ein umfassender Zwang angenommen werden kann.

c. Fazit

Es kann zusammenfassend zwischen solchen Regeln und Zwängen unterschieden werden, die von innen auferlegt werden, wie den Kompositionsregeln, und solchen, die von außen an das musikalische Schaffen herangetragen werden. Die erstgenannten dienen einer inneren Zweckmäßigkeit des musikalischen Schaffens, nämlich dessen ästhetischen Zielen und somit dem Werkgenuss selbst.[174] Die letztgenannten haben eine Zielrichtung außerhalb der Wahrnehmung, sie verfolgen also mit dem akustischen Erlebnis technisch, funktional oder durch Aufträge bestimmte Wirkungen. Dabei wird deutlich, dass in den letzten Fällen durchaus eine Einschränkung der künstlerischen Freiheit im Sinne des EuGH vorliegt. Die inneren Regeln hingegen sind eher typischer Teil des künstlerischen Prozesses und dürfen nicht als einschränkende Elemente wahrgenommen werden.

172 *OLG Hamburg* ZUM 2002, 480, 482.
173 Ebd.
174 Siehe zur ästhetischen Zweckbestimmung und dem Werkgenuss *Sucker,* Der digitale Werkgenuss, 2014, 31 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sieht man daher das Urheberrecht unter dem Ziel eines Schutzes künstlerischen Schaffens in der Musik, wie es der EuGH tut, erscheint es lediglich zielgerecht, die Kompositionsregeln nicht unter die einschränkenden Elemente der Schutzfähigkeit zu zählen.[175] Da hiermit regelmäßig auch eine gewisse kulturelle Wertung verbunden ist,[176] ist es im Sinne objektiver urheberrechtlicher Schutzkriterien sinnvoll, derartige Elemente generell nicht als Maßstab des urheberrechtlichen Schutzes von Musikwerken anzuwenden.

2. Der musikalische Stil

Als Faustformel gilt ferner, ein Stil sei nicht schutzfähig.[177] Hierbei wird vor allem auf das Interesse der Allgemeinheit verwiesen und darauf, dass gewisse stilistische Elemente nicht monopolisiert werden könnten.[178] Ein solcher Ausschluss des Stils von der Schutzfähigkeit kann in zweierlei Kontexten relevant werden. Zum einen soll ein Stil an sich keinen Schutzbereich eröffnen, zum anderen kann es auch so verstanden werden, dass stilistische Eigenschaften bei der Prüfung der Schutzfähigkeit nicht ins Gewicht fallen sollen.

Was aber genau einen Stil oder eine bestimmte Technik ausmacht und wo die Grenze zwischen Stil und schutzwürdigem stilprägendem Werk zu ziehen ist, wird selten deutlich gemacht.

Die Bestimmung dessen, was Stil im Einzelnen bezeichnet, ist auch insofern schwierig, als der Begriff keinen über lange Zeit geformten Rechtsbegriff darstellt, sondern seinen Weg über die Alltagssprache in die rechtswissenschaftliche Literatur fand. In der Alltagssprache bestehen aber zahlreiche unterschiedliche Verwendungen des Begriffs Stil. Gerade bei künstlerischen Tätigkeiten kann sich der Stil eines Werkes auf unterschiedliche Dinge beziehen: den Stil der Epoche, den der jeweiligen Gattung, den des jeweiligen Autors, oder der Begriff kann ganz spezifisch einen besonderen neuen Werkstil bezeichnen.[179] Sogar in Bezug auf qualitative Wertungen wird der

175 Vgl. in allgemeinerem Kontext *Handig*, GRUR Int. 2012, 973, 977; *Leistner*, ZGE 2013, 4, 20.

176 Man berücksichtige insofern auch die Ausführungen in *BGH* GRUR 1981, 267, 269 – *Dirlada* zur „fremdländischen Folklore".

177 Etwa *Loewenheim/Leistner*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 7 Schutzgegenstand Rn. 2.

178 *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 40.

179 *Dahlhaus,* in: *Dahlhaus* (Hrsg.), Funkkolleg Musikgeschichte, Studienbegleitbrief 1, 66, 89 unterscheidet etwa: Epochenstil, Nationalstil, Gattungsstil und Personalstil.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Begriff verwandt.[180] In der Musik kann der Begriff des Musikstils auch als Synonym zum musikalischen Genre Verwendung finden.[181]

Abgesehen von der qualitativ-wertenden Bedeutung stimmen die unterschiedlichen Begriffsverwendungen in manchen prägenden Merkmalen überein. Zum einen umfasst der Stilbegriff nach sämtlichen Verständnissen besonders typische Elemente: In diesem Sinne versteht etwa der Duden den Stil bezüglich der Kunst als „das, was im Hinblick auf Ausdrucksform, Gestaltungsweise, formale und inhaltliche Tendenz o. Ä. wesentlich, charakteristisch, typisch ist".[182]

Gerade in Verbindung mit der Typizität müssen Elemente regelmäßig auch mehrmals verwendet werden, um als stilistisch zu gelten.[183] Der Stil zielt also auch grundsätzlich darauf ab, dass Elemente gehäuft vorkommen müssen.

Zuletzt ist für die Differenzierung, welche Art des Stiles vorliegt, der Bezugspunkt der Häufung entscheidend. Die stilistischen Elemente können also ferner in einem bestimmten Bereich verallgemeinert oder abstrahiert werden. Das kann einen einzelnen Künstler betreffen oder ein einzelnes Werk; es kann aber auch auf eine ganze Epoche bezogen sein, wie etwa stilistische Elemente der Wiener Klassik.

Vor diesem Hintergrund kann hinterfragt werden, welche der Aspekte es sind, die eine Schutzlosigkeit des Stiles rechtfertigen. Die Typizität gibt für sich genommen keinen Anhaltspunkt dafür, einen Schutz auch von Stilelementen zu versagen, denn gerade charakteristische Elemente sind häufig entscheidend für den urheberrechtlichen Schutz. Das wiederholte Auftreten von Elementen kann die Schutzfähigkeit zumindest teilweise infrage stellen, nämlich im Hinblick darauf, dass Elemente als älter und vorbekannt gelten können, wenn sie wiederholt auftreten. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Stil aus einer ganzen Gattung oder einer Epoche abstrahiert werden kann, der Künstler also schlicht auf sie zurückgreift.

In drei Bereichen ist allerdings die Pauschalisierung, Stil sei nicht geschützt, problematisch.

---

180 Etwa im Sinne von „stilvoll" oder „stillos", *Repnow*, SDHI 2017, 101, 105.

181 Vgl. beispielsweise die Verwendung bei *Ruth/Bullerjahn,* in: *Auhagen/Bullerjahn/von Georgi* (Hrsg.), Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft für Musikpsychologie. Band 25: Musikpsychologie – Anwendungsorientierte Forschung, 92, 103.

182 *Dudenredaktion*, Art. „Stil" in: *Duden online*, URL: https://www.duden.de/node/174140/revision/ 174176 (Abrufdatum: 24. August 2022).

183 Siehe *Dahlhaus,* in: *Dahlhaus* (Hrsg.), Funkkolleg Musikgeschichte, Studienbegleitbrief 1, 66, 89.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zum einen betrifft das einen spezifischen Werkstil oder einen spezifischen Personalstil. Wenn der Stil nämlich nur die typischen wiederkehrenden Elemente eines bestimmten Werkes abstrahiert oder den Stil eines konkreten Autors beschreibt, kann er zum einen maßgeblich zur individuellen Ausdruckskraft beitragen, er entspringt regelmäßig der freien kreativen Entscheidung eines einzelnen Urhebers und zeigt obendrein nicht selten eine gewisse Neuheit gegenüber anderen Werken derselben Gattung oder Entstehungszeit.[184] Es ergibt sich gegenüber sonstigen Elementen auch kein Grund, warum dieser Werk- oder der Personalstil nicht auch Schutz erfahren könnte und sollte. Er ist nicht auf andere Weise Teil der persönlichen geistigen Schöpfung des Autors als andere Elemente.[185]

Der zweite Fall betrifft den Bereich eines Stils von Genres, Gattungen oder Epochen in seiner Anfangsphase. In den seltenen Fällen von stilprägenden Elementen ist den Stilelementen nämlich ebenfalls eine gewisse Neuheit eigen.[186] Diese neuen Elemente werden im Einzelfall kaum von anderen neuen Elementen zu unterscheiden sein. Sie sind aber entscheidend für den Höreindruck und die Gestalt des Werks. Das bedeutet, dass sich bei einem späteren Werk, das diesen Stil übernimmt, notgedrungen gewisse Ähnlichkeiten der Gestaltungsparameter ergeben.

Der dritte Fall, in dem der behauptete Schutzausschlusses des Stils problematisch ist, liegt in der Kombination von Stilelementen in einer neuen Art und Weise oder in der Verbindung mit anderen Elementen. Wird der Stil nicht von seinen Stilelementen her betrachtet, sondern als Abstraktion, wird zwar deutlich, dass es zumindest nicht zielführend ist, ein Ausschlussrecht für einen Gattungs- oder Epochenstil zu erfassen. Das bedeutet aber gerade nicht, dass die stilistischen Gestaltungselemente nicht durchaus dazu beitragen können, als ein Parameter von vielen die Schutzfähigkeit eines Werkes mitzuprägen.[187]

Vor dem Hintergrund dieser drei gewichtigen Fallbeispiele ist die Aussage, der Stil sei urheberrechtlich nicht geschützt, nur bedingt als Maßstab in der Beurteilung der Originalität heranziehbar. Zwar wird die Schutzfähigkeit in

184 Vgl. die drei obigen Grundkonzeptionen der Originalität A.II.

185 In diesem Sinne auch *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 46: „Nicht der ‚Hundertwasserstil' genießt Schutz, sondern der jeweilige Gegenstand, den dieser Stil prägt, z.B. das in diesem Stil geschaffene Bauwerk (OGH ZUM-RD 2003, 451, 453 – Hundertwasser-Haus)." Vgl. auch *BGH* GRUR 1988, 690, 692 – *Kristallfiguren*.

186 *BGH* GRUR 1988, 690, 692 – *Kristallfiguren*; Siehe hierzu auch *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 35, 45.

187 *BGH* GRUR 1988, 690, 692 – *Kristallfiguren*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vielen Fällen des Gattungs- oder Epochenstils angesichts der Vorbekanntheit fehlen,[188] allerdings ist für viele andere Begriffsverwendungen von „Stil" keine generelle urheberrechtliche Schutzlosigkeit anzunehmen. Die vermeintliche Faustregel sollte daher nicht als Maßgabe für die urheberrechtliche Schutzfähigkeit gelten.

3. Musikalischer Formenschatz und sonstiges musikalisches Allgemeingut

Neben diesen Kategorien wird teilweise ein bestimmter musikalischer Formenschatz als ungeschützt betrachtet.[189] Dahinter steht die Überlegung, dass manche Elemente schlicht deshalb nicht geschützt sind, weil sie als vorbekannt vorausgesetzt werden.

a. Schwerpunkt auf subjektivem Formenschatz

In EuGH-Entscheidungen hat ein objektiv ungeschützter Formenschatz bislang eine eher geringe Rolle für die Bestimmung der Schutzfähigkeit und wurde in Bezug auf Musikwerke noch nicht näher beschrieben. Wie bereits oben dargelegt, erachtet der EuGH aber zumindest einzelne Wörter bedingungslos als nicht schutzfähig.[190] Wenngleich in sehr kleinem Rahmen, zählen sie damit wohl zu dem, was im Kontext der EuGH-Rechtsprechung als objektiver Formenschatz der Sprache bezeichnet werden könnte und aus eben diesem Grund nicht dem Schutz zugänglich sein sollte. Ähnlich könnte diese Überlegung auf einzelne Töne angewandt werden.[191] Allerdings äußerte sich der EuGH zu musikalischen Elementen in diesem Zusammenhang bislang nicht.

Darüber hinaus ist im Rahmen freier, kreativer Entscheidungen ein musikalischer Formenschatz schwerpunktmäßig insofern relevant, als er die Entscheidungen eines jeweiligen Komponisten beeinflusst. Ist dem jeweiligen Komponisten etwa eine bestimmte Tonfolge schon bekannt und bildet sie

188 So auch für den eng verwandten Bereich der Methode oder Technik. Siehe zur Zwölftontechnik etwa *Hilty,* Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 181, 253.

189 Explizit unter Verwendung des Begriffs „Formenschatz": *LG München I* ZUM 2003, 245, 247 f.; *LG Hamburg* ZUM 2015, 699; *Erdmann*, CR 1986, 249, 253; vgl. im Übrigen *BGH* GRUR 2015, 1189 – *Goldrapper*; *BGH* GRUR 1981, 267 – *Dirlada.*

190 *EuGH,* Urt. v. 16. Juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (= GRUR 2009, 1041), Rn. 46 – *Infopaq/DDF.*

191 Siehe hierzu oben A.II.1.c.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

somit einen Bestandteil seines persönlichen „subjektiven" Formenschatzes, dann kann sich eine freie kreative Entscheidung höchstens noch auf Auswahl und Einfügung des gesamten vorbekannten Elementes beziehen. Am abgeschlossenen Musikstück lässt sich das aber kaum noch nachvollziehen.[192] Die Rekonstruktion der spezifischen Vorbildung eines Komponisten zum Zeitpunkt seines Schaffensprozesses ist angesichts der Schutzdauer des Urheberrechts praktisch ausgeschlossen.[193] Insofern wird im Zweifel der subjektive Formenschatz aus Praktikabilitätsgründen unberücksichtigt bleiben müssen.

b. Schwerpunkt auf kulturell bestimmtem Formenschatz

Eine nähere objektive Differenzierung, was unter einem Formenschatz oder dem musikalischen Allgemeingut verstanden werden kann, trifft der BGH. Dort wird ein solcher Formenschatz zumeist wie die Komposition nach Kompositionsregeln unter den Begriff des musikalischen Allgemeinguts gefasst.[194] Explizit werden „Tonfolgen einfachster Art oder bekannte rhythmische Strukturen"[195] als Beispiele für das sonstige musikalische Allgemeingut genannt. Daneben ordnet der BGH auch solche Elemente dem musikalischen Allgemeingut zu, die er nicht für ausreichend künstlerisch betrachtet, weil sie etwa für eine Gattung oder aus sonstigen Gründen als Routine gelten.[196]

Mit Tonfolgen einfachster Art und bekannten rhythmischen Strukturen sind vor allem solche Gestaltungselemente benannt, die gemeinhin als Banalitäten gelten.[197] Eine einfach gehaltene und aus fünf Tönen bestehende Tonfolge ist dem OLG München folgend wohl als eine solche Tonfolge

192 Siehe hierzu bereits A.II.1.b.

193 *Hilty,* Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 155 bringt dieses Problem in seiner Kritik der subjektiven Neuheit auf den Punkt: „Mit einer Schutzfrist von 70 Jahren nach dem Tode […] wäre heute z.B. noch danach zu forschen, was ein damals junger Urheber zu Beginn des letzten Jahrhunderts kannte, der in den 1950er-Jahren verstarb."

194 Siehe insb. *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 44 – *Goldrapper*.

195 Ebd.

196 *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 54 – *Goldrapper*; zum Ausschluss der Schutzfähigkeit musikalischen Stils siehe ferner unten: A.III.2.

197 Dies muss nicht zwingend an der Länge einer Sequenz festzumachen sein. So kann nach *OLG Hamburg* GRUR 2022, 1217, Rn. 108 auch eine zweisekündige Sequenz hinreichend sein, wenn dem Rhythmusgefüge hinreichende Individualität zukommt.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einfachster Art zu betrachten.[198] Bei Beispielen für bekannte Rhythmen könnte man an Tanzmusik – etwa an einen Walzer-Rhythmus oder einen Samba-Rhythmus – denken. Offen bleibt allerdings, für wen die Rhythmen bekannt sein müssen und wer Tonfolgen als „einfach" empfinden soll. Abgrenzungsfragen können sich daher in beinahe jedem Musikwerk ergeben: Ist etwa eine leicht modifizierte Dur-Tonleiter noch einfach? Ist ein Bossa-Nova-Rhythmus „bekannt"? Oder ist er dies nur in Brasilien? Und ist eine solche regionale Bekanntheit noch relevant für die Schutzfähigkeit?

Ähnliche Fragen stellen sich auch, wenn man die übrigen vom BGH ausgeschlossenen Elemente betrachtet. Solche Elemente, die der BGH nicht mit Gewissheit außerhalb von Routinen verortet, sind etwa bestimmte Klangelemente des Gothic[199] oder aber auch das „uns vertraute Volksliedgut"[200]. Sind diese musikalischen Gestaltungselemente, die innerhalb einer Gattung vorkommen, nun aber tatsächlich „*Allgemein*gut"?

Der BGH geht anscheinend von der Annahme aus, dass ein derartiger Formenschatz allgemeingültig und objektiv feststellbar ist und weist hier auf die Hilfe durch musikalische Sachverständige hin.[201] Dem musikalischen Formenschatz soll sich damit wohl nicht nur aus dem Blick auf das Vorbekannte, sondern auch aus einer kulturell-kunstgeschichtlichen Perspektive angenähert werden: Die zentrale Frage, die hier die Prüfung des musikalischen Allgemeingutes bestimmt, zielt nicht darauf ab, welche Elemente bereits nachweisbar vor dem zu untersuchenden Schutzgegenstand in der Geschichte auftraten und inwiefern sich der Schutzgegenstand hiervon abhebt, sie richtet sich aber auch nicht strikt nach der Perspektive des jeweiligen Komponisten. Insofern wird hier weder ein „subjektiver" noch ein „objektiver" Neuheitsbegriff verfolgt. Die eigentliche Frage ist eher, ob es für die vom BGH angenommene Allgemeinheit („uns"[202]) neu *scheint*.

Das ruft allerdings mehrere Probleme hervor. Angesichts der Weite von solchen Konzepten wie musikalischem Formenschatz oder Elementen, die „sonst zum musikalischen Allgemeingut"[203] gehören, besteht effektiv eine große Rechtsunsicherheit und Einflussmöglichkeit subjektiver Wertungen.

198 *OLG München* ZUM 2011, 928 – *Melodienfolge eines Werbejingles*. Nach dem europäischen Werkbegriff wird man hier aber jedenfalls einen Schutz annehmen müssen, vgl. A.II.1.
199 *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 54 – *Goldrapper*.
200 *BGH* GRUR 1981, 267, 269 – *Dirlada*.
201 *BGH* GRUR 2015, 1189, Leitsatz 3 – *Goldrapper*.
202 *BGH* GRUR 1981, 267, 269 – *Dirlada*.
203 *BGH* GRUR 2015, 1189, Leitsatz 1 – *Goldrapper*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eine Verlagerung der Begriffsbestimmung auf Einzelfälle ist zumindest dann bedenklich, wenn weitreichende Entscheidungen, was schutzfähig ist und was nicht, faktisch einer Wertung des Sachverständigen oder der persönlichen Vorstellung des Richters vom musikalischen Allgemeingut überlassen bleiben und die Begründung genügt, ein Element sei Teil des Allgemeingutes.

Im engen Zusammenhang damit steht die Problematik, die bereits im Bereich musiktheoretischer Lehren anklang, dort aber weniger klar hervortrat: Unterschiedliche Vorprägungen führen zu einem unterschiedlichen Gehalt des kulturell bestimmbaren Begriffes „Allgemeingut". Es bestehen zwar in vielerlei Hinsicht kulturelle Verknüpfungen dessen, was musikalisch üblich ist, vor allem in Zeiten globaler digitaler Verbreitung der Musikwerke. Dennoch zeigen unterschiedliche Musiktraditionen Unterschiede in Bezug auf das, was als herkömmlich oder allgemein bekannt angesehen werden kann.[204] Etwas, was etwa in der orientalischen Musik als musikalisches Allgemeingut angesehen wird, mag im Bereich westlicher Musik als völlig neu gelten.[205] Aus musikethnologischer Perspektive stößt der Gedanke eines universellen musikalischen Allgemeingutes oder musikalischen Formenschatzes deshalb auf Probleme.

Aber auch außerhalb musikethnologischer Unterschiede können schon erhebliche Unterschiede in der persönlichen Bewertung eines musikalischen Allgemeinguts bestehen, je nach individueller Vorprägung. Was dem einen aus kultureller Perspektive als Allgemeingut gilt, als „einfachste" Tonfolge oder „bekannter" Rhythmus, mag dem anderen weniger bekannt sein. Das ist nicht anders im Bereich musikalischer Expertise, ist doch auch die musikalische Vorbildung nie frei von gewissen kulturellen Einflüssen. Es hängt dann letztlich von der Entscheidung des Sachverständigen ab, welche vorbekannten Werke als kanonisch herangezogen werden und welche Elemente daraus abstrahiert werden, die schließlich frei bleiben sollen.

---

204 Vgl. *Dahlhaus,* Musiktheorie im 18. und 19. Jh., 1984, 160, der aber zumindest die Beschreibung einer einheitlichen Musiktheorie für zukünftig möglich hält; *Zaminer,* in: *Zaminer* (Hrsg.), Geschichte der Musiktheorie, Bd. 1, Ideen zu einer Geschichte der Musiktheorie. Einleitung in das Gesamtwerk, 119.

205 Das Paradebeispiel liefert der BGH in *BGH* GRUR 1981, 267, 269 – *Dirlada* selbst mit der hier bereits mehrmals zitierten Gegenüberstellung von „fremdländischer Folklore" und „uns vertraute[m] Volksliedgut".

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. Formenschatz und das Vorbekannte

Der Gedanke eines nicht geschützten und feststellbaren Formenschatzes zeigt daher in der bislang ausdifferenzierten Form des BGH einige Inkonsistenzen. Zu der Annahme, dass ein musikalischer Formenschatz allgemein und objektiv festgestellt werden kann, steht im Widerspruch, dass sich aus kultureller Perspektive eine Vielzahl musikalischer Allgemeingüter ergeben können. Macht man hier einen Unterschied zwischen einem abstrakt feststellbaren Formenschatz und dem Vorbekannten, liegt der Feststellung stets eine subjektive Korpusauswahl und deren Abstraktion zugrunde.[206] Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn man den musikalischen Formenschatz so offen hält, wie es der BGH tut. Eine derartige Beurteilung des Formenschatzes kann aber kaum sachdienlich zur Frage beitragen, wann ein Musikstück schutzwürdig ist.

Beschränkt man sich hingegen, wie der EuGH, auf Kleinstelemente und legt sonst einen subjektiven Formenschatz als Maßstab an, ist das Abgrenzungskriterium wenig relevant und im Wesentlichen völlig impraktikabel.[207]

Sowohl die wertende Betrachtung eines vermeintlichen Allgemeinguts, wie beim BGH, als auch die weitgehend bedeutungslose Einschränkung im Rahmen des EuGH-Verständnisses könnten aber dadurch umgangen werden, dass der objektive Formenschatz so verstanden wird, wie im Rahmen des ersten Kriteriums von *Kummer*: als objektiv feststellbarer Stand alles Dagewesenen.[208] Ein regulärer Popsong, der praktisch stets aus bereits vorhandenen Einzelelementen, teilweise sogar gesamten Melodien oder harmonischen Gestaltungen besteht, wäre damit nicht völlig schutzlos. Der Schutz bezöge sich jedoch lediglich auf die Kombinationen – etwa von Tempo, Klanggestaltung, Melodie und harmonischer Gestaltung – die dieses Werk von allem Bisherigen unterscheiden.

Ein solches Formenschatzverständnis hätte den Vorteil, dass so in rechtssicherer Weise und weitgehend objektiv nachvollziehbar festgestellt werden

206 So ist etwa im Fall *Goldrapper*-Entscheidung fraglich, inwiefern hier typische Elemente des Gothic festgestellt werden sollen – ist hierfür jede Band des Gothic relevant? Wann ist eine Band noch Gothic-Band, wann geht sie darüber hinaus? Ist all das, was bekannte und etablierte Gothic-Bands spielen auch Gothic?

207 Siehe A.III.3.a.

208 Vgl. A.II.3.a.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

könnte, welche Elemente dem Formenschatz zugehörig sind – nämlich durch direkte Gegenüberstellung der fraglichen Elemente.[209]

Gegen eine solche Feststellung kann zwar angeführt werden, dass die Masse von bestehenden nachweisbaren Musikstücken unermesslich groß erscheint und ein Abgleich mit dem gesamten Fundus regelmäßig kaum möglich sein wird. Allerdings kann man sich durch den Einsatz technischer Hilfsmittel und mithilfe der Expertise von Sachverständigen zumindest dem Ziel eines weitreichenden Vergleiches annähern.[210] Zweitens erscheint die Aufgabe gegenüber den momentan präsenten Alternativen – einer Untersuchung des persönlichen Formenschatzes eines Komponisten im Zeitpunkt des Werkschaffens (vgl. unter a.) und einer Feststellung eines vermeintlich bestehenden überall gültigen musikalischen Allgemeinguts (vgl. unter b.) – noch eher leicht zu bewerkstelligen.[211] Drittens wird es faktisch darauf ankommen, was im Prozess als objektiv vorbekannt nachgewiesen werden kann, womit die Aufgabe des Abgleichs vor allem den Parteien obliegt. Der Beklagte muss damit regelmäßig selbst nachweisen, dass ein potentiell geschütztes Werkelement, das er übernommen hat, bereits Teil der Musikgeschichte war.

Weiter könnte einem solchen Verständnis eines Formenschatzes zwar entgegengehalten werden, dass die Kreativität, deren Belohnung einen Anreiz für weitere Werkschöpfung schaffen soll,[212] gerade nicht mehr im Zentrum der hier genannten Abgrenzungsmerkmale steht. Allerdings bleibt es in der Praxis ohnehin eine Fiktion, dass die Kreativität durch Ergründung der subjektiven Entscheidungsfreiheit feststellbar wird, und selbst wenn sie möglich wäre, stieße die subjektiv orientierte Feststellung auf einen Wertungswidersprich: Ein ungebildeter Laie, der sich nicht mit musikalischer Theorie irgendeiner Art auseinandersetzte, erhielte für eine simple Tonfolge Schutz. Für ihn liegen der Tonfolge nämlich kreative Gedanken zugrunde, mögen diese im Vergleich mit dem Bekannten noch so banal erscheinen. Der vorgebildete

209 Siehe *Frieler/Müllensiefen,* in: *Schrör u.a.* (Hrsg.), Tipping Points: Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts, 115, 129.

210 *Frieler/Müllensiefen,* in: *Schrör u.a.* (Hrsg.), Tipping Points: Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts, 115, 129.

211 Vgl. in diesem Sinne auch *Hilty,* Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 155.

212 Vgl. *Loewenheim*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 1 Gegenstand, Zweck und Bedeutung des Urheberrechts Rn. 6: „Neben diesen naturrechtlich-individualistischen Begründungsmustern ist der Zweck des Urheberrechts aber auch darin zu sehen, durch die Belohnung der Kreativität des Urhebers einen Anreiz für Werkschöpfungen zu schaffen; ferner soll die Verwertungsindustrie ermutigt werden, Investitionen in die Produktion von Kulturgütern vorzunehmen."

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Musiker hingegen erführe keinen Schutz für eine vergleichbare „Komposition", entnimmt dieser die Elemente doch schlicht der Geschichte.[213]

Das Beispiel zeigt auch, dass ein auf die Kreativität zielendes Allgemeininteresse weniger daran besteht, dass möglichst viele freie kreative Entscheidungen getroffen werden, sondern dass mit diesen Entscheidungen auch Neues geschaffen wird.[214] Vor dem Hintergrund des obigen Wertungswiderspruches kommt das *Kummer*'sche Verständnis von Formenschatz diesem Ziel näher als die alternativen Optionen.

4. Naheliegen und Einmaligkeit

Eine Schutzfähigkeit der Doppelschöpfung – zumindest in dem Sinne, dass einem zweiten Einfall wieder Schutz zukommt – wäre unter dem hier vertretenen Verständnis eines objektiven Formenschatzes ausgeschlossen. Ob darüber hinaus die Originalität wegen solcher Elemente auszuschließen ist, die nach dem bisher bekannten Formenschatz „naheliegen", ist damit aber nicht beantwortet.

Verstünde man ein Nichtnaheliegen so, dass es schon erfüllt wäre, wenn sich etwas jedem hätte aufdringen müssen,[215] gibt es kaum einen Grund, schon auf Ebene der generellen Schutzfähigkeit eine Wertung zu treffen.[216] Denn es wäre für einen potentiellen Verletzer ein Leichtes, sich darauf zu berufen, dass er selbst auf den vermeintlich übernommenen Kompositionsgedanken kam – dieser drängte sich ja ohnehin auf. War die Komposition es

213 Vgl. unabhängig vom musikalischen Schutzgegenstand: *Macciacchini*, in: *Berger/Macciacchini* (Hrsg.), FS Hilty, 25, 33; *Hilty,* Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 154.
In der rechtlichen Auswirkung ist der Unterschied indes nicht so groß. Denn regelmäßig wird der Wertungswiderspruch bei der Feststellung einer Rechtsverletzung wieder ausgeglichen: Da das Urheberrecht nur ein Ausschlussrecht der konkreten Werkverwendung statuiert und hierfür notwendig ist, dass auch das Werk tatsächlich „benutzt" wird, wird es effektiv schwieriger sein, darzulegen, dass ein Dritter ein banales Werk benutzt hat, wenn er sich darauf beruft, es sei eine zufällige Nachschöpfung.

214 *Hilty,* Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 156: „Es geht darum, dass der Allgemeinheit an einer (ausreichend grossen) Bereicherung des vorhandenen allgemeinen Fundus gelegen ist, wofür in der Form der (zeitlich beschränkten) Rechtsgüterzuweisung an den Schöpfer Anreize geschaffen werden sollen, um Neues zu schaffen."

215 So *Schulze,* Die kleine Münze, 1983, 156.

216 Siehe allgemein zur Erschütterung eines diesbezüglichen Anscheinsbeweises *Pimat,* Beweisprobleme, 2002, 89; ferner unten Kapitel 3 A.I.1.b.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aber wert, übernommen zu werden und sich eigene Mühen zu ersparen, dann geht das Schutzrecht auch nicht fehl.[217]

Anders könnte das Nichtnaheliegen in einem *Kummer*'schen Sinne so verstanden werden, dass ein Werk auch in Zukunft einmalig bleiben muss, also die zufällige Nachschöpfung ausgeschlossen sein muss.[218] Im Bereich der Musik stieße eine Individualität, die nicht nur einmalig im Vergleich zur Vergangenheit, sondern auch zur Zukunft bleiben muss, allerdings auf zwei weitgehend ungelöste Probleme: Zum einen bedürfte es für einen solchen Vergleich einer halbwegs validen Prognose der zukünftigen Musikentwicklung. Diese Entwicklung lässt sich aber nur sehr begrenzt antizipieren. Sie kann nicht mit technischem Fortschritt, an dem sich etwa das Patentrecht orientiert, gleichgesetzt werden.[219] Gewisse Trends können spätere gleichartige Kompositionen wahrscheinlicher oder weniger wahrscheinlich erscheinen lassen. Was also ursprünglich noch als individuell und einmalig verstanden wurde, kann im Musikbereich wenige Jahre später schon als nicht mehr allzu fernliegend gelten. Ob das Werk dann Schutz erhält, ist rein zufällig vom Beurteilungszeitraum abhängig. Mag ein für E-Gitarre geschriebenes Solo in den 50er-Jahren mit halbwegs komplexer Tonfolge noch als einmalig und individuell erscheinen, wird es mit der Entwicklung der Rockmusik und den dazu gehörigen Trends in den 80er-Jahren nicht mehr unmöglich erscheinen, dass ein Zweiter exakt dieselbe Tonfolge für die E-Gitarre eigenständig entwickelt.

Zum anderen würde man durch ein so voraussetzungsstarkes Kriterium in letzter Konsequenz einen Großteil moderner Populärmusikkompositionen schutzlos stellen müssen. Es ist kaum auszuschließen, dass ein übliches Schlagerlied – rein auf die musikalische Komposition bezogen – ein weiteres Mal in den nächsten Jahrzehnten mit nur unwesentlichen Abweichungen komponiert würde, ohne dass dabei auf das ältere zurückgegriffen wird. Eine Nachschöpfung mag freilich auch in der populären Musik eher unwahrscheinlich sein, aber angesichts der Masse täglicher Musikproduktion und Musikkomposition erscheint es jedenfalls nicht unmöglich, dass der Fall eintritt. Das aber wäre dann Voraussetzung für den Schutz. Wäre also die Schutzlosigkeit von Werken und Werkteilen zu fordern, bei denen die realistische Möglichkeit der erneuten Komposition besteht, wären etwa

217 Vgl. *Schulze,* Die kleine Münze, 1983, 161 f.

218 Mit dieser Tendenz *Macciacchini*, in: *Berger/Macciacchini* (Hrsg.), FS Hilty, 25, 33 f.; vgl. *Hilty,* Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 157.

219 Siehe A.II.3.b.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einige der in der Vergangenheit als schutzfähig erachteten musikalischen Werkteile nicht schutzfähig.[220]

Selbst eine solche Schutzlosstellung eines Großteils des musikalischen Schaffens erscheint freilich nicht ganz abwegig, wenn sie weder ein Marktversagen zur Folge hätte noch in sonstiger Weise vor dem Hintergrund urheberrechtlicher Rechtfertigung unausgeglichen erscheint. Einer derart komplexen Frage wird angesichts der hierfür (noch) fehlenden Datenbasis allerdings im hier vorliegenden Rahmen nicht weiter nachgegangen werden können.

IV. Schlussbetrachtung

Die Originalitätsbestimmung eines Gegenstands ergibt sich aus einem diffizilen Gepräge von (teilweise positiv bestimmten) Grundvoraussetzungen und negativen Abgrenzungen von den Elementen, die nicht geschützt sein sollen. Noch komplexer wird die Situation dadurch, dass es im Kern mehrere unterschiedliche Konzepte dazu gibt, wie die Grenzen der Originalität bestimmt werden sollen und diese unterschiedlichen Konzepte nicht durchweg konsequent in Rechtsprechung und Literatur verfolgt werden.

In der Musik sind die Grenzen je nach Konzept auch unterschiedlich zu bewerten. Ein am Gestaltungsspielraum oder freien kreativen Entscheidungen orientiertes Verständnis, wie es der EuGH-Rechtsprechung zugrunde liegt, schließt im musikalischen Bereich zunächst einen großen Anteil des musikalischen Schaffens mit ein, da freie, kreative Entscheidungen die Regel sein dürften.[221] Einzelne Töne werden wohl dennoch nicht schutzfähig sein. Allerdings bleibt der ausgenommene objektive Formenschatz nach bisherigem Stand eher klein, der subjektive in der Praxis kaum feststellbar.[222] Nicht ausgeschlossen wird durch die Orientierung am Kriterium der freien kreativen Entscheidungen das Musikschaffen nach Kompositionsregeln, auch wenn der Begriff der „Regeln" als Ausschlusskriterium für freie kreative Entscheidungen missverständlich sein könnte.[223]

220 Zu nennen sind hier wohl *BGH* GRUR 1981, 267 – *Dirlada*; *BGH* GRUR 1988, 812 – *Ein bißchen Frieden*; wohl auch das übernommene Element in *BGH* GRUR 2015, 1189 – *Goldrapper*.

221 Siehe A.II.1.b.

222 Siehe A.II.1.b., c. und A.III.3.

223 Siehe A.III.1.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Anders ist das Verständnis der deutschen Rechtsprechung, die im Ausgangspunkt von der individuellen ästhetischen Ausdruckskraft ausgeht, aber dann vor allem recht konkretisierte Bestimmungen trifft, welche Gestaltungselemente ausgeschlossen bleiben sollen.[224] Im Gegensatz zum soeben genannten Verständnis von „Regeln" fällt für die BGH-Rechtsprechung auch das Musikschaffen unter der Befolgung von Kompositionsregeln darunter. Der BGH verfolgt dabei eine juristisch fragwürdige oder zumindest hier missverständliche Vorstellung, dass das Musikschaffen klar in handwerkliches und künstlerisches Schaffen unterteilt werden könne.[225] Auch werden die Erfordernisse in sonstiger Hinsicht etwas höher angelegt als ein Abstellen auf freie kreative Entscheidungen. Einfache kurze Tonfolgen sind zumindest nach der deutschen Rechtsprechung nicht geschützt, wobei gerade nicht darauf geachtet wird, ob sich dahinter wohl freie, kreative Entscheidungen verbergen, die der EuGH nach derzeitigem Stand als schutzfähig ansieht.[226]

Ob dieses Auseinanderklaffen der unterschiedlichen Ansätze auf unionsrechtlicher und deutscher Ebene bestehen bleibt oder der EuGH nicht doch in Zukunft auf einen höheren Schwellenwert abstellen wird, bleibt abzuwarten. Die genaue Auslegung der EuGH-Sichtweise lässt hinsichtlich der geforderten „persönlichen Note" und „Kreativität" noch den Raum offen, um auch hier dem BGH ähnlichere Einschränkungen zu treffen.[227] Es wird aber deutlich, dass das gegenwärtige europäische Originalitätsverständnis und der bisherige Umgang mit schöpferischer Eigentümlichkeit in der deutschen Rechtsprechung nicht zwingend zu gleichen Ergebnissen kommen und sich im Falle der Anknüpfung an Kompositionsregeln auch voneinander unterscheiden.

Gerade hinsichtlich der einzelnen Kriterien, die bestimmen, welche der musikalischen Gestaltungselemente nicht als schutzfähig gelten sollen, erscheint es nach hier vertretener Auffassung aber ohnehin sinnvoller, sich stärker am objektiv Vorbekannten zu orientieren und so die Lehre *Kummers* zu berücksichtigen.

Zwar kann über das zweite Kriterium der *Kummer*'schen Lehre – eine zukünftige Einmaligkeit – keine abschließende Beurteilung getroffen werden. Die Rechtsprechung täte aber jedenfalls gut daran, sich stärker an dem

224 Siehe A.II.2.

225 Siehe A.III.1. u. 3. Zu einem differenzierten Überblick über das Verhältnis von Handwerk und Komposition: *Jeßulat* (Hrsg.), Mythos Handwerk? Zur Rolle der Musiktheorie in aktueller Komposition, 2015.

226 Siehe A.III.3.

227 Vgl. A.II.1.c.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ersten Aspekt, der Abgrenzung vom Dagewesenen, zu orientieren, statt auf die bisherigen dehnbaren Oberbegriffe zu vertrauen. Denn die bisherige Begriffsbildung der Rechtsprechung birgt die Gefahr in sich, mit einer subjektivwertenden Konnotation verstanden zu werden, wie im Falle der Kriterien des BGH, oder im Ergebnis an fehlender Praktikabilität zu scheitern, wie im Falle des Abstellens auf freie kreative Entscheidungen.

B. Objektivität und Genauigkeit

Fernerhin ist im Rahmen des europäischen Werkbegriffs von Bedeutung, ob ein urheberrechtlicher Schutzgegenstand mit „Genauigkeit und Objektivität identifizierbar" ist.[228] Im Diskurs des deutschen Urheberrechts entspricht dieser Aspekt am ehesten der wahrnehmbaren Formgestaltung, die das Werk haben solle.[229] Was aber bezeichnet eine solche genaue und objektive Identifizierbarkeit im Detail und sind auch in der Musik Problemfälle der Objektivität und Genauigkeit denkbar?

I. Herleitung und Ausgangspunkt

Fundamental für die Einführung und das Verständnis des Objektivitätskriteriums auf EU-Ebene war die *Levola*-Entscheidung des EuGH.[230] Die Entscheidung handelte vor allem von der Schutzfähigkeit des Geschmacks von Lebensmitteln. Der *Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden* legte wegen eines urheberrechtlichen Verfahrens um einen niederländischen Streichkäse dem EuGH die Frage vor, wie sich das EU-Recht zur Schutzfähigkeit von Geschmack verhält.

228 *EuGH,* Urt. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 39 f. – *Levola/Smilde*; *EuGH,* Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 32, 53 – *Cofemel/G-Star*; *EuGH,* Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736), Rn. 25, 28 – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get*.

229 Siehe *Leistner*, GRUR 2019, 1114, 1116.

230 *EuGH,* Urt. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73) – *Levola/Smilde*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtlicher Ausgangspunkt ist die notwendige Ausdrucksform eines Schutzgegenstandes.[231] Angeführte Grundlage dafür ist aber keine Regelung der InfoSoc-Richtlinie, sondern das Völkerrecht, namentlich Art. 2 WCT und Art. 9 Abs. 2 des TRIPS-Abkommens.[232] So schließt der EuGH aus der dortigen Notwendigkeit einer Ausdrucksform und der dort verorteten Unterscheidung von Idee und Ausdrucksform,[233] dass die Objektivität und Genauigkeit der Feststellbarkeit notwendiger Bestandteil des urheberrechtlichen Werkes sei.[234]

Weiter begründet wird das Objektivitätskriterium vom EuGH mit den pragmatischen Erwägungen, dass nur so Behörden oder Wirtschaftsteilnehmer die schutzbegründenden Kriterien überhaupt nachvollziehen könnten.[235] Außerdem müsse aus Rechtssicherheitserwägungen von subjektiven und veränderlichen Elementen Abstand genommen werden.[236]

II. Bewertung der *Levola*-Entscheidung

In der *Levola*-Entscheidung war diese Objektivität und Genauigkeit entscheidend dafür, dass die Schutzfähigkeit von Geschmack generell verneint wurde.[237] In der Entscheidung wird sich darauf gestützt, dass Geschmack nicht technisch feststellbar sei und bei Menschen vom subjektiven Empfinden abhänge.[238] In diesem Zusammenhang muss klar zwischen dem Geschmack

231 *EuGH,* Urt. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 39 f. – *Levola/Smilde*: „Der Begriff ‚Werk', auf den die Richtlinie 2001/29 abzielt, impliziert daher notwendigerweise eine Ausdrucksform des urheberrechtlichen Schutzobjekts, die es mit hinreichender Genauigkeit und Objektivität identifizierbar werden lässt, auch wenn diese Ausdrucksform nicht notwendigerweise dauerhaft sein sollte."

232 *EuGH,* Urt. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 40 – *Levola/Smilde*.

233 Siehe C.

234 *EuGH,* Urt. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 40 – *Levola/Smilde*.

235 *EuGH,* Urt. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 41 – *Levola/Smilde*.

236 Ebd.

237 *EuGH,* Urt. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73) – *Levola/Smilde*.

238 *EuGH,* Urt. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 42 f. – *Levola/Smilde*; Belege führt der EuGH hier allerdings keine an.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

als spezifischer Sinneswahrnehmung[239] und der im allgemeinen Sprachgebrauch ebenso mit Geschmack bezeichneten subjektiven Bewertung von Sinneseindrücken[240] unterschieden werden.[241]

Es wird nicht ganz deutlich, wo der EuGH die notwendige Schwelle der Objektivierbarkeit ansetzt. Denn zumindest bis zu einem gewissen Grad ist der Geschmack durchaus objektivierbar, ist Zucker doch objektiv süß, die Zitrone wohl sauer und Salz stets salzig. Freilich kann bei diesen simplen Beispielen keine Originalität festgestellt werden. Sie zeigen aber, dass die kategorische Klassifizierung des Geschmacks als „nicht objektivierbar" zumindest eine graduelle Schwelle der Objektivierbarkeit erfordert.

Aus dem Kontext der Entscheidung ist vorsichtig anzunehmen, dass diese Schwelle erreicht ist, wenn für Behörden oder Wirtschaftsteilnehmer der Schutzgegenstand nachvollziehbar darstellbar ist.[242] Hierzu gehört es wohl insbesondere, den Schutzgegenstand in Worten oder Abbildungen ausreichend genau zu beschreiben, um daran Schutzkriterien feststellen zu können.

Die Bewertung des Geschmacks in der *Levola*-Entscheidung als nicht schützbar könnte daher auch als Problem der fehlenden Feststellung oder Beschreibung eines (originellen) Schutzgegenstandes betrachtet werden und nicht als Problem der generellen Subjektivität von Geschmack an sich. Wäre der Geschmack nun in fernerer Zukunft mit technischen Mitteln darstellbar, müsste wohl auch das Schutzkriterium erfüllbar sein.[243]

Es ist insofern überraschend, dass die Objektivität der Feststellbarkeit vom EuGH wie ein eigenständiges Werkkriterium behandelt wird. Es erscheint

239 Das betrifft etwa Kategorien der Grundgeschmacksarten von süß, salzig, bitter, sauer oder umami. Vgl. zur Übersicht: *Grieco/Majchrzak*, Ernährung aktuell 2015, 12.

240 So etwa die geschmackliche Wertung als „gut" oder „schlecht".

241 Selbst in der Begründung des EuGH, insb. in *EuGH,* Urt. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 42 f. – *Levola/Smilde*, ist aber nicht eindeutig, ob hierbei sauber differenziert wird. Gerade die angeführten Einflussfaktoren „Alter, Ernährungsvorlieben und Konsumgewohnheiten" oder „Umwelt" und „Kontext", deuten eigentlich eher auf einen hier ohnehin irrelevanten Geschmacksbegriff hin, bei dem es um die Bewertung eines Lebensmittels als schmackhaft oder nicht schmackhaft geht. Zumindest haben die genannten „Ernährungsvorlieben" wohl hier ihren Haupteinfluss.

242 Vgl. *EuGH,* Urt. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 41 – *Levola/Smilde*.

243 Dies geht *e contrario* aus *EuGH,* Urt. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 43 – *Levola/Smilde* hervor. Ferner *Schopp*, GRUR-Prax 2018, 579.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

doch der Logik einer Tatsachenfeststellung zu folgen, dass das, was nicht feststellbar ist, auch keine anknüpfenden Rechtsfolgen haben kann oder zumindest über die Beweislast im Zivilprozess bereits gelöst wird.[244] Bis sich überhaupt die materiellrechtliche Frage stellen kann, ob die Kriterien im konkreten Fall für den Werkcharakter genügen, muss ohnehin ein objektiver Anhaltspunkt des in Frage stehenden Gegenstandes gegeben sein. Das Objektivierungskriterium ist daher sinnvollerweise nicht als typisches Kriterium der Schutzfähigkeit zu verstehen, wie etwa die vom EuGH danebengestellte[245] Originalität. Vielmehr ist es ein Gebot, dass der Schutzgegenstand nach dem Stand der Forschung und Technik hinreichend objektiv und genau beschrieben können werden muss, um daran die entsprechenden Schutzkriterien – wie die Originalität – feststellen zu können.

III. Objektivität in der Musik

In diesem Sinne kann auch in der Musik die Frage gestellt werden, inwiefern der Schutzgegenstand für Gerichte, Behörden oder Wirtschaftsteilnehmer nachvollziehbar festgestellt werden kann. Denn auch wenn die akustischen Ereignisse objektiv vorliegen mögen, ist die Wahrnehmung von Musik als bestimmtem akustischem Sinnzusammenhang von (teils subjektiveren) wahrnehmungspsychologischen Effekten geprägt.[246] In der Musik besteht die generelle juristische Annahme einer subjektiven Wahrnehmung zwar nicht.[247] Gleichwohl mag für manche Bereiche eine Parallele zur Geschmacksfeststellung von Lebensmitteln bestehen; so etwa für den Schutz eines Klanges, der

244 Ähnlich GA *Wathelet*, Schlussantr. v. 25. Juli 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:618, Rn. 56 – *Levola/Smilde* („[d]arüber hinaus"); Vgl. auch *Dijkman*, Journal of Intellectual Property Law & Practice 2019, 85, 86.

245 Siehe etwa *EuGH,* Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736), Rn. 24 f. – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get*.

246 Siehe etwa *Schunke*, ZUM 2020, 447, 448; *LG Hamburg* ZUM 2015, 699, 703; *LG München I* ZUM-RD 2009, 101, 112.

247 Explizit *EuGH,* Urt. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 42 – *Levola/Smilde*: „Im Unterschied zu beispielsweise einem […] musikalischen Werk, das eine präzise und objektive Ausdrucksform darstellt […]". Auch *Schack*, GRUR 2019, 75: „Die Gestalt muss nur mit den menschlichen Sinnen wahrnehmbar sein. Die Frage ist nur, mit welchen? Alle klassischen Werkarten in § 2 I UrhG und Art. 2 I RBÜ sind optische oder akustische Phänomene, die objektiv feststellbar und fixierbar sind. Das ist grundlegend anders bei den höchst subjektiven Geschmacks- und Geruchsempfindungen." Die Unterschiede der Subjektivität unterschiedlicher Sinneswahrnehmungen wird allerdings nicht weiter begründet.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch von der akustischen Hörfähigkeit und wahrnehmungspsychologischen Komponenten abhängt.[248] Auch solche musikalische Elemente, die sich vor allem durch kognitive Verarbeitung ergeben, wie etwa implizite Harmonien, können wohl subjektiv unterschiedlich wahrgenommen werden.[249]

Ebenso „subjektiv" in diesem Sinne erscheinen manche Kriterien des Schutzes schon von sich aus angelegt zu sein, wie es etwa im Falle der Ästhetik oder des musikalischen Allgemeingutes oben diskutiert wurde.[250] Objektivierung und Genauigkeit ist bei der Feststellung des Schutzes von musikalischen Werken in zweierlei Hinsicht relevant: Zum einen in Bezug auf die Kriterien der Schutzfähigkeit selbst, zum anderen hinsichtlich den für die Feststellung verwendeten Methoden.

I. Objektivität in den Methoden der Schutzgegenstandsfeststellung

Die hinreichend genaue und objektive Beschreibung von Musik bedarf regelmäßig des Schritts hin zur sprachlichen oder bildlichen Umschreibung.[251] Dort wird der Höreindruck, der sich nur kurz in der akustischen Wahrnehmung manifestiert, zeitlos einer Überprüfbarkeit und Kommunikation zugänglich gemacht. Um also die Kriterien am Schutzgegenstand verobjektiviert anknüpfen zu können und in der Urteilsbegründung schließlich begründet darstellen zu können, ist regelmäßig der Weg von einer akustisch-musikalischen Wahrnehmung hin zur sprachlichen, teils auch bildlich dargestellten Beschreibung des Hörbaren notwendig.

Im Falle der Musik ist aufgrund der spezifischen Materie, die schon die Beschreibbarkeit schwierig macht, der Einsatz von Personen mit einer besonderen Sachkunde üblich.[252] Dies findet teilweise auch ausdrücklich Niederschlag in der Beurteilung des BGH, der für die Feststellung von schöp-

248 *Schunke*, ZUM 2020, 447, 448.

249 Vgl. *Holleran/Jones/Butler*, Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition 1995, 737. Implizite Harmonien sind solche, die nicht durch simultane Zusammenklänge entstehen, sondern der sukzessiven Abfolge einer Tonfolge entnommen werden können.

250 Siehe insb. oben A.II. und III. Ästhetische Ausdruckskraft etwa in *BGH* GRUR 1981, 267, 269 – *Dirlada*; vgl. auch *BGH* GRUR 2015, 1189 – *Goldrapper*.

251 Zum Problem des Schreibens über Musik *Seidel,* in: *Zaminer* (Hrsg.), Geschichte der Musiktheorie, Bd. 1, Ideen zu einer Geschichte der Musiktheorie. Einleitung in das Gesamtwerk, 96.

252 *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 59.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ferischer Eigentümlichkeit „im Regelfall die Hilfe eines Sachverständigen" für „unerlässlich" hält.[253]

Die Bedeutung der besonderen Sachkunde in der urheberrechtlichen Beurteilung von Musikwerken ist also in Deutschland[254] aber auch international[255] nicht zu unterschätzen. Sie ist aber nicht völlig unumstritten. In der Kritik steht besonders die Möglichkeit der Einflussnahme solcher Sachverständiger durch eigene Werturteile.[256] Durch die offene Formulierung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeitskriterien kann der Sachverständige deutlichen Einfluss auf die Beurteilung von Schutzfähigkeitskriterien nehmen. Die abschließende Beurteilung, ob das Kriterium erfüllt ist oder nicht, hat zwar der Richter als Rechtsfrage zu beurteilen,[257] allerdings hängt die Grundlage dieser Entscheidung maßgeblich von Sachverständigengutachten ab, solange sie sich in vagen Konkretisierungen wie der Bestimmung musikalischen Allgemeinguts oder von Kompositionslehren verliert. Es wird auch angeführt, dass die subjektiven Wertungen einer bestimmten Bevölkerungsgruppe vor diesem Hintergrund eine normative Wirkung für den Werkbegriff haben.[258]

Die befürchtete Gefahr, dass gerade bei Kriterien, die wenig konkretisiert und von verschiedenen Musikexperten intuitiv unterschiedlich aufgefasst werden können, eine gewisse subjektive Wertung einfließen könnte ist allerdings in zweierlei Hinsicht zu relativieren: Zum einen wird die Entscheidung über das Schutzkriterium nicht dem Sachverständigen vollständig überlassen, da dieser weiterhin „nur" nachvollziehbar darzulegen hat, wo die gestalterischen Eigenheiten des Werkes liegen.[259] Die juristische Entscheidung des Richters darüber, ob die vom Sachverständigen gewählten Kriterien für die Erfüllung des Kriteriums entscheidend sind, stellt also eine Art

253 *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 64 – *Goldrapper*.

254 *Berger,* Die wandernde Melodie, 2000, 47 ff.; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 59; ferner: *Saul*, Überlegungen zum Immaterialgüterrecht für Werke der Musik mit Bezug auf deren schöpferisches Niveau und eine Abstufung des rechtlichen Schutzes, 98 ff.

255 Siehe etwa: *Mopas/Curran*, Canadian Journal of Law and Society 2016, 25; *Cadwell*, Santa Clara Law Review 2005, 137; *Bellido*, Social & Legal Studies 2016, 441; *Der Manuelian*, Fordham Law Review 1988, 127.

256 *Berger,* Die wandernde Melodie, 2000, 70 f. Zur parallelen US-amerikanischen Problematisierung: *Der Manuelian*, Fordham Law Review 1988, 127.

257 *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 5, 9 f.

258 *Saul*, Überlegungen zum Immaterialgüterrecht für Werke der Musik mit Bezug auf deren schöpferisches Niveau und eine Abstufung des rechtlichen Schutzes, 98, Fn. 422.

259 Vgl. *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 9 f.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kontrollinstanz dar – auch wenn es nicht Hauptzweck dieses Vorgehens sein mag.

Zum anderen bringt die Alternative noch mehr Nachteile mit sich, wenn die Beurteilung nur auf solchen Erkenntnissen beruht, die laienhaft oder nur basierend auf der Freizeitbeschäftigung mit Musik zustandekamen.[260] Dann wäre die Entscheidung gegenüber einer fachgerechten Anwendung musikanalytischer Methodik noch weniger objektiv. Die Methoden der Musikanalyse und dementsprechend auch – zumindest potentiell – der forensischen Musikwissenschaft sind gerade in neuerer Zeit vielfältig und beschränken sich nicht ausschließlich auf die klassische Musikanalyse anhand gängiger musiktheoretischer Konzepte.[261] Es haben auch neuere, insbesondere auch computergestützte Analysemethoden Eingang in die moderne Analysetechnik gefunden.[262] Das betrifft besonders die Untersuchung von Tonaufnahmen, aber auch die Untersuchung von musikalischen Verschriftlichungen.[263] Gerade das über lange Zeit entwickelte und wissenschaftlich fundiert etablierte methodische Vorgehen bei der Musikanalyse kann zur Vermeidung subjektiver Wertungen beitragen.[264]

Die Hinzuziehung musikalischer Sachverständiger kann also dazu beitragen, die Prüfung in der Praxis zu verobjektivieren. Gleichzeitig ist es aber notwendig, dass die Beurteilung des Sachverständigen schon auf Kriterien basiert, die möglichst objektiv nachvollziehbar und in der Zielsetzung einheitlich sind. Hierzu ist es bedeutsam, dass die Konkretisierung von Begriffen

260 Kritisch insofern gegenüber den hobbymäßigen Musikkenntnissen von Richtern als Sachkunde *OLG Zweibrücken* GRUR-RR 2016, 141, Rn. 37 – *Piano-Lehrbuch*.

261 Siehe *Frieler/Müllensiefen,* in: *Schrör u.a.* (Hrsg.), Tipping Points: Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts, 115, 129; Zum Computational Turn im Allgemeinen: *Berry*, Culture Machine 2011, 1–22. Vgl. auch *Burghardt*, Bibliothek – Forschung und Praxis 2018, 324.

262 Vgl. insbesondere zu *Optical Music Recognition* (OMR) und MIR in Verbindung mit neueren Methoden im Bereich „*Melodic Similarity*" *Burghardt*, Bibliothek – Forschung und Praxis 2018, 324.

263 Zur Klanganalyse etwa *Schneider,* in: *Rösing/Schneider/Pfleiderer* (Hrsg.), Musikwissenschaft und populäre Musik. Versuch einer Bestandsaufnahme, 107; zur Untersuchung musikalischer Verschriftlichungen *Burghardt*, Bibliothek – Forschung und Praxis 2018, 324.

264 *Peifer*, LMK 2016, 376107: „Das Sachverständigengutachten bewahrt den Richter aber auch vor dem begreiflichen Zaudern bei der Feststellung der Schöpfungshöhe. Bei ihr droht immer die Gefahr, dass Juristen dilettieren und letztlich eine unzulässige Geschmackseinschätzung treffen." Dort wird aber ebenso auf die höheren Prozesskosten durch ein solches Vorgehen hingewiesen.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wie der schöpferischen Eigentümlichkeit oder Originalität nicht vom Sachverständigen, sondern bereits aus juristischer Perspektive vorbestimmt wird.

2. Objektivität der juristischen Kriterien

Bereits im Rahmen der Originalität wurde für einige Kriterien hinterfragt, ob sie der Voraussetzung der Objektivierbarkeit entsprechen.[265] Objektivität und Genauigkeit folgen nicht nur aus einem unionsrechtlich explizit genannten Kriterium, sondern leiten sich schon logisch daraus ab, dass juristische Kriterien rechtssichere Ergebnisse liefern sollten. So soll es gerade nicht dem Geschmack des diensthabenden Richters überlassen werden, ob ein Werk Schutz erfährt und ob ein anderes Werk nun als dessen Bearbeitung erscheint. Die Kriterien haben also eine ästhetische Neutralität bzw. Objektivität zu berücksichtigen.[266]

Hinsichtlich der Frage, inwiefern Ästhetik *per se* eine Rolle in der Beurteilung des Schutzes bilden sollte, wurde die Bedeutung der Neutralität bereits oben erörtert (s. o. A.II.2.c.bb.). Im Hinblick auf den eher von subjektiv unterschiedlichen Wertungen durchzogenen Ästhetikbegriff einer Schönheitsempfindung, entspricht die Ästhetik nicht dem Gebot der Objektivierbarkeit. Versteht man Ästhetik hingegen allgemeiner im Sinne der Wahrnehmung, spielt der subjektive Geschmack eine unterggeordnete Rolle. Jedenfalls ist das dann der Fall, wenn die ästhetischen Eindrücke (im weiten Sinne) so verallgemeinerungsfähig beschrieben werden können, dass sie für unterschiedliche Behörden, Gerichte oder Wirtschaftsteilnehmer nachvollziehbar sind.

Teils wird in ähnlicher Weise postuliert, das Urheberrecht müsse die „künstlerische Qualität" eines Werkes außer Acht lassen.[267] Hier bleibt allerdings eine ähnliche Interpretationsmöglichkeit offen wie im Falle der Ästhetik. Denn misst man „künstlerische Qualität" lediglich an der geschmacklichen Entscheidung, ob ein Werk „gut" oder „gefällig" sei, hat diese künstlerische Qualität angesichts einer objektiven Kriterienfindung keine Berechtigung.[268]

265 Siehe insb. A.II.2.c.bb sowie III.1. und 3.
266 Vgl. im Rahmen der Schutzfähigkeit: *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 5. Allerdings ist das nicht mit völliger Wertungsfreiheit zu verwechseln, was urheberrechtlich notwendige Wertungskriterien (etwa die Originalität) angeht, siehe ähnlich *Hilty,* Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn 165.
267 *Wild*, sic! 2004, 61.
268 Vgl. ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Teilweise wird aber verkannt, dass künstlerische Qualität auch an der Frage von kreativer Leistung und Originalität gemessen wird.[269] Versteht man Originalität, Neuheit oder Kreativität als künstlerische Leistung oder Wertung im Recht, dann wertet das Urheberrecht durchaus, aber in einer akzeptierten oder gar gewünschten Art und Weise. Eine solche Bestimmung der Qualität oder Wertung ist gerade notwendig, um der urheberrechtlichen Zielbestimmung gerecht zu werden, Kreativität oder Originalität überhaupt schutzrechtlich zu privilegieren. Wichtig ist für Schutzfähigkeitskriterien deshalb nicht, dass sie nicht „werten", sondern dass sie nur solche Wertungen zulassen, die den erstrebten Interessenausgleich leisten können und in ihrer Wertung ein nachvollziehbares Ergebnis anstreben.[270] Die pauschale Hervorhebung einer Irrelevanz von Ästhetik, künstlerischer Qualität oder Wertung ist angesichts eines breiten Begriffsspektrums hierzu nur bedingt zielführend.

Von größerer Bedeutung ist es aus diesen Gründen, auch die im rechtlichen Kontext noch für subjektiv stark divergierende Entscheidungen offenen Kriterien konkretisiert zu bestimmen. Nur so kann sichergestellt werden, dass schließlich keine vor allem durch subjektive Wahrnehmung geprägten Aspekte entscheidungsrelevant werden.[271] Aus dem Objektivitätsgebot folgt daher gleichermaßen, dass sich die Rechtsprechung nicht damit begnügen kann, unkonkretisierte Schutzfähigkeitskriterien zur Feststellung an musikalische Sachverständige weiterzugeben, aber auch, dass Konkretisierungen der Kriterien, sofern sie vom Gericht getroffen werden, keine subjektiven Wertungen zulassen.[272]

IV. Zusammenfassung

Die inzwischen in ständiger Rechtsprechung des EuGH statuierte Bedingung des Werkbegriffs, dass der Schutzgegenstand mit Genauigkeit und Objektivität erfasst werden kann, spielt auch in der Musik eine Rolle. Die

269 Originalität als ästhetische Kategorie behandelt etwa *Kawohl,* in: *Schwab-Felisch/Thorau/Polth* (Hrsg.), Individualität in der Musik, 295.

270 Siehe *Hilty,* Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 165.

271 Eine solche subjektive Schutzkategorie könnte es etwa sein, wenn die Schutzfähigkeit von *feel* oder *groove* eines Musikstückes befürwortet wird, wie es insbesondere der medial bekannt gewordenen US-amerikanischen Entscheidung Williams v. Gaye, 885 F.3d 1150 (9th Cir. 2018) vorgeworfen wird, vgl. etwa *Lattanza*, Touro Law Review 2019, 723.

272 Siehe insofern den bereits oben unter diesem Aspekt kritisch untersuchten musikalischen Formenschatz A.III.3.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorgaben von Genauigkeit und Objektivität führen dort zwar nicht zu einem umfassenden Zweifel an einer gesamten Kategorie von Schutzgegenständen, wie etwa im Falle von Lebensmitteln. Sie sollten aber punktuell zur Vorsicht mahnen, wie im Bereich von Wahrnehmungsunterschieden ästhetischer Wirkungen. Das wirkt sich zum einen auf die Methoden der Schutzgegenstandsfeststellung aus. Dort kann die Beteiligung von Expertenmeinungen zu einer Verschriftlichung und dementsprechend auch gewissen Verobjektivierung des Schutzgegenstands beitragen. Zum anderen zeigt es aber auch eine Zielbestimmung für die vor allem richterrechtlich herauszuarbeitenden Kriterien der Schutzfähigkeit auf. So müssen die Konkretisierungen der Originalität etwa möglichst frei von subjektiven Wertungsmöglichkeiten gehalten werden, die nur den persönlichen Geschmack betreffen. Gewisse Wertungen sind hingegen dann notwendiger Bestandteil des Urheberrechts, sofern die dahinterstehende Wertungsgrundlage den Zielen des Urheberrechts entspricht.

C. Freiheit der Idee und des Inhalts

Dem Ziel des Originalitätskriteriums ähnelnd, soll mit der Freiheit der Idee und der Freiheit des Inhalts das urheberrechtlich Schutzlose vom Schutzwürdigen geschieden werden. Die beiden Konzepte lassen sich im Gegensatz zu den obigen Kriterien unter A.III. aber nicht in Abgrenzung zur Originalität erklären. Vielmehr sind Idee und Inhalt Gegenbegriffe zu Form oder Ausdrucksform. Damit können sie entweder als Ergänzung oder als Alternative zur Orientierung an der Originalität verstanden werden.[273]

Die rechtliche Unterscheidung von Ideen und Ausdrucksformen in der Musik ist gerade in der englischsprachigen Literatur stärker verbreitet und wird dort auch für Funktionen der Schutzfähigkeitsabgrenzung herangezo-

273 Während *Ulmer* noch die Dichotomie von Form und Inhalt als Alternative diskutiert (*Ulmer,* Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 122) geht in neuerer Literatur die Tendenz eher dazu, sie als ergänzendes oder zumindest gleichzeitig bestehendes Konzept zu verstehen (*Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 115 ff.; *Kopp,* Freiheit der Idee, 2014, 179 ff.). Letzteres erscheint auch in Verbindung mit der Bedeutung im europäischen und internationalen Kontext geboten (näher hierzu unter C.II.2.). Indessen bestehen freilich Querverbindungen zur Individualität, *Kopp,* Freiheit der Idee, 2014, 259 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen.[274] In der deutschen Literatur spielt die Form-Inhalt-Dichotomie oder die Dichotomie von Idee und Ausdrucksform in der Praxis musikurheberrechtlicher Argumentationen bislang eine untergeordnete Rolle. Wird sich mit den Begriffen detaillierter auseinandergesetzt, bleibt die Anwendung auf Musikwerke oft eine Randbemerkung.[275] Das mag auch an der schwierigen Frage liegen, worin überhaupt eine Idee oder ein Inhalt der Musik bestehen könnte.[276]

Doch nicht erst in Anwendung auf Musik, sondern schon im Allgemeinen begegnet die Begriffsbestimmung der Idee und des Inhalts großen gegenwärtigen Problemen. Trotz einer längeren Tradition der Dichotomien ist es bislang kaum gelungen, die Begriffe von Form, Ausdrucksform, Inhalt und Idee klar zu definieren und somit allgemein akzeptierte begriffliche Grenzen auszumachen.[277] Zumindest eine grobe Vorstellung des juristischen Bedeutungsgehalts von Idee oder Inhalt ist aber notwendig, um überhaupt die Frage stellen zu können, ob die Musik diese Auftrennung zulässt. Teilweise wird versucht, die Dichotomien anhand von Beispielen zu verdeutlichen,[278] teilweise wird auf weitere Formeln verwiesen, die ebenso auslegungsbedürftig sind wie die Dichotomien selbst,[279] teilweise wird sogar jeglicher Definitionsversuch abgelehnt und als Grundlage für eine Interessenabwägung verstanden.[280]

---

274 Vgl. etwa *Rahmatian,* in: *Rahmatian* (Hrsg.), Concepts of Music and Copyright. How Music Perceives Itself and How Copyright Perceives Music, 78, 111 ff.; *Grinvalsky*, California Western Law Review 1992, 395. Dagegen aber für das US-amerikanische Rechtssystem im Rechtsvergleich *Liebscher,* Schutz der Melodie, 2007, 127.

275 *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 29 ff., 95 ff.; *Kopp,* Freiheit der Idee, 2014, 6, 11 ff.; *Handle,* Schutz der Idee, 2013, 17.

276 Zu dieser Schwierigkeit im Gegensatz zur Ideenfeststellung in der Literatur schon *Rahmatian,* in: *Rahmatian* (Hrsg.), Concepts of Music and Copyright. How Music Perceives Itself and How Copyright Perceives Music, 78, 111.

277 Zur Abgrenzung von Form und Inhalt etwa: *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 2 Rn 76: „Abgrenzungsschwierigkeiten und Überschneidungen sind freilich die Regel, eine brauchbare Grenzziehung ist – soweit sie überhaupt möglich ist – bislang nicht gelungen."

278 Siehe *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 37 f.

279 Vgl. *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 34 f.; siehe ferner C.I.

280 Für die Interessenabwägung bei Form und Inhalt: *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 19, 242; für eine Interessenabwägung im Bereich der Ideenfreiheit: *Kopp,* Freiheit der Idee, 2014, 179 ff.: *Kopp* versteht indes zwar die Bestimmung des Ideenbegriffs als „eigentliche Problematik" (137), erklärt aber gleichzeitig Inhalt und Idee für nicht definierbar (138); ebenfalls zu einer Interessenabwägungsfunktion *Haberstumpf*, UFITA 2020, 36, 90 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dabei wird häufig die Idee als Teil des Inhalts[281] oder der Inhalt als eine Spielart der Idee angesehen.[282] Eine klare Begriffsgrundlage hat sich nicht gebildet. Die folgenden Ausführungen haben daher nicht zum Ziel, den bisherigen Definitionsversuchen einen weiteren hinzuzufügen. Es soll vielmehr mit den bisherigen Definitionsversuchen und Abgrenzungen das Konzept hinter der dichotomen Betrachtung von Form und Inhalt sowie von Ausdrucksform und Idee ergründet und sodann auf Basis dieses Konzepts die Bedeutung und Sinnhaftigkeit für die Abgrenzung von Schutzfähigem in der Musik überprüft werden.

Hierzu muss sich zunächst dem rechtlichen Verständnis von Form, Ausdrucksform, Inhalt und Idee gewidmet werden, das in drei Dimensionen zutage tritt: Zum einen betrifft das den groben begrifflichen Rahmen, der sich Inhalt und Idee entnehmen lässt, zum zweiten wird die Bedeutung in Gesetzen und Rechtsprechung untersucht, zum dritten soll ein Blick auf die historische Genese und die größtenteils aus der historischen Entwicklung abgeleitete Begründung geworfen werden. Schließlich werden die Anwendungsmöglichkeiten in Bezug auf die Musik diskutiert und damit die hier entscheidende Frage gestellt: Ergibt das Konzept der Ideen- und Inhaltsfreiheit für die urheberrechtliche Beurteilung von Musik überhaupt Sinn?

I. Begriffliche Reflexionen

Wie bereits oben beschrieben gibt es keine vorherrschende, werkübergreifend klare oder gar gesetzlich vorgegebene Definition zu den Begriffen Idee oder Inhalt.[283] Deshalb ist auch deren Verhältnis zueinander kaum geklärt. Der Diskurs um die Begriffe schwankt zwischen synonymer Verwendung, rein formeller Unterscheidung und dem Vorwurf der Oberflächlichkeit bei fehlender Differenzierung.

1. Inhalt

Betrachtet man die meisten Schriftwerke, erscheint es intuitiv klar zu sein, worin der Inhalt des Romans oder des Zeitungsartikels besteht. Das reine

281 So etwa *Stamer,* Schutz der Idee, 2007, 54.
282 Vgl. *BGH* GRUR 2011, 134, Rn. 36 – *Perlentaucher*.
283 *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 35; *Stamer,* Schutz der Idee, 2007, 36; *Kopp,* Freiheit der Idee, 2014, 38 f.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Textbild ist nur Form, doch die Romangeschichte oder die Information des Zeitungsartikels ist der Inhalt. Dementsprechend könnte die Form auch als „Art und Weise einer Mitteilung", der Inhalt hingegen als „das Mitgeteilte" verstanden werden.[284] Als Definition würde sich das aber erst dort bewähren, wo auch die Inhalt-Form-Abgrenzung für sich genommen unklar ist: beispielsweise im Falle eines Kunstwerkes oder eben eines Musikstückes. Dort erscheint eine Unterscheidung von Mitteilung und Mitgeteiltem nur wenig klarer als es die Unterscheidung von Form und Inhalt schon aus sich heraus ist.

Eine andere häufig vorzufindende Erklärung geht dahin, den Inhalt als das zu definieren, „was gleichbleibt, wenn sich das äußere Erscheinungsbild ändert".[285] Auch der Inhalt ist aber offensichtlich veränderlich:[286] Schreibt man etwa einen Roman so um, dass sich auch die Handlung ändert, bleibt der Inhalt gerade nicht gleich. Regelmäßig werden sich auch bei der Verwendung von Synonymen nuancierte Unterschiede ergeben. Wird der Text, das äußere Erscheinungsbild eines Romans, also verändert, kann sich durchaus auch der Inhalt ändern. Für den hier genannten Erklärungsversuch dazu, worin der Inhalt bestehe, muss daher schon im Vorhinein klar sein, was „das äußere Erscheinungsbild" im konkreten Fall ist. Nur so kann das „was gleichbleibt", also der Inhalt, davon abgegrenzt werden. Das Gedankenexperiment setzt also schon die eigentliche Unterscheidung voraus, die es beschreiben möchte. Der Erklärungsversuch geht mithin ebenfalls fehl, wenn er als Definition verstanden werden wollte.

Durch die abstrakten Näherungsversuche ist also wenig gewonnen, wenn es um die Eingrenzung des Inhaltsbegriffs im konkreten Anwendungsfall geht. Sie bleiben genauso konkretisierungsbedürftig wie die Dichotomiebegriffe selbst. Trotzdem besteht bei gewissen Elementen Einigkeit darüber, dass sie – auch nach den eben genannten Näherungsversuchen – als Inhalt

284 So etwa *de Boor,* Urheberrecht und Verlagsrecht, 1917, 73. Siehe ferner kritisch *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 34, die diese Definition die „gängigste" nennt.

285 Siehe kritisch *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 34, wobei die dort zitierten Quellen bei *Hubmann*, UFITA 24/1957, 1, 4 und *Kummer,* Das urheberrechtlich schützbare Werk, 1968, 8 f. diese Erklärung kaum definitorisch heranziehen.

286 Siehe *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 34, die sogar noch weitergeht und in jeder Änderung der Form eine notwendige Änderung des Inhalts sieht: „Es beginnt damit, daß man in Begriffen und Bildern denkt, so daß Inhalte schon in den Gedanken eine Form angenommen haben. Die Inhalte beeinflussen die Formgebung und die Formgebung die Inhalte. Wird die Form ausgetauscht, ändert sich damit auch der Inhalt."

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gelten. So zählt die Fabel, also etwa das Geschehen, die Geschichte eines Romans, jedenfalls zum Inhalt eines Werkes.[287] Auch Figuren einer Erzählung – etwa Romanfiguren – werden weithin zum Inhalt gezählt.[288] Ebenso verhält es sich mit der Handlung eines Bühnenwerkes.[289] Ferner besteht weitgehend Einigkeit, dass wissenschaftliche Theorien, die in einem wissenschaftlichen Aufsatz festgehalten wurden, zum Inhalt eines solchen Aufsatzes zählen.[290]

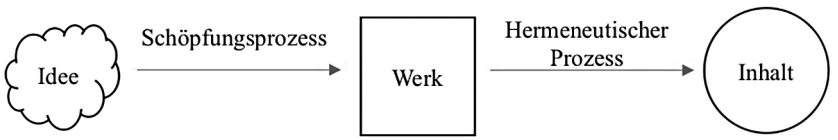
Zumindest ist all diesen Fällen und Definitionsversuchen gemeinsam, dass ein Interpretationsprozess und oft auch ein Abstraktionsprozess vorgeschaltet ist, durch den der Inhalt „verstanden" oder in sonstiger Weise geistig verarbeitet wird. Der Inhalt wird seinem Wortsinn entsprechend von der Form „beinhaltet" und ergibt sich nicht unmittelbar aus dem, was durch die Sinne wahrgenommen wird, sondern erst durch den kognitiven oder emotionalen Prozess, der durch die Wahrnehmung ausgelöst wird. Teilweise kann diese Hermeneutik eher oberflächlich, also auf das reine Sprachverständnis, ausgelegt sein, wie im Falle eines einfachen journalistischen Textes. Sie kann auch einen komplexeren Vorgang erfordern wie bei der Interpretation eines Bühnenwerkes oder eines Textes der klassischen Literatur. In allen Fällen besteht aber regelmäßig eine semantische Ebene oder zumindest eine Abstraktionsebene. Der Inhalt ist also das, was mit den Buchstaben oder Wörtern, mit den Pinselstrichen und – auf die Musik gewandt – mit den Tönen oder Geräuschen semantisch verknüpft wird.

2. Idee

Anders ist die Idee intuitiv zu verstehen. Denn während der Inhalt stets ein nachgeschalteter hermeneutischer Prozess ist, scheinen Ideen eher die Vorstufe zum Werk und entsprechend auch die „Vorstufe zu Inhalt und Form" zu sein.[291] So ist es etwa möglich, die Idee *zu* einem bestimmten Werk zu haben. Der Begriff der Idee beschreibt nach dieser Vorstellung einen Zustand, der zeitlich noch vor dem Schöpfungsprozess liegt. Idee, Form und Inhalt stehen damit in der folgenden Relation zueinander:

287 *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 2 Rn. 78. Davon unabhängig ist natürlich die Frage, ob diese dann auch Schutz erfahren kann.
288 *Götting*, LMK 2014, 361723.
289 *BGH* GRUR 1959, 379 – *Gasparone*.
290 *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 31.
291 *Kopp,* Freiheit der Idee, 2014, 139; vgl. in ähnlicher Weise auch *Handle,* Schutz der Idee, 2013, 59.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY



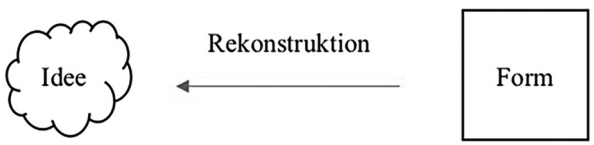
(Abbildung 1)

Die Idee verfestigt sich also durch den Schöpfungsprozess, etwa das musikalische Schaffen, zur Form. Dieser Form kann dann ein Inhalt vom Betrachter oder Hörer entnommen werden.

Mit der Freiheit der Idee wird nach diesem oberflächlichen Wortsinn augenscheinlich auf einen Moment abgehoben, der schon gar nicht der Wahrnehmung zugänglich ist.

Hierfür einen Bedarf der urheberrechtlichen Freistellung zu sehen, erweist sich eigentlich schon bei praktischer Betrachtung als Fehlschluss, denn wenn der fragliche Schutzgegenstand schon nicht wahrgenommen werden kann, bedarf es keines urheberrechtlichen Grundsatzes, um die Idee freizustellen.[292] Hätte man etwa einen genialen Einfall zu einer Symphonie, schreibt diese aber nicht auf und äußert sie nicht in sonstiger Weise gegenüber anderen, dann ist die „Vorstufe" oder „bloße Idee" nicht wahrnehmbar und deshalb urheberrechtlich irrelevant.

Soll dem Grundsatz der Ideenfreiheit somit überhaupt ein sinnvoller Zweck zukommen, ist zu berücksichtigen, dass sich die Idee im Werk selbst niederschlagen muss.[293] Die Idee ergibt sich dann zumindest als Rekonstruktion aus dem Werk in seiner abschließenden Form:



(Abbildung 2)

292 Dazu aber auch schon *Kopp,* Freiheit der Idee, 2014, 31.

293 Vgl. *Haberstumpf*, UFITA 2020, 36, 85, der die Idee insofern auch als dem Einzelwerk entnehmbare Abstraktion versteht.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In diesem Sinne ist die Idee eher der dahinterstehende, jedenfalls aber dem Werk selbst immanente Gedanke eines Werkes.[294] Da die Rekonstruktion der Idee eines Werkes regelmäßig nur kognitiv-hermeneutisch festgestellt werden kann, entspringt die juristisch relevante Idee damit letztlich derselben Sphäre wie der Inhalt. Sie wird in diesem Sinne zumeist als eine besonders abstrakte Art des Inhalts zu verstehen sein, die mit der vermuteten Intention des Urhebers eines Werks im Einklang steht.[295]

Insofern könnte die Idee auch als ein Bestandteil von Inhalten betrachtet werden.[296] Beispielsweise könnte etwa die einzelne Idee zu einem Werk darin bestehen, dass eine literarische „Figur ein Kobold ist", während aber der Gesamtzusammenhang der Pumuckl-Geschichte den Inhalt bezeichnet.[297] In anderen Fällen kann aber die Idee in vielerlei Hinsicht als synonymer Begriff zum Inhalt Verwendung finden.[298]

3. Zwischenfazit

Während scharfe Definitionen und klare Begriffsbestimmungen also ein Desiderat bleiben, kann zumindest aus dem begrifflichen Rahmen und dem bisherigen juristischen Diskurs geschlossen werden, dass Ideen und Inhalte in ihrer juristischen Bedeutung insofern eng verwandt sind, als dass sich beiden durch eine gewisse Hermeneutik oder durch Abstraktion angenähert werden kann. Die Unterschiede – sofern überhaupt welche bestehen – sind aber vom juristischen begrifflichen Ausgangspunkt eher auf gradueller oder quantitativer Ebene zu suchen.

---

294 Vgl. *Handle,* Schutz der Idee, 2013, 109; *Haberstumpf*, UFITA 2020, 36, 85; für den Begriff im Kontext des US-Rechts besonders anschaulich in diesem Verständnis: Nichols v. Universal Pictures Corporation et al., 45 F.2d 119 (2nd Cir. 1930), 121 f.

295 In diesem Sinne wohl *Handle,* Schutz der Idee, 2013, 110.

296 *Kitz*, GRUR-RR 2007, 217, 218: Inhalt als „Ansammlung von Ideen".

297 Dieses Beispiel zieht etwa auch *Kitz*, GRUR-RR 2007, 217, 218 in seiner Anmerkung zu LG München I, GRUR-RR 2007, 226 – *Eine Freundin für Pumuckl* heran.
Versteht man den Ideenbegriff so, ist allerdings zumindest bei gleichzeitigem Originalitätserfordernis nicht schlüssig, dass es eines Grundsatzes der Ideenfreiheit bedarf. Denn wenn es letztlich auf die Kombination der Einzelideen ankommt, ist gerade nicht die Ideenfreiheit entscheidend, sondern die Individualität oder die Komplexität der Ideenzusammensetzung.

298 Dass eine Gleichsetzung der Begriffe von manchen pauschal als „oberflächlich" abgetan wird, während gleichzeitig die Undefinierbarkeit von genauen Unterschieden erklärt wird, ist daher nicht überzeugend, vgl. insofern aber *Kopp,* Freiheit der Idee, 2014, 137–139; ferner *Henkenborg,* Schutz von Spielen, 1995, 103.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Inhalt und Idee in Rechtsprechung, Gesetzen und Gesetzesmaterialien

Auch wenn nicht selten eine Bedeutung des Inhalts und der Idee als nicht explizite sondern „immanente" Schranke im Urheberrecht betont oder die Rolle der Dichotomien als „ungeschriebene" Prinzipien der Schutzfähigkeit hervorgehoben wird,[299] gibt es zumindest auf Ebene der Rechtsprechung aber auch auf Ebene von Gesetzen und deren Materialien inzwischen mehrere explizite Auseinandersetzungen mit der Bedeutung von Idee und Inhalt für das Urheberrecht. Zum einen betrifft das deutsche urheberrechtliche Normen und deren Auslegung, zum anderen wird gerade in den letzten Jahren immer wieder auf internationaler Ebene auf den Ideenbegriff zurückgegriffen, insbesondere in völkerrechtlichen Verträgen und auch im unionsrechtlichen Kontext.

1. Nationale Ebene

Im Hinblick auf Gesetzgebungsmaterialien zum Urheberrechtsgesetz sticht zur Dichotomie von Form und Inhalt besonders die Begründung der Bundesregierung zum Gesetzesentwurf aus dem Jahre 1962 hervor. Sie kann natürlich nicht als Primärquelle des gesetzgeberischen Willens mit Bindungswirkung für die Judikative gelten.[300] Dennoch gibt die Begründung zumindest Aufschluss über die Intention der Bundesregierung bei Entstehung des UrhG und ist insoweit auch für die Interpretation der *lex lata* nicht bedeutungslos.

Besonders schwer wiegt es, wenn die Bewertung der Schutzfähigkeit hinsichtlich Form und Inhalt derart unmissverständlich formuliert wurde wie in der Begründung zu § 2 des Gesetzesentwurfes von 1962:

> „In *Absatz* 2 [gemeint ist § 2 Abs. 2 des Entwurfs; entspricht im Wortlaut § 2 Abs. 2 UrhG] bringt der Entwurf zum Ausdruck, daß unter ‚Werken' im Sinne des Gesetzes nur persönliche geistige Schöpfungen zu verstehen sind. […] Als ‚persönliche geistige Schöpfungen' sind Erzeugnisse anzuse-

299 Für Ersteres: *Götting*, LMK 2014, 361723; allgemein, aber differenzierend zur Ungeschriebenheit der Grundsätze: *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 32 f.; *Kopp,* Freiheit der Idee, 2014, 137.

300 Vgl. allgemein zur Schwierigkeit aus Gesetzesmaterialien einen gesetzgeberischen Willen abzuleiten: *Baldus,* in: *Baldus/Theisen/Vogel* (Hrsg.), „Gesetzgeber" und Rechtsanwendung. Entstehung und Auslegungsfähigkeit von Normen, 5, 26. Siehe auch *Schneider,* in: *Baldus/Theisen/Vogel* (Hrsg.), „Gesetzgeber" und Rechtsanwendung, 111.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> hen, die durch ihren Inhalt oder durch ihre Form oder durch die Verbindung von Inhalt und Form etwas Neues und Eigentümliches darstellen."[301]

Im Fokus steht das Merkmal der Neuheit oder Eigentümlichkeit. Letzteres entspricht den bereits erwähnten Kriterien der Individualität oder Originalität.[302]

Die Entwurfsbegründung zeigt aber auch in seltener Klarheit die Optionen auf, woran die entscheidenden Kriterien von Neuheit und Eigentümlichkeit festgemacht werden können: Nämlich nicht nur an der Form, sondern umfassend an Inhalt, Form oder einer Verbindung von Inhalt und Form. Auch der Inhalt kann also für sich genommen hiernach schutzfähig sein.

Die Freiheit des Inhalts bereits im Werkbegriff angelegt zu sehen, widerspräche somit der mutmaßlichen Intention, die 1962 hinter dem Entwurf des § 2 Abs. 2 UrhG stand.

Umso erstaunlicher ist es daher, dass der Ansatz von Form und Inhalt in der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung ambivalent verfolgt wird. Vor allem in älterer Rechtsprechung wurde der Werkbegriff noch im Einklang zur obigen gesetzlichen Begründung ausgelegt. Eine grundlegende Unterscheidung einer geschützten Form und eines ungeschützten Inhalts wurde sogar bereits in Entscheidungen des Reichsgesichts abgelehnt.[303]

Der BGH setzte diese Ablehnung dem Grunde nach fort. Das wurde zunächst im sogenannten *Gasparone*-Urteil sichtbar.[304] Denn bei „einem Bühnenwerk [sei] […] nicht nur die konkrete Textfassung oder die unmittelbare Formgebung eines Gedankens gegen Entlehnungen geschützt".[305] Während die „bloße Idee als allgemeine Anregung" nach einer vom BGH so bezeichneten „herrschenden Ansicht" nicht schutzfähig sei, könne die Idee dann Schutz erlangen, wenn sie in den Handlungsablauf eingefügt wird.[306] Der BGH verlagert den Blick von Form-Inhalt-Überlegungen auf die nach ihm entscheidende „eigenpersönliche Prägung" bzw. die „eigentümliche Wirkung".

Die im *Gasparone*-Urteil manifestierte Ablehnung einer Unterscheidung von Form und Inhalt setzte sich auch nach der Verabschiedung des UrhG,

---

301 Begründung RegE, BT-Drs. IV/270, 38.
302 Vgl. unter A.
303 *RG* RGZ 121, 65, 70 f.; siehe im Übrigen auch *KG* GRUR 1926, 441 – *Alt-Heidelberg/Jung-Heidelberg*.
304 *BGH* GRUR 1959, 379 – *Gasparone*.
305 *BGH* GRUR 1959, 379, 381 – *Gasparone*.
306 Ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

also nach 1965, in der Rechtsprechung des BGH zunächst durch. So wurde etwa im vielbeachteten Urteil zu „Laras Tochter" darauf Bezug genommen.[307]

Eine andere Note haben dagegen die Ausführungen des BGH im sogenannten *Perlentaucher*-Urteil. War die Klassifizierung als Inhalt oder Idee im *Gasparone*-Urteil noch unbedeutend für die Festsstellung der Schutzfähigkeit, wird hier im *Perlentaucher*-Urteil ein Freihaltebedürfnis für den „gedankliche[n] Inhalt eines Schriftwerkes" benannt.[308] Konzeptionell scheint dabei Inhalt und Idee vom BGH weitgehend synonym gebraucht zu werden:

> „Soweit die schöpferische Kraft eines Schriftwerkes dagegen allein im innovativen Charakter seines Inhalts liegt, kommt ein Urheberrechtsschutz nicht in Betracht (BGH, Urteil vom 11. April 2002, GRUR 2002, 958, 959 = WRP 2002, 1177 - Technische Lieferbedingungen). Der gedankliche Inhalt eines Schriftwerkes muss einer freien geistigen Auseinandersetzung zugänglich sein (Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl., § 2 UrhG Rn. 59 und 84). Die einem Schriftwerk zugrunde liegende Idee ist daher urheberrechtlich grundsätzlich nicht geschützt (Schricker/Loewenheim aaO § 24 UrhG Rn. 19; Schulze in Dreier/Schulze, UrhG, 3. Aufl., § 24 Rn. 22, jeweils mwN)."[309]

Ein innovativer Charakter des Inhalts oder der Idee ist diesen Ausführungen zufolge also nicht geschützt – und zwar unabhängig davon, ob der Inhalt schöpferisch ist oder nicht („schöpferische Kraft").[310] Die deutliche Konzentration auf die „einem Schriftwerk zugrunde liegende Idee" und den „gedanklichen Inhalt" spricht aber zumindest dafür, dass seitens des BGH keine klare Position dazu herrscht, das Prinzip der Ideenfreiheit und Inhaltsfreiheit auch auf andere Werkkategorien auszudehnen.

Auffällig ist aber dennoch ein dogmatisch kaum erklärbarer Widerspruch zu der oben wiedergegebenen Entwurfsbegründung von § 2 UrhG. Es zeichnet sich damit ein uneinheitliches Bild, was die Rechtsprechung des BGH angeht. Einerseits wurde ein umfassender Grundsatz der Ideen- bzw. Inhaltsfreiheit zunächst abgelehnt. Im *Perlentaucher*-Urteil wird aber durchaus mit der Freiheit von Idee bzw. Inhalt argumentiert. Zumindest bei Sachtexten befürwortet der BGH damit wohl eine Ideenfreiheit als Schutzfähigkeitsprinzip und spricht sich dabei auch für dieses Prinzip im gesamten Bereich

307 *BGH* GRUR 1999, 984 – *Laras Tochter*.
308 *BGH* GRUR 2011, 134, Rn. 36 – *Perlentaucher*.
309 Ebd.
310 Ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Schriftwerke aus. In anderen Fällen hingegen scheint das Prinzip – *Gasparone* folgend – gar nicht zu gelten.

2. Internationale und unionsrechtliche Ebene

Die Freiheit der Idee wurde auch in internationale Verträge aufgenommen: etwa in das TRIPS-Abkommen oder den WIPO-Urheberrechtsvertrag.[311] Die Hintergründe für eine Zustimmung der beteiligten Länder können natürlich vielfältig sein und kaum auf einen einzelnen Ursprung zurückgeführt werden. Die Nähe der Formulierung in den internationalen Verträgen zur Formulierung der *idea-expression-dichotomy* in der anglo-amerikanischen Rechtstradition deutet jedoch auf eine Verwandtschaft hin.[312]

In europäischen Richtlinien ist eine Unterscheidung von *idea* und *expression* mit Ausnahme von Art. 1 Abs. 2 Computerprogramm-Richtlinie nicht kodifiziert. In dieser Computerprogramm-Richtlinie von 2009 ist jedoch eine Regelung zu finden, die wiederum den Regelungen im TRIPS-Abkommen sowie der des WIPO-Urheberrechtsvertrages sehr ähnelt.[313]

Für andere Werkgattungen besteht keine vergleichbare Norm in EU-Richtlinien. Einerseits könnte man nun schlussfolgern, dass die Ideenfreiheit, da sie eben nur in diesem Spezialfall normiert ist, gerade nicht in den übrigen Fällen gelten soll. Aus den Erwägungsgründen ergibt sich aber, dass auf unionsrechtlicher Ebene die Schutzlosigkeit der Idee als „Urheberrechtsgrundsatz" verstanden wurde.[314]

---

311 Art. 9 Abs. 2 TRIPS-Abkommen: „*Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.*"
Art. 2 WCT: „*Copyright protection extends to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.*"

312 *Kopp,* Freiheit der Idee, 2014, 55. Vgl. die Sprachfassung des 17 U.S. Code § 102(b): „*In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.*"

313 Zum Vergleich mit den obigen Normen die englische Sprachfassung von Art. 1 Abs. 2 Computerprogramm-Richtlinie: „*Protection in accordance with this Directive shall apply to the expression in any form of a computer program. Ideas and principles which underlie any element of a computer program, including those which underlie its interfaces, are not protected by copyright under this Directive.*" Dafür, dass dies dem US-amerikanischen Recht nachempfunden wurde: *Spindler*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 69a Rn. 8.

314 ErwG 11 und Art. 1 Abs. 2 Computerprogramm-Richtlinie; vgl. auch ErwG 14 der Vorgängerrichtlinie RL 91/250/EWG.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dass die Dichotomie von Idee und Ausdrucksform auch ohne die Computerprogramm-Richtlinie ihren Weg über das Völkerrecht in den Werkbegriff des EuGH fand, wurde bereits in der oben genannten *Levola*-Entscheidung ansatzweise erkennbar.[315] Auch wenn der EuGH bereits dort deutlich machte, dass die Regelung den unionsrechtlichen Werkbegriff beeinflusst, entsprach die Fokussierung auf die Objektivierung noch einer eher zurückhaltenden Auslegungsvariante der Dichotomie. Der EuGH rückte mit der Ableitung des Objektivitätskriteriums die Idee-Ausdrucksform-Dichotomie dort noch in die Nähe des Erfordernisses der Wahrnehmbarkeit eines Werkes.[316] Dabei wirkte die Dichotomie in der *Levola*-Entscheidung in erster Linie als Argumentationshilfe, um die Bewertung der Schutzfähigkeit von Geschmack in irgendeiner Weise dogmatisch zu fundieren, weniger konnte hieraus bereits ein grundsätzliches Werkkriterium abgeleitet werden. Anders ist das in der jüngeren und teils darauf aufbauenden Rechtsprechung des EuGH in der *Brompton Bicycle*-Entscheidung.[317] Wesentlich expliziter verknüpft der EuGH dort das Vorliegen eines Werkes mit der Prüfung der Ideenfreiheit. Er begründet es damit, dass „Gedanken bzw. Ideen urheberrechtlich zu schützen" darauf hinauslaufe, diese „Ideen zu monopolisieren", was etwa einen Schaden für den technischen Fortschritt und die industrielle Entwicklung bedeute.[318] Den Anknüpfungspunkt bietet abermals Art. 2 Art. 2 WCT.

Der EuGH grenzt die Idee damit nicht von der Originalität ab, sondern möchte Ideen und Gedanken basierend auf der Monopolisierungsgefahr *per se* ungeschützt sehen. Spätestens mit der Entscheidung in Sachen *Brompton Bicycle* ist daher deutlich, dass nach Ansicht des EuGH eine weiter verstandene *idea-expression*-Unterscheidung und so auch die Ideenfreiheit ein wesentlicher Bestandteil des unionsrechtlichen Werkbegriffes ist.

3. Zusammenfassung

Die Freiheit der Idee ist also kaum noch als rein ungeschriebenes dogmatisches Gedankenspiel zu verstehen, sondern hat durch internationale

315 Siehe B.
316 Vgl. B. Siehe auch *Leistner*, GRUR 2019, 1114, 1116.
317 *EuGH,* Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736) – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get*.
318 *EuGH,* Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736), Rn. 27 – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kodifizierungen der Dichotomie von Idee und Ausdrucksform auch aus positivistischer und aus justizieller Sicht inzwischen rechtliche Anknüpfungspunkte.[319] Zum einen zeigt sich das in der Computerprogramm-Richtlinie, ferner in völkerrechtlichen Verträgen und schließlich auch in der EuGH-Rechtsprechung.[320]

Die Freiheit des Inhalts spielt begrifflich auf der unionsrechtlichen Ebene aber keine Rolle. Anders ist das bezüglich des gedanklichen Inhalts auf nationaler Ebene, wo der BGH entgegen dem, was aus den Materialien des Regierungsentwurfs von 1962 zum Urheberrechtsgesetz hervorgeht, zumindest bezüglich Schriftwerken eine Freistellung des gedanklichen Inhalts und, in synonymer Verwendung, der Idee statuiert.

III. Begründung und Genese

Im Zusammenhang mit der Unterscheidung von Idee und Ausdruck sowie von Inhalt und Form kommen vor allem zwei Entwicklungsstränge als historische Ursprünge in Betracht.[321] Beide sind für das heutige europäische und deutsche Urheberrecht von besonderer Relevanz.

1. Anglo-amerikanische Genese

Vor allem der Rechtspraxis entnommen sind die mutmaßlichen Ursprünge der *idea-expression-dichotomy,* die in den internationalen Verträgen und dem Unionsrecht hervortritt. Eine erste dichotome Argumentation ist im Urteil des US-amerikanischen *Supreme Court Baker v. Selden* aus dem Jahr 1879 zu finden.[322] Das Urteil gilt daher oft als die Geburtsstunde der rechtlichen Unterscheidung von *idea* und *expression* im Urheberrecht – zumindest in den USA.[323]

Charles Selden verfasste 1859 ein Buch, das an Buchhalter gerichtet war und diesen die Buchhaltung erleichtern sollte, indem etwa auch Formulare und

319 Zu einer anderen Wertung, in der Sache aber ähnlich: *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 32 f.
320 Siehe zu alledem C.II.2.
321 Siehe: *Leistner*, GRUR 2011, 761, 763 Fn. 30, 765 Fn. 50. Vgl. für eine getrennte Behandlung etwa *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 2 Rn. 73 ff., 76 ff.
322 Baker v. Selden, 101 U.S. 99 (1879); *Samuels*, Tennessee Law Review 1989, 321, 326.
323 *Samuels*, Tennessee Law Review 1989, 321.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Tabellen für die Buchhaltung zur Verfügung gestellt wurden. 1867 verfasste *Baker* ein Buch, das dem von *Selden* sehr ähnlich war. Der *Supreme Court* verneinte trotz der Ähnlichkeiten eine Urheberrechtsverletzung durch *Baker*. Die Übernahme hätte sich vor allem auf die empfohlene Art und Weise der Buchhaltertätigkeit bezogen. Wissen und Methoden sollen aber frei bleiben und könnten nicht Gegenstand des Urheberrechts werden.[324]

Die Legitimation dieser Unterscheidung wurde und wird in den USA insbesondere aus der Meinungs- und Informationsfreiheit gezogen,[325] wie es der *Supreme Court* im Urteil auch selbst darlegte:

> „The very object of publishing a book on science or the useful arts is to communicate to the world the useful knowledge which it contains. But this object would be frustrated if the knowledge could not be used without incurring the guilt of piracy of the book."[326]

Hiernach soll die später aus den Maßstäben des Urteils entwickelte Freiheit der Idee vor allem die Freiheit des Ideenaustausches gewährleisten. Der *Supreme Court* argumentiert hierbei mit der Zweckbestimmung, dass etwa ein wissenschaftliches Buch Wissen vermitteln soll, das frei bleibt. Die Zweckbestimmung scheint das Gericht dabei aus einem objektiven Ansatz heraus vorzunehmen: wissenschaftliche Bücher sind zur Wissensvermittlung bestimmt, unabhängig davon was der Autor konkret wollte.[327]

Anders als die oben genannten Gegenstände bewertete das Gericht hingegen ästhetische Objekte:

> „Of course, these observations are not intended to apply to ornamental designs, or pictorial illustrations addressed to the taste. Of these it may be said, that their form is their essence, and their object, the production of pleasure in their contemplation. This is their final end."[328]

Hier wird deutlich, dass die Abhängigkeit von der objektiven Zweckbestimmung auch andere Konsequenzen haben kann. Auf die Musik geht der *Supreme Court* zwar nicht explizit ein. Wenn aber der fragliche Schutzge-

---

324 Zu alledem die Schilderungen in Baker v. Selden, 101 U.S. 99 (1879).

325 Siehe *Nimmer*, UCLA Law Review 1969, 1180, 1192 f. *Nimmer* weist dabei ferner explizit darauf hin, dass die *idea-expression-dichotomy* alleine nicht genüge, um ein ausreichendes Maß an *freedom of speech* zu gewährleisten. Siehe auch Sid & Marty Krofft Television Prods., Inc. v. McDonald's Corp., 562 F.2d 1157, 1170 (9th Cir. 1977).

326 Baker v. Selden, 101 U.S. 99 (1879), 103.

327 Baker v. Selden, 101 U.S. 99 (1879), 103 f.

328 Ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

genstand auf eine ästhetische Wahrnehmung abzielt, wie bei Musik wohl regelmäßig, wird die zugrundeliegende Idee den Ausführungen des *Supreme Court* zufolge nicht freigestellt.

Basierend auf diesem Urteil und auf einer Reihe folgender Einzelurteile etablierte sich die Unterscheidung einer schutzfähigen Ausdrucksform (*expression*) und einer schutzlosen Idee (*idea*) im Urheberrecht der USA.[329] Daneben wurde sie auch außerhalb der USA gerichtlich rezipiert, parallel entwickelt oder zumindest erwähnt.[330] Schließlich fand die Dichotomie später ihren – nun auf das gesamte US-amerikanische Urheberrecht bezogenen – Niederschlag in 17 U.S. Code § 102(b).[331]

Daneben ist diese Entwicklung im US-amerikanischen Raum wohl auch die Grundlage für die internationalen Verträge, in denen die Dichotomie erwähnt wird.[332] Jedenfalls zeigen, wie bereits erwähnt, die entsprechenden Regelungen im TRIPS-Abkommen und im WCT eine erhebliche Ähnlichkeit im Wortlaut zur *idea-expression-dichotomy* des 17 U.S. Code § 102(b).[333]

2. Genese in der deutschsprachigen Literatur

Daneben besteht eine Entwicklungslinie, die vor allem im deutschsprachigen Raum stattfand und weniger durch klar nachvollziehbare richterrechtliche Bezüge, sondern eher durch Überlegungen im Schrifttum Ausdruck fand. Das Aufzeigen dieser Entwicklungen ist – wie jede historische Linienbildung – eine Vereinfachung. Obwohl die älteren Quellen nur selten aufeinander verweisen, können unerkannte historische Umstände und auch eine gegenseitige Beeinflussung zur obigen Entwicklungslinie kaum ausgeschlossen werden.[334]

a. Der vermeintliche philosophische Ursprung

Bei der Erforschung des Ursprungs der Abgrenzung von Form und Inhalt werden Ursprünge bis in philosophische Grundpositionen weit vor der Ent-

329 Instruktiv zur weiteren Rechtsprechung *Jones*, Pace Law Review 1990, 551, 553 ff.
330 *Samuels*, Tennessee Law Review 1989, 321, 326 ff.; *Jones*, Pace Law Review 1990, 551, 555 f.
331 Vgl. *Kopp,* Freiheit der Idee, 2014, 55; *Hilty,* Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 227, 235.
332 *Kopp,* Freiheit der Idee, 2014, 55.
333 Siehe *Reinbothe*, GRUR Int. 1992, 707, 710; *Katzenberger*, GRUR Int. 1995, 447, 464; *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 37.
334 Vgl. etwa bereits die internationalen Bezüge in *Kohler,* Das Autorrecht, 1880, 166 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stehung des UrhG behauptet.[335] So lässt sich etwa eine frühe Unterscheidung in Bezug auf den Büchernachdruck bei *Fichte* finden:

> „Da man jedoch ein Buch selten auch darum, am seltensten bloß darum kauft, um mit seinem Papier und Drucke Staat zu machen, und damit die Wände zu tapeziren; so muß man durch den Ankauf doch auch ein Recht auf sein Geistiges zu überkommen meinen. Dieses Geistige ist nehmlich wieder einzutheilen: in das *Materielle,* den Inhalt des Buchs, die Gedanken die es vorträgt; und in die *Form* dieser Gedanken, die Art wie, die Verbindung in welcher, die Wendungen und die Worte, mit denen es sie vorträgt."[336]

Den Ausführungen von *Fichte* sind Anklänge an den aristotelischen Hylemorphismus kaum abzusprechen. Beide referieren auf den Grundgedanken eines formlosen materiellen Inhalts, der stets von der konkreten Form unterschieden werden kann.[337] Beides, sowohl Inhalt als auch Form, versteht er dabei aber als Geistiges, während das Körperliche (in *Fichtes* Beispiel: das Buch) etwas Drittes darstellt.[338] Im Verlauf der Schrift legt *Fichte* ferner dar, dass der Leser sich zwar den Inhalt zu eigen machen könne und er so gemeinschaftliches Eigentum an den Gedanken mit dem Autor und allen übrigen Lesern habe, die Form der Gedanken verbleibe allerdings notwendigerweise im Eigentum des Autors.[339] Daraus schlussfolgert er, der Autor dürfe stets über die Form bestimmen und müsse das Recht haben, Eingriffe zu unterbinden.[340] Der Nachdruck eines Buches sei ein solcher Eingriff und der Verleger könne sich vertraglich nur eine Art „Nießbrauch" sichern.[341]

---

335 Bspw. *Handle,* Schutz der Idee, 2013, 14; *Kopp,* Freiheit der Idee, 2014, 33.

336 *Fichte*, Berlinische Monatschrift 1793, 443, 447 (erneut abgedruckt in: UFITA 106/1987, 155–172).

337 Alternativ könnte man hingegen ebenso vertreten, jeder Gedanke bedürfe einer gewissen Form, um überhaupt Gedanke zu sein. Dies widerspräche einer völlig dualistischen Betrachtungsweise. Vgl. *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 34.

338 *Fichte*, Berlinische Monatschrift 1793, 443, 447.

339 *Fichte*, Berlinische Monatschrift 1793, 443, 450. Abgeleitet wird dieser Gedanke aus folgendem Axiom (von *Fichte* selbst als Grundsatz bezeichnet): „Wir behalten nothwendig das Eigenthum eines Dinges, dessen Zueignung durch einen Andern physisch unmöglich ist." (*Fichte*, Berlinische Monatschrift 1793, 443, 447).

340 *Fichte*, Berlinische Monatschrift 1793, 443, 446 ff.

341 Siehe *Fichte*, Berlinische Monatschrift 1793, 443, 452 f.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nun kann man diese häufig rezipierte[342] philosophische Herleitung als bedeutenden und kausalen Ursprung einer ersten Idee für eine prinzipielle Unterscheidung im Urheberrecht ansehen.[343] Die kausale historische Kette von *Fichte* zur späteren urheberrechtsdogmatischen Unterscheidung von Form und Idee oder Inhalt ist allerdings in diesem Fall schwerlich eindeutig rekonstruierbar.

Eine gelegentlich in der Literatur aufgegriffene philosophische Ideengeschichte, die klare Zusammenhänge behauptet, findet sich etwa in der Zeitschrift UFITA von 1942 bei *Georg Müller*; der Beitrag ist jedoch massiv von nationalsozialistischem Gedankengut geprägt und insbesondere wegen dieser nationalsozialistischen Ideologisierung für die Betrachtung einer rechtshistorischen Kontinuität weitgehend unbrauchbar.[344]

Teile neuerer Literatur verweisen aber – unabhängig von *Müller* – auf eine auffällige heutige Vertrautheit mit der Unterscheidung von Form und Inhalt bei *Fichte* sowie deren vermuteten Einfluss auf die Gesetzgebung im 19. Jahrhundert.[345] Ob es tatsächlich *Fichtes* Werk war, das *Kohler* und andere Rechtswissenschaftler des späten 19. Jahrhunderts dazu motivierte, die Unterscheidung aufzugreifen, lässt sich aber kaum zweifelsfrei feststellen und liegt zumindest angesichts der im Folgenden zu erörternden anderen Argumentationslinie *Kohlers* kaum auf der Hand.

b. Inhalt, Idee und Form bei *Kohler*

In *Kohlers* Werken wird die Unterscheidungsmöglichkeit von Form und Inhalt eines Werkes zum ersten Mal 1880 im Autorrecht postuliert und dabei mit einer Differenzierung von „innerer Form" und „äußerer Form" betrachtet.[346]

342 Siehe etwa bei: *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 23; *Oechsler*, GRUR 2009, 1101; bezüglich eines Ursprungs des urheberrechtlichen Ideenbegriffes in der Philosophie von *Platon* auch: *Kopp,* Freiheit der Idee, 2014, 33.

343 In diesem Sinne wohl: *Kopp,* Freiheit der Idee, 2014, 33; *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 23; *Oechsler*, GRUR 2009, 1101; *Handle,* Schutz der Idee, 2013, 14.

344 Vgl. *Müller*, UFITA 15/1942, 328. Dennoch teilweise zitiert für einen „Überblick über die philosophischen Grundlagen" bei *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 23 oder „[a]usführlich zur philosophischen Begriffsgeschichte" auch bei *Kopp,* Freiheit der Idee, 2014, 33.

345 *Oechsler*, GRUR 2009, 1101, 1102 f. Einen Zusammenhang von *Fichtes* Lehre und *Kohlers* Überlegungen sieht etwa *Hubmann,* Recht des schöpferischen Geistes, 1954, 102.

346 *Kohler,* Das Autorrecht, 1880, 166 ff. (auch hier: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 18 = N.F Bd. 6, 1880, 294 ff.); vgl.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Während die äußere Form den konkreten Text in seinem äußeren Erscheinungsbild erfasse, sei die innere Form die „Form der Ideeenfolge, Ideeengruppirung und Ideeenbewegung".[347]

Ausgehend von den Begriffen äußere Form, innere Form, Inhalt bzw. Idee unterscheidet *Kohler* je nach Lesart drei oder vier Stufen der Schutzfähigkeit im Urheberrecht: Auf einer ersten Stufe sei lediglich die „äußere Form" geschützt. So könnten sich Übersetzer und Nachbildner lediglich auf einen solchen Schutz der äußeren Form berufen, da der Inhalt und die von *Kohler* unterschiedene innere Form nicht auf das Schaffen eines Übersetzers oder Nachbildners zurückzuführen seien.[348] Die Einordnung wirkt nicht dogmatisch, sondern vielmehr wie eine Art Leitfaden, wie über Schutzbedürftigkeit nachzudenken ist.

Eine zweite Stufe sei der Schutz von äußerer und innerer Form wie es für *Kohler* insbesondere bei wissenschaftlichen oder pädagogischen Werken der Fall sei. Hier blieben die dahinterstehenden Ergebnisse als Entdeckungen frei.[349] Das umfasst wohl auch wissenschaftliche Theorien als solche. Besonders interessant ist in diesem Kontext, dass *Kohler* auch die Begründung für die urheberrechtliche Freiheit der hier freien Inhalte nicht als Abstraktum im Raum stehen lässt: Die Freiheit des Inhalts und – von *Kohler* weitgehend synonym gebraucht – der „Idee" des wissenschaftlichen oder pädagogischen Werkes gründet für *Kohler* nicht in einem grundlegenden Prinzip der Ideenfreiheit. Er begründet es aus der Freiheit von Entdeckungen, wie sie im Bereich wissenschaftlicher Werke als Idee oder Inhalt des Werkes bezeichnet werden können.[350]

Als dritte Stufe sieht *Kohler* den Kunstbereich, wo nicht lediglich Form, sondern seines Erachtens eben auch der Inhalt geschützt sei.[351] Weniger juristisch und eher theologisch-philosophisch muten *Kohlers* Ausführungen zur Musik als „höchste[r] Stufe der Autorthätigkeit" an, die *Kohler* aber selbst nicht für zwingend hält.[352] Die dritte und vierte Stufe, also der Kunstbereich einschließlich der Musik, scheinen urheberrechtlich nicht weiter

---

auch *Berking*, Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 24; *Oechsler*, GRUR 2009, 1101, 1103 f.

347 *Kohler,* Das Autorrecht, 1880, 169.

348 *Kohler,* Das Autorrecht, 1880, 175 f.

349 *Kohler,* Das Autorrecht, 1880, 176.

350 Ebd.; vgl. ferner die späteren Werke: *Kohler,* Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz, 1892, 11 f., wo ebenfalls der „wissenschaftliche Inhalt" behandelt wird; *Kohler,* Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, 1907, 128.

351 *Kohler,* Das Autorrecht, 1880, 176 f.

352 *Kohler,* Das Autorrecht, 1880, 177: „Will man noch eine Stufe höher steigen […]".

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unterscheidbar zu sein, wenngleich sie nach *Kohler* als zwei unterschiedliche „Stufe[n] der Autorthätigkeit" dargestellt werden. Einer urheberrechtlich relevanten Unterscheidung von Form und Inhalt bedarf es in beiden Fällen auch nach *Kohler* nicht.

In einer Tabelle zusammengefasst sieht das *Kohler*'sche Schutzmodell so aus:

	äußere Form	innere Form/Form der Ideenentwicklung	Inhalt/Idee selbst
Niedrigste Schutzstufe: Übersetzer und Nachbildner	schutzfähig	nicht geschützt	nicht geschützt
Höhere Schutzstufe: Autoren, die ihre Ideenentwicklung selbst gestalten (z.B. Wissenschaftler)	schutzfähig	schutzfähig	nicht geschützt
Höchste Schutzstufe: Kunst, wobei Musik je nach Lesart eine eigene Stufe bildet	alles ist schutzfähig		

Damit folgt der urheberrechtliche Schutz nach *Kohler* effektiv einem einfachen Prinzip: Der Anteil, der vom Autor Kreativität erfordert, ist schutzfähig, der Anteil, der das nicht tut, ist nicht geschützt. Das ist beim Übersetzer die genaue Wortwahl, beim Wissenschaftler auch die Darstellungsweise seiner Ideen und beim Kunstschaffenden alles.

Die *Kohler* teils unterstellte Grundunterscheidung, den Inhalt generell freistellen zu wollen, die Form aber als geschützt anzusehen, besteht demnach nicht. Es ist für *Kohler* nicht die Ausnahme, in einem großen Bereich des Urheberrechts den Inhalt in den Schutzgegenstand miteinzubeziehen, sondern die Regel.[353] Die Ausnahmen sind eher die genannten Werkgattungen der ersten beiden Stufen, auf die *Kohler* konkreter eingeht.

Kohler ging also gerade nicht von einem generellen Prinzip aus, dass nur die äußere oder innere Form eines Werkes geschützt sei, sondern vertrat dies nur in Bezug auf die Werkgattungen, bei denen er ein spezifisches Freihaltebedürfnis sah.[354]

353 Anderer Auffassung ist wohl *Handle,* Schutz der Idee, 2013, 16.

354 Insofern widersprechend: *de Boor,* Urheberrecht und Verlagsrecht, 1917, 72 ff.; *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 2 Rn. 77. Ebenfalls das Ausnahmeverhältnis widersprechend darstellend, aber differenzierter: *Ulmer,* Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 120; *Handle,* Schutz der Idee, 2013, 16 Fn. 56.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. Weitere Entwicklung der Lehre von Form und Inhalt

Die Ausführungen *Kohlers* wurden mehrfach aufgegriffen. In seiner Tradition verstand sich auch *de Boor*, der Überlegungen zu Form und Inhalt vereinfachte, verallgemeinerte und zentral als Schutzkriterien verstand: Nach *de Boor* trifft der Satz, dass „das Urheberrecht nur die Form, nicht den Inhalt schütze", zu und zwar nicht nur hinsichtlich sehr spezifischer Aspekte wie es bei *Kohler* der Fall war, sondern uneingeschränkt.[355] Zwar behandelt *de Boor* im entsprechenden Kapitel vor allem das Schriftwerk[356] und verwendet in der Begründung auch vor allem mit Sprachwerken assoziierte Überlegungen, die Darstellung bleibt allerdings allgemein.

Gleichwohl finden sich auch bei *de Boor* klare Relativierungen. Zum einen fordert er die Individualität als zusätzliches Kriterium zur Form-Inhalt-Unterscheidung ein.[357] Die von *Ulmer* in späteren Jahren gegenübergestellte Individualität-Gemeingut-Abgrenzung[358] ist bei *de Boor* keine Frage der Alternativität, sondern auch ergänzend möglich.

Ferner scheint auch *de Boor* nicht sicher zu sein, ob eine Trennbarkeit von Form und Inhalt stets möglich ist:

> „Ob Inhalt und Form im Geiste des Urhebers getrennt sind, oder ob nicht namentlich abstraktere Gedanken von vornherein in einiger Verbindung mit Worten vorgestellt werden, das zu untersuchen können wir wiederum den Philosophen überlassen."[359]

Hiermit zeigt *de Boor* letztlich, dass er sich von einer zugrundeliegenden philosophisch begründeten Unterscheidung, wie sie bei *Fichte* deutlich war und auch später wieder relevant wurde, faktisch abgrenzte.

De Boor war sich also hinsichtlich der philosophisch-geisteswissenschaftlichen Unterscheidung von Inhalt und Form nicht sicher, hielt aber zumindest eine juristische Unterscheidung für relevant. Genau gegenteilig wurde die Unterscheidung dann von *Hubmann* später aufgegriffen.[360] Im vielrezipiert Werk „Das Recht des schöpferischen Geistes" legte *Hubmann* zwar die Unterscheidung von Form und Inhalt detailreich aus philosophisch-geistes-

355 *de Boor,* Urheberrecht und Verlagsrecht, 1917, 76.
356 *de Boor,* Urheberrecht und Verlagsrecht, 1917, 72: „§ 8 Das Schriftwerk als Sprachform".
357 *de Boor,* Urheberrecht und Verlagsrecht, 1917, 80.
358 *Ulmer,* Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 119 f.
359 *de Boor,* Urheberrecht und Verlagsrecht, 1917, 74.
360 *Hubmann,* Recht des schöpferischen Geistes, 1954, 102.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wissenschaftlicher Perspektive dar, geriet aber zu der Erkenntnis, dass die Unterscheidung für das Urheberrecht gar nicht zielführend sei.[361] *Hubmann* knüpfte zumindest im Kontext der Ausführungen von 1954 an die Kritiken zur Unterscheidung im Urheberrecht von *Eugen Ulmer* an, der stattdessen die Unterscheidung von Individualität und Gemeingut vorantrieb und diese der Form-Inhalt-Abgrenzung entgegensetzte.[362]

3. Zwischenfazit

Der Überblick zu den Ursprüngen der Überlegung zeigt, dass die rechtliche Rezeption der Unterscheidung zu keinem Zeitpunkt juristisch unumstritten oder alternativlos war.

Im Kontext der deutschsprachigen Entwicklungslinie der dichotomen Betrachtung gab es nur wenige, die der Dichotomie eine werkgattungsübergreifende Bedeutung zumaßen. Klare Fürsprache für eine solche Unterscheidung kam letztlich vor allem von *de Boor* und sonst zuvörderst aus philosophischen Betrachtungen. Diese Sichtweise und das philosophische Narrativ prägen auch heute noch die Betrachtung von Form und Inhalt im Urheberrecht. Die Wurzeln hin zu philosophischen Grundunterscheidungen gibt der Abgrenzung von Form und Inhalt nicht nur den Anstrich eines grundsätzlichen Prinzips des Urheberrechts, sondern eines Prinzips des Werkes als solchem.[363] Sie suggerieren, dass die Dichotomie von Form und Inhalt eine ontologische Notwendigkeit ist. Dass diese Dichotomie aber selbst bei philosophisch geprägten Fürsprachen der Unterscheidung gar keine Rolle für die urheberrechtliche Schutzfähigkeit spielen muss, wird teilweise übersehen.[364]

Aus rechtshistorischer Sicht viel bedeutender für die dichotome Betrachtung von Inhalt und Form bzw. Idee und Ausdrucksform waren die prak-

361 *Hubmann,* Recht des schöpferischen Geistes, 1954, 102. Daher mag *Hoeren*, MMR 2000, 3 mit der Behauptung „die Hubmannsche Differenzierung von innerer und äußerer Form" sei „nur neoplatonische Salbaderei" zwar in der Sache einen Punkt treffen, allerdings erscheint die Bezeichnung „Hubmannsche Differenzierung" nicht präzise.

362 *Hubmann,* Recht des schöpferischen Geistes, 1954, 102; *Ulmer,* Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 120.

363 Wobei freilich weiter hinterfragt werden kann, ob es schon das Werk an sich überhaupt gibt, inwiefern es fiktionalen Charakter hat, inwiefern eine vollständige Abtrennbarkeit vom verkörperten Werk möglich ist und welches Sein dem Werk entspricht, wenn es als selbständiges Immaterialgut betrachtet werden kann. Hierzu eingängig *Peukert,* Kritik der Ontologie, 2018.

364 Vgl. etwa *Hoeren*, MMR 2000, 3, der allerdings die Unterscheidung als solche ablehnt.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tischen Notwendigkeiten, einzelne Aspekte freizustellen, auf die sich etwa *Kohler* und auch der US-amerikanische *Supreme Court* stützten.

Beide entsprechen auch der noch heute meist vorzufindenden Begründung der Unterscheidungen. Denn dort steht im Vordergrund, dass gewisse Informationen und Ideen aus einem Interesse der Allgemeinheit heraus frei bleiben müssen.[365] Die Monopolisierung von Ideen soll verhindert werden.[366] Der freie Informationsfluss ist das zentrale Ziel, das der Unterscheidung von Form und Inhalt und von *idea* und *expression* beigemessen wird.[367]

Teilweise wird in der dichotomen Betrachtung sogar eines der entscheidenden Mittel für einen Interessenausgleich von Urheber und Allgemeinheit in dieser Hinsicht gesehen.[368] Die Interessen des Urhebers betreffen ihn in der wirtschaftlichen Sicherung der Existenz durch Verwertungsrechte und im Bereich seines Persönlichkeitsrechts, während die Allgemeinheit dem Interesse des Urhebers das Bedürfnis nach geistiger Befriedigung und Information entgegensetzt.[369]

IV. Anwendung auf Musik

Inhalt und Idee im urheberrechtlichen Sinne sind zusammenfassend auf einer hinter dem Werk stehenden hermeneutisch erkennbaren oder gar semantischen Ebene zu suchen, die einem Freihaltebedürfnis gerecht werden soll und sich nach zwei im Kern unterschiedlichen Entstehungsgeschichten zu einem nicht unumstrittenen urheberrechtlichen Grundsatz des Werkbegriffs entwickelte.

---

365 *Kitz*, GRUR-RR 2007, 217, 218; in diesem Sinne wohl auch *Dreier*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 69a Rn. 20.

366 *Kitz*, GRUR-RR 2007, 217, 218; *EuGH,* Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736), Rn. 27 – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2-Get*; für die amerikanische Literatur: *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 41 Fn. 100; *Liebscher,* Schutz der Melodie, 2007, 127.

367 *Hilty,* Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 227 aber kritisch zum Gesamtkonzept der Unterscheidungen; ferner *Kopp,* Freiheit der Idee, 2014, 175 ff.; *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 19; *Liebscher,* Schutz der Melodie, 2007, 127.

368 *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 18.

369 *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 18 f. Die Parallelen zur Begründung der freien Benutzung in § 24 UrhG a.F. sind in dieser Hinsicht augenfällig (vgl. Kapitel 1 A.). Es verwundert daher kaum, dass die Dichotomie teils sogar als Bestandteil der freien Benutzung in § 24 Abs. 1 UrhG a.F. verstanden wurde, etwa bei *Brunner,* Melodienschutz, 2013, 81 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dementsprechend ist für die Frage nach Inhalt und Idee in der Musik nach solchen Elementen Ausschau zu halten, die in der Musik durch einen hermeneutischen Vorgang erkannt werden können. Im Sprachvergleich bedeutet das vereinfacht: wenn Wörter Klänge wären, was wäre dann ihre dahinterstehende Bedeutung?

Auf einer zweiten Ebene stellt sich dann ferner die Frage, ob für solche Elemente der historischen und heutigen Zielsetzung entsprechend ein Freihaltebedürfnis besteht. Insbesondere müsste dafür im Rahmen des Allgemeininteresses davon auszugehen sein, dass die generelle Schutzlosigkeit einer solchen musikalischen Idee oder eines musikalischen Inhalts im Gegensatz zu formalen Elementen interessengerecht ist.

1. Mögliche musikalische Inhalte und Ideen

In der juristischen Literatur finden sich mehrere Vorschläge dazu, wo in der Musik Inhalte oder Ideen im juristischen Sinne gesehen werden können. Zweifelsohne besteht aber auch in der musikwissenschaftlichen, insbesondere auf Musikästhetik bezogenen Literatur ein Begriff von „musikalischer Idee" und zeitweise wurde auch sehr lebhaft diskutiert, was den Inhalt der Musik aus musikästhetischer Sicht ausmacht.[370]

Die dortige Auffassung von der begrifflichen Bedeutung des Inhalts oder der Idee ist freilich nicht maßgeblich für den juristischen Werkbegriff, geschweige denn für das juristische Prinzip der Ideenfreiheit an sich. Die musikwissenschaftliche oder künstlerische Auffassung dessen, was dort als Idee oder als Inhalt gilt, muss nicht dem juristischen Begriffsverständnis entsprechen.[371] Ob die Musik überhaupt eine juristisch verstandene Idee oder einen Inhalt aufweist, ist daher trotz eines musikwissenschaftlichen Begriffes von musikalischer Idee oder musikalischem Inhalt nicht evident.[372] Die Anwendung grober musikanalytischer Überlegungen vor dem Hintergrund

370 Siehe etwa *Faltin*, International Review of the Aesthetics and Sociology of Music 1978, 5.

371 Dies erwägend *Schlingloff,* Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 23 ff. mit Bezug auf den Inhaltsbegriff von *Hanslick,* Vom Musikalisch-Schönen, 1854, 95.

372 Eine einheitliche Begriffsverwendung ist in der Musikwissenschaft auch kaum zu finden. Zum einen gibt es eine große Basis, die auch hier eine Untrennbarkeit von formalen und inhaltlichen Aspekten in der Musik annimmt. Insbesondere *Hanslick,* Vom Musikalisch-Schönen, 1854, 99: „In der Musik aber sehen wir Inhalt und Form, Stoff und Gestaltung, Bild und Idee in dunkler, untrennbarer Einheit verschmolzen." Siehe auch *Kühn*, Art. „Form", in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1995); andererseits wird Form und Technik aber durchaus von Idee und Ästhetik unter-

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des juristischen Ideen- oder Inhaltsbegriffs ist jedoch angesichts des schwer beschreibbaren musikalischen Schutzgegenstands unabdingbar.

a. Inhalt als musikalische Themen, Motive oder Melodien

Teilweise werden Themen beziehungsweise Motive als Inhalt im juristischen Sinne verstanden. *Ahlberg* weist etwa darauf hin (ohne indes den Grundsatz der Inhaltsfreiheit zu verfolgen), dass nach „traditionellem Musikverständnis" dies bei tonalen Werken der Fall sei:[373] So seien „[b]ei einer rein formalen Betrachtungsweise" die Themen der „Gedankeninhalt und ihre Verarbeitungsweise die Form".[374] Die Form könne dann beispielsweise offen, geschlossen, symmetrisch oder asymmetrisch sein.[375]

Die genaue Bedeutung ist je nach Verwendungskontext sehr unterschiedlich, da der Begriff parallel zur Kompositionsgeschichte auch selbst einem Bedeutungswandel unterlag.[376] Der Begriff des Themas bezeichnet in der Musik ein für ein Werk charakteristisches musikalisches Element, auf dem das Werk aufbaut oder aus dem es sich entwickelt. Es kann je nach Gattung im Einzelnen etwas Unterschiedliches bezeichnen – ein Fugenthema mag also etwas anderes sein als ein Sonatenthema. In der Regel bezeichnet das Thema aber eine Tonfolge.[377] Man müsste wohl konsequenterweise bei dieser Vorstellung auch die Melodien eines zeitgenössischen populären Stückes

---

schieden. Vgl. *Kühn*, a.a.O. Außerdem kennt die Musik ferner auch einen Formbegriff, der weniger mit der Ausdrucksform als vielmehr mit der Gliederung von Musikstücken zu tun hat.

373 *Ahlberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 94 zeigt auf, dass nach diesem Verständnis im Gegensatz zu tonalen Werken „[b]ei der atonalen Musik […] dagegen grundsätzlich nur die Form Schutzgegenstand [wäre], weil dort der Tonsatz keine Beziehung auf einen tonalen Mittelpunkt hat und alle harmonischen Funktionsbeziehungen ausgeschaltet sind." Dass sich der tonale Mittelpunkt und die Beschreibbarkeit mit Harmonie- bzw. Funktionsbezeichnungen direkt darauf auswirken kann, ob ein Werk ein Thema haben kann, ist allerdings nicht schlüssig. Gleichwohl ist zumindest ein Rückgang der Bedeutung von Themen mit der *freien* Atonalität im 20. Jahrhundert einhergegangen. Vgl. hierzu eingängiger: *Kühn/Schilling-Wang*, Art. „Thema und Motiv", in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1998).

374 *Ahlberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 94.

375 Ebd.

376 *Kühn/Schilling-Wang*, Art. „Thema und Motiv", in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1998).

377 *Canaris,* Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 58; vgl. auch *Kühn/Schilling-Wang*, Art. „Thema und Motiv", in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1998).

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und zumindest charakteristische Motive in das Inhaltsverständnis miteinbeziehen.

Wie oben festgestellt geht es bei der Feststellung des Inhaltes wie bei der Idee um die hermeneutische Annäherung an einen dahinterstehenden Gehalt des Werkes. Themen, Motive oder Melodien sind aber in der Regel klar abgrenzbare formale Elemente, die direkt der Wahrnehmung zugänglich sind. Zieht man abermals den Vergleich der Musik als eine Art sprachliche Ausdrucksform mit eigener Syntax heran, dann mag zwar das Thema als „Hauptaussage" gelten. Es wäre aber eben eine bereits in konkrete Form – einen bestimmten Wortlaut – gegossene Hauptaussage, jedoch kein dahinterstehender, hermeneutisch herzuleitender Inhalt und keine Idee. Das Thema ist konkrete Form im klassischen Sinne. Es ist daher nicht passend ein musikalisches Thema, ein Motiv oder auch die Melodie juristisch betrachtet als Inhalt oder Idee zu bezeichnen.

b. Inhalt als Gefühl

Teilweise wird auch vorgeschlagen, dass die gefühlsmäßige Rezeption den Inhalt der Musik bildet.[378] Die „inhaltliche Aussage" werde bei Werken der Musik „gefühlsmäßig" aufgenommen, während dies bei anderen Werken durch eine intellektuelle Aufnahme geschehe.[379] Eine intellektuelle Aufnahme stehe bei der Musik nicht im Vordergrund.[380] Das „Gefühlserleben" sei „dem Inhalt zuzuordnen".[381]

Diesen Ausführungen folgend, wird der Begriff des Inhaltes also vor allem als Bestandteil der emotionalen Rezeption verstanden.[382] Problematisch an diesem Inhaltsverständnis ist allerdings, dass der Bereich von Gefühlen und Emotionen in den übrigen Kunstgattungen typischerweise nicht als

378 *Hubmann,* Recht des schöpferischen Geistes, 1954, 44; *Dreyer*, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, 4. Aufl. 2018, UrhG, § 2 Rn. 234. Auch wiederum *Ahlberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 94, der jedoch auch hier dem Grundsatz eines stets freien Inhalts in Bezug auf die Schutzfähigkeit nicht zustimmt.

379 *Ahlberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 58; siehe inhaltlich übereinstimmend auch schon *Hubmann,* Recht des schöpferischen Geistes, 1954, 44.

380 *Köhn*, ZUM 1994, 278; *Ahlberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 94.

381 *Ahlberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 94.

382 Insofern könnte in diesem Zusammenhang bereits ein Konflikt mit der Objektivierbarkeit bestehen. Vgl. *EuGH,* Urt. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 40 – *Levola/Smilde*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

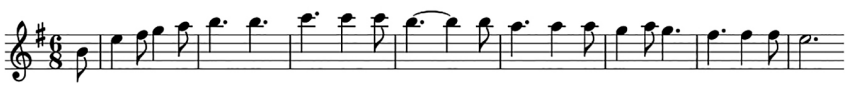
Inhalt betrachtet wird.[383] So erscheint es etwa fragwürdig, den Inhalt eines Kriminalromans in dessen Spannung oder den Inhalt von *Leonardo da Vincis* Mona Lisa in der Entzückung zu sehen, die sie beim Betrachter hervorruft.

Das Begriffsverständnis ist auch insofern problematisch, als dass Gefühle keinen hermeneutischen Verständnisprozess oder eine semantische Ebene voraussetzen, sondern letztlich eine vom Werkgenuss abhängige Wirkung auf den Betrachter bzw. Zuhörer beschreiben.[384] Während der Inhalts- und Ideenbegriff darauf ausgerichtet ist, sich mit hermeneutischen Mitteln dem anzunähern, was intendiert war,[385] ist dieses Verständnis darauf ausgerichtet, welchen Effekt das Werk entfalten soll. Insofern trifft auch diese Überlegung eines musikalischen Inhalts- oder Ideenbegriffs den juristischen Bedeutungsgehalt unzureichend.

c. Inhalt in Assoziation und Leitmotivik

Ebenfalls kommen kognitive Assoziationen als Inhalt oder Idee der Musik in Frage.[386] Als solche könnte man etwa Vertonungen, die Semantik der Leitmotivik oder aber auch die Semantik in programmatischen Werken sehen.

Als historische Illustration soll das berühmte Thema der „Moldau" von *Bedřich Smetana* dienen, das sich als Notentext folgendermaßen darstellen lässt:



(Abbildung 3)

Die programmatische Anlage des Werkes als Teil eines musikalischen Zyklus zu *Smetanas* „Vaterland" Tschechien (daher der Titel des Zyklus: *Má vlast*) ist in gewisser Hinsicht beschreibend und geht von *Smetanas* Inspiration aus, mit musikalischen Mitteln einen nicht-musikalischen Gedankeninhalt

383 Vgl. insofern *Ahlberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 58; a.A. aber etwa *Dreyer*, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, 4. Aufl. 2018, UrhG, § 2 Rn. 279 f. bezüglich Filmwerken.

384 *Hanslick,* Vom Musikalisch-Schönen, 1854, 12 ff.

385 Vgl. oben C.I.

386 A.A. wohl *Ahlberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 58.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auszudrücken.[387] Als Inhalt des Themas könnte also etwa das Fließen der Moldau durch Prag angesehen werden.[388]

Weitere Beispiele wäre etwa die Verknüpfung der Musik mit gedanklichen Inhalten im Rahmen der Leitmotivik,[389] also etwa das Speermotiv in Wagneropern, das sodann eine motivisch-thematische Entwicklung mit semantischem Bedeutungsgehalt durchläuft.[390]

Bei der Vertonung von Texten könnte der Inhalt der Musik darin liegen, den zugrundeliegenden Text mit musikalischen Mitteln auszudrücken – ein Aspekt der auch in der populären Musik viele Fallkonstellationen beträfe.

Gegen eine Betrachtung solcher Aspekte als Inhalt oder Idee wird angeführt, dass der dortige „Stoff" nicht dem Musikalischen, sondern dem „Außermusikalischen" entnommen worden sei.[391] Das verkennt aber, dass die Inhalte eines wissenschaftlichen Werkes ebenfalls außerhalb der Buchstaben liegen und die Informationen eines journalistischen Textes auch nicht dem schriftlichen Bereich selbst entnommen sind.[392] Zwar mag im Zusammenhang mit der musikwissenschaftlichen Diskussion um den Inhalt der Musik eine solche Argumentation überzeugen,[393] für das juristische Verständnis ist es aber unter Berücksichtigung der Parallele zu übrigen Inhaltsverständnisse nicht hinderlich, dass der potentielle Inhalt dem Außermusikalischen entnommen wurde.

Allerdings ist die praktische Bedeutung solcher außermusikalischer Assoziationen begrenzt, sind doch derartige Vertonungen oder sonstige kognitive Assoziationen nur in einem spezifischen Teil des Musikschaffens feststellbar.[394] Will man Parallelen zwischen dem weitgehend angenommenen Inhalt eines Schriftwerkes zur Musik suchen, so ist in assoziativen Elementen aber wohl die schlüssigste Entsprechung zu finden. Fasst man die Musik

387 Siehe insgesamt aus interpretativer Sicht zum Zyklus: *Koldau,* Moldau, 2007.

388 *Koldau,* Moldau, 2007, 48 ff.

389 Siehe etwa *Canaris,* Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 28: „Die dort eingesetzten Leitmotive sind thematische, melodische oder motivische Gebilde, die Ideen, Personen und Gegenständen zugeordnet sind."

390 Vgl. für mehrere derartige Motive: *Riedlbauer,* The Musical Quarterly 1990, 18.

391 *Schlingloff,* Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 23 f.

392 Siehe etwa *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 96 ff.

393 Vgl. insofern die Ausführungen bei *Schlingloff,* Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 23 f. im Kontext des Inhaltsverständnisses der musikästhetischen Diskussion.

394 Die gedankliche Trennung von Musik mit Bedeutungsgehalt und ohne ist nicht neu. Gewissermaßen kann auch hier der oft missverstandene ästhetische Streitpunkt um „absolute" Musik und vertonende Musik im 19. Jahrhundert herangezogen werden. Vgl. insofern mit Präferenz für die „reine, absolute Tonkunst": *Hanslick,* Vom Musikalisch-Schönen, 1854, 20.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wieder als Sprache bzw. sprachähnliches Ausdrucksmittel auf, dann stellt die Vertonung durchaus die semantische Verknüpfung mit dahinterstehenden Inhalten dar und wird – wie etwa im Falle des wissenschaftlichen Aufsatzes – kognitiv erfasst.

d. Ästhetischer Gehalt

Eine weitere Option, worin der Inhalt oder die Idee der Musik liegen könnte, stammt im Ergebnis aus der Feder des Bundesgerichtshofs selbst. In Fällen, die Musikwerke zum Gegenstand haben, ist die höchstrichterliche Rechtsprechung mit der direkten Verwendung der Begriffe Form und Inhalt oder Idee zwar zurückhaltend. Der oben (siehe A.II.2.) behandelte Begriff des „ästhetischen Gehalt[s]" oder der „ästhetischen Ausdruckskraft" zeigt aber schon begrifflich eine deutliche Nähe zum Inhalt eines künstlerischen Werks.[395] Die Begriffe der „Ausdruckskraft" und des „Gehalt[s]" weisen darauf hin, dass sie nicht Teil der Form selbst sind, sondern sich gleich dem Inhalt aus der Form ergeben bzw. interpretiert werden können – die Form ent*hält* den Gehalt.

Dass der BGH nicht die Form selbst meint, kann auch mehreren Urteilen entnommen werden, in denen der BGH immer wieder auf den Begriff des ästhetischen Gehalts zurückgreift: Im *Dirlada*-Urteil von 1980 ist zwar zunächst noch unklar, ob der BGH die ästhetische Ausdruckskraft als Teil der Form oder des Inhalts begreift.[396] Gleichwohl wird aber schließlich statuiert „daß sich die schöpferische Eigenart eines Werkes" auch nach einem in der „Formgebung zum Ausdruck gelangten individuell-ästhetischen Gesamteindruck" bestimmt.[397] Es geht also nicht um die Formgebung selbst, sondern den darin *zum Ausdruck* gelangten *individuell-ästhetischen* Gesamteindruck. Der BGH

395 Vgl. die Verwendung in *BGH* GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*; *BGH* GRUR 2015, 1189 – *Goldrapper*.

396 *BGH* GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*. Er stellt zunächst fest, dass die Anforderungen an den individuellen ästhetischen Gehalt nicht zu hoch sein dürften und führt dann fort, es genüge, „daß die formgebende Tätigkeit des Komponisten wie bei der Schlagermusik regelmäßig – nur einen geringen Schöpfungsgrad aufweist (vgl. BGH in GRUR 1968, 321, 324 Haselnuß)". Damit kann entweder gemeint sein, dass die ästhetische Ausdruckskraft in der formgebenden Tätigkeit liegt oder sich aus ihr ergibt; zumindest besteht aber ein Zusammenhang.

397 *BGH* GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*. Inwiefern ein Gesamt*eindruck* überhaupt zum *Ausdruck* gelangen kann, könnte wohl schon aus sprachlogischen Gründen hinterfragt werden.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

scheint also auch etwas über die Formgebung Hinausgehendes in seinen Begriff des Gehalts miteinzuschließen. Bekräftigt wird das auch dadurch, dass der BGH moniert, eine durch einen der Gutachter festgestellte „ästhetische Wirkung, die an fremdländische Folklore erinnere", sei im vorinstanzlichen Urteil unberücksichtigt geblieben. Die ästhetische Wirkung bezeichnet genau das, was noch eben unter dem Aspekt der Assoziationen oder auch der Gefühle erwogen wurde: die semantische Verknüpfung („fremdländische Folklore") des Hörers.

Aus dem – nicht musikbezogenen – *Geburtstagszug*-Urteil geht ferner hervor, dass der ästhetische Gehalt nach dem Verständnis des BGH wohl dafür maßgeblich ist, ob ein Werk künstlerisch ist oder nicht.[398] Angesichts dessen, dass ein Werk wohl vor allem dann als „künstlerisch" betrachtet werden wird, wenn es über reine, schöne Formen hinaus eine Interpretationsebene bietet, liegt es auch nach dieser Konkretisierung nahe, dass der BGH das oben benannte Konzept von Idee oder Inhalt meinte.

Sähe man in der ästhetischen Wirkung oder dem ästhetischen Gehalt den Inhalt oder die Idee der Musik, stünde das im offenen Widerspruch zu einer behaupteten Ideenfreiheit. Denn bei Werken der Musik liege dem BGH folgend auch die schöpferische Eigentümlichkeit gerade in der individuellen ästhetischen Ausdruckskraft.[399] Möglicherweise mied der BGH auch deshalb bewusst den Begriff der Idee oder des Inhalts. Die in weiten Teilen wenig konkret werdenden Ausführung des BGH legen aber wie gezeigt nahe, dass er konzeptuell auf den Gehalt hinauswollte, der durch Interpretation dem Werk semantisch entnommen werden kann – den Inhalt oder die Idee des Werks.

e. Ideenbetrachtung durch Musikanalyse

Der weitgehend ablehnenden Haltung des deutschen Schrifttums gegenüber einer Form-Inhalt-Trennung in der Musik stehen gerade in anderen Rechtssystemen in Bezug auf *idea* und *expression* einige Trennungsversuche

398 *BGH* GRUR 2014, 175, Rn. 15 – *Geburtstagszug*: „Eine persönliche geistige Schöpfung ist eine Schöpfung individueller Prägung, deren ästhetischer Gehalt einen solchen Grad erreicht hat, dass nach Auffassung der für Kunst empfänglichen und mit Kunstanschauungen einigermaßen vertrauten Kreise von einer ‚künstlerischen' Leistung gesprochen werden kann (st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 1983, 377, 378 - Brombeer-Muster; BGH GRUR 1987, 903, 904 - Le-Corbusier-Möbel; BGH, a.a.O., Rdnr. 31 - Lernspiele; BGH GRUR 2012, 58 Rdnr. 17 - Seilzirkus)."

399 *BGH* GRUR 2015, 1189 – *Goldrapper*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gegenüber.[400] Nicht selten werden dabei *idea* und *expression* mit musiktheoretischen Konzepten analysiert und dabei ein Begriff der Idee angenommen, der weniger auf außermusikalische Bezüge setzt (wie unter b. und c.), sondern eher auf abstrakte innermusikalische Elemente.[401]

Dabei geht es letztlich darum, sich der Musik so zu nähern, dass ihre Kernelemente herausgefiltert werden, die den jeweiligen dahinterstehenden Charakter des Werks oder Werkteils ausmachen. Dafür bestehen mehrere Analysemöglichkeiten, wie etwa die in diesem Bereich besonders hervorgehobene, auf *Heinrich Schenker* basierende Reduktionsanalyse.[402]

Hiermit kann der Versuch unternommen werden, eine Tonfolge auf das Wesentliche – sofern es ein solches in harmonischer oder melodischer Hinsicht gibt – zu reduzieren. Eben dies wird dann von Befürwortern als Idee der Musik bezeichnet.[403] Aus einer solchen abstrakten Reduktion kann wiederum eine andere Tonfolge kreiert werden, welche die erste noch deutlich erkennen lässt, obwohl sie nur an rudimentären Stellen Überschneidungen aufweist.

Auch ohne musikanalytische Fertigkeit, kann sich etwa anhand von Variationenwerken grob erschlossen werden, wie eine solche Reduktion möglich ist. Denn dort schlägt sich eine Reduktion bzw. Abstraktion des musikalischen Materials manchmal deutlich im Höreindruck nieder. Betrachtet man beispielsweise die Variationen 5 (*Abb. 4a*) und 11 (*Abb. 4b*) der (vermutlich) von Mozart stammenden Variationen zu „Ah, vous dirai-je, Maman“[404] (KV 265), so fällt zunächst ein sehr unterschiedliches Notenbild ins Auge:[405]

---

400 Großbritannien: *Rahmatian,* in: *Rahmatian* (Hrsg.), Concepts of Music and Copyright. How Music Perceives Itself and How Copyright Perceives Music, 78, 111 ff.; USA: *Grinvalsky*, California Western Law Review 1992, 395. Auch im Bereich US-amerikanischer Urteile zur Beurteilung von Musik: *Krofft,* 562 F.2d at 1165; Seth Swirsky v. Mariah Carey 376 F.3d 841 (9th Cir. 2004); zuletzt auch Williams v. Gaye, 885 F.3d 1150 (9th Cir. 2018), insbesondere detailreich zu diesem Themenkomplex, die abweichende Meinung von Richterin *Nguyen*, 58 ff.

401 *Grinvalsky*, California Western Law Review 1992, 395; *Rahmatian,* in: *Rahmatian* (Hrsg.), Concepts of Music and Copyright. How Music Perceives Itself and How Copyright Perceives Music, 78, 111 ff.

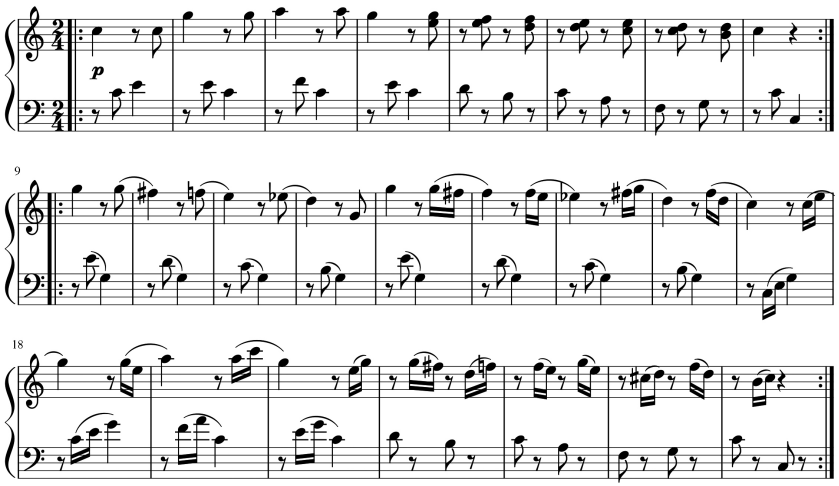
402 *Grinvalsky*, California Western Law Review 1992, 395, 416 ff.

403 *Rahmatian,* in: *Rahmatian* (Hrsg.), Concepts of Music and Copyright. How Music Perceives Itself and How Copyright Perceives Music, 78, 91 ff., 111.

404 Die grundlegende Melodie ist im deutschen Sprachraum besonders für „Morgen kommt der Weihnachtsmann“ im englischen Sprachraum für „Twinkle, Twinkle, Little Star“ bekannt.

405 Der Satz der *Abbildungen 4a* und *4b* basiert auf der Edition von Breitkopf & Härtel, 1878: *Wolfgang Amadeus Mozarts Werke*, *Serie XXI: Variationen für das Pianoforte, No.6,* Leipzig 1878, 38 f., 42.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

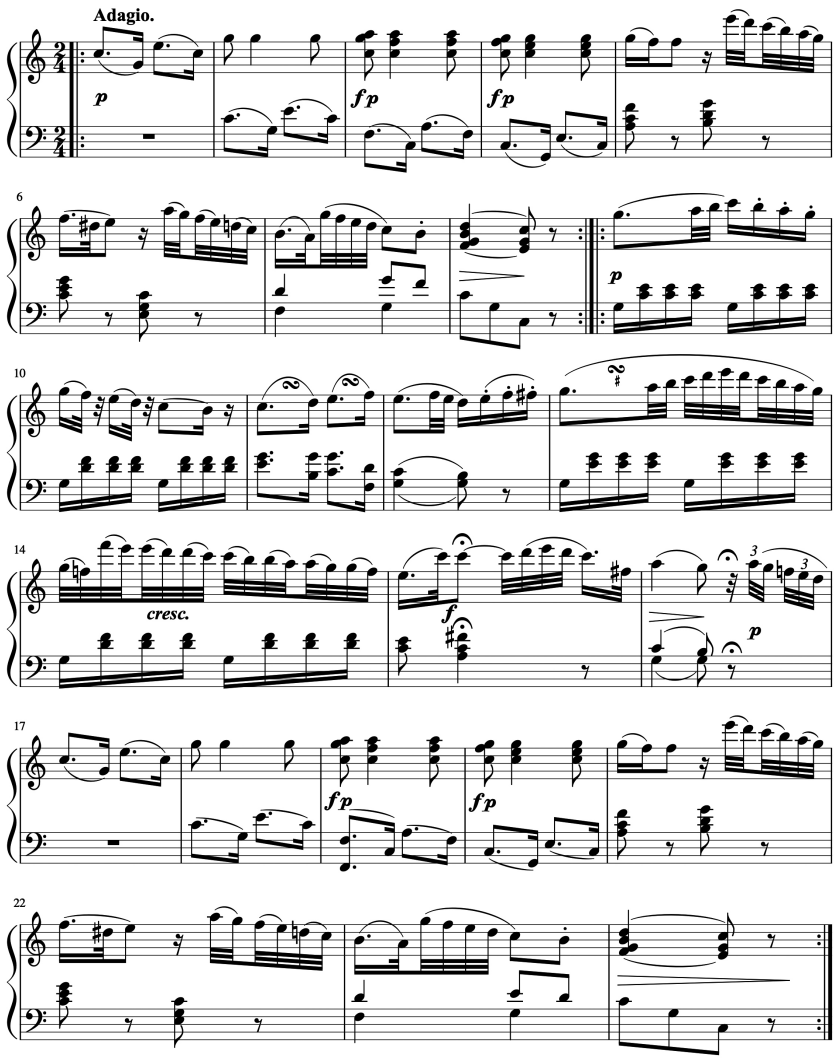


(Abbildung 4a)

In Variation 5 (*Abb. 4a*) findet sich ein von Pausen geprägtes Notenbild, das vom Wechsel der beiden Stimmen (rechte und linke Hand) geprägt ist, sodass beinahe durchgängig nur jeweils ein Ton simultan erklingt.

Ganz anders ist das schon auf den ersten Blick in der folgenden Variation 11 (*Abb. 4b*).

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY



(Abbildung 4b)

Die augenfälligen Unterschiede sind auch deutlich hörbar: Während Variation 5 von Pausen, einem gleichbleibenden rhythmischen Element und damit recht sprunghaften Gestus geprägt ist, zeichnet sich Variation 11 eher durch eine abwechslungsreichere Begleitung in der linken Hand, teilweise kleinere gebundene Läufe und eine insgesamt lyrische Gestaltung aus. Die Ähnlichkeit

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Werke ist dennoch auch ohne musikalische Vorbildung klar hörbar. Insbesondere ist das dann der Fall, wenn alle 12 Variationen im Zusammenhang gehört oder betrachtet werden. Basierend auf einer melodischen Grundidee werden hier viele unterschiedliche Gestaltungsformen gestrickt. Alle in ihrer konkreten Form mit deutlichen Unterschieden, aber unter Bezugnahme auf dieselbe Reduktion des melodischen Materials.[406]

Ob derartige Abstraktionen tatsächlich den juristischen Ideenbegriff treffen, bleibt jedoch kritisch zu betrachten. Zum einen schon deshalb, weil unklar ist, ab welcher Abstraktionsstufe denn nun eine Idee vorliegt.[407] Zwar ist es möglich mit den oben genannten Analysemethoden ein Musikwerk auf wesentliche Punkte zu reduzieren, allerdings ist die Frage, wie weit diese Reduktion betrieben werden kann, nicht vorbestimmt.

Aber auch hinsichtlich des semantischen Elements, das etwa für den Inhalt in vielen Schriftwerken typisch ist, bleibt ein Vergleich mit der musikalischen Abstraktion nebulös: Die in der Form erklingenden Töne weisen semantisch gerade nicht auf den dahinterstehenden abstrakten oder reduzierten Gehalt der Musikanalyse hin. An einem semantischen Element fehlt es also im Bereich musikalischer Abstraktionen, will man nicht den Begriff der Semantik enorm weit verstehen.[408]

Hieraus folgt auch, dass die musikalische Reduktion stets vollständig von der Form abhängig bleibt. Selbst eine gemeinsame Stilistik oder ein gleicher „*groove*" ist letztlich immer auf einzelne erklingende und beschreibbare Parameter zurückführbar.[409] Auf das Beispiel des Variationenwerkes gewandt bedeutet dies: die Form (etwa im Falle des oben dargestellten Notenbildes) scheint nur dann enorm unterschiedlich zu sein, wenn nicht klar ist, worauf geachtet werden muss: Bedenkt man etwa die besondere Stellung der ersten erklingenden oberen Töne eines jeweiligen Taktes, wird auch an den einzelnen Variationen sichtbar, dass die Ähnlichkeit aus formal

406 Eine zumindest hinsichtlich der Verzierungen relativ reduzierte Form, an der die Abstraktion wohl am einfachsten durchführbar ist, ist die am Anfang der Variationen von KV 265 erklingende Grundform.

407 Siehe zu dieser Problematik schon anschaulich im nicht-musikalischen Kontext die Ausführungen durch Judge *Learned Hand* in Nichols v. Universal Pictures Corporation et al., 45 F.2d 119 (2nd Cir. 1930).

408 Einen eher weiten Semantikbegriff scheint etwa *Rösing,* in: *Helms/Phleps* (Hrsg.), Black Box Pop. Analysen populärer Musik, 257, 259 anzunehmen: „Aus musikstrukturellen >Kleinigkeiten< kann eine Motivsemantik erwachsen, die für geistiges Eigentum kennzeichnend ist."

409 Insbesondere detailreich zu diesem Themenkomplex Williams v. Gaye, 885 F.3d 1150 (9th Cir. 2018) – Dissenting Opinion, Richterin *Nguyen*, 62.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

begründbarer Gleichheit musikalischer Elemente resultiert. Ferner zeigt sich die Abhängigkeit der Abstraktion von der Form auch darin, dass bei einem strukturell basierten Ideenverständnis in der Musik eine Unterscheidung der Idee von der „inneren Form" praktisch nicht möglich ist. Insgesamt zeigt sich daher, dass auch die Abstraktion oder Reduktion letztlich nur ein Rekurs auf einzelne wichtige formale Parameter ist, die sich klar in einer Ausdrucksform niederschlagen.

f. Zusammenfassung

Wenngleich die Bestimmung des Inhalts oder der Idee in der Musik insgesamt nicht so offenkundig durchführbar ist wie es etwa im Bereich von Sprachwerken der Fall sein mag, bestehen gewisse Bestandteile in der Musik, die als Inhalt oder Idee klassifiziert werden könnten.

Vor allem in Bezug auf den Inhalt betrifft das die Begriffe der außermusikalischen Bereiche, die aber semantisch oder in sonstiger Weise mit der Musik verknüpft sind, wie Gefühle und Assoziationen (b. und c.). Ähnlichkeiten zeigen sich insofern auch zum Begriff des BGH vom ästhetischen Gehalt des Musikwerkes (d.). Weniger überzeugend ist die Bezeichnung von typischen Formelementen als Inhalt (a.).

Mit stärkerem Bezug auf den Ideenbegriff kann auch erwogen werden, die hinter dem Musikwerk stehende Struktur der Inhalts- oder Ideensphäre zuzuordnen – zumindest wird das im Rahmen der Unterscheidung von *idea* und *expression* vorgeschlagen. Allerdings scheint hierbei kein Konzept verfolgt zu werden, das auf eine tatsächliche Abgrenzbarkeit von Ausdrucksform und Idee hinausläuft, sondern eher mit fließenden Grenzen auf eine ausreichende Konkretisierung und Unterscheidbarkeit – ähnlich dem Originalitätskriterium – abzielt.

2. Untrennbarkeit

Die gerade gezeigten Überlegungen einer auf Interpretation und Semantik basierenden Inhalts- oder Ideenbeschreibung legen nahe, dass die Idee oder der Inhalt im juristischen Sinne zumindest nicht undenkbar sind. Es kann zwar basierend auf den angeführten Argumenten angenommen werden, dass der musikanalytische Zugang unter C.IV.1.e. mangels Semantik nicht die Idee oder den Inhalt der Musik im juristischen Sinne bezeichnet. Jedenfalls

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erschließt sich aber nicht, warum etwa Assoziationen in der Musik nicht unter den juristischen Inhalts- bzw. Ideenbegriff fallen.

Die in der deutschen juristischen Literatur vorherrschende Meinung ist, dass die Dichotomie im Musikbereich schon deshalb keine Anwendung finde, weil Inhalt und Form in der Musik „untrennbar" miteinander verbunden seien.[410] Inhalt und Form fielen in der Musik letztlich zusammen oder seien eine „Einheit".[411] Auch im Bereich der musikwissenschaftlichen Literatur wird der dort verwendete Begriff des Inhalts und der Idee von vielen als mit der Form zusammenfallend und daher untrennbar betrachtet.[412]

Das suggeriert auf den ersten Blick, dass in anderen Bereichen die vollständige Trennung ohne Weiteres möglich sei. Es gibt also vor, etwa Inhalte in Sprachtexten seien vollständig ohne Sprache denkbar.[413] Ein Nachweis für den wesensgemäßen Unterschied von Musik- und Schriftwerken bleibt seitens rechtswissenschaftlicher Literatur aber aus.[414]

Auch eine Begründung der fehlenden Trennbarkeit wird eher selten angeführt, obwohl die oben genannten möglichen Inhalte oder Idee der Musik zeigen, dass eine Untrennbarkeit zumindest nicht auf der Hand liegt.[415] Argumentativ wird teilweise vorgebracht, dass die besonders enge Verbindung von Inhalt und Form in der Musik zumindest daran zu erkennen

410 *Troller*, CR 1987, 213, 217; *Schwenzer*, ZUM 1996, 584, 586; *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 2 Rn. 76; *Ulmer,* Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 120; *Ahlberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 94; *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 34 Fn. 70; für *idea* und *expression* in den USA: *Jones*, Pace Law Review 1990, 551, 571.

411 *Ulmer,* Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 120; *Schwenzer*, ZUM 1996, 584, 586; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 37. So auch 1901 der Abgeordnete Dr. Müller in der zweiten Beratung des LUG am 19. April 1901: „Wir müssen daran festhalten, daß, während auf literarischem Gebiet es vor allem darauf ankommt, daß dem Gedanken, der literarischen Idee erst die Form gegeben wird, es bei der Musik ganz anders liegt. Hier ist nicht der Inhalt, sondern vor allem die Form vollständig von Anfang [gegeben]; die Musik ist der bereits geformte Gedanke."; anders aber *Ahlberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 94, der trotz angenommener Untrennbarkeit einen Unterschied zwischen Inhalt und Form in der Musik sieht und auch näher beschreibt, was er unter dem Inhalt der Musik versteht.

412 *Hanslick,* Vom Musikalisch-Schönen, 1854, 99; *Kühn*, Art. „Form", in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1995).

413 Kritisch insofern *Troller*, CR 1987, 213, 217.

414 Wohl daher relativierend und nur graduell unterscheidend: *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 2 Rn. 76.

415 Vgl. exemplarisch etwa *Ahlberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 94: „Nun ist zwar Musik auch intellektuelles Verständnis, sie wendet sich jedoch in erster Linie an die Gefühlswelt (Köhn ZUM 1994, 278). Das Gefühlserleben ist aber

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sei, dass dort kleine Änderungen der äußeren Form schon zu freier Benutzung führen würden.[416] Dieses Argument wirft aber weitere Fragen auf. Entweder begreift man die Ideenfreiheit als Teil der Prüfung einer freien Benutzung. Dann wäre es ein Zirkelschluss, dass kleine Änderungen der Form zur freien Benutzung führten. Begreift man aber die Ideenfreiheit als Teil der Schutzfähigkeit, ist die Aussage schon deshalb fragwürdig, weil auch in der Musik kleinste Änderungen nicht dazu führen, dass der Bereich der Vervielfältigung oder der Bearbeitung verlassen wird (siehe noch näher unter Kapitel 3 A. und B.).

Plausibler ist das Untrennbarkeitsdogma aber zumindest hinsichtlich der Inhalte oder Ideen, die nach einer Reduktionsanalyse der musikalischen Form entnommen werden sollen. Wie oben dargestellt zeigt sich hier in der Tat eine enge Verbindung der musikalischen Abstraktion und der tatsächlich erklingenden Form.

Doch auch die Konsequenz der behaupteten Untrennbarkeit dieser Sphären in der Musik ist problematisch. Versteht man Inhalt oder Idee in der Musik im genannten Sinne als nicht abtrennbar von der Form, müsste wohl auch die Anwendung der *idea-expression-dichotomy* als Bestandteil des europäischen Werkbegriffs konsistent zu anderen Fällen auszulegen sein, in denen Idee und Ausdrucksform zusammenfallen. In der Musik wird basierend auf dem Zusammenfallen der Sphären argumentiert, die dichotome Unterscheidung sei nicht mehr anwendbar.[417] Allerdings argumentiert der EuGH gerade im Zusammenhang mit einem Zusammenfallen von Idee und Ausdrucksform bei technischen Erwägungen, dass dann kein Schutz möglich sei.[418]

Das würde übertragen auf den musikalischen Bereich bedeuten, dass der gesamte musikalische Bereich nicht vom Urheberrechtsschutz erfasst wäre – ein fragwürdiges Ergebnis, das wohl weder der EuGH noch die Vertreter der Untrennbarkeit von Form und Inhalt oder Idee und Ausdrucksform in der Musik intendieren.

---

dem Inhalt zuzuordnen. Daher bilden bei allen Werken der Musik Inhalt und Form stets eine untrennbare Einheit (vgl. auch HK-UrhR/Dreyer Rn. 206)."

416 *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 34.

417 Vgl. vor allem mit Bezug zum Inhaltsbegriff *Troller*, CR 1987, 213, 217; *Schwenzer*, ZUM 1996, 584, 586; *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 2 Rn. 76; *Ulmer,* Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 120; i.E. auch *Ahlberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 94; *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 34 Fn. 70.

418 *EuGH,* Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736), Rn. 27 ff. – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get.*

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Fasst man die Dichotomie als grundlegend für das Urheberrecht auf, erscheint es damit inkonsistent, wann nun bei einem Zusammenfallen ausnahmsweise die Form nicht geschützt ist und wann ausnahmsweise der Inhalt geschützt sein kann.

3. Freihaltebedürfnisse

Fraglich ist außerdem, ob es in der Musik überhaupt ein Freihaltebedürfnis für die oben identifizierten Anknüpfungspunkte für Inhalt oder Idee gibt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob dieses Freihaltebedürfnis über die bereits oben dargestellten freigestellten Aspekte im Rahmen der Originalität hinausgeht oder sich in sonstiger Weise als interessengerechtes Kriterium der Schutzfähigkeit zeigt.[419] Denn nur dann könnte die Dichotomie als sinnvoller Maßstab im Musikbereich angewandt werden.

Versteht man den Bereich der musikalischen Themen, Motive oder Melodien als Inhalt, lässt sich diese Frage recht eindeutig beantworten. Themen, Motive oder Melodien sind genauso schutzbedürftig wie übrige musikalische Elemente auch, es erschließt sich nicht, warum gerade für diese Werkteile ein Freihaltebedürfnis bestehen soll. § 24 Abs. 2 UrhG a.F. gründete sogar auf der Annahme einer besonderen Schutzbedürftigkeit für Melodien und stand einem Freihaltebedürfnis damit diametral entgegen.[420]

Ebenso fernliegend wäre ein Freihaltebedürfnis für die von Musik beinhalteten Emotionen oder Assoziationen. Diese müssten überhaupt erst am Schutzgegenstand spezifisch dargelegt werden können. Das macht es für einen Großteil interpretierter assoziativer Verknüpfungen nicht möglich, Schutz zu erfahren. Ist eine spezifische Assoziation hingegen so deutlich und gewollt, dass sie dem Werk eindeutig entnommen werden kann, ist es nicht plausibel sie urheberrechtlich freizustellen. Man nehme etwa ein Leitmotiv aus einer Oper, das nachweisbar mit der inhaltlichen Ebene verbunden ist. Würde dieses Motiv nun in einer anderen Oper ebenfalls semantisch mit etwas Ähnlichem verknüpft, ist es unplausibel, warum dieser Parameter nicht ebenfalls für eine Vervielfältigung sprechen soll. Liegt die Originalität gerade in dieser Verbindung, dann erscheint es kaum interessengerecht, sie urheberrechtlich frei zu stellen nur weil sie Idee und nicht Form ist.

---

419 Schon *Kopp,* Freiheit der Idee, 2014, 278 bemerkte allerdings zur praktischen Bedeutung der dichotomen Unterscheidung im Allgemeinen: „Über die Fälle der fehlenden Formgebung und Individualität einzelner Elemente hinaus gewinnt der Grundsatz der Ideenfreiheit nur selten eigenständige Bedeutung."

420 Noch näher zum Inhalt des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. unter Kapitel 3 A.II.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im vom BGH genannten ästhetischen Gehalt drückt sich das aus, was nach verbreiteter Ansicht durch das Urheberrecht gerade geschützt werden soll, die schöpferische Eigentümlichkeit.[421] Auch hier erscheint die Freistellung daher unangebracht.

Übrig bleibt daher die Frage, inwiefern musikalische Strukturen oder Abstraktionen einem Freihaltebedürfnis unterliegen. Dem Grunde nach ist das insofern zu bejahen, als dass gewisse abstrakte Bausteine oder Strukturen der Musik frei bleiben müssen, um das künstlerische Schaffen späterer Kompositionen nicht unangemessen einzuschränken.[422]

Wie schon oben ausgeführt, muss in diesem Bereich eine Grenze der Abstraktion gefunden werden, ab der eine Abstraktion als Idee oder Inhalt bezeichnet werden kann. In der Prüfung entspricht das wohl in weiten Teilen der Individualitätsfeststellung.[423] Denn auch bei der Abgrenzung des oben diskutierten Allgemeingutes oder Formenschatzes – wie auch immer man dies im Detail bestimmen möge[424] – kommt es letztlich darauf an, dass allgemein bekannte Konzepte und Bausteine vom Schutz ausgeschlossen werden. Während sich aber im Rahmen der Individualitätsfeststellung weitgehend differenzierte Erwägungen ergeben haben, ab wann in der Musik Elemente und Parameter als individuell gelten können, kann mit der Absonderung einer musikalischen schutzunfähigen Idee oder eines schutzunfähigen Inhalts kaum etwas zur Frage beigetragen werden, wo hier eine interessengerechte Grenze zu finden ist. Letztlich würde dann nur die Frage, welchen Originalitätsgrad ein Werk erreichen muss, um geschützt zu sein, auf eine scheinbar dichotome Form-Inhalt- oder Ausdruck-Idee-Abgrenzung übertragen.[425] Dass die Ideenfreiheit oder Inhaltsfreiheit neben einer Individualitätsbestimmung oder als deren Alternative eine bessere Ausgangslage bietet, ist daher zu bezweifeln.

Im Rahmen der aktuellen Schutzvoraussetzungen ergibt sich somit ebenfalls kein Bedürfnis einer expliziten Freistellung von Ideen oder Inhalten in der Musik, sofern sie lediglich als Abstraktionen des Musikwerkes verstanden

421 Siehe *BGH* GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*. Vgl. aber zumindest in Teilen zur kritischen Betrachtung: A.II.2.

422 *Rahmatian,* in: *Rahmatian* (Hrsg.), Concepts of Music and Copyright. How Music Perceives Itself and How Copyright Perceives Music, 78, 111.

423 Vgl. *Kopp,* Freiheit der Idee, 2014, 259 ff. und *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 55 ff.

424 Siehe insofern den obigen Vorschlag einer objektiv-historischen Bestimmung des Formenschatzes A.III.3.

425 Vgl. insofern auch *Berking,* Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 55.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werden. Es kann also von keiner der oben genannten Interpretationsmöglichkeiten *per se* ein Freihaltebedürfnis spezifischer Inhalte oder Ideen in der Musik abgeleitet werden.

V. Geeignetheit als Kriterium der Schutzfähigkeit in der Musik

Vor dem Hintergrund dieser Erkenntnisse erscheint es zweifelhaft, dass ein Konzept der Ideenfreiheit oder der Inhaltsfreiheit für den musikalischen Bereich etwas dazu beitragen kann, die Grenzen der Schutzfähigkeit und auch der unfreien Benutzung sinnvoll zu bestimmen.

Dort, wo sie mögliche Hinweise auf die Schutzwürdigkeit von musikalischen Elementen gibt, versteckt sich dahinter eigentlich eine Art der Individualitätsabgrenzung, die aber unklare Maßstäbe liefert. Wenn aus sich heraus schlicht jeder Aspekt frei bleiben soll, der als Idee oder Inhalt verstanden werden kann, führt das möglicherweise in Einzelfällen sogar zur undifferenzierten Freistellung schützenswerter Parameter. Die Behauptung, dass Inhalts- oder Ideenfreiheit in der Musik wegen fehlender Abtrennbarkeit ausnahmsweise nicht anwendbar seien, überzeugt dabei, wie gezeigt, nur wenig.

Warum sich die Ausgangslage dieser dichotomen Abgrenzungen in der Musik so fruchtlos zeigt, ist kaum zweifelsfrei feststellbar. Eine übergeordnete Begründung könnte man aber wohl darin sehen, dass der *free flow of information* und das Allgemeininteresse in der Musik schlicht nicht die gleiche Rolle wie in journalistischer oder wissenschaftlicher Literatur einnimmt. Während im Falle der sachbezogenen Literatur auf Basis von äußeren Informationen, also Erkenntnissen, eine geistige Schöpfung erst in der konkreten Darstellung dieser Erkenntnisse liegt, ist es im musikalisch-künstlerischen Bereich anders: dort wird nicht nach äußeren Informationen gehandelt, sondern schon die Idee ist Teil des kreativen Schaffensprozesses. Verkürzt könnte also gesagt werden: Im Bereich der Kunst ist der Inhalt und die Idee kreative Schöpfung. In wissenschaftlicher Literatur, technischer Entwicklung und journalistischen Texten sind Inhalt und Idee das wohl regelmäßig nicht.

Warum also die Ideenfreiheit oder Inhaltsfreiheit gleichermaßen künstlerische oder musikalische wie wissenschaftliche oder technische Idee erfassen soll, erschließt sich daher nicht. Entsprechend beziehen sich die Quellen von *Kohler* (und auch schon die Begründungen von *Fichte*), hinsichtlich der Inhalts- oder Ideenfreiheit auf nicht-künstlerische Schriftwerke. Die

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ursprünge der *idea-expression-dichotomy* in den USA zeigen im Urteil *Baker v. Selden* einen ähnlichen Bezug auf nicht-künstlerische Werke. In beiden Fällen bestand keine sämtliche Urheberrechtsbereiche umfassende Dichotomie am Anfang der Entwicklung. Es stand eine nach Interessen ausgewogene Entscheidung für bestimmte Inhalte einer bestimmten Werkgattung. Der Versuch, das Prinzip zum Grundsatz des Urheberrechts zu erheben, entwickelte sich in beiden Fällen erst später.[426] Ob die Generalisierung einer Ideenfreiheit oder Inhaltsfreiheit auch in anderen Kunstbereichen scheitert, kann aber aus Perspektive der hier vorgenommenen Untersuchung, die sich auf die Musik fokussierte, kaum abschließend beurteilt werden.

Nach den hier dargelegten Ergebnissen erscheint es jedenfalls für die Musik sinnvoller, wenn eine solche Generalisierung nie stattgefunden hätte, führt sie doch im besten Fall zu Verwirrung der Schutzfähigkeitskriterien und im schlechtesten Fall sogar zu inkonsequenten oder nicht interessengerechten Ergebnissen. Selbst die neueren Vorschläge einer Neuinterpretation der Ideenfreiheit als Grundlage für eine Interessenabwägung können insofern die Zweifel an der Sinnhaftigkeit des Kriteriums nur bedingt ausräumen.[427] Wenn die begriffliche Bestimmbarkeit der Idee so unklar ist, dass sie nur noch als vager Ausgangspunkt einer Interessenabwägung gilt, dann steht infrage, wozu es überhaupt eines Rückgriffs auf den Ideenbegriff bedarf. Es bleibt daher zu bezweifeln, dass die dichotomen Unterscheidungen von Inhalt und Form oder Idee und Ausdrucksform der Bedeutung eines urheberrechtlichen werkübergreifenden Grundsatzes gerecht werden können.

426 Vgl. hierfür die Darstellungen unter C.III.

427 Siehe zu diesen neuen Vorschlägen insb.: *Kopp,* Freiheit der Idee, 2014, 179 ff.; *Haberstumpf*, UFITA 2020, 36, 90 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 3 – Freiheit kompositorischer Benutzungshandlungen

A. Benutzung außerhalb des Schutzumfangs: alte und neue Maßstäbe

Während sich das vorherige Kapitel mit der Frage beschäftigte, wann musikalische Elemente überhaupt geschützt sind und welche Elemente stets frei zur Benutzung bleiben, betrachtet dieses Kapitel diejenigen Konstellationen urheberrechtlich freigestellter Benutzung, die grundsätzlich schutzfähige musikalische Elemente betreffen. Neben der später zu erörternden Erlaubnis von Benutzungen im Rahmen gewisser Schranken, kann eine erlaubte Benutzung von Werkelementen auch dann vorliegen, wenn sich die Benutzung nicht mehr innerhalb des Schutzumfangs der §§ 15 ff. UrhG bewegt.[428]

Das Thema der Abgrenzung von Bearbeitung und freier Benutzung wurde nicht zuletzt dadurch neu befeuert, dass das etablierte normative Gefüge der §§ 23, 24 UrhG a.F. – zumindest formell – nicht mehr fortbesteht. Nicht nur ist § 24 UrhG a.F. als kodifizierte Grenze der Bearbeitung seit dem 7. Juni 2021 passé, sondern es zeigen sich auch stärkere Einflüsse des Unionsrechts, die im Rahmen der Harmonisierung einen Einfluss auf das Verständnis dieser neuen freien Benutzungshandlungen ausüben. Mit der Neuformulierung des § 23 UrhG spielen zudem andere Begrifflichkeiten eine Rolle, an die das Gesetz die Grenze der Bearbeitung knüpfen soll: „Wahrt das neu geschaffene Werk einen hinreichenden Abstand zum benutzten Werk, so liegt keine Bearbeitung oder Umgestaltung […] vor" (§ 23 Abs. 1 S. 2 UrhG). Ein „hinreichende[r] Abstand" – auf den ersten Blick ein (vermeintlich) aus der BGH-Rechtsprechung bekannter Begriff – ist also das gesetzlich vorgegebene Kriterium der Bearbeitungsgrenze. Um diese neuen Entwicklungen des deutschen und in Teilen auch europäischen Urheberrechts besser nachvollziehen zu können, soll zunächst die bisherige „freie Benutzung" im Sinne des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. (I.) und der Sonderfall des Melodienschutzes (II.), näher betrachtet und die Neuerungen des § 23 UrhG bereits in den Grundzügen damit verglichen werden (III.), bevor im nächsten Abschnitt (B.) auf die uni-

428 Im Folgenden wird hierfür der im Zusammenhang mit der Abgrenzung von „Schutzbereichsbestimmung" und „Schranken" gebräuchliche – im Einzelnen aber nicht immer einheitlich verwendete – Begriff des Schutzbereiches verwendet. Vgl. zu einer weiteren Begriffsverwendung und eingehend zum Begriff, *Wypchol,* Die Nutzung des Werks, 2021, 12 f.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

onsrechtlichen Implikationen und die Bewertung der neuen Rechtslage eingegangen wird.

I. Die „alte" freie Benutzung in der Musik

Für den Bereich der fremdreferenziellen Komposition war die freie Benutzung des § 24 UrhG a.F. bislang stets das zentrale Abgrenzungskonzept.[429] § 24 UrhG a.F. stellte in der deutschen Rechtsprechung über lange Zeit den Dreh- und Angelpunkt zahlreicher Argumentationen für das dar, was aus kulturellem Interesse noch erlaubt sein soll und was als Überschreitung des Schutzbereichs gelte.

Aus der Erkenntnis, dass kulturelles Schaffen auf anderem kulturellen Schaffen aufbaut, ergab sich das dahinterstehende Ziel der Norm, „Freiraum für eine schöpferische Auseinandersetzung mit bestehenden Werken zu schaffen und damit eine kulturelle Fortentwicklung zu ermöglichen".[430] Unter diesem Ziel erlebte § 24 UrhG a.F. allerdings eine besondere Ausdehnung, die sich kaum noch aus einem Blick in das Gesetz allein erklären lässt und auch noch für die gegenwärtige Rechtslage von entscheidender genetischer Bedeutung ist. Daher soll nachstehend ein Blick darauf geworfen werden, welche Funktionen § 24 Abs. 1 UrhG a.F. in Folge der genannten Ausdehnung ausgehend von systematischer Einordnung und Wortlaut der Norm einnahm.

1. Einordnung von § 24 UrhG a.F. in den sachlichen Schutzumfang

Eine tatbestandliche Erwähnung der „Benutzung" gab es außerhalb von § 24 UrhG a.F. nicht. Die Benutzung ist ein Oberbegriff: Sie kann in jeder der Verwertungsmöglichkeiten, ob körperlich oder unkörperlich, gesehen werden. Denn ob vervielfältigt oder aufgeführt, in jedem Fall wird das Werk „benutzt". Von zentraler Bedeutung bei jeglicher Verletzung solcher Verwertungsrechte ist, ob der sachliche Schutzumfang im Rahmen der Rechtsverletzung berührt ist.[431] In diesem Zusammenhang waren auch die Auswirkun-

429 Siehe etwa *Döhl,* in: *Albers/Katsivelas* (Hrsg.), Recht & Netz, 269, 270.

430 *BGH* GRUR 2017, 895, Rn. 22 – *Metall auf Metall III*; ferner *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 UrhG Rn. 2.

431 Vgl. im Zusammenhang mit dem Merkmal der Urheberrechtsverletzung in § 97 Abs. 1 S. 1 UrhG *Specht*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 97 Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen der Abgrenzung von §§ 23, 24 UrhG a.F. ihrer systematischen Stellung nach angesiedelt.

Von besonderem Interesse war die freie Benutzung i.S.d. § 24 UrhG a.F. im Rahmen körperlich fixierter Bearbeitungen, da sich dort das Gros der Abgrenzungsfragen zur musikalischen Bearbeitung stellt – etwa im Rahmen von Tonaufnahmen oder Notentext.[432] Regelmäßig hält der Benutzer in der Musik seine Komposition auf einer Tonaufnahme oder auf Papier fest. Das bedeutet freilich nicht, dass die Abgrenzungsfragen zu einer freien Benutzung nicht auch im Falle nicht-fixierter Verwertungen relevant sein können: Ein Beispiel sind etwa manche öffentliche Jazzimprovisationen, die ein Werk ohne vorherige körperliche Fixierung verändert aufführen und insofern ebenfalls die Frage aufwerfen, ob dort das zugrundeliegende musikalische Material frei benutzt wurde.[433] Besondere Beachtung fanden aber in der Praxis die häufigeren Abgrenzungsfragen von Vervielfältigung, Bearbeitung und freier Benutzung im Sinne der §§ 16, 23, 24 UrhG a.F.[434]

Aus der Distanz betrachtet ergeben sich diese drei Kategorien der Vervielfältigung Bearbeitung und freien Benutzung aus Unterschieden in der Ähnlichkeit zweier Werke (sogleich unter a.) und aus der Frage, inwieweit das neuere Werk auf ein älteres zurückgreift (unter b.).

a. Objektive Ähnlichkeitsprüfung

Für Benutzungen jeglicher Art bedarf es zunächst der objektiven Ähnlichkeit von Elementen des neuen Werkes mit denen des älteren, möglicherweise benutzten Werks.[435] Ob Vervielfältigung, öffentliche Wiedergabe oder Auf-

---

432 Siehe zur Abgrenzung von Vervielfältigung, Bearbeitung und freier Benutzung etwa *BGH* GRUR 2014, 65 – *Beuys-Aktion*; vgl. auch die Verbreitung miteinbeziehend: *OLG Hamburg* ZUM-RD 2016, 576 – *Bearbeitung eines Tagebuchs*.

433 Vgl. im Kontext des Melodienschutzes *Canaris,* Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 93 f.

434 Die deutsche Rechtsprechung und ein weiter Teil der deutschen Literatur verstehen unter einer Vervielfältigung jede körperliche Festlegung, die geeignet ist, ein Werk auf irgendeine Weise den menschlichen Sinnen unmittelbar oder mittelbar zugänglich bzw. wahrnehmbar zu machen, *BGH* GRUR 1955, 492, 494 – *Grundig-Reporter*; *Heerma*, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 16 Rn. 4; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 16 Rn. 5.
Im Vordergrund stehen also Bearbeitungen bzw. freie Benutzungen, die auf einer körperlichen Fixierung beruhen.

435 *Pimat,* Beweisprobleme, 2002, 54 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

führung eines Musikwerkes – nur wenn objektiv Gemeinsamkeiten zwischen älterem Musikwerk und der späteren möglichen Vervielfältigung, Wiedergabe oder Aufführung der Musik feststellbar sind, kommt eine urheberrechtlich relevante Benutzungshandlung überhaupt in Frage.[436] Dementsprechend ist zunächst, basierend auf den identifizierten schutzfähigen Elementen, festzustellen, welche der Werkelemente oder Parameter des älteren Werkes sich im jüngeren Musikstück finden lassen.[437]

Liegt beispielsweise eine umfassende unveränderte Vervielfältigung vor, etwa die Vervielfältigung eines ganzen Datenträgers, der ein urheberrechtlich schutzfähiges Musikwerk enthält, ist diese Frage meist unproblematisch und berührt die Frage der freien Benutzung nicht.

Probleme tauchen hingegen dann auf, wenn das ursprüngliche Werk in einer veränderten Form genutzt wird.[438] Zentral ist dann zunächst der objektive Vergleich zweier Werke hinsichtlich der Frage, wo im neuen Werk die geschützten Werkelemente des älteren liegen könnten.[439]

Ein darauf folgender Vergleich kann im musikalischen Bereich sehr komplex werden, beispielsweise im Fall der Vergleichsuntersuchung von sogenannten Soundalikes mit dem Original.[440] Bei der Herstellung von Soundalikes sollen Musikstücke bewusst wie andere klingen, aber so in einigen Parametern abgeändert werden, dass etwa im Bereich von Werbespots die Kosten der Lizenz eingespart werden können.[441] Ökonomisches Ziel eines Soundalikes ist also in vielen Fällen die Benutzung außerhalb des Schutzbereiches eines fremden Werkes oder zumindest eine Freiheit durch Schranken, ohne aber, dass der Kompositionsprozess von Anfang an auf reine Inspiration angelegt ist.[442] Der Höreindruck an sich soll dabei dem Originalwerk möglichst ähnlich bleiben. Ein solcher ähnlicher Höreindruck muss dort in den einzelnen Parametern regelrecht herausgearbeitet werden.

436 *Dieth,* Musikwerk und Musikplagiat, 2000, 39 f.; siehe auch aus Perspektive der Rechtsfolgen *Specht*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, in: Dreier/Schulze, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 97 Rn. 11.

437 Vgl. *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 16 Rn. 9 ff.

438 Hierzu insb. aus unionsrechtlichen Gesichtspunkten noch näher unter B. und C.

439 *Pimat,* Beweisprobleme, 2002, 54 ff.

440 *Czychowski*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 9 Die Werkarten Rn. 121.

441 *Strötgen,* in: *Moormann* (Hrsg.), Musik im Fernsehen. Sendeformen und Gestaltungsprinzipien, 105, 111 f. Siehe auch *Czychowski*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 9 Die Werkarten Rn. 121.

442 Ähnlich *Czychowski*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 9 Die Werkarten Rn. 121.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dementsprechend wird auch hier in Grenzfällen regelmäßig die Hinzuziehung eines Sachverständigen notwendig sein, wie schon im Rahmen der Schutzfähigkeit musikalischer Werke.[443]

b. Subjektive Rückgriffsprüfung

Schon dem Wortlaut nach keine „Benutzung" liegt vor, wenn etwas eigenständig Hergestelltes nur „zufällig" dem geschützten Werk gleicht. Derjenige, der eine zufällige Nachschöpfung herstellt, „be*nutzt*" gerade kein fremdes Werk, sondern schafft einen eigenen Gegenstand.[444] Es muss zumindest eine unbewusste Entlehnung des fremden Werks stattgefunden haben.[445] Stehen Ähnlichkeiten von beiden Werken fest, wird also die Frage aufgeworfen, ob hinsichtlich der übereinstimmenden Musikelemente tatsächlich auf ein älteres Werk zurückgegriffen wurde.[446]

443 Siehe in diesem Sinne schon: *BGH* GRUR 1981, 267, 269 – *Dirlada*; zur Schutzfähigkeitsfrage: *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 64 – *Goldrapper*; siehe im Übrigen oben Kapitel 2 A.I. und B.III.1.

444 Dieser ist gleichwohl aber nicht selbst schutzwürdig, siehe Kapitel 2 A.III u. IV.

445 *BGH* GRUR 1988, 810, 811 – *Fantasy*; *BGH* GRUR 1971, 266, 268 – *Magdalenenarie*; *OLG Zweibrücken* GRUR-RR 2016, 141, Rn. 27 – *Piano-Lehrbuch*; *OLG Köln* GRUR 2000, 43, 44 – *Klammerpose*; *Hertin*, GRUR 1989, 159, 160; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 23 Rn. 32 ff.; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 23 Rn. 87; *Dreyer*, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, 4. Aufl. 2018, UrhG, Anhang zu §§ 23, 24 Rn. 7; *Loewenheim/Leistner*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 8 Schutzumfang Rn. 32. Dies ist etwa ein entscheidender Unterschied zum Patentrecht: *Specht*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 97 Rn. 11: „Schließlich ist zu beachten, dass das Urheberrecht im Gegensatz zum Patentrecht kein absolutes Monopol gewährt." Pointiert auch *Ernst*, in: *Hoeren/Sieber/Holznagel* (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 55. EL Februar 2021, Teil 7.1 Grundlagen des Urheberrechts Rn. 46: „Kongenialität ist keine Urheberrechtsverletzung – anders als bei gewerblichen Schutzrechten."

446 Insofern ist der oft verwendete Begriff der Individualität etwas missverständlich, suggeriert er doch, dass eine Nachschöpfung oder sogenannte Doppelschöpfung gar nicht möglich ist, denn sie wäre gerade nicht individuell, wenn sie in gleicher Form wiederentstehen könnte. Siehe hierzu bereits *Hilty,* Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 157. Vgl. im Übrigen Kapitel 2 A.III.4.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das prozessuale Vorgehen zur Beantwortung einer solchen Frage wurde in den letzten Jahren gerade für die Übernahme musikalischer Werkteile, vor allem im Zusammenhang mit Melodien, immer weiter konkretisiert.[447]

Eine zentrale Rolle spielt in derartigen Fällen der Anscheinsbeweis.[448] Ein solcher Anscheinsbeweis für einen Rückgriff kann unter Umständen schon dann vorliegen, wenn der Kläger darlegen kann, dass schutzfähige Elemente des älteren Werks tatsächlich im neueren Musikstück Verwendung finden.[449] Denn die unabhängige Nachschöpfung wird als seltener Ausnahmefall betrachtet.[450]

Allerdings kann der Anscheinsbeweis gerade im Bereich musikalischer Bearbeitungen häufig erschüttert sein. Das ist etwa dann der Fall, wenn ein anderer plausibler Geschehensablauf dazu dargelegt werden kann, wie das neuere Werk unabhängig vom älteren entstanden ist.[451] In der Rechtsprechung wird der Anscheinsbeweis auch dann als erschüttert angesehen, wenn das Werk sich nur geringfügig vom Vorbekannten unterscheidet und die schöpferische Eigentümlichkeit daher im Bereich der sogenannten, im Einzelnen aber kaum klar abzugrenzenden, „kleinen Münze" liegt.[452] Im Übrigen bleibt dem Beklagten aber oft nur noch der Nachweis, dass er keine Kenntnis vom vorbekannten Werk hatte.[453]

---

447 Besonders ausführlich *KG* BeckRS 2012, 1765; *OLG Hamburg* ZUM 2019, 262; aus der Literatur eingehender: *Dieth,* Musikwerk und Musikplagiat, 2000, 200 ff.; *Pimat,* Beweisprobleme, 2002, insb. 54 ff.

448 *BGH* GRUR 1971, 266, 268 – *Magdalenenarie*; *BGH* GRUR 1988, 810, 811 – *Fantasy*; *BGH* GRUR 1991, 533, 535 – *Brown Girl II*; *OLG Hamburg* ZUM 2019, 262. Siehe detailliert begründend auch *KG* BeckRS 2012, 1765: „Der Anscheinsbeweis für den Rückgriff auf das ältere Werk folgt daraus, dass sich angesichts der vielfältigen Schaffensmöglichkeiten auf künstlerischem Gebiet nicht anders erklären lässt, warum die Merkmale der beiden Werke übereinstimmen. Er setzt nicht den zusätzlichen Nachweis voraus, dass das ältere Werk allgemein geläufig, weit verbreitet oder auch nur in nennenswertem Umfang bekannt war (ebenso im PKH-Verfahren der 5. Zivilsenat, Beschluss vom 7. März 2006; anders noch im einstweiligen Rechtsschutzverfahren LG München I, Beschluss vom 7. November 2002 - 7 O 19257/02, S. 13)." Ferner *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 23 Rn. 53.

449 *KG* BeckRS 2012, 1765.

450 *BGH* GRUR 1988, 812, 815 – *Ein bißchen Frieden*; *OLG Hamburg* ZUM 2019, 262, 264.

451 *BGH* GRUR 1988, 812, 815 – *Ein bißchen Frieden*.

452 *BGH* GRUR 1971, 266, 269 – *Magdalenenarie*; hier ist allerdings schon nicht eindeutig, ob überhaupt eine Originalität begründet werden kann, vgl. im Allgemeinen *Hilty,* Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 157. Im Ergebnis wird aber in beiden Fällen, ob man nun derartige Werke in der Schutzfähigkeit ausschließt oder hier den Anscheinsbeweis versagt, regelmäßig der Nachweis einer Rechtsverletzung in der Praxis scheitern.

453 Ausführlich dazu etwa: *KG* BeckRS 2012, 1765.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gerade an solchen Problemen zeigt sich, wie die Fragen der Schutzfähigkeit und der Vervielfältigung letztlich in der Rechtspraxis zusammenspielen: Werden im Rahmen der Originalität hohe Hürden festgelegt, dann erscheint eine Entlehnung bei objektiven Ähnlichkeiten wohl regelmäßig sehr naheliegend. Sind die Hürden hingegen sehr niedrig, dann ist es einfacher darzulegen, dass der potentielle Verletzer ohne eine behauptete Entlehnung zu ähnlichen Ergebnissen kam.[454]

c. Bezugspunkt von § 24 UrhG a.F.

Dann, wenn nachweislich ein fremdes Werk benutzt wurde, also wenn objektive Anhaltspunkte bestehen und subjektiv darauf zurückgegriffen wurde, steht offen, ob diese Benutzung nicht dennoch erlaubt ist: entweder, weil sie schon gar nicht den Schutzumfang der Bearbeitung bzw. der Vervielfältigung berührt oder weil sie trotz Schutzbereichsverletzung frei bleiben muss. Hier setzte neben den übrigen beigemessenen Bedeutungen des § 24 UrhG a.F. im Rahmen der Schutzfähigkeit in der Vergangenheit die hauptsächliche Bedeutung von § 24 UrhG a.F. an.[455]

Ob die freie Benutzung dabei Werke freistellte, die ohne § 24 Abs. 1 UrhG a.F. als Bearbeitung gelten sollten, also solche die unter den Gesichtspunkten der obigen objektiven Ähnlichkeit keine Rolle spielen, oder ob sie lediglich einen klarstellenden Gehalt haben sollte, war stets – ohne Rücksicht auf die ohnedies problematische Verwendung für Parodien – umstritten.[456] Es hängt davon ab, ob § 24 Abs. 1 UrhG a.F. als Ausnahmenorm zu verstehen war oder letztlich nur die selbstverständliche Grenze der Verwertungsrechte bekräftigen sollte.

---

454 Die Frage der Grenze von Bearbeitungen ist also keine Frage, die sich lediglich im Bereich der Verwertungsrechte und deren Schranken abspielt. Sie wird maßgeblich durch die unter Kapitel 2 behandelte Frage beeinträchtigt, welche Elemente bereits im Vorhinein in den Schutz einbezogen werden und welche ausgeschlossen werden sollen.

455 Siehe *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 11. Schon im Rahmen des Fehlens von übernommenen Werkteilen (also im Rahmen des oben genannten objektiven Vergleichs) wird aber dem Wortsinn folgend von einer freien Benutzung gesprochen. Siehe etwa auch *BGH* GRUR 1988, 812, 814 – *Ein bißchen Frieden*.

456 Für einen eher deklaratorischen Zugang: *Wegmann,* Rechtsgedanke der freien Benutzung, 2012, 52; wohl eher im Sinne einer Ausnahme zur damaligen Rechtslage *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 1; differenzierend und ausführlich *Gabler,* Die urheberrechtliche Drittnutzung, 2018, 117 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Für ein deklaratorisches Verständnis spricht, dass schon der Tatbestand die „freie Benutzung" mitaufnimmt. Es erscheint beinahe tautologisch, wenn die Norm festlegt, dass die freie Benutzung eines Werkes keine Zustimmung des Urhebers eines benutzten Werkes erfordert.[457] Was schon frei ist muss nicht freigestellt werden.

Andererseits ging jedenfalls aus dem spärlichen Wortlaut von § 23 UrhG a.F. in keiner Weise hervor, wo die eigenen Grenzen der Bearbeitung liegen sollen oder an welchem Rechtsbegriff zumindest für eine Bestimmung der Grenze angeknüpft werden könnte.[458] Beim Blick auf die Gesetzesmaterialien lässt sich außerdem eine klare Tendenz zu einer Ausnahmenorm feststellen:

> „In Übereinstimmung mit dem geltenden Recht (§ 13 LUG, § 16 KUG) sieht der Entwurf vor, daß abweichend von der Regelung in § 23 ein in Anlehnung an ein anderes Werk geschaffenes Werk dann ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht oder verwertet werden darf, wenn es sich von der Vorlage so weit gelöst hat, daß es als eine völlig selbständige Neuschöpfung anzusehen ist (freie Benutzung)."[459]

Der Einschub zu „abweichend […]" kann nichts anderes bedeuten, als dass von § 23 UrhG a.F. theoretisch erfasste Fälle mit § 24 Abs. 1 UrhG a.F. wieder ausgeschlossen werden sollten. Der Regierungsentwurf (1962) legt damit nahe, dass die Norm nicht nur deklaratorisch einen Zustand festhalten sollte, sondern durchaus als echte Ausnahme von § 23 UrhG a.F. zu verstehen ist.[460]

Weiter für eine echte Ausnahmenorm spricht auch, dass die Rechtsfolge des Melodienschutzes in Absatz 2 („Absatz 1 gilt nicht") wenig sinnvoll wäre, wenn Absatz 1 eine rein deklaratorische Funktion zukäme. Denn die „Geltung" von Absatz 1, die für Absatz 2 nicht vorliegt, beschränkt sich dann nur auf eine Klarstellung. Die Rechtsfolge des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. hätte also stets leerlaufen müssen.

---

457 *Fischer,* Digitale Kunst, 2018, 225.

458 Anders insofern nun zumindest in gewissem Maße § 23 UrhG Abs. 1 S. 2 UrhG. Siehe hierzu noch näher an späterer Stelle.

459 Begründung RegE, BT-Drs. IV/270, 51.

460 Zur damaligen Rechtslage *Ahlberg/Lauber-Rönsberg,* in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 1. Siehe auch *Chakraborty,* Rechtsinstitut der freien Benutzung, 1997, 26. Gleichwohl muss allerdings betont werden, dass die Begründung des Regierungsentwurfs nur ein Indiz dafür sein kann, was der Gesetzgeber wollte – zumal die Feststellung eines gesetzgeberischen Willens ohnehin nur mit großer Vorsicht vorgenommen werden kann, siehe *Schneider,* in: *Baldus/Theisen/Vogel* (Hrsg.), „Gesetzgeber" und Rechtsanwendung, 111.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vor diesem Hintergrund ist § 24 UrhG a.F. – zumindest nach der systematischen Anlage und dem historisch beigemessenen Zweck – so zu verstehen, dass er Fälle erfassen sollte, die sonst von § 23 UrhG a.F. erfasst worden wären.[461]

2. Inhaltliche Grundbegriffe des § 24 Abs. 1 UrhG a.F.

Der Wortlaut des Tatbestands gibt nur vage Auskunft darüber, welche Fälle der Anwendungsbereich des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. nach den gängigen Ansichten erfassen sollte. Eine klassische wortlautgebundene Auslegung des Tatbestands von § 24 Abs. 1 UrhG a.F. spielte wohl deshalb zumeist eine untergeordnete Rolle. Der Tatbestand ist äußerst knapp und betrifft ein „selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden ist". Eine Betrachtung der Formulierung zur „freie[n] Benutzung des Werkes eines anderen" ist, wie beschrieben, kaum relevant, da sich aus dem Wortlaut nicht mehr ergibt als das ohnehin Offensichtliche: es geht hier um die (näher zu bestimmende) freie Benutzung eines fremden Werkes.[462]

a. Selbständigkeit

Etwas konkreter ist hingegen die Einschränkung auf ein „selbständiges Werk". Das Kriterium erfordert nach seinem Wortlaut eine gewisse Eigenständigkeit des benutzenden Werkes. Es weist also nicht nur auf einen gewissen Grad an Unterschieden zu einem anderen Werk hin, sondern auch darauf, dass das neue Werk einen besonderen Zustand erreicht hat, nämlich eine – im künstlerischen Bereich wohl „ästhetische" – Selbständigkeit.[463]

Der Terminus „selbständiges Werk" wurde in der Konsequenz deshalb so verstanden, dass ein Werk unabhängig von den inspirierenden Elementen des älteren Werkes schutzfähig sein muss, also eine eigene neue Originalität

461 Das bedeutet freilich nicht, dass diese historisch-systematische Reichweite des § 23 UrhG und seine äußere Grenze auch in Zukunft Bestand haben. Gerade die neuere Fassung weist eine inhärente Begrenzung des § 23 UrhG auf. Näher hierzu unter A.III.

462 Einen gewissen differenzierteren Bedeutungsgehalt sieht hier aber *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 14 ff.

463 *Döhl,* in: *Albers/Katsivelas* (Hrsg.), Recht & Netz, 269, 272.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aufweist.[464] Essentiell für die Selbständigkeit ist folglich eine schöpferische Tätigkeit, also eine gewisse Kreativität.[465]

Angesichts dieser Richtungsvorgabe der Selbständigkeit wurde aber auch darüberhinausgehend vorgeschlagen, § 24 Abs. 1 UrhG a.F. als Kunstschranke neu zu verstehen oder der Norm im Bereich der kreativen Verwendung fremder Werke zumindest einen weiteren Rahmen zu geben.[466]

In diesem Falle würde das vorgegebene Ziel der Norm, das kreative Schaffen durch den Aufbau auf früheren Leistungen zu ermöglichen, in besonders deutlicher Weise zum Inhalt der Norm gemacht.

Dieser Ansatz war wohl nicht nur den bisherigen Problemen mit § 24 Abs. 1 UrhG a.F. geschuldet, sondern versuchte damit auch auf neue, vom Urheberrecht nur teilweise erfasste Konstellationen der Kunstentwicklung einzugehen.[467] Dahinter stand vermutlich auch die Idee, der freien Benutzung im Bereich des *User Generated Content* und musikalischen Praktiken wie dem Sampling einen modernen Anwendungsbereich zu verschaffen.

b. Abstand

Die Selbständigkeit wurde häufig aber auch dahingehend verstanden, dass ein „Abstand" zum älteren Werk einzuhalten sei.[468] Den Abstandsbegriff bezog der BGH in diesem Kontext allerdings nicht nur auf Unterschiede in der äußeren Gestaltung. Für einen hinreichenden Abstand genügte dem BGH in der Vergangenheit teils eine antithematische Behandlung des älteren Werks.[469] Insofern unterschied der BGH im Zusammenhang mit § 24 Abs. 1

464 *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 5; vgl. auch *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2015, 533, 537, der die Schutzfähigkeit des Ergebnisses einer freien Benutzung nach (dem nun abgeschafften) § 24 Abs. 1 UrhG wohl ebenfalls für das deutsche Recht annimmt, in letzter Konsequenz aber dafür plädiert, im Einklang mit dem Unionsrecht unabhängig von der Schutzfähigkeit eine freie Benutzung anzunehmen.

465 *Poll*, ZUM 2004, 511, 513 f.; *Hilty*, in: *Dreier/Peifer/Specht* (Hrsg.), FS Schulze, 127, 131 f.

466 *Hilty*, in: *Dreier/Peifer/Specht* (Hrsg.), FS Schulze, 127, 134; siehe auch *Döhl,* in: *Schwetter/Neubauer/Mathei* (Hrsg.), Die Produktivität von Musikkulturen, 273.

467 *Hilty*, in: *Dreier/Peifer/Specht* (Hrsg.), FS Schulze, 127, 133 f.; siehe ferner *Schulze*, GRUR 2020, 128, 129.

468 Zur einheitlichen Betrachtung der Kriterien in der BGH-Rechtsprechung exemplarisch *BGH* GRUR 1994, 206, Rn. 19 – *Alcolix*; *BGH* GRUR 2011, 134, Rn. 33 – *Perlentaucher*; *BGH* GRUR 2017, 895, Rn. 25 – *Metall auf Metall III*.

469 *BGH* GRUR 1958, 354, 356 – *Sherlock Holmes*; *BGH* GRUR 1971, 588, 589 – *Disney-Parodie*; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

UrhG zwischen einem „inneren" und einem „äußeren" Abstand.[470] Auch die Parodie halte einen hinreichenden Abstand ein, da sie einen „inneren" Abstand zum parodierten Werk habe.[471]

Seit die Parodie europarechtskonform durch das Begriffsverständnis des EuGH geprägt wird, war aber selbst die antithematische Behandlung nicht mehr für den Abstandsbegriff des BGH notwendig.[472] Obgleich es der unionsrechtskonforme Parodiebegriff gerade nicht erfordert, dass ein Gegenstand eigenpersönliche Züge über den parodistischen Gehalt hinaus enthält, wurde er weiterhin unter § 24 Abs. 1 UrhG a.F. gefasst.[473] Der Abstandsbegriff in § 24 Abs. 1 UrhG a.F. erforderte nach – streng verstandener – BGH-Ansicht also nicht, dass ein „Werk", wie es in § 24 Abs. 1 UrhG a.F. genannt wurde, eigenständige geschützte Elemente enthalten muss. In letzter Konsequenz folgt hieraus, dass die im Wortlaut des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. enthaltene Voraussetzung eines selbständigen Werkes nicht mehr verfolgt wurde.[474] Es zählen lediglich die äußere oder innere Distanzierung vom ursprünglichen Werk.

c. Verblassen

Die konkreten Ausführungen der freien Benutzung im Rahmen von Selbständigkeit und Abstand wurden teilweise auch damit in Verbindung gebracht, dass ein Verblassen des älteren Werkes stattfinden müsse.[475] Dieses Verblassen ist eines der klassischeren Verständnisse des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. Es wurde ursprünglich von *Eugen Ulmer* geprägt und fand 1958 Eingang in die BGH-Rechtsprechung.[476] *Ulmer* fasste seinen Vorschlag in die Formel,

470 *BGH* GRUR 1994, 191, 193 – *Asterix-Persiflagen*. Dass diese Rechtsprechung noch unter Berücksichtigung der expliziten Parodieschranke in § 51a UrhG Bestand haben kann, ist aber zweifelhaft, s. A.III.1 und B.III.1.

471 Ebd.

472 *EuGH,* Urt. v. 3. September 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 (= GRUR 2014, 972), Rn. 20 – *Deckmyn/Vandersteen*; *BGH* GRUR 2016, 1157, Rn. 34 – *auf fett getrimmt*.

473 *BGH* GRUR 2016, 1157, Rn. 24 – *auf fett getrimmt*.

474 Zu dieser Inkonsequenz schon kritisch *Hilty*, in: *Dreier/Peifer/Specht* (Hrsg.), FS Schulze, 127, 131 f.

475 Siehe für die hohe Akzeptanz dieser Formel in Rechtsprechung und Literatur exemplarisch die Ausführungen bei *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 14, insbesondere die umfangreichen Nachweise in Fn. 64.

476 *Ulmer,* Urheber- und Verlagsrecht, 1. Aufl., 1951, 162 (noch zur damaligen Norm der freien Benutzung in § 13 LUG); frühe Erwähnung in der Rechtsprechung dann in *BGH* GRUR 1958, 402, 404 – *Lili Marleen*. Siehe zur Entwicklung auch *Peifer*, ZUM 2016, 805, 807 und *Hilty*, in: *Dreier/Peifer/Specht* (Hrsg.), FS Schulze, 127, 129.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dass eine freie Benutzung dann vorliege, wenn „angesichts der Individualität des neuen Werkes die Züge des benutzten Werkes verblassen."[477]

Bei *Ulmer* ist das Kriterium gleichzeitig mit der eigenständigen Schutzfähigkeit des neuen Werkes verbunden. Denn maßgeblich ist für ihn das Kriterium der Individualität, das er auch als wesentliches Kriterium für den Werkschutz versteht.[478]

Das alte Werk muss daher hinter den Zügen des neuen Werks zurücktreten.[479] Das Zurücktreten beinhaltet wiederum eine Untersuchung, inwiefern das alte in dem neuen Werk deutlich erkennbar bleibt oder nur versteckt in Erscheinung tritt, um den eigenschöpferischen Elementen des neuen Werkes Raum zu geben.[480] Schon etymologisch weist der Begriff des „Verblassens" nämlich vor allem auf die schwierigere Erkennbarkeit hin: Was blass ist, kann nicht mehr erkannt werden. Dabei darf das alte Werk nur noch als Anregung des neueren Werkes erscheinen.[481]

Das Verblassen beurteilt sich primär nach einem Gesamteindruck des Vergleiches zweier Werke.[482] Es betrifft also nur den „äußeren Abstand" im direkten Vergleich der Werke, nicht aber die Frage von innerer Auseinandersetzung.

Wie oben angedeutet ging der BGH über die Jahre jedoch auch freier mit dem Begriff des Verblassens um. So müsse das neuere Werk nicht „in einem eher wörtlichen Sinn verblassen".[483] Bei einem großen „inneren Abstand" könne auch „davon gesprochen werden, dass die entlehnten individuellen Züge des älteren Werkes im neueren Werk ‚verblassen'".[484]

Schon die wolkigen Formulierungen wie „in einem eher wörtlichen Sinne" lassen erahnen, dass sich der BGH hier vom ursprünglichen wortlautgetreuen Verständnis des Verblassens entfernte. Formell wurde zwar weiterhin auch die Parodie als verblassend angesehen, der ursprüngliche Sinngehalt des Verblassens wurde dabei aber völlig entkernt.[485] In der Parodie treten die

477 *Ulmer,* Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 276.
478 Ebd.
479 *BGH* GRUR 2016, 1157, Rn. 20, 22 – *auf fett getrimmt.*
480 Vgl. *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 45.
481 *BGH* GRUR 2017, 895, Rn. 23 – *Metall auf Metall III*; *Stieper*, GRUR 2020, 699, 705; *BGH* GRUR 2022, 899, Rn. 47 – *Porsche 911.*
482 *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 109 – *Goldrapper.*
483 *BGH* GRUR 2016, 1157, Rn. 22 – *auf fett getrimmt.*
484 *BGH* GRUR 2011, 134, Rn. 34 – *Perlentaucher*; *BGH* GRUR 2016, 1157, Rn. 22 – *auf fett getrimmt.*
485 Pointiert daher *Hilty*, in: *Dreier/Peifer/Specht* (Hrsg.), FS Schulze, 127, 129: „Wie belastbar die dafür angerufene Theorie vom ‚inneren Abstand' ist, stellt eine andere Frage

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Elemente des älteren Werkes gerade nicht zurück; sie treten hervor und werden in neuem Kontext dargestellt.[486] Dabei sind die Elemente des älteren Werkes klar erkennbar.[487]

Dieser Ansatz entkernte aber darüber hinaus auch die Überlegung, den sehr abstrakten Begriff der freien Benutzung auf eine handhabbare Abgrenzungsmethode zu konkretisieren. Denn wenn Verblassen im wörtlichen und in einem nebulösen nicht-wörtlichen Verständnis besteht, ist durch die vermeintliche Konkretisierung kaum etwas gewonnen. Der Versuch, auch in den Fällen des inneren Abstands noch den Begriff des Verblassens zu suchen, muss daher wohl eher als Versuch einer erzwungenen dogmatischen Kontinuität aufgefasst werden und weniger als Fortführung einer bereits bestehenden Praxis.[488]

Die ursprüngliche Funktion des § 24 UrhG a.F., mit der Lehre des Verblassens Erkennbares von nicht mehr (klar) Erkennbarem zu scheiden, wurde daher in der Rechtsprechung faktisch aufgegeben. In der hier weiteren Begriffsverwendung wird das Verblassen maßgeblich in seiner ursprünglichen, „wörtlichen"[489] Bedeutung verwendet.

d. Zusammenfassung

Der Diskurs über die Bedeutung des Tatbestands des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. machte sich zusammenfassend an drei Begriffen fest: Zum einen betraf das den gesetzlich vorgegebenen Begriff der Selbständigkeit. Nach § 24 Abs. 1 UrhG a.F. bedurfte es nämlich eines selbständigen Werkes. Zweitens wurde der Begriff des Verblassens diskutiert, der von *Ulmer* geprägt und von der Rechtsprechung rezipiert wurde. Drittens wurde in einem ähnlichen Kontext der Begriff „Abstand" verwandt. Dieser recht generische Begriff spielt zwar in mehreren Immaterialgüterrechtsbereichen, etwa dem Markenrecht, eine Rolle, wurde aber vom BGH im Urheberrecht vor allem im Zuge der Unterscheidung eines äußeren und eines inneren Abstands aufgegriffen.

---

dar. Man kann sie auch als Anschauungsbeispiel für jene argumentativen Verrenkungen sehen, die oft nur Urheberrechtlern zugänglich sind." Siehe ferner *Loewenheim/Leistner*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 8 Schutzumfang Rn. 23.

486 *Hilty*, in: *Dreier/Peifer/Specht* (Hrsg.), FS Schulze, 127, 129.

487 Ebd.

488 Siehe ebd.

489 *BGH* GRUR 2016, 1157, Rn. 22 – *auf fett getrimmt.*

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die drei Begriffe, so eng sie in der Rechtsprechung und Dogmatik zusammenhängen oder zumindest zusammenhingen, sind sehr unterschiedlich. Während der Begriff der Selbständigkeit eigentlich auf eine ästhetische Wertung des Gesamteindrucks eines Werkes hinweist, zielt das Verblassen eher auf eine Wiedererkennbarkeit, die sich auch im Begriff des „äußeren Abstands" widerspiegelt. Der Abstand wurde vom BGH im urheberrechtlichen Sinne hingegen so allgemein verstanden, dass er eben nicht nur diese äußeren Unterschiede, sondern auch Inhalte, Kontexte und Umstände miteinbezieht.

In der deutschen Rechtsprechung wurde aus diesen unterschiedlichen Anlagen der Begriffe ein scheinbar einheitliches Gebilde aus Selbständigkeit, Abstand und Verblassen.[490] Nur *scheinbar* einheitlich war es aber deshalb, weil zwei Entwicklungen oft verborgen blieben: Zum einen betraf das die Entfernung von einem eigentlichen Selbständigkeitserfordernis, das auch nach einer schöpferischen oder zumindest kreativen Gestaltung verlangte.[491] Zum anderen wurde das Verblassenskriterium, das im Kern auf einen Vergleich und die Erkennbarkeit von fremden Werkelementen abzielt, nicht erweitert, sondern schlicht nicht mehr als einziger Maßstab betrachtet.[492] Übrig blieb damit als eigentliches Kriterium der Rechtsprechung der äußere und innere Abstand, während die anderen beiden Begriffe in der Rechtsprechung inhaltlich eine geringe, in der Literatur aber – zumindest bis zur Neuregelung 2021 – eine umso umstrittenere Rolle spielten.

3. § 24 Abs. 1 UrhG a.F. bei Musikwerken (ohne Melodie)

Im Grundsatz waren musikalische Werke und Werkelemente mit Ausnahme der Melodie nach § 24 Abs. 1 UrhG a.F. zu beurteilen.[493] Sie blieben also frei, sofern sie – je nach Auslegung – in freier Benutzung eines fremden Werkes

490 Eindrücklich zeigt das *BGH* GRUR 1994, 206, 208 – *Alcolix* in wenigen Sätzen: „Bei der Frage, ob in freier Benutzung eines geschützten älteren Werkes ein selbständiges neues Werk geschaffen worden ist, kommt es entscheidend auf den Abstand an, den das neue Werk zu den entlehnten eigenpersönlichen Zügen des benutzten Werkes hält. Dabei ist kein zu milder Maßstab anzulegen. Eine freie Benutzung setzt daher voraus, daß angesichts der Eigenart des neuen Werkes die entlehnten eigenpersönlichen Züge des geschützten älteren Werkes verblassen […]."

491 Jedenfalls für einen Teil des Anwendungsbereichs von § 24 Abs. 1 UrhG a.F.: *Schulze*, GRUR 2020, 128, 132.

492 Eine faktische Nichtanwendung des Verblassenskriteriums in diesen Fällen monierend auch *Hilty*, in: *Dreier/Peifer/Specht* (Hrsg.), FS Schulze, 127, 129.

493 Zur damaligen Rechtslage *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 39.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Selbständigkeit erlangten, einen Abstand einhielten beziehungsweise wenn das fremde Werk im neuen verblasste.

Die jeweiligen Begriffe werden im Folgenden unter Berücksichtigung der oben genannten Unterschiede ihrer Anlage untersucht, wobei die Selbständigkeit für die Überlegungen einer ästhetischen, kreativen Selbständigkeit steht, der Begriff des Abstands – wie in der Rechtsprechung im Zusammenhang mit § 24 Abs. 1 UrhG a.F. üblich – im Sinne eines äußeren und inneren Abstands interpretiert wird und das Verblassen in seiner „wörtlichen" Bedeutung eines auf äußeren Abstand angelegten Kriteriums verstanden wird.[494]

a. (Ästhetische) Selbständigkeit in der Musik

Die Schwelle von ästhetischer Abhängigkeit hin zu einer ästhetischen Selbständigkeit ist eine der Musikwissenschaft bekannte, wenn auch selten explizite, Beurteilungskategorie.[495] Sie ist aber auch eine Kategorie, die keine harte Grenze kennt.

Neue eigenschöpferische Züge eines Werkes mit fremden Anteilen genügen alleine nicht für ein selbständiges Werk, denn letztlich beinhaltet jede unfreie Bearbeitung im Sinne der §§ 3, 23 UrhG – neue wie alte Fassung – auch eigenschöpferische Elemente. Wichtig ist folglich, dass diese neuen eigenschöpferischen Züge und mit ihnen der eigene künstlerische Wert so dominant sind, dass sich die Kreativleistung von der Vorlage löst oder von dem in ihm enthaltenen älteren Werk bzw. Werkteil unabhängig wird. Betrachtet man also die oben genannten Elemente eines musikalischen Schutzgegenstandes,[496] ist es von Bedeutung, dass die hinzugekommenen, nicht übernommenen Werkelemente in ihrer ästhetischen Wirkung das Werk vom benutzten Werk ablösen. Das kann sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht geschehen, also durch die Hinzufügung eines großen Anteils an musikalischem Material, aber auch durch die besonders markante eigenschöpferische Leistung. So geht das Werk von der abhängigen Bearbeitung, die sich noch maßgeblich an den Zügen des Originals ästhetisch orientiert, zum selbständigen Werk über.

494 Vgl. in diesem Sinne A.I.2.

495 Hierzu sehr umfassend: *Döhl,* in: *Albers/Katsivelas* (Hrsg.), Recht & Netz, 269, 272; vgl. ferner schon *Döhl,* in: *Schwetter/Neubauer/Mathei* (Hrsg.), Die Produktivität von Musikkulturen, 273.

496 Siehe Kapitel 2 A.I.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Versteht man unter einer juristischen Selbständigkeit eine ästhetische Selbständigkeit kann das auf Beispiele angewandt je nach Grenzziehung sehr weit reichen. Unter musikalische Kompositionen, die eine ästhetische Selbständigkeit erreichen, wird teilweise etwa *The Grey Album* von Brian Joseph Burton (DJ, Künstlername „Danger Mouse") gezählt, das aus der Verschmelzung von Werken der Beatles und des US-amerikanischen Rappers Jay-Z erstellt wurde.[497]

Dies ist gewiss eine recht weite Interpretation der Selbständigkeit angesichts dessen, dass hierbei große Bestandteile von Werken deutlich erkennbar übernommen werden. Derartige Musikstücke lassen sich zwar durchaus unter den Wortlaut der „Selbständigkeit" fassen, allerdings wäre ein derart weites Begriffsverständnis unter juristischen Gesichtspunkten insofern nicht mit einer Auslegung des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. kompatibel, als dass eine differenzierte Interessenabwägung dann kaum möglich erschiene. Ein solches Verständnis liefe eher auf weiche Kriterien hinaus, die eine von kleinsten Elementen inspirierte Neukomposition genauso behandeln wie ein weitreichend vervielfältigendes Mashup. Dass in letzterem Fall aber zumindest an eine gesetzliche finanzielle Beteiligung zum Interessenausgleich gedacht werden müsste, im ersten Fall hingegen nicht zwingend, ließe sich durch einen wenig differenzierenden Begriff der Selbständigkeit schwerlich lösen, sondern bedürfte eines weiteren Korrektivs. Insoweit erscheint es nicht abwegig, dass sich ein solches Verständnis der Selbständigkeit bis zuletzt nicht durchsetzen konnte.

b. Abstand in der Musik

Der Begriff des Abstandes ist nach der Verwendung im Kontext des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. zweigeteilt: Zum einen bezeichnet er den äußeren Abstand, zum anderen den inneren Abstand. In beiden Fällen geht es nicht darum, dass schlicht irgendein Abstand eingehalten wird, sondern darum, dass dieser Abstand ein bestimmtes Mindestmaß erreichen muss.[498]

497 *Döhl,* in: *Mundhenke/Ramos Arenas/Wilke* (Hrsg.), Mashups. Neue Praktiken und Ästhetiken in populären Medienkulturen, 131; *Döhl,* in: *Albers/Katsivelas* (Hrsg.), Recht & Netz, 269, 286 f. – allerdings auch unter dem Vorbehalt, dass dieser Weg europäisch gangbar wäre; *Döhl,* Mashup in der Musik, 2016, 281 f.

498 Vgl. auch A.I.2.b.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Falle des äußeren Abstands wird dieser Mindestabstand deckungsgleich mit der (wörtlichen) Bedeutung des Verblassens betrachtet.[499] Wie sich das Verblassen an musikalischen Elementen niederschlägt wird sogleich behandelt.

Hinsichtlich des inneren Abstands war in der Rechtsprechung vor allem die Parodie als Fall eines solchen inneren Mindestabstands relevant. Hierfür bedarf es zumindest einer gewissen inneren Auseinandersetzung mit dem musikalischen Material, wobei auch dies unionsrechtlichen neuen Maßstäben unterliegt. Auch die musikalische Parodie wird an späterer Stelle näher erörtert.[500]

Außerhalb der Parodie halten aber auch solche Kompositionen einen inneren Abstand ein, die in sonstiger Weise eine hinreichende Auseinandersetzung mit dem verwendeten musikalischen Material bieten – etwa indem das neuere Werk musikalisch das ältere musikalische Material bewusst verfremdet und sich dadurch abgrenzt.[501]

c. Verblassen in der Musik

Wie oben dargelegt ist für das Verblassen maßgeblich, dass das ältere Werk hinter den Zügen des neuen derart zurücktritt, dass sich das ältere Werk nur noch als Anregung des neuen darstellt. Das beurteilt sich nach dem Gesamteindruck des Musikstückes, sodass es nicht schlicht darauf ankommt, ob überhaupt Werkteile des alten Werks übernommen wurden, sondern in welchem Umfang das geschehen ist.[502] Hierfür sind Faktoren wie die hörpsychologischen Auswirkungen musikalischer Elemente ergänzend zu den objektiven Ähnlichkeiten ebenfalls von Bedeutung.[503]

Ein so verstandenes Verblassen ist jedenfalls überschritten, wenn man etwa Werke wie das oben genannte *The Grey Album* und dessen Bezüge zu den

499 Siehe *Peifer*, ZUM 2016, 805, 807. Siehe ferner auch die Begründung zum RegE 2021, BT-Drs. 19/27426, 78.

500 Siehe C.II.

501 Siehe in einem ähnlichen Sinne etwa in der Berufungsinstanz des *Goldrapper*-Falles *OLG Hamburg* ZUM-RD 2013, 428, 436 – im Ergebnis wird hier aber eine Auseinandersetzung verneint.

502 *OLG Zweibrücken* GRUR-RR 2016, 141, Rn. 32 – *Piano-Lehrbuch*; vgl. ferner *BGH* GRUR 1981, 267 – *Dirlada*; zur damaligen Rechtslage auch *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Aufl. 2019, UrhG, § 24 Rn. 9, 12.

503 *LG München I* ZUM-RD 2009, 101, 112.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verwendeten Werken beurteilt.[504] Dort, wo das neuere Werk die Originalität des älteren Stückes zum wesentlichen Bestandteil seines Gesamteindrucks macht, kann jedenfalls kaum noch von einem „Verblassen" die Rede sein. Anders mag das in einigen Fällen des Microsamplings sein.[505] Dort kann zwar das übernommene gesampelte Element durchaus wesentlicher Bestandteil des neuen Werkes werden, aber die Originalität bzw. Individualität des gesampelten Werkes ist oft gerade nicht von größerer Bedeutung, weil durch die Repetition eine neue Individualität geschaffen wird, die das ältere Werk gar nicht kannte.

Fälle des Verblassens in der Musik bleiben freilich nicht auf Sampling-Fälle beschränkt. Ein Verblassen liegt auch dann vor, wenn sich zwar einzelne Elemente, wie beispielsweise Klanggestaltung (etwa elektronischer Klavierklang und *staccato*-Gestus), Tempo und weitere einzelne Elemente deutlich ähneln, aber wegen anderer musikalischer Unterschiede (etwa hinsichtlich formaler Gestaltung, Harmonien und bedeutender Kopfnoten) zurücktreten und nur noch Teil eines im wesentlichen unterschiedlichen Ganzen sind.[506]

Wichtig ist also nicht, dass das neuere Werk tatsächlich schutzfähig ist oder sich mit dem enthaltenen Werk auseinandersetzt.[507] Es ist lediglich von Bedeutung, dass die Eigenheiten des älteren Werks im Höreindruck des ganzen Werks nicht mehr ins Gewicht fallen. Auch einzelne kleinere wiedererkennbare Elemente führen damit nicht zu einer Negierung des Verblassens, sondern müssen nach ihrem Umfang beurteilt werden.

II. Besonderer Melodienschutz: keine freie Benutzung für Melodien?

Eine Besonderheit in der Beurteilung der freien Benutzung bot § 24 Abs. 2 UrhG a.F., der eine bestimmte Form der Übernahme von Melodien näher regelte. Die Norm zog seit ihrer Entstehung Kritik zu ihrer Berechtigung und Sinnhaftigkeit auf sich, die auch zu einer ausführlichen Diskussion in der

504 Insofern fällt hier ästhetische Selbständigkeit und Verblassen auseinander. Siehe ferner *Döhl,* in: *Schwetter/Neubauer/Mathei* (Hrsg.), Die Produktivität von Musikkulturen, 273, 285.

505 Im Zusammenhang mit den Entscheidungen in Sachen *Metall auf Metall* und der diesbezüglich zahlreichen Literatur noch insbesondere unter B.I.I. Explizit zu unionsrechtlichen Einflüssen auf das Microsampling auch *Döhl*, UFITA 2019, 19, 23 ff.

506 *OLG München* ZUM 2002, 306, 312 – *Struggle.*

507 Insofern besteht ein wesentlicher Unterschied zum reinen Abstellen auf Selbständigkeit, s.o.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Literatur führte.[508] Mit der Änderung des Urheberrechtsgesetzes, die am 7. Juni 2021 in Kraft trat, ist die besondere Norm des § 24 Abs. 2 UrhG für Melodien abgeschafft worden. Dennoch lebt der Melodienbegriff im Urheberrecht zumindest in § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG weiter fort.[509]

Bei der Betrachtung des ehemaligen Normtextes in § 24 Abs. 2 UrhG a.F. zeigte sich der Melodienschutz als musikalische Partikularregelung. Die Norm war im Gegensatz zu § 24 Abs. 1 UrhG a.F. durch detailliertere tatbestandliche Voraussetzungen, dafür aber eine nicht ohne Weiteres eindeutige Rechtsfolge gekennzeichnet.

I. Was ist eine Melodie?

Um die Besonderheit und den Hintergrund dieser ursprünglichen musikalischen Ausnahmeregelung zu verstehen und die Entwicklung hin zum neuen § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG beurteilen zu können, ist es zunächst notwendig einen Blick auf den Melodiebegriff selbst zu richten: Das juristische Bedürfnis, die Melodie zu definieren, ist in erster Linie ein besonderes Problem, das sich aus der gesetzlichen Erwähnung der Melodie im deutschen Urheberrechtsgesetz ergibt.[510] Es ist aber keine Frage, die auf europäischer oder gar internationaler Ebene von größerem Belang ist oder war. Der Melodiebegriff wird in Richtlinien der EU nicht erwähnt, er ist auch nicht in den Urheberrechtsgesetzen europäischer Nachbarländer enthalten und auch internationale Abkommen wie die Berner Konvention oder der WIPO-Urheberrechtsvertrag nennen den Begriff der Melodie nicht.[511]

Eine Legaldefinition der Melodie besteht und bestand indes auch im deutschen Urheberrechtsgesetz nicht. Ebenso wenig ergiebig ist es, bei juristischen Erwägungen auf einen vermeintlich bestehenden musikwissenschaft-

508 *Nitze,* Recht an der Melodie, 1912; *Hammer,* Melodie nach § 13 Absatz II, 1917; *Pauli,* Recht an der Melodie, 1929; *Riedel,* GRUR 1949, 236; *Berger,* Die wandernde Melodie, 2000; *Liebscher,* Schutz der Melodie, 2007; *Canaris,* Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012; *Brunner,* Melodienschutz, 2013.

509 Nun als Einschub im Gesetzeswortlaut: „Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen eines Werkes, insbesondere auch einer Melodie, dürfen nur mit Zustimmung des Urhebers veröffentlicht oder verwertet werden". Näher unter A.III.

510 Siehe *Döhl,* in: *Mundhenke/Ramos Arenas/Wilke* (Hrsg.), Mashups. Neue Praktiken und Ästhetiken in populären Medienkulturen, 131, 144.

511 Vgl. ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lichen Begriff der Melodie zurückzugreifen.[512] Gleichzeitig ergab es jedenfalls zur Umgrenzung des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. innersystematisch Sinn, die musikwissenschaftlichen, aber auch allgemeinsprachlichen Vorstellungen davon, was „Melodie" bedeutet, nicht außer Acht zu lassen, denn die Grundlinien des Wortlauts „Melodie" ergaben sich auch bei alter Rechtslage nicht aus dem Gesetz selbst – auch nicht, wenn man den Kontext der Norm miteinbezieht.[513] Im Ausgangspunkt ist die Frage der Melodie im rechtlichen Begriffsverständnis in § 24 Abs. 2 UrhG a.F. aber juristisch und muss daher in letzter Konsequenz auch juristisch beantwortet werden.[514]

512 *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 35, meint etwa, der musikwissenschaftliche Begriff der Melodie sei „zu unklar und unbestimmt, um rechtliche Maßstäbe liefern zu können". Eine derartige Diskussion, inwiefern für eine Melodiedefinition auf einen „musikwissenschaftlichen Melodienbegriff" zurückgegriffen werden kann, erscheint von Grund auf problematisch. Ebenfalls ausführlich: *Döhl,* in: *Auhagen/Bullerjahn/von Georgi* (Hrsg.), Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft für Musikpsychologie. Band 25: Musikpsychologie – Anwendungsorientierte Forschung, 19, 26 ff. m.w.N. Es gibt schon nicht den einen musikwissenschaftlichen Begriff von „Melodie" in der Musikwissenschaft, auf den überhaupt zurückgegriffen werden könnte. Das liegt wohl auch daran, dass es anders als in der Rechtswissenschaft überhaupt kein Bedürfnis der Musikwissenschaft gibt, einen einheitlich definierten Melodienbegriff zu verwenden – abgesehen vom Zweck einer präziseren Kommunikation. Erst die juristische Sonderregelung für Melodien machte es überhaupt erforderlich, den Melodienbegriff scharf zu umgrenzen.

513 *Döhl,* in: *Auhagen/Bullerjahn/von Georgi* (Hrsg.), Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft für Musikpsychologie. Band 25: Musikpsychologie – Anwendungsorientierte Forschung, 19, 27 beklagt grundsätzlich mit Recht die Distanz und eine fehlende interdisziplinäre Auseinandersetzung, aber verkennt gleichzeitig, dass sich die Fragestellungen der Rechtswissenschaft und der Musikwissenschaft unterscheiden. Die Behauptung einer „dialogresistente[n] Grundhaltung" greift aber jedenfalls zu weit. Wenn etwa *Liebscher,* Schutz der Melodie, 2007, 33 auf die Unterschiede juristischer und musikwissenschaftlicher Abgrenzung eingeht, stellt das den juristisch verständigen Dialog dar, der benötigt wird und belegt gerade keine Distanz „gegenüber interdisziplinärem Austausch".

514 Ausführlich zur Melodie als Rechtsbegriff: *Canaris,* Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 114 ff.; a.A. *Berger,* Die wandernde Melodie, 2000, 30 f., der i.E. die Qualifizierung der Melodie als Rechtsbegriff ablehnt. Kritisch: *Döhl,* in: *Auhagen/Bullerjahn/von Georgi* (Hrsg.), Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft für Musikpsychologie. Band 25: Musikpsychologie – Anwendungsorientierte Forschung, 19, 25 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a. Etabliertes juristisches Melodienverständnis

Im urheberrechtlichen Diskurs um § 24 Abs. 2 UrhG a.F. herrschte kein vollständiger Konsens, was unter einer Melodie zu verstehen ist.[515] Es bestand aber zumindest eine den größten Teil des juristischen Diskurses dominierende Definition. Die gängige Grundlage dafür findet sich vor allem in der Rechtsprechung. Danach besteht eine Melodie aus einer „in sich geschlossenen und geordneten Tonfolge".[516]

In den Urteilen, in denen der Melodiebegriff bislang vom BGH geformt wurde, ging es jeweils auch darum, dass sich ein individueller ästhetischer Gehalt in der Melodie finden lassen müsse.[517] Teilweise wurde der BGH dort so interpretiert, dass er die Melodie als „in sich geschlossene und geordnete Tonfolge, in der sich der individuelle ästhetische Gehalt ausdrückt" sehe.[518] Es genügte nach dieser Formulierung also nicht irgendein individueller ästhetischer Gehalt, sondern es sollte nach einem Teil der Literatur „der" Gehalt (wohl des Musikstückes) sein. Ob dies nach der Rechtsprechung zwingend erforderlich sein sollte, ist aber nach der relativierenden Formulierung („soweit") in entsprechenden Entscheidungen nicht eindeutig.[519] Zumindest eine Schutzfähigkeit nach § 2 Abs. 2 UrhG wurde stets im Rahmen des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. verlangt.[520]

515 Zur damaligen Rechtslage *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 39; zu einzelnen detaillierten Unterschieden der Melodiebegriffe auch *Canaris,* Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 59 ff.

516 *BGH* GRUR 1988, 810, 811 – *Fantasy*; *BGH* GRUR 1988, 812, 814 – *Ein bißchen Frieden*; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 35.

517 Siehe *BGH* GRUR 1988, 810, 811 – *Fantasy*; *BGH* GRUR 1988, 812, 814 – *Ein bißchen Frieden*. Dieser ästhetische Gehalt ist – wie bereits oben genannt – eher ein Element, das weniger mit der Form, vielmehr hingegen mit Inhalt assoziiert ist und nach einer Lesart als Inhalt der Musik verstanden werden kann; jedenfalls ist er für die Frage der Schutzfähigkeit von entscheidender Bedeutung im Rahmen der bisherigen deutschen Rechtsprechung, vgl. Kapitel 2 A.II.2. und C.IV.1.d.

518 So etwa *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 45.

519 *BGH* GRUR 1988, 810, 811 – *Fantasy*: „Soweit es – wie hier – nicht um den Urheberrechtsschutz für das ganze Lied, sondern um den für die im Lied enthaltene Melodie geht, muß sich der individuelle ästhetische Gehalt in der Melodie selbst, d. h. in einer in sich geschlossenen und geordneten Tonfolge ausdrücken."

520 *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 45.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b. Tonfolge

Das Kernelement, das in den meisten Definitionen der Melodie enthalten ist, ist den obigen Ausführungen folgend das Vorhandensein einer Tonfolge.[521] Die Tonfolge selbst wurde in Literatur und Rechtsprechung im Rahmen von § 24 Abs. 2 UrhG a.F. kaum explizit weiter ausgeführt. Der Begriff ist im Kern auch aus sich heraus verständlich: erforderlich ist eine (sukzessive) Abfolge von Tönen.

Bei genauer Betrachtung ist es aber nicht sprachlich selbsterklärend, was einen Ton ausmacht. So besteht etwa im Falle der rechtlichen Beurteilung des Rechtsstreits in Sachen *Metall auf Metall* Uneinigkeit, ob das dortige Fragment eine Tonfolge enthält oder ein eher auf weniger definierten Klängen oder Geräuschen basierendes rhythmisches Gefüge.[522]

Die Grenzen zwischen Ton im Sinne der Musik und Geräusch sind im Detail fließend.[523] Doch ist deutlich, dass im urheberrechtlichen Kontext eine Grenze gezogen werden musste, sollte der Melodiebegriff nicht völlig vom sonstigen Sprachgebrauch entkoppelt werden und schlicht jede Aneinanderreihung akustischer Ereignisse erfassen. Ein geschlossenes und geordnetes Schlagzeugsolo wird man auch nach den weitesten Grenzen des Melodiebegriffs dem Wortlaut nach kaum als Melodie auffassen können. Klar ist andererseits auch, dass eine Tonfolge nicht nur Sinustöne im Sinne der Akustik beinhalten kann. Ausgewogener im juristischen Kontexterscheinen daher solche Auffassungen, die Töne im Sinne einer Tonfolge dann annehmen, wenn für den durchschnittlichen Hörer eine definierte Tonhöhe erkennbar ist. Regelmäßig wäre daher ein vor allem rhythmisches Klanggeschehen, wie

---

521 *Canaris,* Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 62. Mit a.A. wird teilweise *Riedel,* Originalmusik und Musikbearbeitung, 1971, 206 angeführt, der auch Melodien für denkbar hält, in denen zwei Töne aneinandergereiht werden. Allerdings stimmt selbst *Riedel* a.a.O. einer Melodie dann nicht mehr zu, wenn keine bestimmbaren Tonhöhen ausmachbar sind.

522 Für eine Tonfolge spricht sich aus: *Schulze*, GRUR 2020, 128, 132; verneinend aber: *BGH* GRUR 2020, 843, Rn. 87 – *Metall auf Metall IV*.
In manchen Bereichen wird zwischen den Begriffen Ton und Geräusch unterschieden. Teilweise reiht sich auch der Klangbegriff hier ein. Die präzise Verwendung divergiert stark je nach Kontext, in dem die Begriffe gebraucht werden. Vgl. hierzu Kapitel 2 A.I.

523 *Deutsch/Rösing/Födermayr*, Art. „Klangfarbe", in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1996): „Die gerne vollzogene Trennung zwischen Geräusch und Klang mag zwar rezeptionspsychologisch relevant sein (dazu P. Wilson 1984), ist aber physikalisch nicht begründbar, da jeder auf einem Musikinstrument produzierte Ton auch Geräuschanteile enthält (vgl. C. Stumpf 1926)".

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

etwa im oben genannten Sample des Rechtsstreits zu *Metall auf Metall*, keine Tonfolge im Sinne der Melodiedefinition von § 24 Abs. 2 UrhG a.F. Dort ist gerade keine Abfolge klar definierter Tonhöhen enthalten, sondern hauptsächlich eine rhythmische Geräuschaneinanderreihung.[524]

c. Geschlossenheit; Geordnetheit

Der regelmäßig geforderten Geschlossenheit und Geordnetheit der Tonfolge wurde im Rahmen der gängigen Definition innerhalb des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. nur selten explizit Bedeutung beigemessen.[525] Dennoch wurde diese Anforderung – wenn wohl auch oft als Leerformel – immer wieder aufgegriffen.[526]

Was Geschlossenheit in diesem konkreten Fall bedeutet, ist weder juristisch noch musiktheoretisch betrachtet aus sich heraus verständlich. Teilweise wurde in der Rechtsprechung die Geschlossenheit mit „Vollständigkeit" gleichgesetzt.[527] Das Ende müsse als sinnfälliger Abschluss eines geschlossenen Ganzen wahrgenommen werden.[528] Diese Erläuterung wirkt kaum konkretisierend, da der Begriff des geschlossenen Ganzen nur unmerklich klarer ist als der einer Geschlossenheit der Tonfolge. Nicht ausreichend sei „ein (vorübergehendes) Innehalten und Verweilen" am Ende einer musikalischen Phrase.[529]

Es scheint, dass das LG München I hier vor allem auf harmonisch bedeutsame Elemente Wert legte, wenn es beschreibt, dass es am Ende der Phrase eine „irgendwie geartete […] Fortsetzung" erwartet hätte.[530] Solche Vorhalt-Effekte können durch harmonische Gestaltung mitevoziert werden. Ihre urheberrechtliche Relevanz ist und war im Rahmen von § 24 Abs. 2 UrhG a.F. allerdings weniger einleuchtend. Denn damit würde die Melodie letztlich ein sehr konkretes Konzept tonaler Musik schützen, das möglichst einem „Standard" von Schlagermusik und sonstigen bestimmten Musikkonzepten entspricht. Diese Übervorteilung anderer Tonfolgen-Konzepte müsste gerecht-

524 A.A. wohl *Schulze*, GRUR 2020, 128, 132.
525 Zur damaligen Rechtslage *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 39 f., die das Kriterium schließlich sogar ablehnten.
526 Vgl. *BGH* GRUR 1988, 810, 811 – *Fantasy*; *BGH* GRUR 1988, 812, 814 – *Ein bißchen Frieden*; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 35.
527 *LG München I* ZUM 2003, 245, 248.
528 *LG München I* ZUM 2003, 245, 247.
529 Ebd.
530 Ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fertigt sein. Es erscheint aber im Rahmen der alten Rechtslage nur schwer begründbar, eine Tonfolge deshalb anders zu behandeln, weil die Hörgewohnheit des Gerichts ein Ende auf dem Grundton erwartet, während die Tonfolge auf einem anderen Ton endet.

Sinnvollere, gleichzeitig aber offenere Konzepte des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. finden sich in dieser Hinsicht an anderer Stelle. So wurde von manchen etwa lediglich darauf abgestellt, dass eine Tonfolge einen Anfang und ein Ende hat.[531] Teilweise wurde auch die Frage betont, ob die Tonfolge als Einheit empfunden werden kann.[532] Einheitlichkeit einer Tonfolge kann nicht nur durch Harmonik oder Erwartungshaltungen hergestellt werden, sondern auch durch die Rolle der Tonfolge im gesamten Werk, in dem sie auftaucht. Inwiefern solche Defintionen der Rechtsprechung zum Melodienschutz aber einen ausgewogeneren Rahmen hätten geben können, wird wohl nach der Abschaffung des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. kaum einen Praxistest erleben.

d. Abgrenzung zu anderen Tonfolgen

Inwiefern die Melodie im Sinne des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. von anderen Tonfolgen unterschieden werden musste, wurde vor allem hinsichtlich der Abgrenzung zu Motiv und Thema diskutiert.[533] Motiv und Thema treten aber als Rechtsbegriff weder nach alter noch nach neuer Fassung des Urheberrechtsgesetzes in Erscheinung. Daran wird sichtbar, dass die Abgrenzungsfrage gedanklich eher dem musikwissenschaftlichen oder zumindest musikalischen Bereich entstammt als dem juristischen. Die juristische Relevanz der Abgrenzungsfrage liegt vor allem in der Entscheidung darüber, welche Funktion eine Melodie in einem Musikstück einnehmen muss und welche Länge sie haben soll, um als Melodie zu gelten. Das beinhaltet das Problem, ob kurze Tonfolgen oder Tonfolgen, die (außerhalb des Urheberrechts) als Motiv oder Thema bezeichnet werden, auch Melodien im Sinne des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. sein können.

---

531 So im Ergebnis zur damaligen Rechtslage noch *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 40 durch die Ablehnung einer weitergehenden Bedeutung von Geschlossenheit.

532 *Hilty,* Urheberrecht, 1. Aufl., 2011, Rn. 101.

533 *Jörger,* Plagiat in der Popularmusik, 1992, 71 f.; *Schlingloff,* Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 92 ff.; *Berger,* Die wandernde Melodie, 2000, 37; *Brunner,* Melodienschutz, 2013, 45 ff.; *Canaris,* Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 58 f.; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 45.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Es hätte den Wortlaut wohl massiv überdehnt, wenn man den Begriff auf jegliche Tonfolge ohne Betrachtung des Umfangs und der Rolle im Ursprungswerk bezogen hätte.[534] Hätte jede irgendwie geschützte Tonfolge gleichzeitig auch als Melodie betrachtet werden können,[535] wäre der Melodiebegriff des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. selbst obsolet geworden. Denn die Abfolge von Tönen jedweder Art ist der Regelfall musikalischer Werkteile.

Den Melodienbegriff insofern nach Länge und Funktion einzugrenzen entsprach auch der historisch-teleologischen Begründung.[536] Die Melodie stellte nach der § 24 Abs. 2 UrhG a.F. innewohnenden Logik einen besonderen und daher auch besonders schützenswerten Bestandteil des Musikwerks dar.[537]

Eine den gängigen Auslegungsregeln entsprechende Interpretation schloss daher bei der Melodie mit ein, dass sie dem ihr zugehörigen Musikwerk eine gewisse individuelle Prägung gibt.[538] Eine solche Prägung kann freilich auch beim musikalischen Thema oder Motiv der Fall sein, öffnete aber gerade nicht die Tür zur völligen Bedeutungslosigkeit des Melodienbegriffs.

534 Siehe zu einer notwendigen „Besonderheit" der Melodie gegenüber anderen Werkelementen in ähnlichem Sinne auch *Brunner,* Melodienschutz, 2013, 117 f. Deshalb geht in eine richtige Richtung etwa *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 35, der fordert, dass ein Thema oder Motiv dann als Melodie geschützt sein könne, wenn es dem Werk die individuelle Prägung gibt. Ähnlich versteht *Schack,* Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2019, Rn. 277 unter einer Melodie „eine herauslösbare charakteristische Tonfolge, die für sich genommen Werkqualität aufweisen muss". Auch *Hilty,* Urheberrecht, 1. Aufl., 2011, Rn. 101 legt als Kriterium zugrunde, dass die Tonfolge „dem Musikwerk seine individuelle Prägung gibt".

535 So etwa *Riedel,* Originalmusik und Musikbearbeitung, 1971, 206.

536 Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses über den RegE eines Urheberrechtsgesetzes, zu BT-Drs. IV/3401 vom 14. Mai 1965, 3 f.: „Der Anregung, den Melodienschutz noch über das geltende Recht hinaus zu erweitern und auch die freie Benutzung eines Themas oder eines charakteristischen Merkmals für unzulässig zu erklären, ist der Ausschuß jedoch nicht gefolgt. Diese Begriffe sind zu unbestimmt und würden zu neuer Rechtsunsicherheit führen, die gerade durch die Beibehaltung des geltenden Rechtszustandes vermieden werden soll."

537 *OLG Dresden* GRUR 1909, 332, 335 f. – *Ein Heldenleben*; *Hubmann,* Recht des schöpferischen Geistes, 1954, 127; *Berger,* Die wandernde Melodie, 2000, 36; *Schlingloff,* Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 102.

538 *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 35; vgl. auch *Hilty,* Urheberrecht, 1. Aufl., 2011, Rn. 101.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

e. Zusammenfassung: Melodie nach § 24 Abs. 2 UrhG a.F.

Die Melodie nach § 24 Abs. 2 UrhG a.F. war also zusammenfassend ein Rechtsbegriff, der regelmäßig in einer geschlossenen und geordneten Tonfolge erachtet wurde (siehe a. und b.). Einzelne Teile dieser Definition, wie etwa die Geschlossenheit, spielten in der Rechtspraxis eine seltene (und dann meist zweifelhafte) Rolle (siehe c.). Auch andere Tonfolgen, wie Motive oder Themen wurden von manchen als Melodien im Rechtssinne verstanden. Es kam nach gängiger Lesart aber maßgeblich darauf an, ob die jeweilige Tonfolge ihrem Ursprungswerk eine individuelle Prägung gibt (siehe d.).

2. Übernahme der Melodie

Die Benutzung einer solchen Melodie allein genügte noch nicht, um den Tatbestand des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. vollumfänglich zu erfüllen. Die „Benutzung eines Werkes der Musik", wie sie in § 24 Abs. 2 UrhG a.F. genannt wurde, sollte nach dem Normtext weiter dadurch spezifiziert werden, dass eine Entnahme der Melodie aus einem Werk der Musik stattfinden muss und diese dann dem „neuen Werk zugrunde gelegt wird". Außerdem musste dieser Vorgang erkennbar sein.

a. Entnahme und Zugrundelegen

Die Übernahme im Rahmen des Melodienschutzes setzt wie jede Übernahme im Rahmen einer Vervielfältigung bzw. Bearbeitung voraus, dass das ältere Werk (hier in Form des Werkteils der Melodie) gekannt und darauf bewusst oder unbewusst zurückgegriffen wurde.[539]

Was es aber noch weitergehend bedeutet, dass die Melodie einem alten Werk entnommen und einem neuen Werk zugrunde gelegt werden sollte, bewegt sich zwischen zwei extremen Interpretationsmöglichkeiten, die vor allem an den Begriff des Zugrundelegens anknüpfen. Manche fassten das Zugrundelegen des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. als weitgehend bedeutungslos auf

539 A.A. in den Einzelheiten wohl *Loewenheim/Leistner*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 8 Schutzumfang Rn. 20. Hiernach sei die Frage, ob der Benutzer das ältere Werk kannte, erst in der (auf § 24 Abs. 2 UrhG a.F.) folgenden Anwendung des § 23 UrhG a.F. relevant.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und verstanden darunter nicht mehr als die einfache Benutzung.[540] Nach diesem Verständnis war die Schwelle sehr gering und das Zugrundelegen quasi bedeutungslos. Es war nach dieser Auffassung nicht notwendig, dass „die entnommene Melodie das charakteristische kompositorische Material des neuen Werkes darstellt".[541]

Andere verstanden gerade im Zugrundelegen einen Hinweis auf eine derartige Sonderrolle der Melodie als charakteristisches kompositorisches Material des neuen Werks.[542] Diese besondere Bedeutung sollte etwa darin liegen, dass das neue Musikwerk auf der entnommenen Melodie aufbaut.[543] Typische Fälle seien Variationen und Fantasien aber auch Improvisationen.[544] In ähnlicher Weise ist es wohl zu verstehen, wenn ein Zugrundelegen so verstanden wurde, dass sich das fremde (musikalische) Material im neuen Werk entfalten müsse.[545]

Der Wortlaut des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. zeigte sich beiden Interpretationsextremen gegenüber offen. Für einen eher eingrenzenden, engen Begriff des Zugrundelegens wurde angeführt, dass er stärker dem Ausnahmecharakter des Melodienschutzes gegenüber der freien Benutzung entspreche.[546] Die oft

---

540 Ebd.; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 37. Nicht eindeutig *Schlingloff,* Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 95, der zwar zunächst „jegliche Form der Benutzung" damit erfasst sieht, aber später eine Funktion in Verarbeitung und Durchführung für erforderlich hält.

541 *Loewenheim,* in: Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl. 2010, § 8 Schutzumfang Rn. 19 (in der 3. Aufl. 2021 insoweit allerdings gestrichen); siehe im Übrigen auch *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 37.

542 *Münker,* Digital Sampling, 1995, 158.

543 Zur damaligen Rechtslage *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 43: „Eine Melodie ist einem anderen Werk zugrunde gelegt, wenn das neue Musikwerk auf dieser aufbaut […]". Gleichzeitig sei es aber auch nach *Ahlberg/Lauber-Rönsberg* „nicht erforderlich, dass die entnommene Melodie das beherrschende Thema des neuen Werkes ist" – wo hier Grenzen im Einzelnen gezogen werden können, wird letztlich offen gelassen; ferner *Canaris,* Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 73.

544 *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 43.

545 *Hertin*, GRUR 1989, 159, 161: „Verarbeiten im Sinne von ‚zugrunde legen' bedeutet, daß das fremde Material sich in dem neugeschaffenen Musikstück entfaltet; es wird zum formalen Element entweder des ganzen Werks oder aber größerer Abschnitte davon." *Hertin* nennt das „Materialfunktion" (basierend auf *von Noé,* Die Musik kommt mir äußerst bekannt vor, 1985, 51). Dem folgend auch *Schlingloff,* Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 95.

546 So noch *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 43: „Hierbei handelt es sich aber nach der Gesetzessystematik, dem Wortlaut dieser Vorschrift und nach der Gesetzesbegründung um eine Ausnahme von der in

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in § 24 Abs. 2 UrhG a.F. angenommene strenge Rechtsfolge konnte dafür sprechen, dass ihr eine besonders schwerwiegende Verfehlung des fraglichen Rechtsverletzers im Tatbestand korrespondieren musste. Eine solche läge wohl vor, wenn die Melodie auch im neuen Werk eine zentrale Rolle spielt. Dem entspricht ferner das immer wieder der Norm beigemessene Ziel, die „Ausbeutung" von Melodien zu verhindern.[547] Eine Ausbeutung schon dort anzunehmen, wo die Melodie nicht einmal eine größere Rolle im neuen Werk spielt, ginge sehr weit.

Andererseits verkleinerte diese Ansicht den Anwendungsbereich des Melodienschutzes gegenüber der freien Benutzung maßgeblich, ist doch unter den obigen Maßstäben ohnehin nie ein Verblassen anzunehmen, wenn der fragliche Werkteil eine zentrale Rolle im neuen vermeintlich „selbständigen" Werk hat.

Auch der Sinn des Kriteriums, dass Entnahme und Übernahme *erkennbar* sein müssten würde sich nicht mehr erklären, wenn „zugrunde gelegt" schon darüberhinausgehend bedeuten würde, dass die Rolle der Melodie im neuen Werk zentral sein müsse.

Die Rechtsprechung und der Großteil des Schrifttums hatten daher in der Gesamtbetrachtung wohl die gewichtigeren Argumente auf ihrer Seite, wenn sie der Formulierung „entnommen und […] zugrunde gelegt" (§ 24 Abs. 2 UrhG a.F.) keine allzu hohe Bedeutung beimaßen.

b. Erkennbarkeit der Übernahme

Ebenso wurde das Kriterium der Erkennbarkeit dieser Übernahme im Rahmen des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. nur selten im Detail behandelt. Dabei ist die Erkennbarkeit letztlich der substantielle Unterschied zum ersten Absatz, abgesehen vom spezifischen Schutzgegenstand der Melodie. Die Erkennbarkeit ist das Konzept, das wohl dem Wortlaut nach diejenige Rolle in § 24 Abs. 2 UrhG a.F. einnehmen sollte, die Selbständigkeit, Abstand bzw. Verblassen für § 24 Abs. 1 UrhG a.F.

Abs. 1 getroffenen Regel (→ Rn. 34). Der erweiterten Anwendung des Abs. 2 durch die Rspr. und rechtswissenschaftlichen Literatur kann daher nicht beigepflichtet werden."

547 Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses über den RegE eines Urheberrechtsgesetzes, zu BT-Drs. IV/3401 vom 14. Mai 1965, 3; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 34: „Hier ist anzuerkennen, dass die freie Benutzung von Melodien allzu leicht in eine Ausbeutung fremden Musikschaffens umschlagen kann."

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In gewissem Umfang bildete sich ein Konsens darüber, was unter der Erkennbarkeit im Sinne des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. zu verstehen ist. Einigkeit bestand etwa dazu, nach wessen Perspektive das Kriterium der Erkennbarkeit zu beurteilen ist.[548] So könnte die Erkennbarkeit von Melodien zwischen einem Laien, einem Hobbymusiker oder einem Experten sehr unterschiedlich beurteilt werden – ganz zu schweigen von der Möglichkeit in solchen Fällen spezielle Software zu nutzen.[549] Nach dominierender Ansicht sind für die Feststellung aber stets die „mit musikalischen Fragen einigermaßen vertrauten und hierfür aufgeschlossenen Verkehrskreise"[550] maßgeblich oder es wird auf die „Auffassung der mit musikalischen Dingen vertrauten Personen" abgestellt.[551] Angesichts des bereits oben genannten Zieles von § 24 Abs. 2 UrhG a.F., die Ausbeutung von Melodien zu verhindern, erscheint es nur konsequent, dass die Perspektive der Hörerschaft als entscheidende benannt wurde, da sich bei dieser die ökonomische Gefahr der Ausbeutung auch realisieren kann.

Ferner ging es nach dem Wortlaut des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. beim Kriterium der Erkennbarkeit nicht nur um die Erkennbarkeit der Melodie im neuen Werk, sondern vor allem um die Erkennbarkeit ihrer Entnahme und Zugrundelegung.

Überwiegend genügte es dafür, wenn eine zumindest assoziative Verbindung zum benutzten Musikwerk hergestellt werden kann.[552] Dafür müsse das konkrete Werk auch nicht bekannt sein.[553] Die assoziative Verbindung wurde von Vertretern dieser Auffassung nicht explizit auf eine Verkörperungsart des Werks beschränkt. Da die akustische Erkennbarkeit sich etwa deutlich von der Erkennbarkeit in einer Notenschrift unterscheiden kann, bliebe daher eine große Unsicherheit im Einzelfall. Konsequent wäre nach der Ausrichtung

548 Zum ähnlichen, aber nicht übereinstimmenden Problem im Bereich der Wiedererkennbarkeit auf unionsrechtlicher Ebene: unten bei B.II.1.b und 2.c.

549 Vgl. oben Kapitel 2 B.III.1.

550 *Münker,* Digital Sampling, 1995, 159; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 37.

551 *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 47; *Schlingloff,* Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 95, der auch geeignete Laien in diesen Kreis zählt, aber dabei explizit Abstand nimmt von einer rein durch Laien oder die Anfang der 40er-Jahre wohl ideologisch begründete Maßgeblichkeit der „Anschauungen des Volkes" bestimmten Erkennbarkeit der Melodie.

552 *Münker,* Digital Sampling, 1995, 159; *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 41; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 37.

553 *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

an der oben genannten Hörerperspektive wohl regelmäßig die akustische Erkennbarkeit als relevante Wahrnehmungsperspektive zu verstehen.

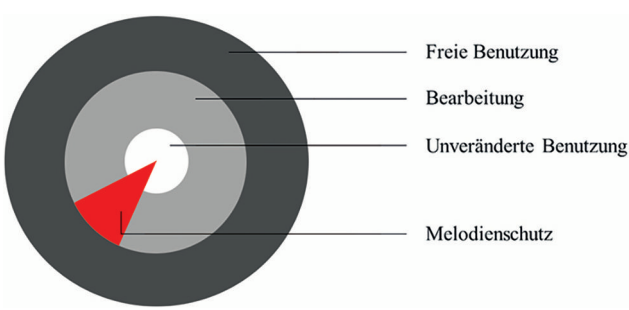
3. Rechtsfolge: Ausschluss der freien Benutzung

Neben diesen Aspekten des Tatbestands bot auch die Rechtsfolge der Norm Grund zu interpretativen Erwägungen. Das betrifft zum einen die ausdrücklich in § 24 Abs. 2 UrhG a.F. genannte Rechtsfolge bezüglich des ersten Absatzes. Zum anderen aber betrifft das auch die teilweise vertretenen Ansichten zur abschließenden Wirkung des Melodienschutzes gegenüber Schranken.

a. Verhältnis zu § 24 Abs. 1 UrhG a.F.

Absatz 2 begann mit der vorangestellten Rechtsfolge: „Absatz 1 gilt nicht für […]".

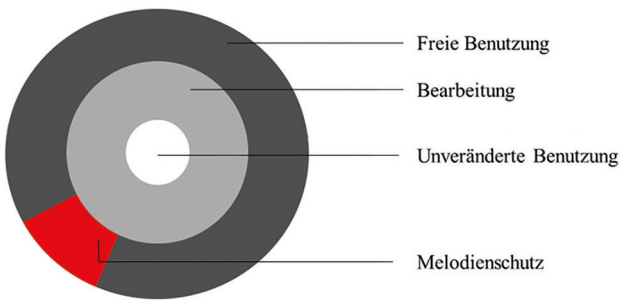
Teils wurde das als Spezifizierung des Regelungsgehalts von Absatz 1 verstanden: bereits der Tatbestand der freien Benutzung „gilt nicht für" den in Absatz 2 bezeichneten Fall – also die erkennbare Entnahme und Zugrundelegung einer Melodie. Dies hätte zur Folge, dass die Tatbestandsmerkmale der beiden Absätze sich insoweit ausschließen müssten und mithin jeder Fall von Absatz 2 auch einen Unterfall von Absatz 1 bildete. Das wiederum käme einer deklaratorischen Funktion von Absatz 2 gleich. Er würde damit für den spezifischen Fall die Grenze der freien Benutzung aus Absatz 1 deutlich machen. Vereinfacht bedeutet das, dass die Melodie ein „normaler", aber speziell hervorgehobener Fall der Vervielfältigung und Bearbeitung bliebe (s. *Abb. 5*).



(Abbildung 5)

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bezog man den zweiten Absatz des § 24 UrhG a.F. hingegen auf die Rechtsfolge des ersten, ergab sich ein anderes Bild. Der Melodienschutz im zweiten Absatz wäre danach explizit als Ausnahmeregelung zum ersten Absatz, dem allgemeinen Grundsatz der freien Benutzung konzipiert:[554] Obwohl also der Tatbestand bei einer Benutzung eines Musikwerkes unter den ersten Absatz subsumierbar wäre, schafft der zweite Absatz hiernach eine Ausnahme für Melodien (s. *Abb. 6*). Dies könnte dann entweder bedeuten, dass § 24 Abs. 2 UrhG a.F. eigenständig und implizit die Rechtsfolge einer erforderlichen Zustimmung für die Verwertung und Veröffentlichung anknüpfte. Sieht man aber in § 24 Abs. 1 UrhG a.F. bereits eine Ausnahme zu § 23 UrhG a.F., könnte § 24 Abs. 2 UrhG a.F. auch lediglich die vom Tatbestand umfassten Fälle als Rückausnahme den §§ 16, 23 UrhG a.F. zuweisen.[555]



(Abbildung 6)

Zwischen dem, was tatbestandlich unter den Melodienschutz fällt, und dem, was nicht mehr als freie Benutzung im Sinne des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. gilt, bestehen große Übereinstimmungen. Regelmäßig werden nämlich solche Melodien, die erkennbar einem neuen Werk zugrunde gelegt wurden, auch nicht verblassen. Angesichts dieser unterschiedlichen Wirkungsbereiche ist es nicht verwunderlich, dass zur Anwendung des Melodienschutzes regelmäßig Parallelen zur generellen Abgrenzung von Bearbeitung und freier Benutzung i.S.d. § 24 Abs. 1 UrhG a.F. gezogen werden.[556]

554 So zur damaligen Rechtslage *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 34.

555 In diesem letzten Sinne *Loewenheim/Leistner*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 8 Schutzumfang Rn. 20.

556 Siehe etwa *BGH* GRUR 1988, 812, 814 – *Ein bißchen Frieden*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Wortlaut, dass Absatz 1 nicht *gilt* spricht aber deutlich dagegen, Absatz 2 eine solche Bedeutung zu entnehmen. Denn bei einer klar definierten Unterscheidung und fehlenden Überschneidungsmenge von Melodienschutz und Absatz 1 hätte Absatz 1 gerade Geltung gehabt, wäre aber nicht einschlägig.

Im Falle der wenigen Ausnahmen, in denen eine Melodie erkennbar zugrunde gelegt wurde, das neue Musikwerk aber doch Selbständigkeit erlangt, ist daher nach einer konsequenten Auslegung des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. anzunehmen, dass effektiv die freie Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG a.F. ausgeschlossen wurde.[557]

Eine deklaratorische, mit den Grenzen aus § 24 Abs. 1 UrhG a.F. abgestimmte Funktion hätte sich, wie es etwa nun nach § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG dem geltenden Gesetzeswortlaut entspricht, an der Definition eines Abgrenzungskriteriums der freien Benutzung orientieren müssen.[558]

b. Verhältnis zu Schranken

Das Verhältnis des besonderen Melodienschutzes zu Schranken konnte sich in mehrerlei Hinsicht stellen, kommen doch gerade mit der Verwendung von Melodien auch mehrere Schranken in Betracht.

Zum einen betrifft das die Parodieschranke. Sie wurde bis zur Abschaffung des Melodienschutzes nach § 24 Abs. 2 UrhG a.F. nicht durch eine explizite Schrankenregelung geregelt, sondern als Bestandteil von § 24 Abs. 1 UrhG a.F. verstanden.[559] Nach der damaligen Auslegungslogik hätte also der besondere Melodienschutz die Parodie unter Zugrundelegung von fremden

557 Denkbar wäre das nach herkömmlichem Verständnis von § 24 UrhG a.F. etwa dann, wenn die eigenständigen Elemente und die Verarbeitung der Melodie in einem neuen umfassenden Werk so weit getrieben wurden, dass selbst die erkennbar übernommene Melodie, die bei separater Betrachtung im neuen Werk den Verkehrskreisen noch erkennbar scheint, im Gesamteindruck zurücktritt.

558 Ähnlich auch schon § 23 Abs. 1 UrhG-E des Diskussionsentwurfes eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes des BMJV vom 24.6.2020, URL: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (Abrufdatum: 24. August 2022): Dort war schon ähnlich der jetzt gültigen Fassung vorgesehen, den Melodienschutz in einer Art des gesetzlich klarstellenden Regelfalls in die Bearbeitung aufzunehmen.

559 Statt vieler: *BGH* GRUR 2016, 1157 – *auf fett getrimmt*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Melodien ausschließen müssen.[560] Das widerspräche einer historisch unerwünschten Erstreckung des Melodienschutzes auf Parodien, wie sie schon bei der Entstehung des § 13 LUG geäußert wurde.[561]

Zum anderen sticht das im Schrifttum oft behandelte Verhältnis des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. zum Musikzitat hervor.[562]Überwiegend wurde argumentiert, dass der Melodienschutz abschließend für die Beurteilung von Melodieentnahmen sei.[563] Mithin habe er etwa auch das Zitat in § 51 S. 2 Nr. 3 UrhG ausgeschlossen.[564] In Bezug auf das Musikzitat kamen manche auch mit Blick auf den Tatbestand zu einem anderen Ergebnis: § 51 S. 2 Nr. 3 UrhG wird und wurde regelmäßig entnommen, dass der Umfang bei Musikzitaten eher beschränkt sei, da eine Stelle nur dann „angeführt" werde, wenn sie im neuen Werk keine umfassendere Rolle spiele.[565] Darin könne ein Widerspruch zum Zugrundelegen der Melodie nach § 24 Abs. 2 UrhG a.F. gesehen werden.[566] Das Erfordernis, dass die Melodie gem. § 24 Abs. 2 UrhG a.F. dem

560 Ausführlich zu dieser Problematik: *Brunner,* Melodienschutz, 2013, 191 ff.

561 *Brunner,* Melodienschutz, 2013, 198; daher als Ausnahme behandelnd: *Dreyer*, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, 4. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 60; vgl. auch *Hess,* Parodie, 1993, 42 ff.; die amtl. Begründung zu § 13 LUG v. 8.12.1900 (*Schulze,* Materialien zum Urheberrechtsgesetz, Band 1, 1997, 139) behauptet indes zwar, dass der Melodienschutz die Parodie schon gar nicht berühren würde, weil die Melodie in der Parodie nur zum „Ausgangspunkte für eine Neuschöpfung" entnommen werde. Allerdings ist diese Differenzierung ja ohnehin bereits Zielsetzung des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. (damals § 13 Abs. 1 LUG), sodass diese Argumentation bei konsequenter Auslegung kaum überzeugen kann.

562 Zur damaligen Rechtslage in den jeweiligen Auflagen etwa: *Dreyer*, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, 4. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 64; *Götting*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 34 Zitatfreiheit (§ 51 UrhG) Rn. 27; *Lüft*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Aufl. 2019, UrhG, § 51 Rn. 20; *Spindler*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 51 Rn. 49; *Dreier*, in: Dreier/Schulze, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 51 Rn. 19.

563 *Dreyer*, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, 4. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 64; *Götting*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 34 Zitatfreiheit (§ 51 UrhG) Rn. 27; *Lüft*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Aufl. 2019, UrhG, § 51 Rn. 20.

564 *Dreyer*, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, 4. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 64. Nur dann, wenn keine Entnahme vorliegt, sondern die Melodie ein Fremdkörper im neuen Werk sei oder einem Werk nur vorangestellt werde, könne ein Zitat denkbar sein, weil so der Melodienschutz nicht einschlägig sei. Dieses Verständnis führt aber zu dem Wertungswiderspruch, dass ein unkreativer Umgang mit der Melodie (als Fremdkörper oder nur vorangestellt) dem kreativen Umgang gegenüber privilegiert wäre. Dieses Ergebnis erscheint daher nicht erstrebenswert.

565 Vgl. *Hertin*, GRUR 1989, 159, 161.

566 Ebd.; *Canaris,* Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 73.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

neuen „zugrunde gelegt" werden müsse, führe zu einer klaren Unterscheidung der Anwendungsfälle des Melodienschutzes und des Musikzitats.[567]

Ein solches Verständnis ist aber wie oben dargelegt nicht überzeugend, da ein Zugrundelegen nach überzeugender Auffassung gerade keine zentrale Bedeutung der Melodie im neuen Werk erforderte.[568] Ordnet man § 24 UrhG a.F. und somit auch den Melodienschutz nicht als Schranke ein, sondern strikt als Bestandteil der Schutzbereichsbestimmung, ergibt eine Ausschlusswirkung gegenüber Schranken auch systematisch keinen Sinn. Denn die Frage des Melodienschutzes wäre dann eine vorgelagerte.[569]

Spätestens mit Inkrafttreten der obligatorischen Schranken der DSM-Richtlinie (Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 DSM-Richtlinie) am 7. Juni 2021 wären die Verhältnisse klar gewesen, wenn der Melodienschutz weiter Bestand gehabt hätte.[570] Denn hätte der Melodienschutz auch hinsichtlich Pastiche und anderen Schrankenregelungen eine Begrenzung vornehmen können, wäre das eine von der Richtlinie nicht gedeckte deutsche Eigenheit. Eine solche Auswirkung des Melodienschutzes wäre also in letzter Konsequenz sogar vor dem Hintergrund von Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 DSM-Richtlinie unionsrechtswidrig gewesen.

III. Die Neuerungen der Urheberrechtsreform 2021

Während das deutsche Urheberrecht nun seit Beginn des letzten Jahrhunderts eine eigene Norm der freien Benutzung inklusive eines besonderen Melodienschutzes kannte, ist die Situation seit dem 7. Juni 2021 eine andere. § 24 UrhG wurde vollständig aufgehoben. Die genauere gesetzliche Beschreibung der Grenzen des § 23 UrhG ist seither Regelungsgegenstand des § 23 UrhG selbst. Die „neue" freie Benutzung in diesem engeren Sinne ist also nun zu einem Großteil in den Grenzen des § 23 Abs. 1 UrhG aufgegangen.

---

567 Insofern aber widersprüchlich *Hertin*, GRUR 1989, 159, der zunächst statuiert, das Zitat sei eine Ausnahme vom Melodienschutz (159), später aber bekräftigt, dass zugrunde legen und anführen abgrenzbare Kriterien seien (161).

568 Siehe oben A.II.2.a.

569 Zu dieser Argumentation mit der Gesetzessystematik schon *Brunner,* Melodienschutz, 2013, 153 f.

570 Wie weit die unionsrechtliche Vorgabe zur Implementierung reicht, ist nicht eindeutig. Für eine Einführung der Schranke nur in Bezug auf die Nutzer von Dienstanbietern nach der DSM-Richtlinie spricht deren spezifischer Anwendungsbereich im Rahmen der Plattformhaftung. Im Interesse einer einheitlichen Grundlage für Schrankenbestimmung wird aber zum großen Teil eine generelle Verpflichtung zur Einführung der Schranke angenommen, vgl. etwa *Stieper*, ZUM 2019, 713, 719 f.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dabei wurde nicht schlicht § 24 UrhG a.F. in § 23 UrhG übernommen, sondern es bestehen Neuerungen, die zum einen die innere systematische Aufteilung und zum anderen die allgemeinen Kriterien der Schutzbereichsbestimmung betreffen.

1. Der hinreichende Abstand und die Abgrenzung zur Parodie

In Bezug auf die Änderungen hinsichtlich der Kriterien und Systematik ist einerseits der gesetzlich aufgenommene Begriff des hinreichenden Abstands als Abgrenzungskriterium in § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG zu nennen, andererseits die Parodie in § 51a UrhG als ehemalige Fallgruppe des § 24 UrhG a.F.

Auch die neue Regelung bedient sich damit wie § 24 UrhG a.F. – kaum überraschend – eines unbestimmten Rechtsbegriffs zur Umgrenzung des Schutzumfangs der Bearbeitung in § 23 Abs. 1 UrhG. Der hinreichende Abstand erscheint nur unwesentlich konkreter als es die bisherige Nennung des „selbständige[n]" Werks war.

Zudem sticht bei diesem Kriterium eine begriffliche Kontinuität hervor: Mit der gesetzlichen Erwähnung des hinreichenden Abstandes in § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG bedient sich der Gesetzgeber an einer Formulierung, welche die höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung bereits seit Jahren heranzieht, um die freie Benutzung zu bestimmen.[571] Kaum etwas läge daher *prima facie* näher, als die Formulierung des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG im Lichte einer gesetzlich festgehaltenen ständigen Rechtsprechung zu betrachten. Diese Rechtsprechung beinhaltet insbesondere die zweigleisige Bestimmung eines urheberrechtlichen Abstands als „innerer" und „äußerer" Abstand.

Die begrifflich suggerierte Kontinuität zwischen § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG und vorheriger Rechtsprechung wäre aber ein Trugschluss, was an drei Dingen sichtbar wird: Erstens an der Gesetzesbegründung der neuen Norm, zum zweiten an Rückschlüssen aus der Systematik, drittens am Vergleich mit den unionsrechtlichen Implikationen.

a. Gesetzesbegründung

Die Begründung des Regierungsentwurfs geht explizit auf die Rechtsprechung ein und wendet sich vom Begriff des „inneren" Abstands in § 23

571 Siehe oben unter A.I.2.b.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abs. 1 S. 2 UrhG ab.[572] Kontinuitäten können damit nur partiell – nämlich zum Begriff des äußeren Abstands angenommen werden.[573] Dass sich der Gesetzgeber insofern „sehenden Auges" dennoch des Abstandsbegriffs bedient, mag auch darauf zurückzuführen sein, dass eine unverfängliche Alternative kaum denkbar ist. Selbst das „Verblassen" und den Begriff der „Selbständigkeit" weitete der BGH zuletzt auf den „inneren Abstand" (also etwa Parodien) aus.[574]

b. Systematik

Der Blick auf die Gesetzessystematik lässt ebenfalls erkennen, dass der hinreichende Abstand des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG nicht als „innerer" Abstand missverstanden werden darf. § 51a UrhG ordnet die Parodie auch im deutschen Urheberrecht als Schrankenregelung ein. Das macht schon die Überschrift von Abschnitt 6 des UrhG deutlich. Damit eine Parodie für die Schranke des § 51a UrhG überhaupt in Frage kommt, muss aber zwingend ein Fall vorliegen, der sich innerhalb des Schutzbereiches bewegt. Das kann also nur dann der Fall sein, wenn der wichtigste Anwendungsfall des BGH im Rahmen eines „inneren Abstands" gerade keinen hinreichenden Abstand einhält im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG.

c. Unionsrechtliche Implikationen

Zuletzt zeigen auch die unionsrechtlichen Implikationen in ihrer Auslegung durch den EuGH,[575] dass der Begriff vom „inneren Abstand" keinen Fortbestand auf Schutzbereichsebene haben kann. Die Anwendungsfälle des inneren Abstands waren nämlich stets Teil des Art. 5 InfoSoc-Richtlinie, der abschließend solche unionsrechtlich zulässigen Schranken aufzählt, die einen inneren Abstand voraussetzen (also insbesondere Karikatur, Parodie und je nach Lesart auch Pastiche). Dass dieser abschließende Katalog aus kunstwissenschaftlicher oder gesellschaftlicher Perspektive unzureichend erscheinen

572 Begründung RegE 2021, BT-Drs. 19/27426, 78.
573 Ebenfalls explizit dazu die Begründung RegE 2021, BT-Drs. 19/27426, 78.
574 Siehe oben A.I.2.
575 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929) – *Pelham/Hütter*; noch detaillierter zur Auslegung und den Implikationen der Entscheidung unter B.I.1.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mag,[576] ändert nichts am starren Gerüst aktueller Regelungen in diesem Bereich.

d. Abstand ist nicht gleich Abstand

Der Abstandsbegriff des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG ist daher nicht zu verwechseln mit dem, was der BGH in ständiger Rechtsprechung unter Abstand verstand. Es ist vielmehr in gewisser Hinsicht ein Bruch mit der immer weiter ausgedehnten Rechtsprechung. Eine Kontinuität kann sich daher nur zum „äußeren" Abstand ergeben, dessen Konkretisierung auch nach dem Gesetzeswortlaut offen bleibt.[577]

Nicht zuletzt hat aber auch das Unionsrecht, wie bereits angedeutet, einen Einfluss auf die Auslegung des hinreichenden Abstands nach § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG und die ehemaligen Regelungsgegenstände des § 24 UrhG a.F. (wie die Parodie). Was unter dem Abstandsbegriff nach § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG abschließend zu verstehen ist und welche Rolle der § 51a UrhG im Zusammenhang mit einer „neuen" freien Benutzung spielt, bleibt daher einer späteren Erörterung vorbehalten (siehe im Einzelnen noch unter B. und C.).

2. Die Abschaffung des besonderen Melodienschutzes – ein Fehler?

Was die innere systematische Aufteilung angeht, so wurde die Aufteilung des § 24 UrhG a.F. in eine Norm für Melodien und eine Norm für übrige Regelungsgegenstände des Urheberrechts explizit aufgegeben. Zwar wird die Melodie weiterhin im Urheberrechtsgesetz genannt, s. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG, sie wird dort aber den übrigen Regelungsgegenständen beigeordnet. Das lässt sich schon am Wortlaut erkennen, der grundsätzlich Werke als Schutzgegenstand nennt und Melodien nur beispielhaft („insbesondere") erwähnt lässt.

Der Einschub ist also rein deklaratorisch und in seiner materiellen Aussagekraft letztlich überflüssig.[578] Er wurde erst in den letzten Tagen des Ge-

576 Vgl. unten C.IV.

577 Siehe die bereits oben dargestellte Begründung RegE 2021, BT-Drs. 19/27426, 78.

578 Zur deklaratorischen Bedeutung: Beschlussempfehlung und Bericht Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 19/29894, 94.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

setzgebungsprozesses in den Entwurf mitaufgenommen.[579] Dieser „Kompromiss" dürfte nicht zuletzt der Sorge geschuldet sein, dass durch eine Abschaffung des § 24 Abs. 2 UrhG eine Gefahr der urheberrechtlichen Freigabe von Melodien bestehe und insofern Rechtsklarheit und Rechtssicherheit geschaffen werden müsse.[580] Wegen dieser im Ergebnis wohl unbegründeten Sorge wurde bis in die letzten Monate des Gesetzgebungsprozesses medienwirksam von einzelnen Akteuren gefordert, den vorherigen Schutz der Melodie zu erhalten.[581]

Wird mit dem Streichen des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. das Urheberrecht für Musik aber überhaupt radikal geändert? Eine teils behauptete abschließende Wirkung für den Regelungsbereich von Melodien bestand zu Zeiten des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. nach Berücksichtigung der systematischen Stellung eigentlich nicht.[582] Zudem zeigen sich im Ergebnis zumindest viele Überschneidungen mit dem Regelungsgehalt des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. und dessen Interpretation im Sinne des Verblassenskriteriums. Radikal kann die Änderung des Musikurheberrechts daher schon mangels eines großen Anwendungsbereichs kaum sein. Eine rein deklaratorische Funktion wie die Erwähnung der Melodie im neuen § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG kann § 24 Abs. 2 UrhG a.F. aber rückblickend auch nicht eindeutig entnommen werden. Der Anwendungsbereich, in dem tatsächlich ein Ausschluss der freien Benutzung vorliegt, ist im Verhältnis zum Verblassen nicht groß, es bestehen aber durchaus Fälle, in denen erkennbar übernommene Melodien wohl als verblasst gelten würden[583] und darüber hinaus zeigt sich auch angesichts der expliziten Regelung für Melodien eine gewisse Abschreckungswirkung. Infrage steht daher, inwiefern diese

579 Siehe für den Ursprung der aktuellen Formulierung: Beschlussempfehlung und Bericht Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 19/29894, 12.

580 Im Sinne von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit in der abschließenden Lesung argumentierend etwa *M. Rabanus*, Plenarprotokoll 19/230, 29445.

581 Siehe insbesondere den Offenen Brief „Das Entsetzen hat kein Ende", Süddeutsche Zeitung vom 27. April 2021, URL: https://sz.de/1.5277804 (Abrufdatum: 24. August 2022), in dem mehr als 1100 Künstlerinnen und Künstler unter anderem forderten: „den Beibehalt des seit Jahrzehnten im Urheberrechtsgesetz verankerten Schutzes von Melodien, unabhängig von der Länge der Melodie".

582 Siehe A.II.3.b.

583 Vgl. insofern etwa das obige Verständnis der Erkennbarkeit im Melodienschutz in A.II.2.b. im Kontrast zum Tatbestand des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. in A.I.2. Die Melodie muss also im Gesamtkontext des Musikstückes verblassen, aber nach den weiteren Maßstäben des Melodienschutzes noch klar erkennbar geblieben sein. Das ist insbesondere dann gut möglich, wenn die Melodie im benutzenden Musikstück keine zentrale Rolle einnimmt. Denkbar ist das in der Praxis etwa im Falle von gesampelten Melodieelementen.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wirkung des besonderen Melodienschutzes, so klein der Anwendungsbereich auch sein mag, nicht durch die besondere Stellung der Melodie gerechtfertigt ist und eine Abschaffung insofern fehlgeleitet war.

Um sich dem anzunähern stellt sich zunächst die Frage, warum der Melodienschutz des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. ursprünglich den Weg ins Urheberrecht fand. Damit ist die Frage verknüpft, ob diese ursprüngliche Begründung auch mit der weiteren historischen Entwicklung noch überzeugend blieb. Schließlich müssen aber auch neuere Ansätze betrachtet werden, die den Zweck nicht nur anhand der Maßstäbe der Gesetzesmaterialien erörtern.

a. Rechtfertigungsnarrative vor und bei Entstehung (1901)

Ein erster Blick fällt auf das LUG und den Weg zur Entscheidung, den Melodienschutz überhaupt im deutschen Urheberrecht gesondert zu erwähnen. Der Wortlaut des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. beruht in weiten Teilen auf § 13 Abs. 2 LUG von 1901.[584] Eine Vergleichbarkeit ergibt sich damit zumindest für einen Großteil der Normen.

Häufig wird ein konkretes wirtschaftliches Problem im 19. Jahrhundert als Ursprung des sogenannten starren Melodienschutzes angegeben:[585] Der Vorgänger von § 13 Abs. 2 LUG, nämlich § 46 des preußischen Urheberrechtsgesetzes vom 11.6.1870,[586] erwähnte ebenfalls die Melodie explizit. Die Benutzung einer Melodie war danach ohne jegliche Zustimmung möglich,

584 Die Unterschiede in der Formulierung zur Vorgängernorm sind eher gering. Die Rechtsfolge aus § 13 Abs. 2 LUG kannte etwa keine Zustimmungsmöglichkeit des vorherigen Autors („unzulässig"); diese war nur aufgrund der Gleichbehandlung des Melodienschutzes mit übrigen Bearbeitungen nach § 12 LUG gegeben, vgl. *Nitze,* Recht an der Melodie, 1912, 16 f., ferner auch 21. Auf Tatbestandsebene entspricht der Wortlaut des § 13 Abs. 2 LUG aber noch der späteren Fassung von § 24 Abs. 2 UrhG a.F. (bis Juni 2021).

585 *Nitze,* Recht an der Melodie, 1912, 12 ff.; *Hammer,* Melodie nach § 13 Absatz II, 1917, 25 ff.; *Canaris,* Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 45 f.; *Brunner,* Melodienschutz, 2013, 35 ff. Eingehend aber im Ganzen weniger kritisch zur Lage vor dem LUG *Kremer,* Melodie, 1891, 27 ff.

586 § 46 Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken lautete: „Als Nachdruck sind alle ohne Genehmigung des Urhebers einer musikalischen Komposition herausgegebenen Bearbeitungen derselben anzusehen, welche nicht als eigenthümliche Kompositionen betrachtet werden können, insbesondere Auszüge aus einer musikalischen Komposition, Arrangements für einzelne oder mehrere Instrumente oder Stimmen, sowie der Abdruck von einzelnen Motiven oder Melodien eines und desselben Werkes, die nicht künstlerisch verarbeitet sind."

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wenn sie „künstlerisch verarbeitet" wurde, s. § 46 des preußischen Urheberrechtsgesetzes a.E.

Trotz größerem Widerspruch in Teilen der Literatur, wurde der Begriff „verarbeitet" im Kontext des preußischen Urheberrechts sehr weit ausgelegt.[587] Bereits geringe künstlerische Eingriffe konnten wohl nach der damaligen Rechtsprechung als künstlerische Verarbeitungen betrachtet werden.[588] Ein einfach ausgestaltetes Potpourri, also ein Werk, das fremde Melodien mit einfachsten kompositorischen Mitteln verband, unterfiel nach dieser verbreiteten Interpretation nicht der Zustimmungspflicht.[589] Der wirtschaftliche Schaden für manche Musikalienhändler führte zu deutlicher Kritik.[590]

Die Reaktion hierauf sollte schließlich eine strenge Regelung sein, deren Spielraum solche Potpourris nicht mehr zulässt.[591] Der Vermögenswert vieler Kompositionen wurde insbesondere in den jeweiligen Melodien gesehen.[592] Infolgedessen sollte die neue Regelung sicherstellen, dass die Schwächen der Fassung vor 1901 beseitigt werden.[593] Das führte auch dazu, dass im Wortlaut von § 13 Abs. 2 LUG schließlich jede Benutzung, die den Tatbestand erfüllte, für „unzulässig" erklärt wurde.[594] Die verhältnismäßig strenge Formulierung des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. erklärt sich daher zumindest teilweise aus der historischen Begebenheit der Musikalienhändler.

Weitere Erklärungsansätze nennen eine Orientierung am französischen Vorbild als Motivation, während manch ältere Berichte behaupten, eine Orientierung an der französischen Regelung sei explizit abgelehnt worden.[595] Ob sich der deutsche Melodienschutz an einer französischen Rechtlage orientieren sollte oder sich explizit gegen eine französische Rechtslage wandte, lässt sich kaum noch zweifelsfrei feststellen – eine konkrete melodiebezogene Vorbildnorm bestand jedenfalls nicht.[596]

---

587 Vgl. *Kremer,* Melodie, 1891, 27 ff.; nachzeichnend *Hammer,* Melodie nach § 13 Absatz II, 1917, 26.

588 So *Hammer,* Melodie nach § 13 Absatz II, 1917, 26. Vgl. auch *Gergen*, UFITA 2009, 471, 474 ff.

589 Vgl. *Hammer,* Melodie nach § 13 Absatz II, 1917, 29.

590 Siehe die zitierten Quellen bei *Hammer,* Melodie nach § 13 Absatz II, 1917, 22 ff.

591 *Brunner,* Melodienschutz, 2013, 35 ff.

592 *Hammer,* Melodie nach § 13 Absatz II, 1917, 29.

593 *Brunner,* Melodienschutz, 2013, 37.

594 Vgl. den Wortlaut der Rechtsfolge des § 13 Abs. 2 LUG: „Bei einem Werke der Tonkunst ist jede Benutzung unzulässig, durch welche […]."

595 Zum französischen Vorbild: *Berger,* Die wandernde Melodie, 2000, 23 f.; dagegen: *Pauli,* Recht an der Melodie, 1929, 8 ff.

596 Vgl. *Pauli,* Recht an der Melodie, 1929, 8 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Es muss auch bezweifelt werden, dass die Aufnahme des besonderen Melodienschutzes in das LUG deshalb ihre „volle Berechtigung" gehabt habe, weil sie Schutzlücken im Zusammenhang mit der Form-Inhalt-Dichotomie schließen sollte.[597] Es wird vorgebracht, die höchstrichterliche Rechtsprechung sei auf die äußere Form fixiert gewesen und eine fehlende Unterscheidbarkeit von Form und Inhalt in der Musik hätte zu Nachteilen geführt.[598] Zum einen ist es schwer erklärbar, wie die behauptete Untrennbarkeit von Form und Inhalt in der Musik überhaupt Nachteile für die Melodie schafft. Die Melodie ist nicht mehr oder weniger von einer Form-Inhalt-Unterscheidung betroffen als andere musikalische Werkelemente.[599] Zum anderen ist auch die Fixierung des Reichsgerichts auf die äußere Form schwerlich nachweisbar.[600]

Neben der eher wirtschaftlichen Begründung zur Vermeidung von „Potpourrifabrikanten"[601] und den übrigen vorgebrachten historischen Begründungen, wurde die Verhinderung einer Ausbreitung von Melodien auch auf ästhethisch-persönlichkeitsrechtliche Gründe gestützt.

Gerst weist 1912 etwa darauf hin, es leide „vor allem der Urheber wertvoller Werke in ideeller Beziehung, da gehaltvolle Melodien meist ihrer edelsten Reize beraubt werden, wenn sie in die Hülle der Straßen- und Tanzmusik gekleidet und selbst in banaler Weise schablonisiert werden, und da geschmacklose Bearbeitungen auch im Stande sind einen Schatten auf die Schönheit des Originals selbst zu werfen und den Genuß desselben zu trüben".[602]

Auch bei *Pauli* wird das Ziel hervorgehoben, Melodien bekannter Meister nicht „zu übler Gebrauchsmusik" insofern herabzuwürdigen, als dass ihre Melodien etwa in „Operetten- und Jazzmusik" verwendet werden.[603]

Wenn auch die historische Quellenlage vor 1901 kaum ästhetisch-persönlichkeitsrechtliche Begründungen bietet, scheint es zumindest bald nach 1901 das hier beispielhaft dargestellte Begründungsnarrativ seitens der Literatur

597 So aber *Brunner,* Melodienschutz, 2013, 83 f.
598 Ebd.
599 Siehe oben Kapitel 2 C.
600 Möglicherweise will *Brunner,* Melodienschutz, 2013, 83 f. aber vor allem auf einen mangelnden Werkteileschutz hinaus.
601 *Pauli,* Recht an der Melodie, 1929, 10.
602 *Gerst,* Gegenstand des musikalischen Urheberrecht, 1912, 36 mit Hinweis auf eine ähnliche Passage bei *Kohler,* Das Autorrecht, 1880, 353 f.
603 *Pauli,* Recht an der Melodie, 1929, 32. Im Ergebnis spricht sich *Pauli* aber dafür aus, dass ein hinreichender Schutz auch ohne den besonderen Melodienschutz gegeben sei.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu geben. Gleichzeitig ist aber auch zu sehen, dass sich die ästhetische Beurteilung jedenfalls aus Sicht des Urheberrechts heute zurückhaltender darstellt. Richtigerweise kann eine Begründung, die sich daran stört, dass Melodien in einer bestimmten, teils als minderwertig erachteten Gattung erscheinen, heute unter dem Gesichtspunkt ästhetischer Neutralität keine Geltung mehr haben.[604] Die explizite Erwähnung von „Operetten- und Jazzmusik" wirkt sogar aus Sicht der heutigen Kunstentwicklung paradox, wird heute doch auch hier ein besonders musikalisch verständiger und kreativer Umgang im Vergleich mit vielen anderen Gattungen angenommen.[605] Das gibt zu bedenken, inwiefern auch der Blick auf manch heutige Gattung noch vorbelastet sein könnte und im Kontext des Urheberrechts vorurteilsfrei betrachtet werden müsste.[606]

b. Rechtfertigungsnarrative bei Übernahme in das UrhG (1965)

Nach diesen historischen Begebenheiten stellt sich ferner die Frage, welche gesetzgeberische Entscheidung in den 60er-Jahren dafür verantwortlich war, dass das UrhG den besonderen Melodienschutz vom LUG übernahm.

Zunächst wirkte die politische Diskussion im Zuge der Entstehung des Urheberrechtsgesetzes nicht so, als solle die Sondernorm für Melodien beibehalten werden. Das ist vor allem daran erkennbar, dass die Gesetzesentwürfe zur neuen Regelung des Urheberrechts in den 50er-Jahren und Anfang der 60er-Jahre allesamt keinen besonderen Melodienschutz enthielten.[607] In der Begründung des Regierungsentwurfs wurde sogar noch explizit die notwendige Löschung des Melodienschutzes statuiert:

---

604 Siehe hierzu insofern bereits den diskutierten Ästhetikbegriff im Sinne einer Wertung des Schönheitsempfindens, Kapitel 2 A.II.2.c.bb.

605 Vgl. insofern etwa die Annahme zum Musikschaffen und zum Publikum im Jazzbereich bei *Hertin*, GRUR 1989, 159, 161, 164.

606 Vgl. insofern GA *Szpunar*, Schlussantr. v. 12. Dezember 2018, C-476/17, ECLI:EU:C:2018:1002, Rn. 93 – *Pelham/Hütter*, der eine Gleichbehandlung von Gattungen statuiert. Daraus folgt, dass es letztlich für die urheberrechtlich Beurteilung unerheblich ist, welcher Gattung ein Musikstück angehört. Nicht ganz frei von gattungsbezogenen subjektiv-wertenden Vorstellungen wirken dann allerdings die Ausführungen des Generalanwalts a.a.O. in Rn. 67 zum Sampling.

607 *Brunner,* Melodienschutz, 2013, 38 f.; auch der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs sah wohl in seiner Stellungnahme vom 6. Oktober 1960 zum Gesetzentwurf kein Erfordernis für das Fortbestehen des Melodienschutzes, siehe auch *Brunner*, a.a.O.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> „Der Entwurf übernimmt nicht die Sonderbestimmung des geltenden Rechts, nach der bei einem Werk der Tonkunst jede Benutzung unzulässig ist, durch welche eine Melodie erkennbar dem Werk entnommen und einer neuen Arbeit zugrunde gelegt wird (§ 13 Abs. 2 LUG). Dieser starre Schutz der Melodie zieht dem musikalischen Schaffen ungerechtfertigt enge Grenzen. Auf dem Gebiet der ernsten Musik werden oft wertvolle selbständige Schöpfungen unter Benutzung fremder Themen geschaffen, wie z.B. Variationen oder Fantasien, deren Verwertung nicht von der Einwilligung des Urhebers der als Anregung benutzten Melodie abhängig sein darf. Die Befürchtung, der Fortfall des Melodienschutzes werde zu einer Ausbeutung von Melodien für Schlager führen, erscheint unbegründet. Bei Werken der leichten Musik steht regelmäßig die Melodie so sehr im Vordergrund, daß im Falle ihrer Entnahme aus einem fremden Werk kaum jemals von einer selbständigen Neuschöpfung gesprochen werden kann, § 24 also ohnehin nicht anwendbar ist."[608]

Die Bundesregierung baute also die Argumentation zur Abschaffung eines Melodienschutzparagraphen auf zwei Argumentationslinien auf. Zum einen sei hinsichtlich der „ernsten Musik" der Freiraum durch den starren Melodienschutz zu sehr verengt. Zum anderen werde auch im Bereich der „leichten Musik" der besondere Melodienschutz gar nicht benötigt.[609]

Als ausschlaggebend dafür, dass sich schließlich doch für den Melodienschutz entschieden wurde, gilt die Stellungnahme des Rechtsausschusses von 1965 und die Diskussion im Zusammenhang mit dessen Unterausschuss zu Urheberrechtsfragen.[610] Dieser stemmte sich dagegen, den besonderen Melodienschutz aus dem Urheberrechtsgesetz zu tilgen. Eine „Streichung dieser besonderen Schutzvorschrift" könne „zu einer für den Urheber nachteiligen Rechtsunsicherheit und damit zu einer Ausbeutung von Melodien unter dem Deckmantel der freien Benutzung führen".[611] Das vom Rechtsausschuss ver-

608 Begründung RegE, BT-Drs. IV/270, 51 f.

609 Ebd.

610 Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses über den RegE eines Urheberrechtsgesetzes, zu BT-Drs. IV/3401 vom 14. Mai 1965, 3 f.; eine konzise Zusammenfassung im Zusammenhang mit der dortigen Meinungsbildung zum Melodienschutz findet sich insbesondere bei *Gergen*, UFITA 2009, 471, 483–485.

611 Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses über den RegE eines Urheberrechtsgesetzes, zu BT-Drs. IV/3401, 14. Mai 1965, 3. Es wirkt vor diesem Hintergrund beinahe wie eine Wiederholung der Geschichte, wenn auch im Gesetzgebungsprozess zum UrhG 2021 die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses dem Melodienbegriff in die entscheidende Beschlussfassung des UrhG verholfen hat, BT-Drs. 19/29894, 94.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mittelte Anliegen, die „Ausbeutung von Melodien unter dem Deckmantel der freien Benutzung" zu verhindern, gilt jedenfalls seither als vorherrschende Begründung in vielen Kommentaren und sonstigen Ausführungen.[612]

Die Einschätzung richtet sich nicht gegen die oben genannte Begründung des Regierungsentwurfes zur Freiheitserweiterung der „ernsten Musik". Sie richtet sich aber gegen die andere Behauptung der Regierungsbegründung, dass § 24 Abs. 1 UrhG a.F. auch im Bereich der „leichten Musik" die notwendigen Abwägungen treffe. Der Rechtsausschuss traut – überspitzt formuliert – der freien Benutzung nicht zu, im Bereich des alltäglichen Schlagers die Ausbeutung von Kreativität verhindern zu können.[613]

Das lässt *prima facie* einen Wertungswiderspruch vermuten, denn mit Blick auf den Schutz – jedenfalls vermeintlich – weniger innovativer, „leichter Musik" wird die Beschränkung von wenig innovativen Benutzungen begründet: Die Unterscheidung von ernster und leichter Musik enthält bereits implizit eine gewisse Wertung durch die (musikwissenschaftlich kaum in dieser Pauschalität rechtfertigbare) Trennbarkeit der Musikschöpfungen in einen innovativen, schwer zugänglichen Bereich und einen weniger innovativen Bereich zur Massenunterhaltung.[614] Gerade die genannten Einschränkungen der „ernsten Musik" finden aber in den Ausführungen des Rechtsausschusses kaum Berücksichtigung.

Hätte der Rechtsausschuss das Ziel verfolgt, eine kreativitätsfördernde Gestaltung des Urheberrechts zu bewirken, hätte zumindest eine Abwägung stattfinden müssen. Auch dieser Entwicklung kann aber ein Regelungsziel entnommen werden, das dem üblichen Rechtfertigungsnarrativ des Schutzes

612 So in den jeweiligen Auflagen noch *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 34; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 34. Siehe im Übrigen Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses über den RegE eines Urheberrechtsgesetzes, zu BT-Drs. IV/3401 vom 14. Mai 1965, 3 f.

613 Siehe insofern auch die im Vorfeld im Rahmen der Ausschussdiskussionen und Anhörungen dominierende Argumentationen, dass eine fremde Bearbeitung nicht ohne Erlaubnis des Komponisten möglich sein dürfe und die spätere Vermarktung einer eigenen Bearbeitung erschwere, dargestellt bei *Gergen*, UFITA 2009, 471, 483–485. Die Argumentation erweist sich bei Auslegung der Rechtslage ohne Betrachtung des besonderen Melodienschutzes schon als unplausibel, da die Bearbeitung von schutzfähigen Melodien ohnehin nicht von § 24 Abs. 2 UrhG a.F. privilegiert wurde, sondern schon kein Fall der freien Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG a.F. darstellte (s.o.). A.A. zur Plausibilität aber *Gergen*, UFITA 2009, 471, 484.

614 Es klingt die in der juristischen Praxis immer noch häufig vorzufindende Unterscheidung von „E-Musik" und „U-Musik" an. Eingängig zur Unterscheidung auch: *Hertin*, GRUR 2013, 469.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und der Förderung kreativer Leistung teilweise entgegenläuft: Ziel könnte der Schutz der Melodieausbeutung im Bereich der „leichten Musik" sein, die verbreitet als weniger innovativ, aber ökonomisch bedeutender angesehen wird. So verstanden ginge die Entscheidung zuungunsten der Grenzen des musikalischen Schaffens in der oft als ökonomisch weniger bedeutend betrachteten „ernsten Musik". Der Zweck von 1965 kann also möglicherweise nicht nur aus der Brille des Innovationsschutzes betrachtet werden, sondern müsste hiernach auch als erhaltende Maßnahme für den bestehenden Musikmarkt erachtet werden.[615]

c. Begründungsansätze nach 1965

Auch nach 1965 wurden teilweise neue Rechtfertigungsüberlegungen zur umstrittenen Norm angestellt. Teilweise wurde aber auch auf bereits zurückliegende Begründungen der historischen Auseinandersetzung um den Melodienschutz Bezug genommen und die dortigen Rechtfertigungsgründe für die modernere Situation neu interpretiert oder betont.

aa. Musikalische Verarbeitungsmöglichkeit und Empfindlichkeit

Gerade nach 1965 wurde die bereits 1909 vom OLG Dresden festgestellte Wandlungs- und Durchführungsfähigkeit von Melodien nochmals hervorgehoben.[616] Eine außergewöhnliche Verarbeitungsmöglichkeit mache die Melodie gegenüber anderen Elementen besonders.[617]

In eine ähnliche Richtung geht wohl auch die Begründung, die eine besondere Sensibilität oder Empfindlichkeit im Bereich der Musik annimmt.[618] Die Melodie sei etwa nach *Schlingloff* der „wichtigste[r] Träger urheberrechtlicher

615 Populäre Musik war ferner 1965 noch deutlich stärker als heute auf Genres bezogen, deren wesentlicher Bestandteil eine Melodie ist. Mit dem Aufkommen von Genres wie Hip-Hop, R'n'B und Technomusik ist die Bedeutung der Melodie in der populären Musik inzwischen zum Teil relativiert. Gleichwohl spielt die Melodie natürlich weiterhin eine große Rolle in anderen Genres der populären Musik wie dem Schlager.

616 *OLG Dresden* GRUR 1909, 332, 335 – *Ein Heldenleben*; *Berger,* Die wandernde Melodie, 2000, 36; siehe ähnlich *Schlingloff,* Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 102.

617 Ebd.

618 Siehe hierfür *Schlingloff,* Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 102–104.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Individualität" in der Musik.[619] Der Komponist könne „mit derselben melodischen Tonfolge durch Abänderung des Zusammenhangs die verschiedensten Gefühle und Stimmungen ausdrücken, was […] einem Schriftsteller so gar nicht möglich ist".[620]

Legt man diese behauptete Empfindlichkeit des melodischen Bereichs zugrunde, könnte der Zweck des besonderen Melodienschutzes darin gesehen werden, die größere Angriffsfläche auszugleichen: entweder indem in ihm ein strengerer Anwendungsbereich gegenüber § 24 Abs. 1 UrhG a.F. gesehen wird,[621] oder indem der klarstellende Charakter von § 24 Abs. 2 UrhG a.F. zumindest die Grenzen der freien Benutzung deutlich machen soll.[622]

bb. Melodie in ihrer Repräsentationsfunktion

Die vorgebrachte Empfindlichkeit könnte sich noch aus einer weiteren Sichtweise ergeben. So nimmt die Melodie wie kaum ein anderes musikalisches Element eine zentrale Rolle in der Wiedererkennbarkeit ganzer Stücke ein.[623] Anhand von Melodien oder Melodieteilen können einige Werke – Werke aus dem Bereich des Schlagers oder der Popmusik – maßgeblich identifiziert werden. Die Melodie ist hier ein besonders charakteristisches musikalisches Element.[624] So betrifft die sogenannte „Hook" oder „Hookline" häufig – wenn auch nicht immer – einen melodischen Aspekt.[625] Dabei wird ihr gerade

619 *Schlingloff,* Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 97.

620 *Schlingloff,* Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 102 f., gleichwohl sieht *Schlingloff* aber in § 24 Abs. 2 UrhG a.F. auch keine besondere Privilegierung des musikalischen Urheberrechts. § 24 Abs. 2 UrhG a.F. sei nach *Schlingloff* auch im Einklang mit der freien Benutzung, er bewertet die deklaratorische Funktion aber wegen der Empfindlichkeit positiv (*Schlingloff,* Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 97).

621 In dieser Richtung eher *Berger,* Die wandernde Melodie, 2000, 36, obgleich er sich dem nicht explizit anschließt; ferner *OLG Dresden* GRUR 1909, 332, 335 – *Ein Heldenleben*.

622 Letzteres bei *Schlingloff,* Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 97, 102–104.

623 Siehe *Brunner,* Melodienschutz, 2013, 183 f.

624 Vgl. *Hemming,* Methoden der Erforschung populärer Musik, 2016, 265 ff.

625 Vgl. *Hemming,* Methoden der Erforschung populärer Musik, 2016, 267; *Hemming,* in: *Auhagen/Bullerjahn/Höge* (Hrsg.), Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft für Musikpsychologie. Band 20: Musikalisches Gedächtnis und musikalisches Lernen, 184, 186 f. Für Hooks auch in vielen anderen Bereichen: *Burns*, Popular Music 1987, 1. Eine Hook oder Hookline beschreibt einen besonders eingängigen Bestandteil eines Musikwerkes. Sie ist häufig Basis für sog. *involuntary musical imagery* (INMI), was etwa ugs. dem „Ohrwurm" entspricht.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch in der ökonomischen Bedeutung für den Verkauf eines Musikwerks ein besonders hoher Stellenwert zugemessen.[626]

Diese Bedeutung der melodischen Elemente für die Identifikation ist keine subtile musikalische Erkenntnis. Man stelle sich etwa vor, einer anderen Person von einem bekannten Musikstück zu erzählen, deren Namen das Gegenüber nicht kennt. Oft wird wohl darauf zurückgegriffen, bekannte Tonfolgen zu singen, zu summen oder zu pfeifen – seltener den Rhythmus zu klatschen oder die Harmonie nachzuahmen.[627]

Die häufig bedeutsame Rolle der Melodie, nämlich als eine Art „Markenzeichen" eines Musikstückes, könnte vor diesem Hintergrund aus einer besonderen ökonomischen Schutzbedürftigkeit heraus argumentiert einen besonderen Schutz erforderlich machen.[628]

d. Kritische Würdigung der Begründungswege

Der Ursprung des besonderen Melodienschutzes lag zusammenfassend bei einem sehr konkreten praktischen und wirtschaftlichen Problem, dann wurde der besondere Melodienschutz zu einer Norm, die für Rechtssicherheit in der Unterhaltungsmusik sorgen sollte, und er endete zuletzt mit einer abstrakten Begründung, die sich an der Bedeutung der Melodie für die Musik misst. Im Kontext neuerer Musikentwicklung und auch einer Weiterentwicklung des Urheberrechts wurde allerdings eine Neubewertung notwendig.

In der Tat sind Verarbeitungen von Melodien häufig. Sie sind auch Bestandteil typischer musikalischer Arbeit. Tatsächlich können sie auch im Zu-

626 *Canaris,* Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 66 f.; *Brunner,* Melodienschutz, 2013, 183 f.; *Engh,* in: *Gensch/Stöckler/Tschmuck* (Hrsg.), Musikrezeption, Musikdistribution und Musikproduktion: Der Wandel des Wertschöpfungsnetzwerks in der Musikwirtschaft, 293, 304. Siehe aber auch die Ausführungen von *Frieler/Jakubowski/Müllensiefen,* in: *Auhagen/Bullerjahn/von Georgi* (Hrsg.), Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft für Musikpsychologie. Band 25: Musikpsychologie – Anwendungsorientierte Forschung, 41 dafür, dass sich der Musikerfolg schwerlich auf bestimmte Melodieparameter zurückführen lässt; mit eher entgegenstehender Annahme *Canaris,* Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 66.

627 Daran orientieren sich etwa auch moderne Möglichkeiten der Musiksuche (sog. „*query-by-humming*" (QBH)) vgl. *Ghias u.a.*, ACM Multimedia 1995, 231; ferner *Makarand/Parag,* in: *Bhalla u.a.* (Hrsg.), Intelligent Computing and Information and Communication, 373.

628 Vgl. *Liebscher,* Schutz der Melodie, 2007, 37 ff.; zurückhaltender *Brunner,* Melodienschutz, 2013, 133 f. Nicht zum Melodienschutz, aber allgemein zur steigenden Bedeutung des Reputationsschutzes im Urheberrecht *Klass*, ZUM 2015, 290, 303.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ge musikalischer Bearbeitung weiterhin erkennbar hervortreten, obwohl einige Parameter an ihnen ausgewechselt wurden. Allerdings rechtfertigt eine hohe Wandlungsfähigkeit allein noch nicht die Behauptung, dass auch urheberrechtliche Interessen schneller verletzt werden können. Die Interessen, die an einem musikalischen Werk hängen, gehen nämlich nicht Hand in Hand mit der reinen Möglichkeit, das Werk zu benutzen. Die Interessenlage hängt von der konkreten Art der Weiterverwendung und insbesondere von der Frage ab, ob sich der übernommene Bestandteil überhaupt noch im Werk niederschlägt. Diese Abwägung zu treffen war gerade die Zielrichtung des § 24 Abs. 1 UrhG a.F., die sich vor allem in der Verblassenslehre ausdrückt.[629] Innerhalb der dortigen Abwägung wurde ja bereits berücksichtigt, ob ein Werkelement wandlungsfähig ist, also trotz Änderung noch die wesentlichen Parameter der ursprünglichen Gestalt beinhaltet. Aus ähnlichen Gedanken heraus kann das ökonomische Argument entkräftet werden, dass die Melodie aufgrund ihrer Repräsentationsfunktion eines besonderen Schutzes bedürfe. Die Reprästentationsfunktion folgt gerade aus der besonderen Erkennbarkeit der Melodie für die Verkehrskreise. Was so klar für die Verkehrskreise erkennbar ist, „verblasst" aber in der Regel nicht.

Weder Wandlungsfähigkeit noch Repräsentationsfunktion sprechen also klar für die besondere Schutzbedürftigkeit. Besonders deutlich zeigt sich das an der Gattung der Variation, bei der ein melodisches Thema – wohl regelmäßig eine Melodie im Rechtssinne – in unterschiedlicher Art und Weise erkennbar variiert wird. Einerseits gilt die Variation als typisches Beispiel der besonderen Wandlungsfähigkeit einer Melodie, andererseits dient sie als Paradebeispiel eines über die Strenge schlagenden Melodienschutzes.[630] Bei genauer Betrachtung zeigt sich aber, dass eine Melodieübernahme in der Variation, die eine fremde geschützte Melodie verwendet und nach ihrer typischen Gestaltung die Melodie ins Zentrum des Schaffens setzt, schon nie im Sinne von § 24 Abs. 1 UrhG a.F. „verblassen" konnte. § 24 Abs. 1 UrhG a.F. war also schon deshalb nicht anwendbar, weil die Variation kein subsumierbarer Anwendungsfall einer freien Benutzung im Sinne der vorherrschenden Auslegung des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. war; der besondere Melodienschutz hatte dabei keinerlei Bedeutung.

629 Vgl. oben A.I.2.c.

630 Vgl. *Peter,* Freie Benutzung und abhängige Nachschöpfung, 1959, 72 ff.; *Schlingloff,* Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 102 f.; *von Noé,* Die Musik kommt mir äußerst bekannt vor, 1985, 43–45.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das Problem, dass mit einer besonderen Weite des Schutzbereichs kreative Gattungen verhindert werden können, die über lange Zeit kulturelles Schaffen prägten, besteht zwar durchaus, es war und ist aber in diesem Fall kein Problem des Melodienschutzes.[631] Die Variation war nach der alten Rechtslage (wie auch nach der neuen) schon von § 23 UrhG erfasst, ohne dass die Frage des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. aufkommt.

Vor diesem Hintergrund ist es zusammenfassend nicht überzeugend, dass die Wandlungsfähigkeit *per se* ein Mehr oder Weniger an Schutz der Melodie erfordern und begründen kann. Die Wandlungsfähigkeit der Melodie mag Auswirkungen auf die Quantität der Grenzfälle von freier Benutzung haben, ändert aber an der juristischen Bewertung nichts, da die hier vorzunehmende Abwägung von Konzepten wie dem „Verblassen" aufgefangen wird. Eine besondere „Empfindlichkeit" der Melodie ist aus urheberrechtlicher Sicht damit nicht vorhanden.

Nicht anders verhält es sich mit ihrer Bedeutung für den Erfolg von Musikstücken und als Markenzeichen. Die regelmäßig bessere Erkennbarkeit und Bedeutung im Rahmen von „Hooks" oder „Ohrwürmern" darf den Blick nicht darauf verstellen, dass andere Elemente im Einzelfall genauso charakteristisch sein können.[632] Wichtig ist, dass sich dieser Faktor der Charakteristik im rechtlichen Kontext widerspiegelt, sofern er Auswirkung auf die Interessenlage hat.

Gerade die neuere Musikentwicklung zeigt ferner, dass Musik – auch populäre Musik – ihren Schwerpunkt nicht auf melodisch-charakteristischen Elementen haben muss.[633] Charakteristische und auch originelle Elemente

631 *Schlingloff,* Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 103 argumentiert zwar, die Variation sei heutzutage bedeutungslos und dies sei keine Folge des Melodienschutzes. Die hierfür bemühte empirische Begründung begegnet aber gewissen Unklarheiten. Als Begründung wird eine vom Autor durchgeführte Umfrage angeführt. Weder Rohdaten, Befragungsmethode, Anzahl der Befragten, Anzahl der Rückmeldungen, Auswertungsmethode der Daten noch vorgegebener Zeitraum für die Mitteilung von Zu- oder Abnahmen der Variationen wurden im Rahmen des Nachweises veröffentlicht.
Entwicklungen im Jazz und anderen Genres zeigen, dass der Melodiebearbeitung auch nach 1900 eine ehebliche künstlerische Bedeutung zukommt, die durch die strenge Sonderstellung von § 24 Abs. 2 UrhG a.F. Gefahr laufen, verhindert oder von der kreativen Betätigung abgeschreckt zu werden, vgl. *Canaris,* Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 91.

632 Vgl. *Burns*, Popular Music 1987, 1.

633 Siehe hierzu ebd. *Burns* statuiert dabei „*The hook is 'what you're selling'*." Diese Aussage und die darauf folgende – nicht nur auf Melodien bezogene – Untersuchung, worin die Hook bestehen kann, macht besonders deutlich, dass die Fokussierung alleine auf die

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

liegen in rhythmusbetonten Genres wie dem Hip-Hop oder R'n'B gerade nicht in der Ausgestaltung eines melodischen Refrains. Es erklärt sich kaum, weshalb solche Elemente eine nach urheberrechtlichen Kategorien andere Stellung einnehmen sollen als Melodien.

Die Problematik mit den Musikalienhändlern war schon vor 1965 gelöst, da die freie Benutzung enger verstanden wurde.[634] Spätestens mit dem Urheberrechtsgesetz wurde auch die historische Konzeption von einer strengen regulatorischen Norm nicht mehr bekräftigt. Stattdessen wurde eher der deklaratorische Charakter der Norm zur Rechtssicherheit hervorgehoben. Ob die ursprüngliche Zweckbestimmung aus der Zeit des Deutschen Kaiserreichs auch nach 1965 noch eine relevante Rolle spielen kann, ist daher zu bezweifeln.

Aber auch die Befürchtung von Melodieausbeutungen zur Entstehung des Urheberrechtsgesetzes in den 60er-Jahren kann mangels besonderer Empfindlichkeit der Melodie keine Sondernorm rechtfertigen. Denn auch bei anderen charakteristischen oder zur Bearbeitung gut geeigneten musikalischen Elementen ist keine Ausbeutung aufgefallen, obwohl zahlreiche melodiearme Genres die populäre Musik prägen. Ganz im Gegenteil zeigen jüngere Debatten um die rechtliche Bewertung von Sampling, wie unabhängig vom Melodienschutz eine an der Wiedererkennbarkeit orientierte Beurteilung stattfinden kann.

e. Ergebnis

Die Abschaffung des besonderen Melodienschutzes in § 24 Abs. 2 UrhG a.F. stellt also jedenfalls dann keinen Fehler dar, wenn man die Abgrenzungspraxis von Bearbeitung und freier Benutzung in den letzten Jahrzenten betrachtet. Die Aufhebung von § 24 Abs. 2 UrhG a.F. ist vielmehr die logische Folge einer Einordnung der Melodie in ein Abgrenzungssystem, das bereits von sich aus die Wandlungsfähigkeit und Erkennbarkeit berücksichtigt. Insofern bedurfte es schon in den letzten Jahrzehnten keines Melodienschutzes mehr wie es – mit aller historischer Vorsicht – vielleicht noch im Rahmen des LUG von 1901 der Fall war.

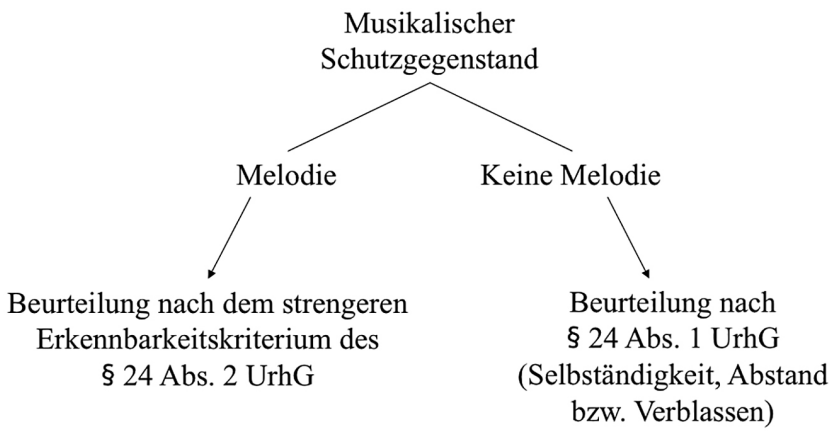
Melodie nur bedingt als alleiniges Repräsentationsobjekt des ökonomischen Wertes eines Musikwerks gelten kann. Vgl. auch *Pötzlberger,* Kreatives Remixing, 2018, 174.

634 Das bemerkte bereits in den ersten Jahrzehnten nach Einführung des Melodienschutzes *Hammer,* Melodie nach § 13 Absatz II, 1917, 57.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Zusammenfassung

Was den musikalischen Schutzgegenstand von allen anderen Schutzgegenständen in der Bestimmung des Schutzbereiches bislang unterschied, war die zweigleisige vorgehensweise bei der Prüfung des § 24 UrhG a.F. (*Abb. 7*). Stand die Benutzung einer Melodie zur Debatte, waren im Detail andere Fragen zu stellen als bei anderen Werkelementen, nämlich die des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. statt des § 24 Abs. 1 UrhG a.F.



(Abbildung 7)

Die beiden Absätze des § 24 UrhG a.F. waren aus einer den klassischen Auslegungsgrundsätzen folgenden Interpretation heraus in ihrer tatsächlichen Bedeutung für die urheberrechtliche Praxis kaum noch zu erfassen ohne den Blick auf umfassende Rechtsprechung und Literatur. Aus § 24 Abs. 1 UrhG a.F. – also für alle musikalischen (und auch nicht-musikalischen) Werkelemente außer der Melodie – konnte sich schwerlich eine klare und widerspruchsfreie Linie der Auslegung ergeben, die dem Begriff der Selbständigkeit klare, kohärente Kriterien unterordnet. Vielmehr oszillierte die Norm zwischen weniger bedeutender Klarstellungsfunktion, zentraler Schutzbereichsbestimmung und Schrankenfunktion, die mal auf Kreativität, mal auf Meinungsfreiheit zielte. Die Rechtsprechung formte daraus unter der fragwürdigen Gleichsetzung von Konzepten wie Verblassen, Abstand und Selbständigkeit gleichzeitig die Begrenzung der Bearbeitung (stets schöpferisch) und die Parodieschranke (nicht zwingend schöpferisch). Der befürchtete in sich

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

widersprüchliche Hybrid in § 24 UrhG a.F. war so betrachtet schon länger Wirklichkeit.[635] Wo die Grenzen der musikalischen Bearbeitung hiernach liegen sollten, konnte daher nur differenziert nach den dahinterstehenden Abgrenzungsfragen von Verblassen, Abstand und Selbständigkeit beantwortet werden.[636] § 24 UrhG a.F. selbst spielte in seinem Wortlaut eine eher untergeordnete Rolle.

Der direkt an § 24 Abs. 1 UrhG a.F. anknüpfende Melodienschutz des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. sorgte zwar zumindest bei Melodien für eine gewisse Rechtsklarheit, stand aber gleichzeitig unter einem enormen Rechtfertigungsdruck, da er nach seinem Wortlaut andere Maßstäbe für gleichermaßen schutzfähige Werkteile anlegte. Außerdem wurde auch hier die Bedeutung in sich widersprüchlich, wenn sie sich auf § 24 Abs. 1 UrhG a.F. beziehen sollte, aber nicht auf die darin angeblich erfasste Parodie.[637]

Die neue Situation zeichnet zumindest in Teilen ein anderes Bild:

Die zweigleisige Vorgehensweise innerhalb der Bearbeitungsgrenzen besteht nicht fort. Auch wenn noch ein historisches Überbleibsel der Melodie dem UrhG erhalten blieb (§ 23 Abs. 1 S. 1 UrhG), ist nun ein einheitlicher Rahmen geschaffen, der nicht zwischen Melodien und anderen Werken oder Werkteilen unterscheidet. Dieser einheitliche Rahmen ist zu begrüßen, da eine besondere Schutzbedürftigkeit der Melodie gegenüber anderen Werkteilen nicht (mehr) ersichtlich ist und das moderne Urheberrecht die Defizite bereits allgemein überwunden hat, die eine Einführung des besonderen Melodienschutzes erforderlich erschienen ließen.[638]

Die weiten Spielräume hinsichtlich der Bestimmung einer Bearbeitungsgrenze wurden indes auch in der neuen Fassung des § 23 UrhG nicht gesetzlich konkretisiert.[639] Der Abstandsbegriff zeigt sich als unbestimmter Rechtsbegriff mit erheblichem Auslegungspotential, was nur unwesentlich konkreter als die vorherige Regelung des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. erscheint. Die innere Widersprüchlichkeit des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. dürfte zwar mit der nun neuen Rechtslage des § 23 UrhG im Zusammenspiel mit § 51a UrhG entzerrt worden sein,[640] allerdings fordern wohl die dort formulierten abstrakten Begrifflich-

635 *Hilty*, in: *Dreier/Peifer/Specht* (Hrsg.), FS Schulze, 127, 130.
636 Siehe oben A.I.2. und 3.
637 Vgl. *Dreyer*, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, 4. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 60.
638 Siehe A.III.2.
639 Siehe A.III.1.
640 Zurückhaltend noch *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, Einführung zum UrhG Rn. 57.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

keiten – zumindest momentan – die Auslegung in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis nicht weniger heraus als es § 24 Abs. 1 UrhG a.F. tat.

B. Der Schutzbereich und das Unionsrecht

Dass § 24 UrhG a.F. schon aus sich heraus schwer verständlich und lange Jahre inhaltlich umstritten war, sollte nicht über den Ursprung der letzten Debatte zu § 24 UrhG a.F. hinwegtäuschen, die schließlich in dessen Abschaffung endete. Den Anstoß gaben nicht etwa materielle Schwierigkeiten im Umgang mit § 24 UrhG a.F., sondern unionsrechtliche Einflüsse.[641]

Das Unionsrecht kennt zwar keine ausdrückliche Regelung der Bearbeitung und freien Benutzung, doch gerade dieser Umstand in Verbindung mit einem (jedenfalls lange Zeit) wenig geklärten Harmonisierungsgrad durch die InfoSoc-Richtlinie lässt zwei komplexe Fragen aufkommen: Regelt das Unionsrecht auch den Schutzbereich vollständig? Und wenn ja: Welche Konsequenzen ergeben sich hieraus?

I. Schutzbereichsbestimmung unionsrechtlich gedacht?

§ 24 UrhG a.F. zeigte sich als komplexes Gefüge, das Abwägungen im Grenzbereich der §§ 15 ff. UrhG gewährleistet, aber nach der Praxis auch klassische Schrankenbereiche wie die Parodie mitregelte. Schon im Zusammenhang mit dem Schrankenbereich der Parodie bestanden seit geraumer Zeit erhebliche Einflüsse des Unionsrechts auf die Norm.[642] Insofern erscheint es nicht selbstverständlich, dass konkretere Vorlagefragen zu § 24 UrhG a.F. und deren Vereinbarkeit mit der InfoSoc-Richtlinie erst wenige Jahre vor der Abschaffung des § 24 UrhG a.F. mit der Urheberrechtsreform von 2021 an Brisanz gewannen. Maßgeblich für diese Brisanz verantwortlich war wohl die *Pelham*-Entscheidung des EuGH 2019 und ihre langwierige Vorgeschichte zu *Metall auf Metall.*

641 Eine vollständige gedankliche Trennung der materiellrechtlichen Schwierigkeiten und der unionsrechtlichen Implikationen ist indes nicht möglich, wie sich im Folgenden zeigen wird.

642 Siehe *EuGH,* Urt. v. 3. September 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 (= GRUR 2014, 972) – *Deckmyn/Vandersteen*; *BGH* GRUR 2016, 1157 – *auf fett getrimmt.*

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Die *Pelham*-Entscheidung und § 24 Abs. 1 UrhG a.F.

Im Rahmen der rechtlichen Auseinandersetzung zwischen *Moses Pelham* und der Band *Kraftwerk* zum Sampling wurde dem EuGH die Frage der Europarechtskonformität von § 24 Abs. 1 UrhG a.F. sozusagen auf dem Silbertablett präsentiert.

Ausgangspunkt in Bezug auf die zentrale Norm der freien Benutzung war die Frage, ob die Mitgliedstaaten eine Bestimmung wie § 24 Abs. 1 UrhG a.F. vorsehen können, die klarstellt, dass der Schutzbereich des Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechts eines Tonträgerherstellers „in der Weise immanent beschränkt ist, dass ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung seines Tonträgers geschaffen worden ist, ohne seine Zustimmung verwertet werden darf".[643]

Die dogmatische Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG a.F. als Schranke oder Schutzbereichsbestimmung ist kein neues Problem, wurde aber gerade in den letzten Jahren ein stark diskutierter Streitpunkt.[644]

Die äußere Systematik des UrhG spricht stark dagegen, dass § 24 Abs. 1 UrhG a.F. eine klassische Schranke nach dem Urheberrechtsverständnis des deutschen Gesetzgebers darstellte.[645] Schranken befinden sich klassischerweise in den §§ 44a ff. UrhG. Es überrascht daher nicht, dass der BGH im Rahmen der Vorlageentscheidung klar durchblicken ließ, § 24 Abs. 1 UrhG a.F. sei „eine immanente Beschränkung des Schutzbereichs".[646] Die Norm zähle mithin gerade nicht zu den Schranken des Urheberrechts.[647] Dies ist wohl auch als Einschätzung des BGH dahingehend aufzufassen, dass es zwar keine unionsrechtliche Entsprechung der Norm geben mag, gleichwohl aber auch Art. 5 InfoSoc-Richtlinie nach BGH-Meinung nicht einschlägig sei. Art. 5 InfoSoc-Richtlinie befasst sich mit Ausnahmen und Beschränkungen, die im Falle ihrer Umsetzung regelmäßig in den oben genannten §§ 44a ff. UrhG zu finden sind.

643 *BGH* GRUR 2017, 895, Rn. 27 und 3. Vorlagefrage – *Metall auf Metall III*.
644 Einen ausführlichen Überblick zum Meinungsstand bietet: *Pötzlberger,* Kreatives Remixing, 2018, 160.
645 Abschnitt 4: Inhalt des Urheberrechts; Unterabschnitt 2: Verwertungsrechte – nicht aber in Abschnitt 6: Schranken des Urheberrechts durch gesetzlich erlaubte Nutzungen.
646 *BGH* GRUR 2017, 895, Rn. 22 – *Metall auf Metall III*.
647 Ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Vorlagefrage war ferner auf die spezielle Situation zur analogen Anwendung auf Tonträgerhersteller formuliert.[648] Hauptsächlich in Bezug auf diese analoge Anwendung im Bereich der Tonträgerhersteller zeigte der BGH in der Begründung Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. mit dem Unionsrecht.[649] Auch dieser konkrete Bezug auf die analoge Anwendung der Norm im Tonträgerherstellerrecht lässt vermuten, dass der BGH die allgemeine Unionsrechtskonformität der Norm nicht infrage stellen wollte. Der EuGH nutzte aber die Gelegenheit, sich umfassender zu § 24 Abs. 1 UrhG a.F. zu äußern.

Der Vorlagefrage entsprechend zielt die Entscheidung des EuGH im Ausgangspunkt auf das Tonträgerherstellerrecht ab:

> „Ein Mitgliedstaat darf in seinem nationalen Recht keine Ausnahme oder Beschränkung in Bezug auf das Recht des Tonträgerherstellers aus Art. 2 Buchst. c der Richtlinie 2001/29 vorsehen, die nicht in Art. 5 dieser Richtlinie vorgesehen ist."[650]

Jedenfalls im Tonträgerherstellerrecht wäre die von § 24 Abs. 1 UrhG a.F. angestrebte Einschränkung des Schutzbereiches für selbständige Werke also unionsrechtswidrig.

Die Reaktionen auf die Entscheidung setzten unterschiedliche Akzente: Während die einen mit dem Urteil die Unionsrechtswidrigkeit von § 24 Abs. 1 UrhG a.F. klargestellt sahen,[651] meinten andere, dass die Entscheidung weniger am *Status quo ante* ändere; § 24 Abs. 1 UrhG a.F. sei nicht als unionsrechtswidrig anzusehen.[652]

Die letztgenannte Auffassung scheint dabei zunächst insofern überzeugend, als dass der EuGH eine auf das Tonträgerherstellerrecht bezogene Vorlagefrage auch mit Bezug auf das Tonträgerherstellerrecht beantwortete. Schon die Fokussierung auf Art. 5 InfoSoc-Richtlinie lässt aber grundlegende Probleme des EuGH mit § 24 Abs. 1 UrhG a.F. erahnen, die in der Begründung dann deutlicher zum Ausdruck kommen. Der EuGH zeigt zwar, dass er die Ausführungen zur dogmatischen Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG a.F.

---

648 *BGH* GRUR 2017, 895, Rn. 27 und 3. Vorlagefrage – *Metall auf Metall III*.
649 *BGH* GRUR 2017, 895, Rn. 24 ff. – *Metall auf Metall III*.
650 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929) – *Pelham/Hütter* in der Beantwortung der dritten Vorlagefrage.
651 *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1011, 1014 f.; *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1093.
652 *Schulze*, NJW 2019, 2918; *Stieper*, GRUR 2020, 699.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

durchaus berücksichtigt hat,[653] aber diesen wohl nicht folgen wollte. Entscheidend war für ihn nicht das Schrankenverständnis des UrhG, sondern das der europäischen Richtlinien.[654]

Der EuGH leitet in den Entscheidungsgründen aber faktisch in eine grundsätzlichere Frage der Konformität mit dem Unionsrecht über. Er betont, dass die in Art. 5 Abs. 2–4 InfoSoc-Richtlinie vorgesehenen Schranken abschließend seien und es den Mitgliedstaaten eben nicht freistehe, Ausnahmen außerhalb der genannten Regelungen zu treffen.[655] Die dort genannten Ausnahmen und Beschränkungen sind im Wesentlichen explizit in den §§ 44a ff. UrhG umgesetzt worden. Eine der damaligen Ausnahmen bildete die bis zur *Pelham*-Entscheidung noch nicht umgesetzte Parodieschranke (Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie). Deren Fallkonstellationen wurden, wie oben gezeigt, mit § 24 Abs. 1 UrhG a.F. erfasst.[656]

Es findet sich in den Art. 5 Abs. 2–4 InfoSoc-Richtlinie keine Regelung, die § 24 Abs. 1 UrhG a.F. dem Wortlaut nach oder in konzeptueller Hinsicht ähnlich ist. Dementsprechend überzeugt es aus der Nähe betrachtet nicht, dass sich die vom EuGH genannte Unionsrechtswidrigkeit des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. lediglich auf die Anwendbarkeit im Tonträgerherstellerrecht bezieht. Die Art. 5 Abs. 2–4 InfoSoc-Richtlinie gelten eben nicht nur für das Tonträgerherstellerrecht, sondern für sämtliche Urheberrechtsbereiche.

Daneben weist der EuGH sogar in Rn. 62 auf die unionsrechtliche Kodifizierung des Drei-Stufen-Tests im Unionsrecht (Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-Richtlinie) hin. Der EuGH hätte ohne Not diesen Hinweis auslassen können, wenn er kein grundsätzliches Problem der Vereinbarkeit von § 24 Abs. 1 UrhG a.F. mit dem Drei-Stufen-Test gesehen hätte. Auch diese Begründung kann für das Tonträgerherstellerrecht kaum anders zu werten sein als für das Urheberrecht im engeren Sinne. Dass der EuGH die unklare Lösung über § 24 UrhG a.F., die wegen des ungeklärten Selbständigkeitsbegriffs im Zentrum des Wortlauts scheinbar maßlos dehnbar war, grundsätzlich nicht mitgehen wollte, ist insofern nicht ganz unverständlich. Auch der EuGH zeigt sich wie das BVerfG in den jüngeren Urteilen zwar nicht resistent gegenüber Abwä-

653 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 56 – *Pelham/Hütter*.

654 Vgl. *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 57 – *Pelham/Hütter*.

655 Insofern unmissverständlich *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 58, 63 f. – *Pelham/Hütter*.

656 Siehe oben A.I.2.b.; später noch näher zur Parodie als eigenständiger Schranke unter C.II.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gungen zugunsten des kulturellen Schaffens.[657] Gleichzeitig die Fälle der fehlenden Wiedererkennbarkeit des ursprünglichen Werks im Neuen (also das eigentliche Verblassen) und die Parodie in einer Norm erfassen zu wollen, war und ist aber aus unionsrechtlicher Sicht ein durchaus fragwürdiges Unterfangen.[658]

2. Grenzüberschreitung durch die unionsrechtliche Einflussnahme auf den Schutzbereich?

Doch durfte der EuGH überhaupt auf Grundlage der InfoSoc-Richtlinie in diesem Bereich Entscheidungen treffen, die den Schutzbereich generell berühren? Inwieweit die Abgrenzung von einer freien Benutzung und Bearbeitung Sache des europäischen Gesetzgebers ist, geht aus der InfoSoc-Richtlinie zumindest nicht eindeutig hervor. In Art. 2 InfoSoc-Richtlinie ist zwar die Vervielfältigung geregelt, eine explizite Regelung des Bearbeitungsrechts sucht man allerdings vergeblich.

a. Europäische Vervielfältigung und deutsche Bearbeitung

Wirft man einen Blick in andere Richtlinien, die spezifische Bereiche des Urheberrechts harmonisieren, wird deutlich, dass die Unterscheidung von Vervielfältigung und Bearbeitung dem Recht der EU nicht grundsätzlich fremd ist. Sowohl Art. 5 lit. b Datenbank-Richtlinie als auch Art. 4 Abs. 1 lit. b Computerprogramm-Richtlinie enthalten eine solche gesonderte Erwähnung des Bearbeitungsrechts.[659]

---

657 Vgl. *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929) – *Pelham/Hütter*; *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (= GRUR 2019, 934) – *Funke Medien/BRD*; *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (= GRUR 2019, 940) – *Spiegel Online/Volker Beck* und sogleich.

658 Zwar dient beides dem Zweck, kulturelles Schaffen zu ermöglichen, allerdings zeigt sich im Einzelnen ein schwerwiegender Unterschied. Einerseits geht es (im Fall des Verblassens im engeren Sinne) um die Fortentwicklung des kulturellen Schaffens, das nie geschichtslos ist und stets ältere Aspekte in sich enthält. Bei der Parodie steht aber vielmehr der Aspekt der Auseinandersetzung im Vordergrund, was besonders von der Meinungsfreiheit getragen wird. Die Parodie ist dabei eine freizustellende Bearbeitung im ganz klassischen Sinne (*Platho*, GRUR 1992, 360, 362), das Verblassen will sich aber gerade von der Bearbeitung abgrenzen.

659 *Ohly*, GRUR 2017, 964, 967; *Rosati*, GRUR Int. 2014, 419, 427.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Viel spricht daher auf den ersten Blick dafür, dass die InfoSoc-Richtlinie im Kontext ihrer Entstehung gerade keine Regelung darüber treffen sollte, wo die Grenzen von Bearbeitungen auszumachen sind. Konsequenterweise wird teils vertreten, dass die InfoSoc-Richtlinie die Bearbeitung nicht regelt.[660] Die Bearbeitung bleibe daher in regulatorischer Hinsicht im Kompetenzbereich der einzelnen Mitgliedstaaten.[661]

In diesem Zusammenhang unterscheiden auch weite Teile klar zwischen Bearbeitung und Vervielfältigung, wobei eine Bearbeitung keine Vervielfältigung beinhalte, sondern wohl als *aliud* zu verstehen sein soll.[662] Hauptunterscheidungsmerkmal einer solchen kategorischen Unterscheidung sei das Ausmaß der Änderung durch den Nutzer eines Werkes und insofern auch die Wesentlichkeit der Änderungen.[663] Die Vervielfältigung soll hiernach nur unveränderte oder kaum veränderte Übernahmen von Werken erfassen.[664] Wesentliche Änderungen, die eine zusätzliche Originalität aufweisen, würden hingegen zu einer Bearbeitung führen.[665] Auf die Musik angewandt wäre zwar ein Arrangement mit maßgeblichen Umarbeitungen eine Bearbeitung. Wurden nur unwesentliche Änderungen (beispielsweise editorische Korrekturen) vorgenommen, läge hingegen eine Vervielfältigung vor.

---

660 Siehe *Rosati*, GRUR Int. 2014, 419, 427 f.; *Hilty/Senftleben*, in: *Dreier/Hilty* (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, 317, 322; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 1a.

661 *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 1a. Vorsichtig in dieser Richtung: *Rosati*, GRUR Int. 2014, 419, 427 f. Siehe auch *Hilty/Senftleben*, in: *Dreier/Hilty* (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, 317, 322 mit Bezug zur Parodie: „Mit dem EU-Recht dürfte der deutsche Ansatz [die Parodie in § 24 Abs. 1 UrhG zu erfassen] gleichwohl vereinbar sein, weil er letztlich beim Bearbeitungsrecht anknüpft, welches vorn EU-Recht nicht erfasst wird. M.a.W. ist den Mitgliedstaaten nicht vorgeschrieben, nach welchen Kriterien sie den Schutzbereich in dieser Hinsicht ausgestalten müssen."

662 *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 3 Rn. 9: „Von der Vervielfältigung unterscheidet sich die Bearbeitung durch die Umgestaltung eines anderen Werkes, die Vervielfältigung gibt das andere Werk identisch oder weitgehend identisch wieder. Nur unwesentliche Veränderungen einer Vorlage sind Vervielfältigungen, eine Bearbeitung setzt eine wesentliche Veränderung der Vorlage voraus."; widersprechend aber an anderer Stelle *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 16 Rn. 8: „Vervielfältigung ist nicht nur die identische Wiedergabe, auch die Festlegung eines Werkes in veränderter Form kann Vervielfältigung sein. Das Vervielfältigungsrecht erfasst – soweit eine körperliche Festlegung des Originalwerks erfolgt – auch die Vervielfältigung des Werkes in bearbeiteter oder umgestalteter Form […]."

663 *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 3 Rn. 9.

664 *Rosati*, GRUR Int. 2014, 419, 427 f.; vgl. – im Ergebnis aber ablehnend – auch *Stieper*, AfP 2015, 301, 302.

665 *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 3 Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auch die Anlage des UrhG legt *prima facie* nahe, dass Bearbeitung und Vervielfältigung faktisch zwei unterschiedliche Dinge betreffen. § 16 UrhG handelt einzig von der Vervielfältigung, §§ 3, 23 UrhG kommen ohne jegliche Bezugnahme auf die Vervielfältigung aus. Während das Vervielfältigungsrecht auch die Herstellung von Vervielfältigungsstücken umfasst, bleibt bei einer Bearbeitung die Herstellung selbst frei.

Die unterschiedlichen Rechtsfolgen sind allerdings kein eindeutiger Hinweis, könnte doch die Bearbeitung in § 23 UrhG auch schlicht als Begünstigung solcher Vervielfältigungen verstanden werden, die den Tatbestand von § 23 UrhG erfüllen.[666]

Die deutsche Gesetzessystematik lässt ferner nur bedingt Rückschlüsse auf den europäischen Begriff der Vervielfältigung zu, da dieser einen autonomen Begriff des Unionsrechts bildet. Wollte man für die europäischen Richtlinien etwas aus dem Recht der Mitgliedstaaten ableiten, könnte man ebenso argumentieren, dass andere europäische Urheberrechtssysteme gerade einen äußerst weiten Vervielfältigungsbegriff verfolgen, der auch deutliche Veränderungen eines Werkes als Vervielfältigung auffasst.[667] Außerdem steht eine sehr enge Auffassung der Vervielfältigung als direkte Übernahme dem sonst eher weit gehaltenen Wortlaut des Art. 2 InfoSoc-Richtlinie gegenüber.[668]

b. Werkteileschutz, Vervielfältigung und Bearbeitung

Selbst die Auffassung von der Vervielfältigung als exakter Reproduktion eines Werkes schließt es nicht aus, dass sich Bearbeitung und Vervielfältigung überschneiden können. Deutlich wird das insbesondere dann, wenn die Vervielfältigung und die Bearbeitung nicht von der Frage der Schutzfähigkeit und des Schutzgegenstands losgelöst betrachtet werden, sondern insbesondere den Teileschutz berücksichtigen: Die Vervielfältigung bezieht sich im klassischen Urheberrecht auf Werke, also solche Schutzgegenstände, die nach § 2 Abs. 2 UrhG oder nach der konkretisierenden Auslegung des EuGH

666 Vgl. *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 16 Rn. 8.

667 In einigen Ländern (Niederlande, wohl auch Frankreich) ist die Bearbeitung nach teilweiser Betrachtung auch eine explizite Form der Vervielfältigung, siehe *Rosati*, GRUR Int. 2014, 419, 427.

668 Die Formulierung von Art. 2 InfoSoc-Richtlinie hinsichtlich der Vervielfältigung legt nahe, dass sie weit ausgelegt werden muss. Siehe zur deshalb weit zu verstehenden Auslegung *EuGH,* Urt. v. 16. Juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (= GRUR 2009, 1041), Rn. 42 – *Infopaq/DDF*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

als Werke zu klassifizieren sind. Der Werkbegriff kann auch von einzelnen Werkteilen erfüllt werden, also etwa einer einzelnen Tonfolge in einem Musikstück. Auf solche Werkteile ist nach dem Unionsrecht kein anderer Maßstab anzuwenden als auf einen zusammenhängenden Schutzgegenstand.[669] Es wäre freilich inkonsequent, wenn ein origineller Bestandteil im Zusammenhang mit anderen Werkteilen keinen Schutz erführe, aber geschützt ist, wenn man ihn vom restlichen Werk trennt. Auf das vorherige Beispiel gewandt bedeutet das: Es wäre inkonsequent, eine originelle Tonfolge nur dann für sich genommen als geschütztes Werk zu betrachten, wenn sie alleine steht – sie erfüllt auch dann den Werkbegriff, wenn sie als Bestandteil eines Musikstückes vorliegt, sozusagen als Werk im Werk.

Bearbeitungen, die viele kleine und *per se* geschützte Elemente eines anderen Werkes unverändert übernehmen, sind danach stets auch eine Ansammlung von Vervielfältigungen. Übernimmt ein Komponist mehrere geschützte Werkteile direkt aus einer fremden Komposition und setzt sie individuell zusammen, liegt einerseits eine Vielzahl von Vervielfältigungen geschützter Werkteile vor, andererseits stellt das Werk aber auch eine Bearbeitung dar.[670] Ein wesentlich umgestaltendes musikalisches Arrangement etwa enthält notwendigerweise einzelne oft geschützte Werkteile des älteren Werks, wie die Melodie, einzelne Zwischenspiele oder ähnliche Elemente. In der Gesamtbetrachtung würde man allerdings hier kaum über eine exakte Reproduktion sprechen, wenn auch neue schöpferische Aspekte (etwa in Instrumentation oder Harmonisierung) hinzukommen. Ein solches Arrangement ist also in ganz typischer Weise als Bearbeitung nach § 23 UrhG zu betrachten. Die Übernahme einzelner Werkteile ist hingegen eine exakte Reproduktion.

Eine Überschneidung der Werkteilvervielfältigung und der Bearbeitung kann daher kaum negiert werden, nimmt man einen konsequenten Werkteileschutz an. Die Frage, ob eine Bearbeitung oder eine Vervielfältigung vorliegt, ist in diesen Fällen nur eine Frage darüber, ob das Werk als Gesamtheit oder mit der Lupe betrachtet wird.

669 Ausführlich *Benz,* Teileschutz, 2018, 58 und die vorangehende Begründung; *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 2 Rn. 87; eingehend im Kontext der Proportionalität von Werkbegriff und Verwertungsrechten auch *Wypchol,* Die Nutzung des Werks, 2021, 36 ff. Beispielhaft für die EuGH-Rechtsprechung etwa: *EuGH,* Urt. v. 16. Juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (= GRUR 2009, 1041), Rn. 39 – *Infopaq/DDF.*

670 Siehe insofern etwa als klassisches Beispiel den Remix, *Pötzlberger,* Kreatives Remixing, 2018, 125, 133.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. Verändernde Übernahmen

Ist aber überhaupt eine Bearbeitung denkbar, die keine Nutzung abtrennbarer Werkteile beinhaltet? Was die Musik anbelangt, muss hierfür zunächst klar sein, in welchen Einzelbestandteilen sie betrachtet werden kann.[671] Der „Werkteil" ist kein rechtstechnischer Begriff und dementsprechend auch nicht abgrenzungsbedürftig vom Werkbegriff als solchem.[672] Ganz im Gegenteil zielt die Schutzfähigkeit des Werkteils letztlich auf die Frage ab, welcher Bestandteil eines Musikstückes überhaupt unter den Werkbegriff fallen kann.

Hierfür sind mehrere Arten der Abgrenzbarkeit denkbar: Zum einen besteht die Möglichkeit, einzelne Zeitabschnitte eines musikalischen Werkes abzutrennen: beispielsweise könnte das „Intro" als erster zeitlicher Abschnitt des Rockklassikers „*Smoke on the Water*" betrachtet und für sich genommen bewertet werden. Zum anderen kann auch innerhalb eines Zeitabschnittes ein bestimmter Bestandteil als schutzfähig erwogen werden, der sich nur wegen seiner musikalischen Gestaltung abtrennen lässt. So lässt sich etwa fragen, ob die Gesangsmelodie des Refrains des deutschen Grand-Prix Titels „Ein bißchen Frieden" für sich genommen – also unabhängig von der instrumentalen Begleitung – schutzfähig ist.[673]

In beiden Fällen liegt jedenfalls dann eine Vervielfältigung nach Art. 2 InfoSoc-Richtlinie vor, wenn diese Bestandteile schutzfähig sind und unverändert übernommen werden. Eine Bearbeitung wird zusätzlich dann anzunehmen sein, wenn die Bestandteile nicht nur einzeln vervielfältigt, sondern in ein neues Werk integriert werden und dementsprechend auch in neuem Kontext stehen.[674]

Ob sich Werkteilvervielfältigung und Bearbeitung noch überschneiden, wird dann unklarer, wenn nicht scharf abtrennbare Parameter übernommen werden, die in ihrer Kombination eine Originalität entfalten. Als Beispiel könnte etwa die Melodieführung und Tonart der oben genannten Melodie aus „Ein bißchen Frieden" übernommen werden, nicht aber Rhythmus und Klanggestaltung. Melodieführung und Tonart sind nicht vollständig von den restlichen Parametern trennbar. Beide Elemente sind nicht hörbar, ohne dabei auch ein zeitliches Element oder einen bestimmten Klang der einzelnen

671 Vgl. insofern auch zum musikalischen Schutzgegenstand in Kapitel 2 A.I.
672 *Ahlberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 164.
673 *BGH* GRUR 1988, 812 – *Ein bißchen Frieden*.
674 Siehe insofern die Ausführungen im vorherigen Abschnitt.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Töne zu verwenden. Werden also die obigen Parameter übernommen wird man mit einem engen Vervielfältigungsbegriff kaum von einer direkten Übernahme von *per se* geschützten Werkteilen sprechen können. Solche übernommenen Parameter sind nur dann von der Vervielfältigung umfasst, wenn entweder der Begriff von Werkteilen auch einzelne nicht abtrennbare Parameter betreffen kann oder auch so veränderte Übernahmen, die in Deutschland als Bearbeitung gelten, europäisch noch als (verändernde) Vervielfältigungen zu verstehen wären.[675] Ob im Nachhinein solche Konstellationen dann als Übernahme einzelner Parameter gewertet werden oder als verändernde Vervielfältigungen, also Übernahmen, die später abgeändert wurden, erscheint arbiträr. Der EuGH und wohl auch der BGH zeigt eine klare Tendenz dazu, derartige Übernahmen als (verändernde) Vervielfältigungen im Sinne des Art. 2 InfoSoc-Richtlinie zu verstehen.[676]

d. Bewertung von verändernden Übernahmen im Allgemeinen

Der Standpunkt, dass der EuGH mangels ausdrücklicher Regelung der Bearbeitung in der InfoSoc-Richtlinie schlicht nicht die notwendige Entscheidungskompetenz hat, erscheint beim Blick auf unionsrechtliche Regelungen zwar nicht abwegig.[677] Die Befürwortung eines freigehaltenen Bearbeitungsbegriffes auf europäischer Ebene ist vor allem angesichts der Richtlinien, die zwischen Bearbeitung und Vervielfältigung differenzieren, nicht unfundiert.[678] In diesem Falle verbliebe die Kompetenz des Bearbeitungsrechts im Rahmen der InfoSoc-Richtlinie bei den Mitgliedsstaaten und die Bestimmung über die Grenzen der Bearbeitung wäre Sache des nationalen Gesetzgebers.

Gleichwohl zeigen die obigen Ausführungen auch, dass eine klare Trennung schon dann nicht möglich ist, wenn ein enger Vervielfältigungsbegriff,

675 Ein weit verstandener Begriff der Vervielfältigung, wie in Frankreich oder den Niederlanden sähe wohl auch in diesen veränderten Übernahmen eine Vervielfältigung.

676 Pointiert *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 183; *Senftleben*, IIC 2020, 751, 758 ff. Für den BGH: *BGH* GRUR 2014, 65, Rn. 36 – *Beuys-Aktion*; siehe auch noch vor der oben erörterten *Pelham*-Entscheidung des EuGH: *Walter*, in: *v. Lewinski/Walter* (Hrsg.), European Copyright Law 2010, 970; *Stieper*, AfP 2015, 301, 302 und die Prognose bei *Ohly*, GRUR 2017, 964, 967.

677 Siehe A.II.2.a.

678 Siehe oben A.II.2.a. und bei *Rosati*, GRUR Int. 2014, 419, 427; *Hilty/Senftleben*, in: *Dreier/Hilty* (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, 317, 322.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der vor allem von Befürwortern einer klaren Differenzierung vertreten wird, auf einen konsequenten Werkteileschutz trifft. Ein konsequenter Teileschutz erfordert eine Überschneidung von Bearbeitung und Vervielfältigung etwa im Falle eines oben genannten beispielhaften Arrangements.[679]

Ob auch die Übernahme einzelner nicht abtrennbarer Parameter als Vervielfältigung zu betrachten ist, ist weniger eindeutig. Als Vervielfältigung könnte man sie dann betrachten, wenn man die einzelnen Parameter in ihrer schutzfähigen Kombination als Werkteile betrachtet oder indem man auch verändernde Vervielfältigungen zulässt. Die Grenzen des Teileschutzes und der verändernden Vervielfältigung scheinen hier – zumindest im Falle von Musikwerken – selbst zu verschwimmen.

Hinter allen genannten Konstellationen steht eine gemeinsame Frage: Inwiefern wurden Bestandteile in einem unter Schutzfähigkeitsgesichtspunkten erfassten Umfang übernommen und fixiert? Ob das nun bei klar abgrenzbaren Werkteilen, wie etwa geschützten Melodien, der Fall ist oder bei Parametern, die in ihrer Kombination originell erscheinen, ist für diese Grundfrage in letzter Konsequenz unerheblich. Das spricht für eine einheitliche juristische Behandlung.

Wenn schon im Bereich der direkten Übernahme von Werkteilen die äußere Grenze des Bearbeitungsrechts hin zur freien Benutzung europäisch faktisch mitgeregelt wird, erscheint es daher nur sachgerecht, den Vervielfältigungsbegriff insgesamt weit zu verstehen und so jegliche Formen der Vervielfältigung in veränderter Form zu erfassen.[680] Eine strikte Unterscheidung von geregelter Vervielfältigung und ungeregelter Bearbeitung auf Ebene der InfoSoc-Richtlinie ist daher wenig zielführend. Obgleich die weitgreifende Harmonisierung des EuGH methodisch teilweise fragwürdig erscheinen mag, ist sie deshalb aus einer pragmatischen Sichtweise heraus verständlich.[681] Der EuGH nimmt daher richtigerweise an, dass auch eine veränderte Übernahme – zumindest bei körperlicher Festlegung – durchaus eine Vervielfältigung darstellt.[682] Er regelt mit dem unionsrechtlichen Ver-

679 Siehe A.II.2.b und c.

680 *v. Ungern-Sternberg*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 15 Rn. 243: „Da die Verwertungsrechte nach dem Unionsrecht auch Nutzungen des Werkes in veränderter Gestalt erfassen, ist in richtlinienkonformer Auslegung des § 23 S. 1 anzunehmen, dass diese Vorschrift nur den Schutzumfang der Verwertungsrechte klarstellt und kein eigenes – im Unionsrecht nicht vorgesehenes – Verwertungsrecht enthält."

681 Parallel hierzu kann wohl auch die Gestaltung eines europäischen Werkbegriffes so aufgefasst werden.

682 *Senftleben*, IIC 2020, 751, 758 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vielfältigungsbegriff der InfoSoc-Richtlinie also generell das mit, was im System des deutschen Urheberrechts als Bearbeitung zu verstehen ist.[683]

Auch der in deutscher Literatur und BGH-Rechtsprechung vorherrschenden Ansicht, Bearbeitungen enthielten bei körperlichen Fixierungen eine Vervielfältigung, ist daher beizupflichten.[684]

e. Konsequenzen für die Grenzen der Bearbeitung

Eine Regelung, welche die Grenzen der europäischen Vervielfältigung bestimmt, betrifft folglich auch die Grenzen der Bearbeitung im deutschen Urheberrecht.[685] Die Harmonisierung der Vervielfältigung lässt also nach hier vertretener Auffassung auch auf die weitreichende Harmonisierung der Schutzbereichsbestimmung im Urheberrecht schließen.

Für das Verständnis einer freien Benutzung bedeutet dies vor allem, dass sich mit dem harmonisierten Bereich der Vervielfältigung die Grenzbestimmungen nach langer Unklarheit nun stärker auf die europäischen Richtlinien verlagert. Die reine Betrachtung der deutschen, systematisch teils anders gelagerten Interpretation der §§ 23, 24 UrhG a.F. konnte zuletzt nicht mehr alleiniger Maßstab sein. Fälle der Bearbeitung des § 23 UrhG in seiner jetzigen Fassung können also nicht ohne den Blick auf das europäische Vervielfältigungsrecht beurteilt werden.[686] Das bedeutet konkret, dass bei der Auslegung des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG der Begriff „Abstand" nicht unabhängig vom

683 Pointiert *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 183: „Das, was wir mit § 23 S. 1 UrhG als »unfreie Bearbeitung« ansehen, ist unionsrechtlich vom Vervielfältigungsrecht erfasst: Vervielfältigung ist nach Auffassung des EuGH nämlich jede Übernahme des Schutzgegenstandes auch in geänderter, aber noch wiedererkennbarer Form." Siehe auch *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2015, 533, 534. Besonders eingängig zu dieser Thematik auch: *Senftleben*, IIC 2020, 751, 758 ff.; in EuGH-Entscheidungen besonders deutlich erkennbar wird dies in *EuGH,* Urt. v. 22. Januar 2015, C-419/13, ECLI:EU:C:2015:27 (= GRUR 2015, 256), Rn. 26–28 – *Allposters/Pictoright* und *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 31 – *Pelham/Hütter*.

684 Vgl. *BGH* GRUR 2014, 65, Rn. 36 – *Beuys-Aktion*; explizit auch *BGH* GRUR 2016, 1157, Rn. 17 – *auf fett getrimmt*: „Dabei handelt es sich bei der Bearbeitung und Umgestaltung um besondere Fälle der Vervielfältigung des Werkes"; *Leistner*, ZUM 2011, 468, 473*; Heerma*, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 16 Rn. 7; vgl. auch *Loschelder*, GRUR 2011, 1078, 1082 f., der allerdings die Erweiterung der Vervielfältigung auf veränderte Übernahmen erst durch § 23 S. 1 UrhG verwirklicht sieht.

685 Zuletzt auch explizit mit Bezug zu den Bestimmungen der neuen Bearbeitungsgrenze *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 413.

686 So schon *Senftleben*, IIC 2020, 751, 763: „*Adaptation scenarios must be analyzed through the prism of the harmonized right of reproduction.*"

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Unionsrecht gelesen werden kann. Fälle, die an der Grenze der Bearbeitung liegen, sind daher ebenfalls mit unionsrechtlichen Regelungen abzugleichen. Ferner zeigt aber gerade das Beispiel des obigen Teileschutzes, dass die dortigen Grenzen keine von der Schutzfähigkeitsfrage losgelösten Aspekte betreffen, sondern eng mit dem europäischen Werkbegriff verwoben sind.

In letzter Konsequenz bedeutet das freilich nicht, dass die Bearbeitung nach § 23 UrhG nicht auch auf europäischer Ebene Bestand hätte.[687] Ebenso sind manche Abgrenzungskonzepte der freien Benutzung ihrem materiellen Gehalt nach nicht *per se* unionsrechtswidrig.[688] Lediglich das gewohnte gestufte kategorische Verhältnis von Vervielfältigung, Bearbeitung und freier Benutzung besteht so nach der InfoSoc-Richtlinie nicht.

3. Konsequenzen und Folgefragen

Die konsequente Folgefrage ist vor diesem Hintergrund, wie der Schutzbereich der unionsrechtlichen Vervielfältigung nun bestimmt werden kann. Insbesondere steht in Frage, welche Bedeutung dem „Abstand" nach § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG zukommt. Eine Norm, die wie § 24 UrhG a.F. oder nun § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG eine negative Abgrenzung des Schutzbereiches vornehmen könnte, ist unionsrechtlich weiterhin nicht vorgesehen.[689] Insofern besteht auf den ersten Blick unionsrechtlich ein reiner Dualismus von Verwertungsrechten und Schranken.[690]

a. Vervielfältigung unter dem Eindruck der Kunstfreiheit

Der EuGH setzte in der Entscheidung zu *Metall auf Metall* eine neue Einschränkung des Vervielfältigungsrechts in Bezug auf das Tonträgerherstellerrecht ein, die kurz darauf vom Bundesgerichtshof weitgehend übernommen

687 § 23 UrhG stellt vor diesem Hintergrund aber vor allem eine Art Privilegierung der Herstellung bestimmter Vervielfältigungen dar, *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 16 Rn. 8.

688 Siehe hierzu noch detaillierter B.

689 Zu der Forderung vgl. *Leistner*, JZ 2014, 846, 849.

690 Hierzu schon im Vorfeld der *Pelham*-Entscheidung *Ohly*, GRUR 2017, 964, 967: „Es erscheint wahrscheinlich, dass sich der EuGH für die harmonisierungsfreundliche letztgenannte Lösung entscheidet. Wenn dem so ist, dann kann es aus unionsrechtlicher Sicht neben der Bestimmung des Schutzbereichs und der Anwendung des abschließenden Schrankenkatalogs (Art. 5 InfoSoc-RL) kein Drittes geben."

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wurde.[691] Danach soll auch die Übernahme kurzer Audiofragmente als Vervielfältigung eines Tonträgers gelten, „es sei denn, dass dieses Fragment in den anderen Tonträger in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form eingefügt wird".[692]

Der methodische Weg zu dieser Ausnahme ist teils fragwürdig: Begonnen wird noch mit einer aus sich heraus schlüssigen Auslegung nach dem „Wortlaut" des Art. 2 der InfoSoc-Richtlinie als „Vervielfältigung eines – auch nur sehr kurzen – Audiofragments eines Tonträgers durch einen Nutzer grundsätzlich als eine ‚teilweise' Vervielfältigung dieses Tonträgers im Sinne dieser Bestimmung anzusehen".[693] Der EuGH hebt also zunächst auf den meist sehr weit verstandenen Wortlaut des Art. 2 InfoSoc-Richtlinie ab. In der Tat scheint der Wortlaut durch die antonymischen Nennungen alle Vervielfältigung im weitesten Sinne des Wortes erfassen zu wollen. Aufgezählt wird nämlich jede „unmittelbare oder mittelbare, vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigung auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise" (Art. 2 InfoSoc-Richtlinie). Diese „wörtliche Auslegung" entspreche insbesondere auch den Zielen der Richtlinie.[694]

Bis zu diesen Ausführungen wirken die Ausführungen des EuGH nicht so, als lasse der Richtlinientext irgendwie geartete Ausnahmen der Vervielfältigung zu. Denn auch die geänderte und nicht wiedererkennbare Übernahme eines Fragmentes entspricht dieser Grundregel. Umso erstaunlicher ist es, dass sich der EuGH zur Begründung dieser Ausnahme darauf stützt, dass derartige Übernahmen „dem Sinn dieses Begriffes [Vervielfältigung] nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch" widersprächen.[695] Der EuGH differenziert folglich zwischen dem Wortlaut und dem gewöhnlichen Sprachgebrauch und kommt bei beiden zu unterschiedlichen Ergebnissen. Diese Unterscheidung und insbesondere der Vorrang des gewöhnlichen Sprachgebrauchs im vorliegenden Kontext ist methodisch fragwürdig.[696]

---

691 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 26 ff. – *Pelham/Hütter*; *BGH* GRUR 2020, 843, Rn. 25 ff. – *Metall auf Metall IV*.

692 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 31 – *Pelham/Hütter*.

693 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 29 – *Pelham/Hütter*.

694 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 30 – *Pelham/Hütter*.

695 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 37 – *Pelham/Hütter*.

696 Gleichwohl können schon im Grundsatz unionsrechtliche Auslegungsparameter methodisch kaum mit der Auslegungsdogmatik deutscher Tradition gleichgesetzt wer-

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ebenso wichtig und auch schlüssiger ist aber wohl der zweite Argumentationsstrang: ein weiterer Grund für die Ausnahme ist das Ziel eines angemessenen Ausgleichs, der innerhalb der Richtlinie verwirklicht werden soll.[697] Maßgeblich steht hier das Grundrecht der künstlerischen Freiheit im Zentrum. Die vom EuGH kaum detaillierter beschriebene Abwägung fand mit den vor allem ökonomisch geprägten Zielen der Norm statt. Das betrifft insbesondere den Investitionsschutz und ein hohes Schutzniveau für das Urheberrecht sowie verwandte Schutzrechte, das der EuGH häufiger in diesem Zusammenhang als erstrebenswertes Ziel angab.[698]

b. Auswirkung von Grundrechten auf Unionsrechtsebene

In ähnlicher Weise wie sich die Grundrechte hier in einer Abwägung beschränkend für die Auslegung der Verwertungsrechte auswirken können, bieten sie im Bereich der Schranken die Möglichkeit, auf eine weite Auslegung hinzuwirken.[699] Das Potential, eine Benutzung aus grundrechtlicher Abwägung heraus zu ermöglichen, bietet also zum einen die oben genannte Beschränkung des Vervielfältigungsrechts und andererseits auch die Ausweitung der Schranken.

Eine Grundrechtsabwägung im Sinne einer freien richterlichen Abwägung ist zwar ausgeschlossen.[700] Insofern können Grundrechte außerhalb von Art. 5 InfoSoc-Richtlinie auch keine direkte Schrankenwirkung entfalten.[701] Gleichzeitig deutet die flexiblere Auslegung von Schutzbereich und Schran-

---

den, *Baldus/Raff,* in: *Gebauer/Teichmann* (Hrsg.), Europäisches Privat- und Unternehmensrecht (Enzyklopädie Europarecht, Bd. 6), 153, 165 Rn. 38.

697 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 37 – *Pelham/Hütter*.

698 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 30 – *Pelham/Hütter*, basierend auf den Erwägungsgründen 4, 9 und 10 InfoSoc-Richtlinie.

699 Kritisch *Kaiser/Scheuerer*, GRUR Int. 2019, 1153, 1157. Gleichzeitig werden aber auch nicht über Art. 5 InfoSoc-Richtlinie hinaus neue Schrankenmöglichkeiten eröffnet, vgl. *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (= GRUR 2019, 934), Rn. 55 ff. – *Funke Medien/BRD*; *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (= GRUR 2019, 940), Rn. 40 ff. – *Spiegel Online/Volker Beck*.

700 Siehe *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (= GRUR 2019, 934), Rn. 55 ff. – *Funke Medien/BRD*; *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (= GRUR 2019, 940), Rn. 40 ff. – *Spiegel Online/Volker Beck*; im Detail *Dreier*, GRUR 2019, 1003, 1005; *Kaiser/Scheuerer*, GRUR Int. 2019, 1153, 1159.

701 *Kaiser/Scheuerer*, GRUR Int. 2019, 1153, 1158 f.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ken aber auf einen Weg hin, über den ein Interessenausgleich erzielt werden kann, ohne dabei das Ziel einer weitreichenden Harmonisierung der urheberrechtlichen Regelungen im Binnenmarkt zu gefährden.[702]

Vor dem Hintergrund dieses durch den EuGH verfolgten Harmonisierungsgrades müsste eine Beschränkung des Rechtes ebenfalls seine Begründung auf Ebene des Europarechts finden. Ein expliziter Gestaltungspielraum für solche Beschränkungen wurde in der InfoSoc-Richtlinie indes nicht geschaffen. Insofern scheint vordergründig jegliche Übernahme von Werkelementen auf die Schranken verwiesen zu sein oder nur im Rahmen einer Lizenz benutzt werden zu dürfen.[703]

Doch auch für Schutzbereichsbeschränkungen scheint der EuGH einen Platz zu finden – wenn auch nicht in einer besonderen Norm wie § 24 UrhG a.F. so doch hinsichtlich der Wiedererkennbarkeit: Schutzbereichsbeschränkungen müssen als Ausnahme des betroffenen Verwertungsrechts rechtfertigbar sein, was auch eine Interessenabwägung unter Einbezug der Grundrechte miteinschließt. Faktisch schafft der EuGH damit die Möglichkeit immanenter Schutzbereichsbeschränkungen (wie sie auch in § 24 UrhG a.F. gesehen wurde), ohne sie so zu nennen und ohne das Erfordernis, eine Beschränkung i.S.d. Art. 5 InfoSoc-Richtlinie darzustellen.[704]

Entsprechende Einschränkungen sind damit durchaus möglich. Es erscheint vor diesem Hintergrund aber auch von Bedeutung, ob sie auf europäischer Ebene als Wortlauteinschränkung der Vervielfältigung begründbar sind. Übertragen auf das deutsche Urheberrecht bedeutet das aus der unionsrechtlichen Brille betrachtet: Der Abstandsbegriff des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG muss bestimmen, wo eine veränderte Vervielfältigung bzw. die Bearbeitung ihr begriffliches Ende findet, und hat dabei auch Wertungen der Grundrechte zu berücksichtigen.

II. Wiedererkennbarkeit

Das vom EuGH ins Spiel gebrachte Abgrenzungskonzept im Bereich der Bearbeitungsgrenzen ist das oben bereits erwähnte Kriterium, solche Übernahmen der Schutzgegenstände vom Vervielfältigungsbegriff auszuschließen, die

702 Vgl. *Kaiser/Scheuerer*, GRUR Int. 2019, 1153.

703 So noch GA *Szpunar*, Schlussantr. v. 12. Dezember 2018, C-476/17, ECLI:EU:C:2018:1002, Rn. 95 – *Pelham/Hütter*.

704 *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1095; siehe auch *Stieper*, GRUR 2020, 699, 706.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form" in einem neuen Werk genutzt werden.[705]

Um die Frage zu beantworten, inwiefern dieses Wiedererkennbarkeitskriterium als generelles Abgrenzungskriterium nicht nur im Bereich des vom EuGH in der *Pelham*-Entscheidung konkret behandelten Tonträgerherstellerrechts, sondern auch dem Urheberrecht als Ganzem dienen kann, ist zunächst ein Überblick darüber zu geben, wie die Wiedererkennbarkeit überhaupt zu verstehen ist und wo die Unterschiede zu bisherigen Maßstäben liegen.

1. Überblick: Gegenwärtiges Verständnis der Wiedererkennbarkeit

Die Bedeutung des Kriteriums der Wiedererkennbarkeit ist seit seiner ersten Erwähnung in der *Pelham*-Entscheidung 2019 häufiger in der Literatur diskutiert, allerdings noch selten in der Rechtsprechung an Fallkonstellationen ausdifferenziert worden.[706] Das wirft angesichts der ebenfalls wenig konkretisierenden Hinweise des EuGH zur Auslegung dieser Wiedererkennbarkeit zahlreiche Probleme auf. Hierunter fällt insbesondere die Frage der (ökonomischen) Begründung des Kriteriums und des erforderlichen Grades an Wiedererkennbarkeit.

a. Begründung des Kriteriums

Die Begründung des Kriteriums beruht auf der Grundannahme, dass die Auswirkungen erkennbarer Übernahmen von Musikelementen einen ökonomischen Nachteil für das Original zur Folge haben.[707] So argumentiert etwa der EuGH, dass dem Tonträgerhersteller des Ursprungswerkes eines Samples

705 Vgl. oben A.II.3.a; ferner siehe *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 31 – *Pelham/Hütter*.

706 Eingehender in der Literatur: *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 182 f., *Döhl,* Zwischen Pastiche und Zitat, 2022, 117 ff.; *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401; *Haberstumpf*, ZUM 2022, 795. Vgl. für die Rechtsprechung: *BGH* GRUR 2020, 843 – *Metall auf Metall IV; BGH* GRUR 2022, 899 – *Porsche 911*; *OLG Hamburg* GRUR 2022, 1217.

707 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 38 – *Pelham/Hütter*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Möglichkeit genommen werde, „einen zufriedenstellenden Ertrag aus seinen Investitionen zu erzielen".[708]

Das wäre wohl jedenfalls dann der Fall, wenn das neuere Werk ein Substitut für das ältere wäre oder sich sonstige Anhaltspunkte ergeben, dass sich ein neueres Werk negativ auf das vorbekannte Werk auswirkt.

aa. Substitution

Dabei erscheint es äußerst schwierig, eine Substitution aus einer *ex ante*-Perspektive festzustellen. Denn hierfür müsste überhaupt eine Konkurrenz zwischen dem älteren und dem neueren Werk bestehen, die im Einzelfall schwer einzuschätzen sein wird.[709]

Aus drei Gründen ist das regelmäßig im populärmusikalischen Bereich nicht der Fall: Erstens ist der Musikmarkt der populären Musik vor allem auf die Produktion von „Hits" mit einer frühen Phase der Hauptvermarktung ausgerichtet.[710] Der langfristig erfolgreiche „Evergreen" ist eher die seltene Ausnahme und nicht der Regelfall.[711] Daher findet die Verwendung der fremden Musik häufig erst dann statt, wenn bereits der größte Anteil oder zumindest ein großer Bestandteil des Umsatzes mit der jeweiligen Produktion realisiert wurde. Es kann daher angenommen werden, dass benutzende Tonträger bereits aus zeitlichen Vermarktungsgründen nicht ersatzweise für die benutzten gekauft werden.

Zweitens bedienen Verwender und verwendeter Tonträger häufig unterschiedliche Zielgruppen im populären Musikbereich.[712] So bedient sich die klassischerweise im Hip-Hop vorzufindende Musikschöpfung durch Sampling im Regelfall nicht im eigenen Genre, sondern bei älteren Klangelementen.

---

708 So hervorgehend aus *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 38 – *Pelham/Hütter*.

709 Insofern zu einer ähnlichen Problematik im Rahmen von § 24 Abs. 2 UrhG a.F. schon *Canaris,* Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 91 f.

710 *Steinkrauß/Gmelin/Günnel,* in: *Clement/Schusser/Papies* (Hrsg.), Ökonomie der Musikindustrie, 27. Siehe aus der juristischen Literatur insbesondere *Jörger,* Plagiat in der Popularmusik, 1992, 32 ff.

711 *Steinkrauß/Gmelin/Günnel,* in: *Clement/Schusser/Papies* (Hrsg.), Ökonomie der Musikindustrie, 27, 34. Trotz wirtschaftlich hoher Rentabilität eines Evergreens ist die geringe Relevanz in den Wettbewerbsstrukturen wohl auf die Seltenheit und fehlende Planbarkeit zurückführen.

712 *Canaris,* Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 91 f.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Drittens kommt der Substitutionsgedanke in der Musik, wie generell im Kunstbereich, nur bedingt zum Tragen. Denn häufig können sich hier wegen des Konsumentenbedürfnisses nach Abwechslung die Produkte auch ergänzen, selbst wenn sie in vielerlei Hinsicht ähnliche Zwecke erfüllen.[713]

Es ergibt sich daher kein schlüssiger Anhaltspunkt dafür, dass eine Substitutionswirkung etwa für Samples pauschal angenommen werden kann. Das mag zwar bei direkten Coverversionen der Fall sein, im Fall von übernommenen Teilabschnitten erscheint es jedoch enorm unwahrscheinlich.

bb. Sonstige ökonomische Auswirkungen

Sonstige Nachteile für ein älteres Werk sind ebenfalls schwer auszumachen. Allerdings konnten im urheberrechtlich verhältnismäßig praxisrelevanten Bereich des Samplings in den letzten Jahren detailliertere Untersuchungen vorgenommen werden.[714] Die hier relevanten Studien untersuchten den Einfluss von Samplings auf die Verkaufszahlen des gesampelten Originals. Dabei wurde festgestellt, dass die Auswirkung nicht etwa negativ, sondern in den untersuchten Fällen positiv hinsichtlich der Verkaufszahlen für das ältere Werk waren.[715] Die Veröffentlichung eines neueren benutzenden Musikstücks korrelierte also nicht mit finanziellen Einbußen für das Original, sondern mit ökonomischen Vorteilen.

Die Erklärung hierfür kann zumindest für wiedererkennbare Samples im Werbeeffekt gesehen werden.[716] Durch Sampling wird das ältere Stück wieder beworben und folglich auch die Nachfrage gesteigert. Die Wiedererkennbarkeit kann also auch positive Effekte für den Absatz des Ursprungswerkes mit sich bringen.

Das mag aber nicht in jedem Einzelfall so sein. Ist ein Werk etwa noch nicht in Vergessenheit geraten, wenn es bereits von Samples aufgegriffen wird, können möglicherweise auch andere Faktoren überwiegen. Insbesondere

713 Das Hören des einen Musikstückes kann auch nach dem Hören eines ähnlichen anderen Musikstückes noch erfolgen, ohne dass der Bedarf für das erste gesättigt ist. Zur Nicht-Rivalität urheberrechtlicher Werke (auch am Beispiel des Musikwerkes) etwa *Peukert,* in: *Hilty/Peukert* (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, 11, 13.

714 *Schuster/Mitchell/Brown*, American Business Law Journal 2019, 177 und dortige Hinweise auf ältere Studien.

715 *Schuster/Mitchell/Brown*, American Business Law Journal 2019, 177, 206 ff.

716 *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748, 750.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werden Samples inzwischen auch zu einem gewissen Ausmaß gehandelt.[717] Es bestehen etwa Handelsplattformen, über die erstellte Beats, insbesondere auch solche, die unter Verwendung der Sampling-Technik erstellt wurden, gehandelt werden können. Den Samples kann dabei gerade bei deutlich wiedererkennbaren Fällen ein ökonomischer Wert zukommen.

Was in diesem Fall besonders einflussreich sein könnte, ist die im Grundsatz positive Auswirkung von Vertrautheit auf die Bewertung von Musik.[718] So ist es im Regelfall als einflussreicher Faktor anerkannt, dass ein Musikstück positiver wahrgenommen wird, wenn es dem Hörer vertraut oder bekannt erscheint.[719] Ein besonders relevanter Effekt im Zusammenhang mit den Auswirkungen von Vertrautheit auf musikalische Präferenzen ist der sogenannte "Mere-Exposure-Effekt".[720] Dieser Effekt, der die positivere Bewertung von Vertrautem gegenüber weniger Vertrautem umfasst, tritt nicht nur in der Musik auf, er ist aber auch in der Musik feststellbar, was durch eine Reihe musikpsychologischer Forschung empirisch nahegelegt wird.[721] Er tritt auch dann ein, wenn der Hörer ein Werk nicht bewusst, sondern nur unterbewusst wiedererkennt.[722]

Es ist ferner vorsichtig anzunehmen, dass sich die positive Bewertung von Musikstücken auch positiv auf die Verkaufs- oder Streamingzahlen auswirken kann. Sofern durch die erkennbare Anlehnung eines Werkes an ein früheres Werk eine Vertrautheit mit der Musik hergestellt wird, darf daher unter diesen Voraussetzungen auch von einem ökonomischen Vorteil des späteren Werkes ausgegangen werden.

Obgleich bisherige empirische Untersuchungen nicht gezielt auf sämtliche urheberrechtlich relevanten Werkteile ausgerichtet waren, liegt es nicht fern, dass derartige Effekte auch bei urheberrechtlichen Schutzgegenständen wie erkennbaren Samples oder einzelnen Tonfolgen eintreten und sich der spätere Benutzer sozusagen an der Vertrautheit des benutzten Werkes

717 Vgl. aber zu Schwierigkeiten der Lizenzierung in der Praxis: *Fischer,* Sampling in der Musikproduktion, 2020, 275 ff.

718 Siehe etwa *Peretz/Gaudreau/Bonnel*, Memory & Cognition 1998, 884; *North/Hargreaves*, Psychomusicology: A Journal of Research in Music Cognition 1995, 77. Vgl. ferner *Madison/Schiölde*, Frontiers in Neuroscience 2017, Art. 147; siehe aber auch *Ward/Goodman/Irwin*, Marketing Letters 2014, 1.

719 *Peretz/Gaudreau/Bonnel*, Memory & Cognition 1998, 884; *North/Hargreaves*, Psychomusicology: A Journal of Research in Music Cognition 1995, 77.

720 Siehe *Peretz/Gaudreau/Bonnel*, Memory & Cognition 1998, 884.

721 Ebd.

722 Vgl. *Hansen/Wänke*, Social Cognition 2009, 161.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bereichert. In diesem Sinne können sich wohl wiedererkennbare Samples und möglicherweise auch sonstige benutzte musikalische Werkteile durch die Popularität eines älteren Werkes einen ökonomischen Vorteil verschaffen – freilich unter dem großen *Caveat* noch weniger spezifischer empirischer Untersuchungen. Jedenfalls wäre es nach gegenwärtigem Stand zu pauschal, von den Erkenntnissen im Sampling positiver ökonomischer Effekte für das Ursprungswerk[723] schlicht auf eine stets positive ökonomische Auswirkung zu schließen.

cc. Fazit

Die Wiedererkennbarkeit kann also grundsätzlich eine ökonomisch relevante Rolle spielen, die in der recht weit formulierten Forderung des EuGH zum Ausdruck kommt, dass Tonträgerhersteller „einen zufriedenstellenden Ertrag aus seinen Investitionen" erzielen können muss.[724] Die ökonomischen Auswirkungen liegen aber nicht in einer Substitutionswirkung begründet.[725] Es können teilweise sogar wirtschaftliche Vorteile für den Absatz des Ursprungswerkes entstehen, wenn es kreativ benutzt wird.

Ob die positiven Werbeeffekte für das Ursprungswerk die nachteiligen Effekte für die Lizenzierung ökonomisch wertvoller Werkteile aufwiegen, ist in dieser Pauschalität wohl kaum feststellbar. Was aber jedenfalls die Interessen des Urhebers des Ursprungswerks beeinträchtigen *kann*, ist eine anzunehmende ökonomische Bereicherung des späteren Werkes an dem Ursprungswerk. Es darf daher angenommen werden, dass zumindest in einigen derartigen Fällen ein berechtigtes ökonomisches Interesse daran besteht, mögliche Bereicherungen Dritter im Rahmen von vertraglichen Lizenzen als Komponist eines benutzten Musikwerkes dem Grunde nach selbst zu bestimmen.

Um nichts anderes geht es letztlich, wenn die erkennbare Übernahme als Eingriff in die Vervielfältigung bzw. Bearbeitung zu werten wäre. Denn die urheberrechtlichen Folgen, die sich daraus ergeben, sind freilich kein

723 Siehe die oben referierten Erkenntnisse aus *Schuster/Mitchell/Brown*, American Business Law Journal 2019, 177.

724 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 38 – *Pelham/Hütter*.

725 Zumindest, wenn man die Substitution als tatsächlichen Ersatz begreift. Wohl deutlich offener verstehen den Substitutionsbegriff etwa *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 403, vgl. insb. Fn. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vollständiges Verbot von Übernahmen, sondern letztlich die Notwendigkeit einer privatautonomen Verständigung.

b. Grad der Wiedererkennbarkeit

Der Grad der Wiedererkennbarkeit wurde durch den EuGH nicht genauer bestimmt.[726] Dementsprechend ist auch unklar, für welchen Hörer das Audiofragment bei entsprechender Änderung nicht mehr wiedererkennbar sein müsste und in welcher Situation sich diese Wiedererkennbarkeit zeigen soll.[727] Letzteres betrifft insbesondere die Frage, wie häufig die zu vergleichenden Werke angehört werden und ob im Vorhinein der konkrete zu erkennende Werkteil bekannt ist. Plakativ formuliert bedeutet dies: bestimmt sich die Wiedererkennbarkeit nach dem laienhaften Musikhörer, bei erstmaligem Hören im Autoradio oder nach dem Musikexperten nach eingängiger akustischer Analyse im Tonstudio?

Klar ist, dass mit „wiedererkennbar" nicht die reine, irgendwie geartete Möglichkeit gemeint sein kann, das ältere Audiofragment im neueren Werk zu erkennen.[728] Denn bei unlimitierter Häufigkeit des Anhörens durch einen Experten ist kaum ein Fall eines übernommenen Audiofragments vorstellbar, das nicht wiedererkannt werden kann.[729]

Einigkeit besteht zumindest bei der Frage, welche Perspektive abstrakt maßgeblich ist, um die Wiedererkennbarkeit zu beurteilen: Hierfür soll das Hörverständnis eines durchschnittlichen Musikhörers herangezogen werden.[730] Das überzeugt grundsätzlich. Schon nach der Vorgabe des EuGH solle das Kriterium vor allem gewährleisten, dass die Möglichkeit erhalten bleibe, einen zufriedenstellenden Ertrag aus seinen Investitionen zu erzie-

726 *Leistner*, GRUR 2019, 1008; *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094; *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 182.

727 *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094; *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 182.

728 Ähnlich aber *Haberstumpf*, ZUM 2020, 809, 817, der dann in der Konsequenz zu einer weitgehenden Bedeutungslosigkeit des Kriteriums kommt; daran anknüpfend *Haberstumpf*, ZUM 2022, 795, 798.

729 *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 182; ähnlich *Apel*, MMR 2019, 601, 602; vgl. *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094.

730 *BGH* GRUR 2020, 843, Rn. 29 – *Metall auf Metall IV*; *Apel*, MMR 2019, 601, 602; *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1010; *Wagner*, MMR 2019, 727, 729; kritisch, aber im Wesentlichen zustimmend bereits in *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

len.[731] Es liegt daher nahe, die Beurteilungsperspektive dort zu sehen, wo auch der Ertrag aus den Investitionen erzielt werden kann: beim durchschnittlichen Musikhörer.

Einige Ansichten legen dem Wiedererkennnbarkeitskriterium aber hinsichtlich der übrigen Beurteilungsmaßstäbe eine niedrige Schwelle zugrunde (im Folgenden: weiter Wiedererkennbarkeitsbegriff).[732] So auch etwa die Rechtsprechung:

> „Das BerGer. hat weiter bei mehrmaligem Hören beider Titel festgestellt, dieses Rhythmusgefüge sei in dem Lied ‚Nur mir' in seiner charakteristischen Ausprägung noch deutlich wahrnehmbar. Revisionsrechtlich wirksame Angriffe gegen diese Feststellungen des Tatgerichts bringt die Revision nicht vor; Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich."[733]

Es geht in diesem Fall darum, dass das Audiofragment insofern wiedererkennbar ist, dass es nach mehrmaligem Hören und auch mit dem Vorwissen, das in diesem Fall das Berufungsgericht hatte, noch wiedererkennbar ist.[734] Nach diesem Verständnis könnte man auch das Wiedererkennbarkeitskriterium als eine Art „Totalverblassen" verstehen.[735]

Von anderen werden höhere Hürden dafür angelegt, dass ein Audiofragment noch als wiedererkennbar gilt (im Folgenden: enger Wiedererkennbarkeitsbegriff).[736] Das Kriterium soll hier insbesondere kein bestimmtes Vorwissen voraussetzen und auch kein mehrmaliges Hören implizieren.[737] Stattdessen geht es nach diesem Verständnis darum, wie der durchschnittliche Musikhörer bei erstmaligem Vergleich und ohne konkretere Vorkenntnisse das Werk wahrnimmt.[738]

Für den erstgenannten weiten Wiedererkennbarkeitsbegriff scheint zu sprechen, dass der EuGH keine Einschränkungen vorgenommen hat, son-

731 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 38 – *Pelham/Hütter*; s. näher im vorherigen Abschnitt.

732 Siehe: *BGH* GRUR 2020, 843, Rn. 30 – *Metall auf Metall IV*.

733 *BGH* GRUR 2020, 843, Rn. 30 – *Metall auf Metall IV*; *Homar*, ZUM 2019, 731, 734; *Schulze*, NJW 2019, 2918; *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1010.

734 Ähnlich im Vorhinein zum BGH schon *Homar*, ZUM 2019, 731, 734; *Schulze*, NJW 2019, 2918.

735 *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1010.

736 *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 182.

737 Ebd.; in diesem Sinne auch *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094; im Ergebnis wohl auch *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 414.

738 *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 182; in eine ähnliche Richtung wohl auch *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748, 750; vgl. ferner auch *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 414.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dern die Wiedererkennbarkeit nur beim „Hören" erfordert. Stellt man allerdings darauf ab, dass der Begriff des Hörens nicht vom EuGH eingegrenzt wurde, wäre konsequenterweise ein unbegrenztes Anhören durch einen Experten möglich. Damit würde auf einen so weiten Begriff abzustellen sein, dass das Kriterium bedeutungslos bliebe.[739] Denn dort, wo ein Fragment unter keinen Umständen erkennbar ist, wird die urheberrechtliche Prüfung regelmäßig schon gar nicht so weit reichen, dass die Frage der Vervielfältigung aufkommt: Es käme in diesem Fall kaum ein vom Kläger darzulegender schutzfähiger Schutzgegenstand in Frage.

Die Formulierung des EuGH impliziert also nicht, dass die Wiedererkennbarkeit grenzenlos ist, sondern vielmehr, dass sie noch weiter konkretisiert werden muss, um dem genannten Ziel eines Ausgleichs von Kunstfreiheit und ökonomischen Interessen gerecht zu werden.

Weiter wird für einen weiten Wiedererkennbarkeitsbegriff im Kontext der *Pelham*-Entscheidung ins Feld geführt, dass der EuGH weiter an einem strikten Vervielfältigungsbegriff festhalte und die wesentliche Funktion der Abwägung den Schranken beimesse.[740] Gerade bezüglich der Auslegung des Kriteriums der Wiedererkennbarkeit überzeugt dieses Argument allerdings nicht, da sich – unabhängig davon, ob man den Wiedererkennbarkeitsbegriff nun eng oder weit verstehen mag – der EuGH im konkreten Urteil ja gerade von einem klassischen strikten Vervielfältigungsbegriff abwendet: die Auslegung der Wiedererkennbarkeit ist selbst die entscheidende Frage darüber, ob das Verständnis von Vervielfältigung hier als strikt oder gelockert zu verstehen ist. Dass unterdessen eine Präferenz des EuGH für eine Schrankenlösung ähnlicher Sachverhalte bestehen mag, kann angesichts des Lösungsweges einer grundrechtlich beeinflussten Reduktion des Vervielfältigungsbegriffs gerade nicht ohne Weiteres angenommen werden.[741]

Um dem oben genannten Ziel gerecht zu werden, insbesondere die bereichernden Vorteile eines Musikfragments – etwa eines Samples – zu verhindern, aber gleichzeitig auch der Kunstfreiheit einen möglichst weiten Spielraum zu verschaffen, erscheint es passender, den Durchschnittshörer so anzunehmen, wie er auch natürlicherweise in seiner Musikwahrnehmung das

739 Siehe auch *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 182: „Man darf auch nicht auf das mehrmalige informierte vergleichende Hören abstellen, weil sich dabei die Erkennbarkeit zwangsläufig einstellt."

740 *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1010.

741 A.A. ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ältere Werk wiedererkennen würde.[742] Dem entspricht weder das mehrmalige vergleichende Anhören der entsprechenden Musikwerke noch entspricht dem eine vorherige Aufklärung darüber, um welches konkrete Sample es im Einzelfall geht. Das mehrmalige Hören und die Vorbekanntheit des fraglichen musikalischen Ausschnitts im Gesamtkontext führen zwangsläufig dazu, dass der Vergleich in einer direkten Gegenüberstellung des entnommenen Ausschnitts mit dem Original mündet und nicht die Ausschnitte – etwa die Samples – in ihrem musikalisch-verarbeitenden Kontext betrachtet werden. Letzteres entspräche auch dem normalen Hörverhalten der durchschnittlichen Verbraucher.

Sinnvoller ist es daher einen unvoreingenommenen Durchschnittshörer beim erstmaligen Hören anzunehmen und so dem engen Wiedererkennbarkeitsbegriff zu folgen.[743] So werden beide vom EuGH[744] und BVerfG[745] hervorgehobenen Interessenlagen angemessen innerhalb der unionsrechtlichen Möglichkeiten berücksichtigt.

2. Anwendbarkeit auf den Schutzbereich für Urheber

Weiter steht in Frage, ob das Wiedererkennbarkeitskriterium auch außerhalb des Tonträgerherstellerrechts einen sinnvollen Anwendungsbereich findet.

a. Anknüpfung im Normtext

Zunächst müsste grundlegend die methodische Anknüpfung des Wiedererkennbarkeitskriteriums durch den EuGH auch in der gesetzlichen Grundlage möglich sein, die dem Urheber das Vervielfältigungsrecht zuspricht. Der EuGH bezieht sich lediglich auf Art. 2 lit. c InfoSoc-Richtlinie, wenn er solche Fragmente von der Vervielfältigung ausschließt, die „in den anderen Tonträger in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form eingefügt" wurden.[746]

742 Vgl. auch *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 182; *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 414.
743 Im Ergebnis so auch *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 182.
744 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929) – *Pelham/Hütter*.
745 *BVerfG* BVerfGE 142, 74 – *Sampling*.
746 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 65 – *Pelham/Hütter*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Methodisch steht allerdings neben den grundrechtlichen Erwägungen auch der Vervielfältigungsbegriff als solcher im Mittelpunkt.[747] Das Ergebnis des EuGH ergibt sich gerade nicht aus einer rein auf Tonträgerhersteller gemünzten Argumentation im Zuge des Art. 2 lit. c InfoSoc-Richtlinie. Ganz im Gegenteil wird explizit genannt, dass die entsprechende Übernahme von Audiofragmenten schon nicht dem „gewöhnlichen Sprachgebrauch" der Vervielfältigung entspricht.[748]

Art. 2 InfoSoc-Richtlinie unterscheidet nicht zwischen unterschiedlichen Vervielfältigungsbegriffen. Ganz im Gegenteil ist die Norm so konzipiert, dass sie einen einzigen Vervielfältigungsbegriff voransetzt und das Recht daran den unterschiedlichen Rechteinhabern in der nachfolgenden Auflistung zuspricht.[749]

Insofern erscheint es aus Sicht des Normtextes nicht nur möglich, das Wiedererkennbarkeitskriterium auch auf das Vervielfältigungsrecht des Urhebers anzuwenden, sondern es lässt sich sogar eine Notwendigkeit für eine solche Übertragung erkennen: Es erschiene inkonsequent in Bezug auf Tonträgerhersteller den „gewöhnlichen Sprachgebrauch" bezüglich der Vervielfältigung anders zu verstehen als in Bezug auf Urheber – handelt es sich doch nicht nur um das gleiche, sondern sogar um dasselbe Wort innerhalb des Art. 2 InfoSoc-Richtlinie.[750] Entsprechend ergeben sich keine Hindernisse aus dem Normtext, die eine Übertragung unmöglich machen würden.

b. Vergleichbare Interessenlage zur Wiedererkennbarkeit

Dem Interesse der Kunstfreiheit steht bei der Benutzung des Schutzgegenstands eines Urhebers nicht gezwungenermaßen dieselbe Interessenlage gegenüber wie bei der Benutzung eines Schutzgegenstandes des Tonträgerherstellers. Die sich aufdrängende Frage ist daher, inwiefern sich diese Interessenlage in Bezug darauf unterscheidet, dass der jeweilige Schutzgegenstand nicht wiedererkennbar übernommen wird.

747 Vgl. A.II.3.a.

748 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 37 – *Pelham/Hütter*.

749 Vgl. schon *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1095; siehe auch *Haberstumpf*, ZUM 2020, 809, 816 f.

750 Siehe auch *Haberstumpf*, ZUM 2020, 809, 816 f.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Tonträgerhersteller hat im Gros der Fälle praktisch ausschließlich ökonomische Interessen und diese sind in Art. 17 Abs. 2 GRCh auch grundrechtlich legitimiert.[751] Wie gezeigt ist die ökonomische Betrachtung der Benutzung von Samples schon im Bereich der Tonträgerhersteller nicht einfach. Ob das Erkennbarkeitskriterium hier ökonomisch nachteilige Auswirkungen abbildet oder nicht, kann nur bedingt pauschal beantwortet werden, schlägt sich aber eher an kaum rechtfertigbaren ökonomischen Vorteilen des Samplers als an ökonomischen Nachteilen für das Ursprungswerk nieder.[752] Deutlich ist zumindest, dass ökonomische Auswirkungen, ob positiv oder negativ, jedenfalls dann unwahrscheinlich sein dürften, wenn eine Wiedererkennbarkeit schon gar nicht vorliegt.[753] Die oben dargelegten Aspekte gelten mutmaßlich nicht nur für Samples, sondern sind angesichts einer generell zu vermutenden positiven Auswirkung von Vertrautheit auf spätere Musikwerke auch für sonstige musikalische Werkteile von Bedeutung.

Das in Art. 17 Abs. 2 GRCh[754] legitimierte ökonomische Eigentumsinteresse eines Urhebers an seinem Werk dürfte in Bezug auf wiedererkennbare Übernahmen zumindest grob mit denen eines Tonträgerherstellers an der relevanten Aufnahme vergleichbar sein. Stellen die Durchschnittshörer den Bezug zum benutzten Werk gar nicht her, bleiben nicht nur die Nachteile für den Absatz des Ursprungswerks nahezu ausgeschlossen. Es dürften auch ökonomische Vorteile des Verwenders weitgehend wegfallen, die auf der konkreten Übernahme fremder Elemente basieren und so auf Kosten des ursprünglichen Urhebers gehen. Insofern ist das in Art. 17 Abs. 2 GRCh legitimierte Interesse des Urhebers ebenfalls kaum berührt, wenn eine Werknutzung nicht wiedererkennbar ist.

Selbst mit Blick auf Interessen des Urhebers, die aus einer persönlichen Werk-Autor-Beziehung (vgl. insofern § 11 S. 1 UrhG) folgen und persönlichkeitsrechtliche Aspekte in den Vordergrund stellen, erweist sich die Wiedererkennbarkeit als sinnvolles Unterscheidungskriterium: Gerade bei charakteristischen Elementen besteht zumindest seitens der Hörer eine besondere Verknüpfung zum Autor. Der Urheber hat also im Gegensatz zum Tonträgerhersteller sogar ein aus persönlichkeitsrechtlichen Wertungen heraus begründbares Interesse daran, dass eine erkennbare Verwendung auch durch

751 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 32 – *Pelham/Hütter*.

752 Siehe B.II.1.a.

753 Vgl. auch *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 405.

754 Ferner, aber hier im Kontext der *Pelham*-Entscheidung indirekt relevant: Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls der EMRK; Art. 14 Abs. 1 GG.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ihn autorisiert wird, da sonst einem wiedererkennbar benutzenden Werk eine Verknüpfung zum Ursprungsautor entnommen werden könnte.

Die Interessenlage erscheint daher nicht nur vergleichbar; angesichts der persönlichen Interessen, die der Urheber an seinen charakteristischen Werkteilen hat, tritt das Interesse des Urhebers, über wiedererkennbare Übernahmen seines Schutzgegenstands nur per vertraglicher Lizenz zu bestimmen, sogar noch stärker hervor als bei Tonträgerherstellern.

c. Feststellung der Wiedererkennbarkeit an unterschiedlichen Schutzgegenständen

Außerdem ist zu klären, wie sich die Feststellung von Wiedererkennbarkeit anhand verschiedener Schutzgegenstände auf eine Übertragbarkeit auswirkt. Während der hier relevante Schutzgegenstand des Tonträgerherstellers der Tonträger ist, ist Schutzgegenstand des Urhebers das Werk. Dass die Wiedererkennung eines Tonträgers nach denselben Maßstäben beurteilt werden kann wie die Wiedererkennung eines Werks, ist nicht selbstverständlich.[755]

Zum einen ist sie insofern nicht selbstverständlich, als dass auf einer Aufnahme einige neue charakteristische Aspekte etwa durch die Interpretation hinzutreten können, die sich wiederum maßgeblich auf die vermeintliche Wiedererkennbarkeit des zugrundeliegenden Werkes auswirken können.[756] Zum anderen können auch – im umgekehrten Fall – bei der Wiedererkennbarkeit einer Tonaufnahme charakteristische Werkelemente dazu verleiten, eine Tonaufnahme fälschlicherweise „wiederzuerkennen".[757]

Eine hierzu erforderliche Differenzierung wäre in der Prüfung zu gewährleisten oder zumindest zu reflektieren. Maßgeblich soll die Feststellung des Wiedererkennbarkeitskriteriums aus der Sicht der betroffenen Verkehrskreise übernommen werden. Fraglich ist allerdings, ob diese Verkehrskreise die Unterscheidung von Aufnahme und Werk überhaupt bewerkstelligen können.

---

755 So schon *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094; *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 182.

756 So bereits unter Kapitel 2 A.I.; siehe auch: *Lund*, Virginia Sports and Entertainment Law Journal 2011, 137; *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094. Zu einer ähnlich schwierigen Abgrenzung bei schöpferischen Interpretationen: *Hilty,* Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 182.

757 *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094; siehe insofern auch die sogleich näher erörterte Problematik bei *Lund*, Virginia Sports and Entertainment Law Journal 2011, 137.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aa. Unterscheidung der Schutzgegenstände durch die Verkehrskreise

Inwiefern die maßgeblichen Verkehrskreise, also regelmäßig musikalische Laien, eine solche Differenzierung leisten können, kann dort beobachtet werden, wo ähnliche Prüfungen schon zum Tragen kommen. In eine grob vergleichbare Richtung einer Wiedererkennbarkeitsfeststellung durch Verkehrskreise geht etwa die in den USA teilweise vorzufindende Praxis mit Hilfe einer Jury Entscheidungen im Bereich des *composer copyright infringement* zu treffen.[758] Die bekannteste Überlegung eines solchen Jury-Entscheids geht auf den Fall *Arnstein v. Porter* aus dem Jahr 1946 zurück.[759] Der Fall wurde in den USA sehr stark für den Bereich musikalischer Urheberrechtseingriffe rezipiert.[760] Im Falle solcher sogenannter „*Lay Listener Tests*"[761] wird die Entscheidung über die Urheberrechtsverletzung einer Jury überlassen, die aus musikalischen Laien besteht. Diese entscheidet damit insbesondere auch über die Frage, ob sich eine Ähnlichkeit zwischen den Musikwerken ergibt, die substantiell genug ist, um einen Urheberrechtseingriff anzunehmen.[762] Die Einzelheiten des Tests haben sich seit dem ursprünglichen Fall *Arnstein v. Porter* weiterentwickelt.[763] Teilweise wird auch statuiert, dass die Jury danach ausgewählt werden müsse, welche Hörerschaft mit der jeweiligen Komposition konkret intendiert war.[764] In diesem Zusammenhang findet der Grundgedanke noch stärkeren Ausdruck, dass die Entscheidung über die

758 Vgl. *Liebscher,* Schutz der Melodie, 2007, 109 ff.; differenziert wird *composer copyright* und *recording copyright*, *Palmer*, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law 2016, 907, 913 f.

759 Arnstein v. Porter, 154 F.2d 464 (2d Cir. 1946).

760 Siehe etwa die besondere Bedeutung hervorhebend *Lund*, Virginia Sports and Entertainment Law Journal 2011, 137, 149 f.; *Samuelson*, Northwestern University Law Review 2013, 1821, 1824; in der deutschsprachigen Literatur besonders eingehend: *Liebscher,* Schutz der Melodie, 2007, 114 ff.

761 Dieser Begriff wird meist für den Test verwandt. Allerdings ist diese Bezeichnung nicht immer vorzufinden, siehe etwa *Lund*, Virginia Sports and Entertainment Law Journal 2011, 137, 150; *Palmer*, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law 2016, 907, 921; *Liebscher,* Schutz der Melodie, 2007, 114, 118. Andere Bezeichnungen sind etwa *ordinary lay hearer test*, oder *ordinary listener test*, oder auch *lay observer test.*

762 *Liebscher,* Schutz der Melodie, 2007, 114.

763 *Liebscher,* Schutz der Melodie, 2007, 116 ff.

764 Siehe in diesem Sinne Dawson v. Hinshaw Music, Inc., 905 F.2d 731, 734, 737 (4th Cir. 1990). *Grinvalsky*, California Western Law Review 1992, 395, 396; siehe auch *Liebscher,* Schutz der Melodie, 2007, 117 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ähnlichkeit den Personen obliegen soll, die mit dem Werk angesprochen werden, da hier der relevante Markt bestehe.[765]

Überprüfungsmethoden wie der *Lay Listener Test* standen allerdings in den letzten Jahren wegen Differenzierungsproblemen unter Laien in der Kritik.[766] Diese Kritik wird von empirischen Ergebnissen gestützt, in denen Laienhörer (also die oben benannten *lay listeners*) die Aufgabe bekamen, die Ähnlichkeit zweier Musikstücke zu beurteilen, die selbst Gegenstand eines Urheberverletzungsprozesses waren.[767] Die Interpretation (also die Art und Weise die Komposition auszuführen) sollte für die Urheberrechtsverletzung keine Rolle spielen, da sie nicht selbst Teil des Schutzgegenstands ist.[768] Einer Versuchsgruppe wurden ähnliche Interpretationen von Musikstücken vorgespielt, einer anderen unterschiedliche Interpretationen. Die Ergebnisse zeigten, dass Laienhörer die zugrundeliegende Komposition durchweg ähnlicher bewerteten, wenn die Interpretationsparameter ähnlicher waren, obwohl es in der Bewertung der Ähnlichkeit auf diese Interpretationsparameter nicht ankommen sollte.[769] Der musikalische Laie kann also die Parameter, auf die er im Konkreten achten sollte, kaum von den übrigen schutzgegenstandsfremden Parametern unterscheiden.[770]

Dieser Versuch legt nahe, dass die notwendigen Parameter zur Unterscheidung ohne ein gewisses Maß an Sachverstand nicht getroffen werden können. Sehr eindrücklich zeigt auch der BGH in seinem Urteil *Metall auf Metall IV* ein eher geringes Verständnis für die Differenzierung der Wiedererkennbarkeit von Tonträger und Werk.[771] So stützt sich der BGH für die Wiedererkennbarkeit eines Tonträgers darauf, dass das Berufungsgericht „bei

765 Siehe *Liebscher,* Schutz der Melodie, 2007, 118; vgl. auch *Palmer*, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law 2016, 907, 919 ff. Ferner: Dawson v. Hinshaw Music, Inc., 905 F.2d 731, 734, 737 (4th Cir. 1990).

766 *Lund*, Virginia Sports and Entertainment Law Journal 2011, 137; *Palmer*, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law 2016, 907; *Sprigman/Fink Hedrick*, Lewis & Clark Law Review 2019, 571 (verfügbar bei SSRN, URL: https://ssrn.com/abstract=3384114, Abrufdatum: 24. August 2022). Empirische Untersuchungen die denen von Lund ähneln finden sich auch außerhalb des Musikbereichs bei *Balganesh/Manta/Wilkinson-Ryan*, Iowa Law Review 2014, 267.

767 *Lund*, Virginia Sports and Entertainment Law Journal 2011, 137, 156 ff.

768 Ebd.

769 *Lund*, Virginia Sports and Entertainment Law Journal 2011, 137. Vgl. auch die zugehörigen Beispiele auf http://www.jlundlaw.com/p/music-copyright-project.html (Abrufdatum: 24. August 2022).

770 Vgl. ebd.

771 Siehe *BGH* GRUR 2020, 843, Rn. 30 – *Metall auf Metall IV*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mehrmaligem Hören beider Titel" festgestellt habe, dass das „Rhythmusgefüge […] in dem Lied ‚Nur mir' in seiner charakteristischen Ausprägung noch deutlich wahrnehmbar" sei.[772] Die charakteristische Ausprägung des Rhythmusgefüges würde das Berufungsgericht aber auch dann noch erkennen, wenn schlicht ein gleiches Rhythmusgefüge selbst hergestellt worden wäre. Es ist überhaupt nicht nachvollziehbar, wie das Berufungsgericht anhand eines Rhythmusgefüges den hier entscheidenden Tonträger wiedererkannt haben soll.[773]

bb. Schlussfolgerung für die Feststellung

Hieraus ergeben sich mehrere Folgerungen. Zum einen erscheint es prinzipiell unproblematisch, die Wiedererkennbarkeit auch im Bereich von Werken als Kriterium handhabbar zu machen. Angesichts dessen, dass sich die Wiedererkennbarkeit in den Verkehrskreisen eher an charakteristischen kompositorischen Elementen manifestiert als an einer klaren Feststellung, dass ein Tonträger wiedererkennbar vervielfältigt wurde,[774] scheint die Wiedererkennbarkeit letztlich sogar interessengerechter und sachdienlicher für den Schutzgegenstand „Werk" als für den Tonträger.[775]

Die Differenzierung der Schutzgegenstände, auf die sich die Wiedererkennbarkeit bezieht, ist angesichts mangelnder Unterscheidungsfähigkeit von musikalischen Laien allerdings auch bei Werken nur selten sichergestellt. Denn für die Wiedererkennbarkeit können durchaus andere Elemente relevant sein als die für den Hörer intuitiv entscheidenden. „Wiedererkennbarkeit" zeigt sich dabei gerade nicht als einfache Ähnlichkeitsüberprüfung zweier Musikbeispiele, sondern als konkret gefilterter Vergleich bestimmter Parameter. Das mag zunächst als Warnung zur Selbstreflexion für den juristischen Entscheider verstanden werden. Es ruft aber insbesondere die

772 Ebd.

773 Schon im Rahmen des EuGH-Urteils auf diese Problematik hinweisend: *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094.

774 Illustrativ kann hier das Rhythmusgefüge und die damit verbundene fehlende Differenzierung im Rahmen von der *BGH* GRUR 2020, 843, Rn. 30 – *Metall auf Metall IV* betrachtet werden.

775 Das wirft ferner die Frage auf, wie die Wiedererkennbarkeit eines konkreten Tonträgers überhaupt möglich ist. Das kann eigentlich nur dann angenommen werden, wenn sich anhand der Länge und des besonderen im Tonträger vorhandenen Klangs als unmöglich darstellt, dass ein weiterer Tonträger dieses Element enthält.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Frage auf, inwiefern nicht auch hier – wie im Rahmen übriger Kriterien, wie Originalität oder Verblassen – notwendigerweise auf eine besondere Sachkunde zurückgegriffen werden muss.[776]

Musikexpertise im Bereich der Wiedererkennbarkeit einzusetzen scheint den obigen Überlegungen, dass sich der Grad der Wiedererkennbarkeit aus der Perspektive des Durchschnittshörers beurteilen sollte,[777] auf den ersten Blick zu widersprechen. Hat jemand mit besonderer Sachkunde über die Wiedererkennbarkeit aus eigener Perspektive zu befinden, wird wohl anzunehmen sein, dass aus dieser fachlichen Perspektive immer eine Wiedererkennbarkeit festgestellt werden kann, wo Elemente übernommen wurden. Eine so verstandene Wiedererkennbarkeit wäre als Kriterium also überflüssig. Allerdings ist es dem juristischen Beurteilungsmaßstab auch nicht fremd, dass der Experte aus einer vorgegebenen Perspektive, die im Einzelfall unter seinem Kenntnisstand liegen mag, eine Beurteilung treffen soll oder die Sachkunde zumindest zur Differenzierung hinzugezogen wird.[778] Ganz im Gegenteil wird es bei solch komplexen Sachlagen wie der Übernahme von Musikelementen erforderlich sein, mit Musikexpertise die für den Durchschnittshörer relevant erscheinenden Werkelemente zu überprüfen, wenngleich die Sicht eines durchschnittlichen Musikexperten selbst nicht die maßgebliche Perspektive bildet.[779]

Die Frage ist folglich, wie der Musikexperte zu der Perspektive des musikalischen Laien Stellung nehmen kann, während er die notwendige Differenzierung bezüglich urheberrechtlich relevanter Elemente vornimmt.

---

776 Vgl. *BGH* GRUR 2015, 1189 – *Goldrapper*.

777 Siehe im Einzelnen unter B.II.1.b.

778 Zur Hinzuziehung von Sachverständigen im Falle von Kriterien, die anhand der Verkehrskreise beurteilt werden, auch schon: *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 63 – *Goldrapper*: „Die Beurteilung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit bemisst sich nach der Auffassung der mit musikalischen Fragen einigermaßen vertrauten und hierfür aufgeschlossenen Verkehrskreise (BGH, GRUR 1981, 267 [268] – Dirlada). Das BerGer. ist insoweit davon ausgegangen, dass seine Mitglieder dem angesprochenen Verkehrskreis angehören. Dieser Umstand rechtfertigt es jedoch im Streitfall nicht, auf sachverständige Hilfe bei der Tatsachenfeststellung zu verzichten. Vielmehr führt die Zugehörigkeit der Tatrichter zum für die Beurteilung maßgeblichen Verkehrskreis lediglich dazu, dass es im Allgemeinen keines durch eine Meinungsumfrage untermauerten Sachverständigengutachtens zur Ermittlung des Verkehrsverständnisses bedarf (vgl. BGHZ 156, 250 [255] = GRUR 2004, 244 – Marktführerschaft; BGH, GRUR 2012, 215 Rn. 14 = NJW 2012, 235 = WRP 2012, 75 – Zertifizierter Testamentsvollstrecker; BGHZ 194, 314 Rn. 32 = GRUR 2013, 401 – Biomineralwasser)."

779 Siehe parallel schon *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 63 – *Goldrapper*. A.A. wohl *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 405, 414.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Pauschal kann dies schwerlich beantwortet werden. Daher sollte im Einzelfall hinterfragt werden, ob besondere Interpretationsmethoden notwendig waren, um eine Erkennbarkeit festzustellen und inwiefern ein bestimmter musikalischer Parameter nach aktuellem Stand der Kenntnisse besondere Auswirkungen auf die Erkennbarkeit von Laien hat. Beispielsweise mag in diesem Sinne eine Übereinstimmung hinsichtlich der Tonart in vielen Fällen irrelevant sein, weil sie nur in Ausnahmefällen zur Wiedererkennung beiträgt. Im Sampling-Bereich kann die Länge von übernommenen Abschnitten von Relevanz sein. Dabei muss der Experte beurteilen, ob die konkrete Länge und Charakteristik übernommener Fragmente bereits genügen, um für den Laien wiedererkennbar zu erscheinen.[780] Auch Anhaltspunkte aus musikpsychologischer Forschung können im Einzelfall herangezogen werden.

d. Schlussfolgerung für die Anwendbarkeit

Das Kriterium der Wiedererkennbarkeit ist nicht nur im Bereich von Tonträgern, sondern auch im Bereich des Schutzgegenstands „Werk" praktikabel.[781] Die Unterscheidung der Schutzgegenstände bei der Prüfung der Wiedererkennbarkeit ist aber musikalisch komplexer als es auf den ersten Blick scheinen mag.

Es erscheint daher entgegen der Umsetzung des BGH im Urteil *Metall auf Metall IV* sinnvoll, auch die Beantwortung dieser Frage auf musikalischen Sachverstand zu stützen und dabei den Schutzgegenstand zu differenzieren. Das bloße mehrmalige Anhören eines Tonträgers durch die Verkehrskreise genügt wohl regelmäßig nicht, um eine solche Differenzierung zielsicher vornehmen zu können. Jedenfalls ist die Differenzierung dann problematisch, wenn dieser Prozess nicht von besonderer musikalischer Sachkunde begleitet und reflektiert wird.

780 Das mag faktisch zu einer Art *de minimis*-Ausnahme führen, die allerdings weniger auf eine scharfe zeitliche Untergrenze setzt, sondern am Verständnis des Hörers ausgerichtet ist, siehe *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094. Vgl. auch allgemeiner zur Sachlage von *de minimis* nach der *Pelham*-Entscheidung: *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 181 m.w.N.

781 Im Ergebnis sogar noch weitergehend *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 404 ff., mit Ausnahmen für die hier nicht behandelten Schutzrechte für Presseverleger und Datenbanken.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Ergebnis

Das Wiedererkennbarkeitskriterium erweist sich vor dem Hintergrund dieser Erörterungen als Kriterium, das durchaus geeignet erscheint, um in gewissen Konflikten zwischen dem Urheber eines Musikwerks und dem kreativen Nutzer dieses Werks eine interessengerechte Balance zu finden.[782] Wichtig ist dabei, dass es, um auch dem Interesse der Kunstfreiheit hinreichend Rechnung zu tragen, im Sinne des oben genannten engen Wiedererkennbarkeitsbegriffs ausgelegt wird. Die weite Auslegung[783] anhand mehrmaligen Hörens und ohne die Hinzuziehung von Sachverständigen führt das Kriterium in die Nähe der Bedeutungslosigkeit[784] und produziert im Bereich einer tatsächlichen Anwendung auch undifferenzierte Ergebnisse.

Dementsprechend wäre es neben einer vorzugswürdigen engen Auslegung der Wiedererkennbarkeit wichtig, ihre Beurteilung unter Zuhilfenahme einer besonderen Sachkunde vorzunehmen. So können auch Fehler im Rahmen des Schutzgegenstands zumindest weitgehend vermieden werden.

III. Hinreichender Abstand und Unionsrecht

Den unmittelbaren rechtlichen Ausgangspunkt für die Beurteilung der Bearbeitungsgrenze bilden im deutschen Urheberrechtsgesetz weder die Wiedererkennbarkeit noch sonstige Erwägungen aus der InfoSoc-Richtlinie, sondern § 23 UrhG. Allerdings bietet das in § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG formulierte Merkmal des „hinreichenden Abstands" nur bedingt einen klaren Rahmen. Zwar ist zumindest nach der neuen Rechtslage anzunehmen, dass Parodien und sonstige Fallgruppen des sogenannten „inneren" Abstands nicht in § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG erfasst sind.[785] Diese Fallgruppen sind also Bearbeitungen im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG. Doch allein durch den Begriff des hinreichenden Abstands wird weder deutlich, welche Prüfungsmethode, noch welcher Prüfungsmaßstab nun für den Rechtsanwender entscheidend ist, um die

782 Ebd.
783 Insb. *BGH* GRUR 2020, 843, Rn. 30 – *Metall auf Metall IV*.
784 Vgl. die Ausführungen bei *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 182.
785 Siehe im Einzelnen hierzu oben unter A.III.1.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grenze der Bearbeitung zu bestimmen.[786] Dies bleibt Aufgabe weiterer konkretisierender Auslegung.[787]

1. Abstand und Wiedererkennbarkeit

Angesichts dessen, dass das Unionsrecht die Grenzen der Bearbeitung mitbestimmt, liegt es nahe, den Begriff des Abstands in § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG vor dem Hintergrund der unionsrechtlich beeinflussten Entstehungsgeschichte der Gesetzesänderung auch mit den Andeutungen in der Rechtsprechung des EuGH in Einklang zu bringen, zumal sich die Wiedererkennbarkeit als vielversprechender Abgrenzungsmaßstab erweist.[788] Rechtstechnisch kann eine Orientierung an der Wiedererkennbarkeit dadurch verwirklicht werden, dass der unbestimmte Begriff des Abstandes in § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG mit den Kriterien der Wiedererkennbarkeit unionsrechtskonform ausgelegt wird. Einen hinreichenden Abstand hält ein Werk also dann ein, wenn das alte Werk im neuen nicht wiedererkennbar ist.

Das verengt indes auch nicht die Möglichkeiten für flexible Lösungen innerhalb der Bestimmung der Bearbeitungsgrenze. Durch den erheblichen Spielraum, der auch im Begriff der Wiedererkennbarkeit angelegt ist und der obigen Erörterung zu seiner Auslegung entnommen werden kann,[789] wäre weiterhin ein Rahmen gegeben, der besonders kreativ benutzende Werke schon nicht als Verletzung des urheberrechtlichen Schutzbereichs eines anderen Werkes versteht. Zudem darf nicht übersehen werden, dass solche Werke, die wiedererkennbar benutzt werden, damit nicht völlig unmöglich werden. Neben vertraglichen Lizenzen müssen die Abwägungslösungen dann dort gefunden werden, wo gesellschaftliche oder künstlerische Interessen auch sonst mit den Schutzinteressen abgewogen werden: im Bereich der urheberrechtlichen Schranken.[790]

786 Vgl. A.III. und IV.

787 Eine detaillierte Auslegung dieses weiten Begriffs und die Einzelheiten seiner Anwendung auf den Einzelfall werden sich wohl erst durch eine ausgiebige Kasuistik in den nächsten Jahren herausbilden. Das erfordert einen entsprechend andauernden Prozess – wie es schon die letzten Jahrzehnte an § 24 UrhG a.F. zeigten. Insofern kann im Folgenden freilich nicht mehr und nicht weniger als ein „Aufschlag" für die genauere Bestimmung der neuen Bearbeitungsgrenze geleistet werden.

788 Siehe neben B.II.2. auch *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 413.

789 Siehe B.II.

790 Vgl. auch *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 413.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Bestimmung des Schutzbereiches in § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG trägt damit nur noch in begrenztem Maße die Last des ursprünglich § 24 UrhG a.F. zugedachten Interessenausgleichs in sich. Die „Erkenntnis, dass kulturelles Schaffen nicht ohne ein Aufbauen auf früheren Leistungen anderer Urheber denkbar ist“[791] hat zwar weiterhin in Teilen ihren Niederschlag in § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG gefunden, § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG kann aber jedenfalls nicht mehr den Anspruch haben, eine alleinige Grundlage für die interessengerechte Abwägung im Dienste des kulturellen Fortschritts zu bieten, wie es teils § 24 UrhG a.F. zugedacht war. Denn hinsichtlich desjenigen kulturellen Schaffens, das von einer deutlich wiedererkennbaren Auseinandersetzung mit anderen Kunstwerken lebt, bleibt der Benutzer nach der hier vertretenen Auffassung auf Schrankenregelungen oder vertragliche Lizenzen verwiesen. Insoweit stellt die neue Rechtslage einen Bruch mit der alten dar.

2. Kontinuitäten zu § 24 UrhG a.F.

Dass der Abstandsbegriff des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG mit dem alten Begriff des Abstands in der Rechtsprechung nicht verwechselt werden darf und die unionsrechtliche Wiedererkennbarkeit auf dem Rücken eines unionsrechtswidrigen § 24 UrhG a.F. formuliert wurde, bedeutet indes nicht, dass sich keine Kontinuitäten zu § 24 UrhG a.F. ergeben können. Selbst eine Auslegung des hinreichenden Abstands im Einklang mit dem hier näher ausgelegten Kriterium der Wiedererkennbarkeit ändert daran nichts. Das Kriterium der Wiedererkennbarkeit mag zwar für die InfoSoc-Richtlinie neu erscheinen. Dem deutschen Urheberrecht ist es aber nicht völlig fremd, den Eingriff in Verwertungsrechte nach Erkennbarkeitskriterien zu beurteilen.[792] Zum einen zeigen sich sogleich näher zu untersuchende Parallelen zum Verblassen als zentralem Kriterium des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. Zum anderen trat der Begriff „erkennbar“ bereits im Urheberrechtsgesetz in Erscheinung, wie oben im Zusammenhang mit dem besonderen Melodienschutz ausgeführt.[793] Denn der Tatbestand des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. fordert die Erkennbarkeit der Melodieübernahme, um daran die scheinbar privilegierenden Rechtsfolgen zu knüpfen.

---

791 *BGH* GRUR 2017, 895, Rn. 22 – *Metall auf Metall III*.

792 Siehe oben A.I.2.c. und A.II.2.b.

793 Genau genommen sogar zweimal: zum einen in § 97a Abs. 4 UrhG im Zusammenhang mit der Abmahnung. Diese Erwähnung ist hier irrelevant, da sie nicht im Zusammenhang mit dem Werk, sondern der Berechtigung der Abmahnung steht. Zum anderen die hier interessante Erwähnung in § 24 Abs. 2 UrhG a.F.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a. Parallelen zum Verblassen

Schon dem Begriff nach weist das Verblassen auf die schwierigere Erkennbarkeit hin: Was blass ist, kann schwerlich erkannt werden.[794] Parallelen lassen sich aber freilich nur zum Verblassen „im wörtlichen Sinne" herstellen und nicht zu dem, was der BGH im erweiterten, nicht wörtlichen Sinn des Verblassens versteht, wenn er einen inneren Abstand annimmt.[795] Bei diesem *inneren* Abstand, den der BGH als Verblassen im nicht wörtlichen Sinne verstehen möchte, ist es geradezu typisch, dass das ursprüngliche Werk erkennbar bleibt.[796] Relevant für mögliche Gemeinsamkeiten mit dem Wiedererkennbarkeitskriterium kann also nur das Verblassen im wörtlichen Sinne sein.[797]

Grundsätzlich wird dieses im eigentlichen Sinne verstandene Verblassen an der Frage gemessen, wie stark das benutzte Werk hinter den Zügen des neuen Werks zurücktritt.[798] Das Zurücktreten beinhaltet wiederum eine Untersuchung, inwiefern das alte Werk in dem neuen nach einer Gesamtbetrachtung deutlich erkennbar bleibt oder nur so im Verborgenen bleibt, dass es den eigenschöpferischen Elementen des neuen Werkes Platz verschafft.[799] Der Grad an Erkennbarkeit und an Bedeutung des äußeren Erscheinungsbilds eines älteren Werkes im neuen stellt damit den ursprünglichen Kern des Verblassens dar.

794 Siehe A.I.2.c.

795 Vgl. zur Differenzierung *BGH* GRUR 2016, 1157, Rn. 22 – *auf fett getrimmt*.

796 *BGH* GRUR 2014, 258, Rn. 39 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm*: „Auf den inneren Abstand kommt es vor allem bei Fallgestaltungen an, in denen eine künstlerische Auseinandersetzung mit einem älteren Werk es erfordert, dass dieses und seine Eigenheiten, soweit sie Gegenstand der Auseinandersetzung sind, im neuen Werk erkennbar bleiben." Wortgleich *BGH* GRUR 2016, 1157, Rn. 22 – *auf fett getrimmt*; siehe auch *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 16.

797 Der erste Senat des BGH versteht dies in *BGH* GRUR 2022, 899, Rn. 47 – *Porsche 911* so, dass es hierbei um eine „unionsrechtskonforme Auslegung" des Verblassens gehe. Inwiefern bei einem Begriff, der keine gesetzliche Erwähnung findet, sondern nur durch Literatur und Rechtsprechung entwickelt wurde, eine „unionsrechtskonforme Auslegung" methodisch korrekt ist, ist zweifelhaft. Jedenfalls aber wird der BGH wohl so zu verstehen sein, dass der Begriff des Abstands unionsrechtskonform so verstanden werden muss, dass auch die untergeordneten Hilfsbegriffe wie das Verblassen nur bei fehlender Wiedererkennbarkeit der schutzbegründenden eigenschöpferischen Elemente vorliegt.

798 *BGH* GRUR 2016, 1157, Rn. 20, 22 – *auf fett getrimmt*.

799 Siehe hierzu schon näher A.I.2.c.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Allerdings werden graduelle Unterschiede im Verständnis dessen vorgebracht, was als nicht „wiedererkennbar" im Rahmen des EuGH-Verständnisses gilt und was bisher als nicht erkennbar im Sinne von „verblasst" verstanden wurde.[800] So besteht nach Auffassung des BGH etwa die Möglichkeit, dass Audiofragmente, wie im Falle des Samples in der Fallbetrachtung von *Metall auf Metall* als wiedererkennbar gelten, aber dennoch im neuen Werk nach Maßstab des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. verblassen.[801]

Das Verblassen ist primär ein am Gesamteindruck des Werks ausgerichtetes Kriterium, während das Kriterium der Wiedererkennbarkeit von vielen primär auf den konkreten Vergleich des einzelnen Werkelements bezogen wird.[802] Versteht man das Wiedererkennbarkeitskriterium in diesem Sinne und setzt insbesondere den maßgeblichen Vergleich des Schutzgegenstandes am Sample selbst an, ist das Wiedererkennbarkeitskriterium strenger als das Kriterium des Verblassens.[803]

Sinnvoller erscheint es aber nach hier vertretener Ansicht, den Begriff der Wiedererkennbarkeit enger und damit offener für künstlerische Verarbeitungen zu fassen.[804] Insofern sollte das Musikstück, in das ein fraglicher Werkteil eingebettet wurde, als Ganzes betrachtet werden und dessen Höreindruck nach Maßgabe des Durchschnittshörers beim erstmaligen Hören beurteilt werden. Dieses Kriterium zeigt erhebliche Gemeinsamkeiten zum Verblassen. Denn treten die individuellen Aspekte eines Werkes im anderen zurück, wird das regelmäßig dann der Fall sein, wenn auch der Durchschnittshörer beim Höreindruck des ganzen Werkes das Element nicht mehr heraushört. In beiden Fällen gehen im weiteren Sinne so auch „hörpsychologische" Aspekte in die Unterscheidung mit ein[805] und in beiden Fällen ist der Werkteil im Kontext zu betrachten.

---

800 *Homar*, ZUM 2019, 731, 736; *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1010.

801 Siehe *BGH* GRUR 2017, 895, Rn. 25 – *Metall auf Metall III* im Gegensatz zu *BGH* GRUR 2020, 843, Rn. 31 – *Metall auf Metall IV*.

802 Vgl. auch schon *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 109 – *Goldrapper*.

803 *Homar*, ZUM 2019, 731, 736: „Mit der Erkennbarkeit legt der EuGH somit einen Maßstab an, der deutlich strenger als das bisher relevante »Verblassen« i. S. d. der freien Benutzung des § 24 UrhG ist."; *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1010: „Das Kriterium der Wiedererkennbarkeit ist ersichtlich deutlich strenger als eine Wesentlichkeitsbegrenzung, eine *de minimis*-Begrenzung oder die im deutschen Recht bisher unter bestimmten Voraussetzungen in Betracht kommende Analogie zur freien Benutzung (§ 24 UrhG), für die es in der Regel auf ein ‚Verblassen' des vorausgehenden Schutzgegenstands im neu geschaffenen Werk ankommt."

804 Näher bei B.II.

805 Vgl. *LG München I* ZUM-RD 2009, 101, 112.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ein enger Begriff der Wiedererkennbarkeit beim Hören entspricht damit grob dem bisherigen Verblassen in der Musik.

b. Parallelen zum Melodieschutz in § 24 Abs. 2 UrhG a.F.

Bei einem Vergleich mit der oben behandelten Erkennbarkeit aus § 24 Abs. 2 UrhG a.F. werden die Parallelen schon im Wortlaut deutlich. Trotzdem wird in der Literatur teilweise darauf verwiesen, dass im Rahmen der Wiedererkennbarkeit nicht auf die Gedanken des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. zurückgegriffen werden könne.[806] Jedenfalls was einen direkten Vergleich betrifft, kann dem insoweit zugestimmt werden, als dass sich § 24 Abs. 2 UrhG a.F. nur auf Melodien bezog.[807]

Allerdings zeigen sich zumindest abstrakte Gemeinsamkeiten, wenn man die Erkennbarkeit des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. für sich genommen – unabhängig von ihren Bezügen zur Melodie – versteht. Zum einen sollte sie ebenfalls auf die Verkehrskreise ausgerichtet sein und knüpfte in letzter Konsequenz an die Überlegung an, Elemente dann nicht als Bearbeitung oder Vervielfältigung zu erachten, wenn sie für die relevante Hörerschaft im neuen Werk nicht erkennbar sind (siehe A.II.2.b.). Auch das Wiedererkennbarkeitskriterium der *Pelham*-Entscheidung ist nach überwiegender Ansicht an der Hörerschaft, dem Durchschnittshörer bzw. den Verkehrskreisen auszurichten.[808]

---

806 *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748, 750: „Dabei kann nicht auf die Rechtsprechung zur Erkennbarkeit im Rahmen des § 24 Abs. 2 UrhG zurückgegriffen werden. Ungeachtet einer möglichen unionskonformen Auslegung des § 24 UrhG zielt die Erkennbarkeit in dessen Abs. 2 auf die Übernahme einer urheberrechtlich schutzfähigen Melodie ab und teilt sich in eine objektive und eine subjektive Komponente (Schricker, GRUR 1988, 812, 816)."
Die Interpretation der Erkennbarkeit als Kriterium mit objektiver und subjektiver Komponente scheint allerdings ein Missverständnis zu sein. Die zitierte Anmerkung in *Schricker*, GRUR 1988, 815, 816 handelt nicht von derartigen Komponenten. *Schricker* schreibt von einem objektiven Kriterium der Erkennbarkeit, das alleine nicht über die Rechtsverletzung entscheidet und den subjektiven Kriterien, dass der Rechtsverletzer das Werk gekannt haben muss, um eine Rechtsverletzung zu begehen. Die Erkennbarkeit ist daher nach *Schricker* ein Kriterium, das nicht aus Sicht des Komponisten, sondern von außen bewertet werden muss (so im Ergebnis auch oben B.II.).

807 *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748, 750.

808 *BGH* GRUR 2020, 843, Rn. 29 – *Metall auf Metall IV*; *Apel*, MMR 2019, 601, 602; *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1010; *Wagner*, MMR 2019, 727, 729; *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Anknüpfung an die Entnahme und Zugrundelegung in § 24 Abs. 2 UrhG a.F. ist ferner ein Bezugspunkt, der auch beim Wiedererkennbarkeitskriterium des EuGH unausgesprochen mitschwingt. Obgleich es im Rahmen des Wiedererkennbarkeitskriteriums bei der Vervielfältigung nicht notwendig ist, den musikalischen Abschnitt „zugrunde" zu legen, ist die Wiedererkennbarkeit wohl als Erkennbarkeit einer Übernahme des entsprechenden musikalischen Werkteils zu verstehen.

Außerdem bestand eine gewisse Tendenz, im Falle der Erkennbarkeit im Rahmen von § 24 Abs. 2 UrhG a.F. einen Vergleich der konkreten Werkteile so vorzunehmen, dass dabei nicht beschränkt ist, unter welchen Bedingungen der entsprechende Werkteil im Vergleich angehört wird, sodass wohl auch hier ein mehrmaliges Hören möglich ist.[809] Das Erkennbarkeitskriterium des Melodienschutzes wird also ebenfalls eher weit ausgelegt und entspricht so im Groben dem Verständnis des weiten – hier aber nicht vertretenen – Verständnisses des Wiedererkennbarkeitskriteriums der *Pelham*-Entscheidung.

3. Zwischenergebnis

Bisherige Abgrenzungskonzepte, die im Bereich von Erkennbarkeitskriterien spielen, sind also teilweise auch im Rahmen des Wiedererkennbarkeitskriteriums weiterhin ihrem wesentlichen Gehalt nach verwirklicht. Parallelen des Verblassens zum Wiedererkennbarkeitskriterium bestehen jedenfalls in dem Ausmaß, in dem unter dem Begriff Verblassen eine Untersuchung vorgenommen wird, wie sehr sich die alten Elemente im neuen Werk finden und nicht gänzlich von den neuen eigenschöpferischen Zügen verdeckt werden.

Versteht man das Kriterium der Wiedererkennbarkeit – wie hier – als enges Kriterium, das sich offener für künstlerische Verarbeitungen zeigt, sind die Übereinstimmung mit dem Verblassen sogar sehr weitgehend. Das Konzept des Verblassens im Urheberrecht als äußere Grenze der Bearbeitung bzw. Vervielfältigung zu betrachten steht daher im Einklang mit dem unionsrechtlichen Kriterium der Wiedererkennbarkeit. Denn sie beachtet die grundrechtliche Interessenabwägung, setzt an der Übernahmequalität von Werkelementen selbst an und lässt sich auch als „echte Schutzbereichsbestimmung", also im Sinne eines Ausschlusskriteriums für Vervielfältigung bzw. Bearbeitung, betrachten.[810]

809 Vgl. A.II.2.b.
810 Vgl. auch schon *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 413 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Insbesondere müssen vor diesem Verständnis musikalisch auch solche Benutzungen urheberrechtlich frei bleiben, die, wie oben dargelegt, derart stark umgearbeitet wurden, dass sich die früheren Werkelemente zwar noch als Anregung verstehen lassen können, allerdings keines der Werkelemente etwa beim erstmaligen Hören (z.B. im Radio) wiedererkennbar ist. Ein beträchtlicher Teil des Microsamplings fiele nach diesem Verständnis kaum in den Schutzbereich. Auch eine kunstvoll verarbeitete Tonfolge kann so im Kontext der Gesamtbetrachtung eines Musikstückes als frei betrachtet werden, ohne dass sie auf Schranken angewiesen ist.

Nähme man hingegen die Grenzen eines weiten Wiedererkennbarkeitsbegriffs an, dann läge die Grenze unterhalb dessen, was als Gehalt des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. und insbesondere unter der daraus hergeleiteten Verblassensformel (im wörtlichen Sinne) verstanden wird.[811] Die Grenze entspräche in etwa der aus kunstspezifischer Perspektive kritisch zu betrachtenden Grenze des Melodienschutzes gem. § 24 Abs. 2 UrhG a.F. und verallgemeinert den dortigen auf Melodien bezogenen Gedanken auf sämtliche (verändernden) Vervielfältigungen.

Sollte sich ein enges Verständnis der Wiedererkennbarkeit entgegen der hier vertretenen Auffassung auf europäischer Ebene nicht als gangbare Möglichkeit erweisen, wäre wohl spätestens dann der unionsrechtliche Gesetzgeber gefragt, den Umfang von Verwertungsrechten der InfoSoc-Richtlinie klarer und einer kunstspezifischen Betrachtung gegenüber offener zu definieren.

Legt man aber den Begriff des Abstandes so aus, dass er die Frage der Wiedererkennbarkeit wie oben beschrieben umsetzt, ergibt sich eine erhebliche Kontinuität zur früheren Abgrenzung des Verblassens – freilich ohne ihre künstliche Erweiterung auf Parodien. Was die Feststellung eines „äußeren" Abstands oder des sogenannten Schutzbereiches angeht, sind daher der hier vertretenen Auffassung folgend nur wenige materielle Neuerungen im Bereich des sogenannten „äußeren" Abstands durch die Aufhebung des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. zu erwarten.

811 *Homar*, ZUM 2019, 731, 736; *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1010.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Fazit und Ausblick

Die gesamte urheberrechtliche Neuordnung des Schutzbereiches steht zusammenfassend unter dem Stern einer materiellen Kontinuität bei formellem Umbruch.

Vor allem betrifft das den besonderen Melodienschutz: Der besondere Schutz der Melodie ist, wie oben dargelegt, im Hinblick auf die kaum noch erkennbare Sonderstellung der Melodie in künstlerischer Hinsicht und vor allem auf die geänderte Ausgangslage in der Rechtspraxis nicht mehr zeitgemäß.[812] Auch die praktischen Erwägungen bei Einführung des besonderen Melodienschutzes haben im Kontext des heutigen Verständnisses der Verwertungsrechte, insbesondere aber der Bearbeitung sowie der Bestimmung des urheberrechtlichen Schutzgegenstandes keinen Bestand mehr.[813]

So radikal es scheinen mag, den sogenannten besonderen Melodienschutz nun aufzugeben, ist die materielle Auswirkung wohl überschaubar. Denn das erkennbare Zugrundelegen einer entnommenen Melodie in einem neuen Werk hält wohl ebenso wenig einen hinreichenden Abstand i.S.d. § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG ein wie es schon in den seltensten Fällen unter den Voraussetzungen des § 24 UrhG a.F. „verblasst" sein dürfte.

Tatsächliche Neuerungen sind eher im Bereich der unionsrechtskonformen Betrachtung der Grenzen einer unfreien Bearbeitung hin zu dem, was nicht mehr den Schutzbereich der Bearbeitung berührt, zu suchen.[814] Denn der Vorstellung, dass bei Parodien formell schon gar nicht der Schutzumfang der Verwertungsrechte oder der Bearbeitung berührt wäre, wie es die Subsumtion unter § 24 UrhG a.F. aus Perspektive der Gesetzessystematik suggerierte, wurde der unionsrechtliche Riegel vorgeschoben, was sich nicht zuletzt in der gesetzgeberischen Begründung des neuen § 23 UrhG bestätigt.[815] Im Ergebnis sind materiell zwar auch diesbezüglich keine massiven Änderungen zu erwarten – die Parodie wird gem. § 51a UrhG auch weiterhin gesetzlich erlaubt sein – allerdings wird zumindest der systematische Zusammenhang und die aufgegebene Flexibilität des § 24 UrhG a.F. hier deutlicher spürbar.

Im Übrigen sind aber nach hier vertretener Auffassung selbst die neuen Kriterien zur Bestimmung des Schutzbereiches altbekannter als es die Situation auf den ersten Blick vermuten lässt. Auch ohne § 24 UrhG a.F. bedarf es der Abgrenzung der freien Benutzung eines Werkes in veränderter Form von

812 Siehe hierzu schon A.II.4.
813 Ebd.
814 Im Ganzen A.III und B.
815 Vgl. insb. Begründung RegE 2021, BT-Drs. 19/27426, 78 f.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der unfreien Benutzung. Grundlage hierfür bietet die unionsrechtskonforme Auslegung des „hinreichenden Abstands" nach § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG, der neu verstanden werden muss. Der Begriff des „Abstands", wie er zuvor von der Rechtsprechung verwandt wurde, ist jedenfalls in seiner weiten Auslegung bestehend aus den Komponenten eines „inneren" und eines „äußeren" Abstands nicht mehr passend. Zwar ist jegliche Abgrenzung vom Schutzbereich dadurch gekennzeichnet, einen gewissen Abstand zu wahren. Die entscheidende Frage eines neuen Kriteriums ist allerdings nicht, *ob* ein Abstand zu wahren ist, sondern *wie* dieser Abstand bestimmt wird.

Für dieses *Wie* der Konkretisierung bietet sich den unionsrechtlichen Vorzeichen folgend die Wiedererkennbarkeit an, deren Maß ebenfalls noch unterschiedlich bestimmt werden kann. Während die Wiedererkennbarkeit nach der momentan vorherrschenden Auslegung dem Erkennbarkeitskriterium des bisherigen § 24 Abs. 2 UrhG a.F. nahekommt, ist sie nach der hier als vorzugswürdig betrachteten Auslegung ein Kriterium, das sich erheblich mit dem bisher bekannten Verblassen überschneidet.[816] Denn nach dem hier vertretenen Verständnis sollte ein Musikstück, in das ein Werkteil eingebettet wurde oder das umgearbeitet wurde, als Ganzes betrachtet werden und dessen Höreindruck nach Maßgabe des Durchschnittshörers beim erstmaligen Hören beurteilt werden. In sämtlichen Auslegungsdifferenzen sind aber die materiellen Unterschiede zu dem, was zuvor den „äußeren" Abstand ausmachte, gering. Insoweit gehen die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG n.F. und die Vorgaben des Unionsrechts Hand in Hand.[817]

Die größten Änderungen dürften wohl nun in der rechtspolitischen Diskussion, aber auch rechtswissenschaftlichen Systematisierung der neuen Rechtslage zu finden sein. Mit der Aufhebung des § 24 UrhG a.F. wurde jegliche Diskussion darum, dem Selbständigkeitsbegriff in kunstspezifischer Betrachtungsweise weite Anwendungsbereiche auf Ebene des Schutzbereiches zu verschaffen, im Keim erstickt. Beruht das Bedürfnis einer urheberrechtlichen Freistellung auf Selbständigkeit und innerem Abstand, sind derartige gesetzlichen Erlaubnistatbestände nun auf die Schranken verwiesen.[818] Die Grenzen der Vervielfältigung und Bearbeitung bleiben aber anderen Abgrenzungskriterien vorbehalten.

816 Hierzu insb. B.III.2.
817 Vgl. Begründung RegE 2021, BT-Drs. 19/27426, 78.
818 Siehe auch *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 415.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C. Funktionaler Ersatz des § 24 UrhG a.F. durch Schranken

Das kreative verarbeitende Schaffen, das vormals in Teilen von der freien Benutzung erfasst werden sollte, ist also in den Fällen der Wiedererkennbarkeit auf die Schranken des Urheberrechts verwiesen.[819]

Der Schrankenkatalog des Art. 5 InfoSoc-Richtlinie ist lang. Sucht man allerdings die Möglichkeiten kreativer Spielräume für das Musikschaffen in der abschließenden Regelung (siehe ErwG 32 InfoSoc-Richtlinie), erweisen sich schon auf den ersten Blick nur wenige Schranken als zweckmäßig. Solche Schranken, die lediglich den Bereich der journalistischen oder politischen Meinungsfreiheit aber weniger der Kunstfreiheit bezwecken, wie Art. 5 Abs. 3 lit. c, f InfoSoc-Richtlinie, können angesichts der wenig konkreten Möglichkeiten musikalischer Mittel, eine politische Aussage zu treffen, kaum für das Musikschaffen relevant sein. Auch die Nutzung von Baukunst oder Plastiken (Art. 5 Abs. 3 lit. h, m InfoSoc-Richtlinie) ist in der Musik regelmäßig irrelevant. Selbst eine „beiläufige Einbeziehung" (Art. 5 Abs. 3 lit. i InfoSoc-Richtlinie, § 57 UrhG) bietet wenige Möglichkeiten, wenn die musikalische Verarbeitung fremden Materials gerade bezweckt wird und so gezwungenermaßen eine gewisse Bedeutung im Werk einnimmt.[820] Die Freistellung der beiläufigen Einbeziehung kann aber zumindest in kleinerem Rahmen für Rechtssicherheit sorgen, wenn solche Werkteile vereinzelt übernommen wurden, die im Höreindruck nicht ins Gewicht fallen.[821]

Offen für künstlerische Auseinandersetzungen sind hingegen Art. 5 Abs. 3 lit. d und k InfoSoc-Richtlinie bzw. Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 lit. a und b DSM-Richtlinie.[822] Selbst dort werden aber einzelne Regelungsgehalte der Schranken, wie die Kritik, Rezension (Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 lit. a DSM-Richtlinie) oder Karikatur (Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie, Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 lit. b DSM-Richtlinie), kaum in der Musik zu finden sein.[823]

Dem hehren Ziel eines Schaffensspielraums für selbständige musikalische Verarbeitungen, das § 24 UrhG a.F. jedenfalls teilweise verwirklichen sollte,

819 Siehe *Döhl*, UFITA 2019, 19, 20; vgl. auch: *Schulze*, GRUR 2020, 128, 133; vgl. auch die Ansätze bei *Kocatepe,* Recht auf Referenz?, 2022, 239 ff.

820 Vgl. ferner *BGH* GRUR 2020, 843, Rn. 58 f. – *Metall auf Metall IV*.

821 Gerade bei modernen Nutzungsformen im Zusammenhang mit Sampling ist die Schranke aber nicht einschlägig, *Pötzlberger,* Kreatives Remixing, 2018, 432.

822 *Schunke*, ZUM 2020, 447, 454 f.; vgl. auch *Stieper*, GRUR 2020, 792; *Döhl,* Zwischen Pastiche und Zitat, 2022, 118 ff.; mit Bezug zum Zitat *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1012 ff.;

823 Anders ist die Ausgangslage, was etwa das Schreiben *über* musikalisches Schaffen angeht. Hier mag die Kritik oder Rezension durchaus eine größere Rolle spielen, die aber die Möglichkeiten für musikalisch-kreatives Schaffen selbst kaum erweitern dürfte.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verbleibt also auf Schrankenebene die Erfassung von Nutzungen unter Zitate, Parodien oder Pastiches. Angesichts dieser wenigen für die musikalische Schaffensfreiheit sinnvoll anwendbaren Schranken, steht infrage, ob die kreative Benutzung von Musikwerken in einer Sackgasse gelandet ist.

Die Problematik streng reglementierter Schrankenlösungen in der EU wurde bereits in der Vergangenheit hervorgehoben.[824] Die Frage, inwieweit die vorgesehenen Schranken des UrhG dem Bedürfnis nach Freiräumen für kreatives Schaffen gerecht werden, kann aber insofern neu aufgeworfen werden, als dass zumindest im deutschen Recht durch weitere Entwicklungen der bestehenden Normen einerseits,[825] aber auch durch neu umgesetzte Schrankenbestimmungen andererseits,[826] manch neue Spielräume auszuloten sind.

Daher werden im Folgenden die diskutierten Möglichkeiten im Rahmen von Zitat (§ 51 UrhG), Parodie und Pastiche (§ 51a UrhG) näher untersucht.

I. Das Zitat in der Musik

Das Musikzitat nach § 51 S. 2 Nr. 3 UrhG ist der Sonderling unter den Zitatformen des deutschen UrhG. Nicht nur, weil es sich ausschließlich auf erschienene Werke oder auf eine bestimmte Werkgattung bezieht, sondern auch, weil es in der gesamten Anlage untypischere Zitatzwecke und einen anderen Umgang mit der Erkennbarkeit des Zitats als „Fremdkörper" erfordert.[827]

Zitate in der Musik juristisch aber als etwas zu betrachten, das sich kategorisch von anderen Zitaten unterscheidet, entspricht nicht der gegenwärti-

824 *Hilty/Senftleben*, in: *Dreier/Hilty* (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, 317, 324 ff. und insbesondere zusammenfassend 330: „Um zu einer solideren Lösung des Problems nutzergenerierter Inhalte zu gelangen, bedarf es einer expliziten Schranke mit klar umrissenen Tatbestandsvoraussetzungen. Das EU-Recht bietet dafür allerdings nicht Hand – was nicht erstaunt. Die primär relevante InfoSocRL 2001/29/EG reflektiert die technischen Möglichkeiten des ausgehenden letzten Jahrhunderts, und in den Folgejahren schaffte es der europäische Gesetzgeber bislang lediglich, Randphänomene in den Griff zu bekommen."

825 Siehe *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1012 ff.

826 Der zum 7. Juni 2021 in Kraft getretene § 51a UrhG war dem wesentlichen Gehalt nach obligatorisch vorgesehen in Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 DSM-Richtlinie, vgl. *Spindler*, CR 2019, 277, 288. Vgl. auch die nun erfolgte Analyse bei *Döhl,* Zwischen Pastiche und Zitat, 2022, 131 ff.

827 Vgl. *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen Rechtslage. Schon das deutsche Urheberrechtsgesetz nennt das Musikzitat lediglich als urheberrechtlichen Regelfall („insbesondere") und die europäischen Richtlinien differenzieren nicht zwischen Zitaten in der Musik und anderen Werkarten, Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-Richtlinie, Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 lit. a DSM-Richtlinie.[828] Der weitreichend harmonisierte unionsrechtliche Zitatbegriff betrifft daher auch das Musikzitat.[829] Zwar ist das Zitatrecht als Ganzes nicht vollständig harmonisiert,[830] die verbliebenen Spielräume sind auch nicht klein,[831] sie konzentrieren sich aber vor allem auf die Umstände des Zitats und in gewissen Grenzen auch auf die Zwecke.[832] Der Zitatbegriff selbst ist ein autonomer Begriff des Unionsrechts.[833]

Inwiefern das Zitat damit in Bereichen einer kreativen Benutzung anderer Werke in der Musik eine Rolle spielen kann, ergibt sich nur im Zusammenspiel unionsrechtlicher Normen mit der nationalen Ausgestaltung von Freiräumen. In Anknüpfung an das kulturell aufeinander aufbauende Musikschaffen ist vor allem von Relevanz, inwiefern das Zitatrecht für musikalisch kreativ-verarbeitende Verwendungen, insbesondere auch klangverarbeitende Nutzungen herangezogen werden kann.[834]

1. Künstlerische Zweckrichtung

Inwieweit diese künstlerisch-kreativ ausgerichteten Formen der Nutzung möglich sind, schlägt sich zunächst an der Frage nieder, welche durch das

828 A.A. wohl *Spindler*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 51 Rn. 22, 79, der das Musikzitat für die Zitierung in Musikwerken für abschließend hält.

829 Zur unionsrechtskonformen Betrachtung: *BGH* GRUR 2020, 843, Rn. 38, 52 – *Metall auf Metall IV*.

830 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (= GRUR 2019, 934), Rn. 41 f. – *Funke Medien/BRD*.

831 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (= GRUR 2019, 934), Rn. 43 – *Funke Medien/BRD*; *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1012.

832 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (= GRUR 2019, 934), Rn. 43, 46 – *Funke Medien/BRD*; Der Zweck wird dann aber wieder im Zusammenhang mit dem Zitatbegriff selbst auf das Ziel der Interaktion mit dem benutzten Werk beschränkt, *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 71 – *Pelham/Hütter*.

833 *Dreier*, GRUR 2019, 1003, 1008; vgl. *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (= GRUR 2019, 940), Rn. 77 f. – *Spiegel Online/Volker Beck*; *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 70 f. – *Pelham/Hütter*.

834 *Leistner*, GRUR 2016, 772, 777; *Schunke*, ZUM 2020, 447, 455; vgl. auch zu klassischen Problemen in diesem Bereich *Döhl,* Zwischen Pastiche und Zitat, 2022.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zitatrecht privilegierten Zwecke mit einer musikalisch-kreativen Nutzung vereinbar sind.

Einigkeit herrscht darüber, dass die Übernahme konkreter Textstellen im Rahmen des Zitatrechts nicht privilegiert sein soll, wenn sie ausschließlich einem Schmuckzweck dient.[835] Verstünde man einen solchen Schmuckzweck im Sinne eines ästhetischen Zwecks, wäre das Zitatrecht für künstlerische Verwendungen unbrauchbar, denn im Kunst- oder Musikzitat ist ein übergeordneter ästhetischer Zweck gerade die Regel. Der Ausschluss von Schmuckzitaten ist daher wohl eher so zu verstehen, dass zumindest eine gewisse Interaktion mit dem zitierten Ausschnitt erforderlich ist.[836]

Für eine erforderte Interaktion kommen vor allem drei Möglichkeiten in Frage. Ganz überwiegend werden vom Zitatrecht gedeckte Zwecke etwa darin gesehen, dass die Nutzung des fremden Werks oder Werkteils dazu dient, „Aussagen zu erläutern"[837] oder aber auch „eine Meinung zu verteidigen"[838]. Diese beiden Zwecke sind wohl weniger im Musikbereich als eher in der Sachliteratur zu finden, insbesondere in wissenschaftlichen oder journalistischen Schriften.

Weiterhin gilt es als Zitat, wenn ein Werkausschnitt übernommen wird, um „eine geistige Auseinandersetzung zwischen dem Werk und den Aussagen des Nutzers zu ermöglichen".[839]

Zwar lässt sich der Musik nicht direkt eine „Aussage" entnehmen, wie es im Bereich der Literatur der Fall ist,[840] doch wird man hier ebenfalls eine Ermöglichung der Auseinandersetzung oder einen Dialog mit den ästhetischen oder semantischen Eigenheiten eines Musikausschnitts fordern können, also

835 *Lüft*, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 51 Rn. 5.

836 Vgl. *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 71 – *Pelham/Hütter*; vgl. in diesem Sinne auch *Döhl,* Zwischen Pastiche und Zitat, 2022, 118.

837 So *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 71 – *Pelham/Hütter*; *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (= GRUR 2019, 940), Rn. 78 – *Spiegel Online/Volker Beck*; Vgl. außerdem den Wortlaut des Regelfalls eines Großzitats, § 51 S. 2 Nr. 1 UrhG: „zur Erläuterung des Inhalts"; Fernerhin: *Spindler*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 51 Rn. 27 f.

838 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 71 – *Pelham/Hütter*; *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (= GRUR 2019, 940), Rn. 78 – *Spiegel Online/Volker Beck*. Dieser Zweck wird vom UrhG selbst nicht konkret genannt, wird aber auch übergreifend in der Literatur anerkannt: *Spindler*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 51 Rn. 27 f.

839 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 71 – *Pelham/Hütter*.

840 Vgl. in einem weiteren Sinne zu Aussagen mit musikalischen Mitteln Kapitel 2 C.IV.1.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

insbesondere durch die assoziative Verknüpfung zu örtlichen oder zeitlichen Begebenheiten oder auch durch Erinnerung an einen Komponisten.[841] Um dabei dem Zitatcharakter Rechnung zu tragen, bleibt es allerdings notwendig, dass der Dialog am konkreten übernommenen Bestandteil festgemacht werden kann und nicht nur in einer abstrakten ästhetischen Gesamtbetrachtung zum Ausdruck kommt.[842]

Anwendungsfälle eines solchen Dialogs müssen nicht auf komplexe Zitierungen in anspruchsvoller Kunstmusik beschränkt bleiben. Ein Paradebeispiel einer solchen Ermöglichung der geistigen Auseinandersetzung könnte etwa im weltweit bekannten Hit „*Down Under*" der Gruppe „*Men at Work*" gesehen werden.[843] Das aus Australien stammende und gleichzeitig Australien thematisierende populäre Musikstück nimmt in sein Zwischenspiel einen Teil eines bekannten australischen Kinderlieds („*Kookaburra Sits in the Old Gum Tree*") auf.[844] Es wird eine Ebene des Dialogs aus der Thematik von „*Down Under*" geschaffen, indem der australische Protagonist auf einer Reise immer wieder an seine Heimat erinnert wird und dann der Ausschnitt des australischen Kinderliedes eingefügt wird. Auch im Bereich gesampelter Werke kann durch die intertextuelle Verknüpfung eine Auseinandersetzung hergestellt werden.[845] Wichtig ist aber auch hier, dass das Ziel die Interaktion mit dem Sample bleibt, nicht die schlichte Aneignung.[846]

Somit zeigt sich der Zitatzweck durchaus offen für musikalisch kreativ-verarbeitende Verwendungen.[847] Wenngleich auch die klangverarbeitende Nutzung oder ähnliche Nutzungsmöglichkeiten im kreativen Bereich nicht selbst als Zitatzweck gelten können, liegt ein hinreichender Zitatzweck zumindest in vielen Fällen vor, in denen die Interaktion auf einer künstlerischen, teils assoziativen, Ebene des Hörers stattfindet.

841 Zu letzteren Fällen *Lüft*, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 51 Rn. 20; eine „Referenz" lässt genügen: *Schulz*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 51 Rn. 22; vgl. zur semantischen Ebene im Musikwerk ferner: Kapitel 2 C.IV.1.

842 Vgl. *Hertin*, GRUR 1989, 159, 165 f.

843 Vgl. Larrikin Music Publishing v. EMI Songs Australia [2010] FCA 29 FC Aust.; *McDonagh*, IIC 2012, 401, 414 f.

844 Siehe auch *McDonagh*, IIC 2012, 401, 414 f.

845 Siehe *Döhl*, UFITA 2019, 19, 35.

846 GA *Szpunar*, Schlussantr. v. 12. Dezember 2018, C-476/17, ECLI:EU:C:2018:1002, Rn. 64, 67 – *Pelham/Hütter*.

847 *Schunke*, ZUM 2020, 447, 455; vgl. *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1013 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Erkennbarkeit und Identifikation

Eine geistige Auseinandersetzung mit dem älteren Werkelement ist aber nur dann im Zitatsinne denkbar, wenn auch erkannt wird, dass ein Ausschnitt aus einem fremden Werk verwendet wurde.[848]

Während Erkennbarkeit im Rahmen der Vervielfältigung noch als Kriterium für die Verletzung des Schutzbereiches galt, privilegiert sie hier den Benutzer und ist sogar notwendige Voraussetzung für die Freistellung. Allerdings wird von vielen das Objekt, auf das sich die Erkennbarkeit bezieht, schon anders verstanden als im Rahmen der Vervielfältigung. Es gehe nämlich in erster Linie nicht um die Erkennbarkeit des zitierten Ausschnitts selbst, sondern um die Erkennbarkeit seiner Fremdheit.[849]

In Anwendung auf Schriftwerke ist eine klare Differenzierung im zu erkennenden Objekt einfach zugänglich und einleuchtend: Im Bereich der Schriftwerke etablierten sich Mittel, die auf die Fremdheit einer Textstelle hinweisen sollen, wie etwa Anführungszeichen oder auch die Verwendung indirekter Rede.[850] Durch diese Codierung muss dem Betrachter nicht schon aus der zitierten Stelle selbst heraus klar sein, dass es sich um einen fremden Ausschnitt handelt. Denn die Kennzeichnung im Text hebt die Fremdheit schon äußerlich hervor.[851]

In der Musik ist das allerdings anders. Es haben sich dort keine einheitlichen akustischen Zeichen etabliert, um einem Hörer zu vermitteln, dass ein fremder Abschnitt folgt.[852] Zitate werden stets in den Fluss eines Musikwerkes eingebunden, ohne dass ihnen eine klare Deklarierung der Fremdheit entnommen werden kann. Eine solche Fremdheit muss sich also aus dem Ausschnitt selbst und dessen Einbettung in den Kontext ergeben. Insofern sind kaum Fälle denkbar, in denen die Fremdheit, nicht aber der entnommene Ausschnitt selbst, vom Hörer erkannt wird. Die für Schriftwerke differenzierte Betrachtung von Erkennbarkeit der Fremdheit und Erkennbar-

848 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 73 – *Pelham/Hütter*.

849 *BGH* GRUR 2017, 895, Rn. 33 f. – *Metall auf Metall III*; *BGH* GRUR 2020, 843 – *Metall auf Metall IV*; *Dreier*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, UrhG, § 51 Rn. 19; *Stieper*, ZUM 2019, 713, 719.

850 *Lüft*, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 51 Rn. 5.

851 Siehe ebd.

852 Davon unabhängig ist die Frage der Kennzeichnung von Quellen (nicht der Fremdheit), die zumindest auf dem Tonträger erfolgen kann, wenn dies im konkreten Werk möglich ist. Hierzu an späterer Stelle im Detail.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

keit des übernommenen Ausschnitts verschmilzt also im Falle des Musikzitats bis zu einem gewissen Grad.[853]

Das darf aber wiederum nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Zielsetzung dieser Frage der Erkennbarkeit im Kontext der Zitatschranke nicht dieselbe ist, wie die Zielsetzung der Frage, ob ein Werk im Sinne der oben erörterten Vervielfältigung wiedererkennbar ist.[854] Mit dem Kriterium der Erkennbarkeit im Falle des Zitats ist wohl jedenfalls nicht gemeint, dass das Werk aus der Perspektive eines durchschnittlichen Hörers bei einer Gegenüberstellung wiedererkannt werden kann. Denn die Zielsetzung muss darüberhinausgehend die Möglichkeit der geistigen Auseinandersetzung sein.[855] Der Hörer soll es nicht nur wiedererkennen, sondern auch *als einem anderen Werk zugehörig* erkennen. Die Anforderungen liegen mithin höher als im Falle der Wiedererkennbarkeit bei Vervielfältigungen im Sinne der unter B.II. behandelten Materie.

Auch der EuGH zeigt im Rahmen der *Pelham*-Entscheidung bei genauerem Blick diesen Unterschied. In der deutschen Sprachfassung bleibt das aber sehr subtil: Während er im Zusammenhang mit der Vervielfältigung den Begriff „wiedererkennbar" verwendet, müsse das Zitat „zu erkennen" sein.[856] Bei einem Blick in die englische Sprachfassung wird aber unterschieden zwischen *recognition*[857] im Falle des Vervielfältigungsbegriffs und *identification*[858] im Falle des Zitats. Der Begriff der *identification* weist über die *recognition* hinausgehend darauf hin, dass auch die Identität des älteren erkannten

853 Das zeigt sich auch implizit in *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929) – *Pelham/Hütter*. Aus der Vorlageentscheidung des BGH geht explizit hervor, dass sich in der Frage des BGH die Erkennbarkeit eigentlich darauf bezieht, ob der aufgenommene Werkteil fremd ist, also aus einem anderen Werk stammt. Der EuGH setzt hier kurzerhand sein eigenes Verständnis an die Stelle der Frage des BGH und formuliert die Vorlagefrage in dieser Hinsicht um, *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 25, 66 – *Pelham/Hütter*. Der EuGH bezieht sich im Folgenden nicht auf die Erkennbarkeit der Fremdheit, sondern auf die Erkennbarkeit des entnommenen Werkes bzw. Werkteils.

854 Vgl. B.II.

855 Vgl. *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1013.

856 Vgl. etwa *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 72 f. – *Pelham/Hütter*.

857 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 72 – *Pelham/Hütter*, (engl. Sprachfassung); für die Umkehrung *unrecognisable* auch Rn. 31, 36, 37, 39.

858 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 73 – *Pelham/Hütter*, (engl. Sprachfassung).

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Werkes relevant ist. Der Hörer soll also nicht nur bei einer Gegenüberstellung der Werke eine Ähnlichkeit erkennen, sondern es soll ihm möglich sein, beim Hören des zitierenden Musikstücks eine Identifikation des zitierten Werkes vorzunehmen.

Im französischen Text wird in ähnlicher Weise zwischen *reconnaissable* und *possible d'identifier* unterschieden.[859] Liest man die Ausführungen mit dieser Unterscheidung, ist auffällig, dass der EuGH im Rahmen des Zitats bereits von einer (wiedererkennbaren) Vervielfältigung ausgeht.[860] Die so verstandene Erkennbarkeit ist auch nach Auffassung des EuGH ein zusätzliches Erfordernis des Zitatbegriffs. Die Nähe der deutschen Begriffe darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass hier mehr als eine bloße Zweistufigkeit der Prüfung verlangt wird und somit nicht jede wiedererkennbare Benutzung schon im Sinne des Zitatrechts erkennbar ist.

Sähe man die Identifizierbarkeit nun darin, dass ein durchschnittlicher Hörer das ursprüngliche Werk konkret erkennen und benennen müsste, liefe das Musikzitat effektiv leer. Denn hierfür müsste davon auszugehen sein, dass jeder durchschnittliche Hörer das ältere Werk überhaupt kennt – eine schier unerfüllbare Voraussetzung, wenn nicht gerade ein weltbekannter „Evergreen" zitiert wird.

Sinnvoller ist es daher von einem Hörer auszugehen, der den besonders angesprochenen Verkehrskreisen des zitierenden Musikstückes angehört und insofern bereits eine gewisse Vorbildung für den zu erkennenden Musikausschnitt mitbringt.[861] So kann auch sichergestellt werden, dass für das Publikum besonders kreativ verschlüsselte Zitate und besondere Hörerkreise (etwa ein Jazz-Publikum im Falle eines Zitats im Jazz) erfasst werden können.[862] Auch die Benennungsmöglichkeit des Titels wird dabei nicht erforderlich sein, aber die assoziative Verknüpfung muss zumindest das konkrete zitierte Werk betreffen. Das Erkennbarkeitskriterium ist also regelmäßig dann erfüllt, wenn der entnommene Ausschnitt dem vorgebildeten Hörer der Zielgruppe bekannt ist und er unter normalen Bedingungen eine assoziative Verknüpfung zum verwendeten Werk herstellen kann.

859 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 72 f. – *Pelham/Hütter*, (franz. Sprachfassung).
860 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 72 – *Pelham/Hütter*.
861 Vgl. *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164.
862 Ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Quellenangabe

Inwiefern trotz Identifizierbarkeit eine Quellenangabe im Rahmen des Musikzitats erforderlich ist, gilt seit Jahrzehnten als problematisch.[863]

Der Wortlaut der gesetzlichen Grundlage setzt einen strengen Maßstab voraus: Nur dann, wenn sich die Quellenangabe als unmöglich erweist, kann sie unterlassen werden, Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-Richtlinie. In richtlinienkonformer Auslegung ist so auch § 63 UrhG zu verstehen.[864] Es kommt hiernach also maßgeblich darauf an, ob die Fälle des Musikzitats einen solchen Unterfall bilden und somit die Quellenangabe vor dem Hintergrund der kunstspezifischen Auslegung als unmöglich erachtet werden kann.[865]

Eine akustische Kennzeichnung der Quelle, also etwa ein in der Audiodatei oder gar bei Aufführungen eingesprochener Hinweis, ist zwar technisch zumeist möglich,[866] würde aber bei akustischer Beifügung an der Zitatstelle im Werk wohl die ästhetische Wirkung des Musikstückes weitgehend beeinträchtigen.[867] Insofern erscheint es auch aus einer kunstspezifischen Betrachtungsweise heraus „unmöglich".

Denkbar wäre zumindest die Kennzeichnung auf Datenträgern oder durch einen sonstigen Hinweis im Rahmen der Vervielfältigung, Veröffentlichung oder Verbreitung eines Werkes.[868]

Teilweise wird aber auch ein Hinweis bei Musikzitaten generell als unnötig erachtet.[869] Insoweit könnte an eine teleologische Reduktion zu denken sein. Zweck der Vorschrift einer Quellenangabe ist insbesondere, dem persönlichkeitsrechtlichen Interesse des Autors eines zitierten Werkes gerecht zu werden.[870] Die Interessenlage im Falle des Musikzitats unterscheidet

863 *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164 f.; *Schlingloff,* Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 134 ff.

864 *Spindler*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 63 Rn. 20.

865 *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 201.

866 *Homar*, ZUM 2019, 731, 737; a.A. schon *Hertin*, in: *Moser/Scheuermann/Drücke* (Hrsg.), Handbuch der Musikwirtschaft, 7. Aufl. 2018, § 49. Grundlagen des Musikurheberrechts Rn. 76.

867 Zur ästhetischen Beeinträchtigung *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164.

868 *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1013 f.; *Lüft*, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 51 Rn. 20.

869 *Hertin*, in: *Moser/Scheuermann/Drücke* (Hrsg.), Handbuch der Musikwirtschaft, 7. Aufl. 2018, § 49. Grundlagen des Musikurheberrechts Rn. 76; *Spindler*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 51 Rn. 31; noch nicht unter Geltung der InfoSoc-Richtlinie: *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164 f.

870 *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1013.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich in diesem Zusammenhang von der Interessenlage vieler anderer Zitatformen: Die erforderliche Identifizierbarkeit macht bereits die Fremdheit des Zitates deutlich und auch ein assoziativer Bezug zum zitierten Werk kann häufig hergestellt werden.[871] Das ist etwa beim wissenschaftlichen Zitat zumeist nicht der Fall; die Herkunft bliebe dort ohne Quellenangabe meist völlig unerkannt. Ferner wird auch behauptet, dass der Zitatzweck durch jegliche Quellenangabe zunichte gemacht werden könne, wenn der eigentlich künstlerische Effekt darin liegen soll, dass der Hörer die Interaktion selbst bemerkt.[872]

Allerdings erscheint es nicht einleuchtend, warum ein einfacher Hinweis im Begleitmaterial schon den Zitatzweck regelmäßig in seiner Funktion unmöglich machen soll. Ein Hinweis auf dem Begleitmaterial eines Musikwerks greift gerade nicht in den konkreten Höreindruck ein. Eine solche kontextuelle Deklarierung ist eher eine dezente Weise, die Fremdheit des Werkes und die Assoziation auf ein konkretes Werk kenntlich erscheinen zu lassen, ohne dass dieser zwingend das Hörerlebnis anders wahrnimmt.

Ferner ist die Interessenlage zwar angesichts der erkennbaren Fremdheit durchaus anders als etwa im Falle des wissenschaftlichen Zitats, allerdings führt die Identifizierbarkeit nicht zwingend zur Kenntnis der genauen Herkunft eines Zitats.[873] Gerade diese liegt aber im persönlichkeitsrechtlichen Interesse des Autors, dem durch die Erkennbarkeit der Fremdheit und einen assoziativen, aber nicht klar benennbaren Bezug nicht immer nachgekommen würde.

Insofern sind Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-Richtlinie, § 63 UrhG im Falle des Musikzitates so zu verstehen, dass zwar eine Quellenangabe beim „primären Vermittlungsvorgang“[874] entbehrlich ist, allerdings im Begleitmaterial oder

871 Vgl. *Spindler*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 51 Rn. 31.

872 *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164: „Für den Regelfall ist sie [die Quellenangabe] indes nicht notwendig, denn das Musikzitat funktioniert nur, wenn es ohnehin bekannt genug ist, um in seiner Fremdheit empfunden zu werden. Manchem Komponisten wird es widerstreben, eine jedermann offensichtlich bekannte fremde Melodie wie z. B. eine bekannte Nationalhymne oder einen Evergreen nach dessen Quelle zu benennen. Vor allem wenn eine parodistische Assoziation angestrebt wird, wirkt eine solche Quellenangabe schulmeisterlich, sie könnte den Spaß relativieren, ähnlich wie einem das Lachen vergeht, wenn der Erzähler seinen Witz erst erklären muß.“

873 Vgl. oben C.I.2.

874 *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in einem ähnlichen Rahmen je nach konkreter sich ergebender Möglichkeit notwendig wird.[875]

4. Veränderung des zitierten Bestandteils

Im kreativen Umgang mit fremden Werken ist es üblich, den Ausschnitt auch zu verändern oder an das neue Werk anzupassen. Auch „nicht-wörtliche" Übernahmen von musikalischen Elementen können als Zitat im außerjuristischen Sinne gelten.[876] Weiter stellt sich daher die Frage, ob das auch dem rechtswissenschaftlichen Sinn des Zitats entspricht: Wie sehr darf ein Bestandteil verarbeitet oder verändert werden, wenn er Zitat im Sinne des § 51 UrhG und Art. 5 Abs 3 lit. d InfoSoc-Richtlinie sein soll?

Schon aus der Erkennbarkeit folgt, dass der übernommene Ausschnitt bis zu einem gewissen Grad unverfälscht sein muss.[877] Einigen genügt es daher, wenn die Unverfälschtheit so zu verstehen ist, dass veränderte, aber noch erkennbare Übernahmen möglich sind.[878] Zum Großteil wird diese Unverfälschtheit aber so streng verstanden, dass der zitierte Ausschnitt völlig unverändert übernommen werden muss.[879]

Mit Ausnahme von Tonart und Stimmlage entspricht § 62 Abs. 2 UrhG für das deutsche Urheberrecht dieser strengen Auffassung auch für das Musikzitat.[880] Zwecksetzung eines solchen Gebotes der Unverändertheit ist es wohl vor allem, den Zitatzweck in Verbindung mit der Identifizierbarkeit nicht zu

875 So im Wesentlichen auch *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1013 f.; *Lüft*, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 51 Rn. 20.

876 *Lissa*, Die Musikforschung 1966, 364, 366: „Das musikalische Zitat kann, aber muß nicht (wie z.B. in der Literatur oder in wissenschaftlichen Werken) absolut ‚wörtlich' sein; unbedeutende Veränderungen in ihm (ein Wandel der Aufführungsmittel, des Registers usw.) liquidieren seine strukturelle Qualität nicht so weit, daß es aufhören würde, als Repräsentation des Antefactums zu funktionieren."

877 GA *Szpunar*, Schlussantr. v. 12. Dezember 2018, C-476/17, ECLI:EU:C:2018:1002, Rn. 65 – *Pelham/Hütter*; *Stieper*, GRUR 2020, 792, 793. Wohl auch in diesem Sinne angelehnt an die Ausführungen des Generalanwalts *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 73 – *Pelham/Hütter*; vgl. ferner *Stieper*, GRUR 2020, 699, 701, 705.

878 *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164; in dieser Richtung auch *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 73 – *Pelham/Hütter*.

879 *Lüft*, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 51 Rn. 20: „Auch das Musikzitat muss unverändert angeführt werden." Auf Unverändertheit abstellend auch GA *Szpunar*, Schlussantr. v. 12. Dezember 2018, C-476/17, ECLI:EU:C:2018:1002, Rn. 65 – *Pelham/Hütter*; mit ähnlicher Tendenz ferner: *Stieper*, GRUR 2020, 699, 705.

880 Kritisch aber *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gefährden.[881] Beim literarischen – insbesondere wissenschaftlichen – Zitat mag die Unveränderlichkeit vor allem noch dadurch vorgegeben sein, dass der Zitatzweck in der Erläuterung oder dem Beleg bzw. einer Meinungsbekräftigung besteht.[882] In diesem Sinne besteht auch ein besonderes Interesse daran, nicht falsch wiedergegeben zu werden, da der Leser regelmäßig von der Unverändertheit einer übernommenen Stelle ausgeht.[883]

Besteht aber der Zweck, wie beim Musikzitat regelmäßig, in einer geistigen und künstlerischen Auseinandersetzung, wird kaum ein Hörer eine unveränderte Einfügung annehmen.[884] Dementsprechend ist ein Interesse des zitierten Urhebers nicht an der Integrität des Zitats vorhanden. Maßgeblich bleibt beim Musikzitat also die Unverändertheit zum Zwecke einer ausreichenden Identifizierbarkeit.

Vor diesem Hintergrund findet sich kaum eine plausible Begründung dafür, dass die Änderungen von Musikwerken zwar hinsichtlich Tonart und Stimmlage gem. § 62 Abs. 2 UrhG generell freigestellt werden, andere Änderungen, wie Anpassungen des Tempos aber nicht, sofern sie sich in der Erkennbarkeit nicht stärker auswirken als ein Tonart- oder Stimmlagenwechsel. Wie oben dargestellt, besteht eine musikalische Schöpfung aus zahlreichen für sich genommen ungeschützten und oft auch wenig charakteristischen Parametern. Erst das Zusammenspiel dieser Parameter ergibt den eigentümlichen, originellen Charakter eines Musikwerkes oder geschützten Werkteils.[885] Eine Veränderung anderer Parameter, etwa des Tempos, muss die Erkennbarkeit keineswegs stärker beeinträchtigen als etwa die Tonart.

Insofern bliebe auch die vom BVerfG geforderte kunstspezifische Betrachtung sowie der Sinn einer vom EuGH als möglich erachteten geistigen Auseinandersetzung zu wenig berücksichtigt:[886] Der Künstler eines zitierenden Werkes würde aus ästhetischen Gründen in vielen Fällen dazu gedrängt werden, sein Werk dem Zitat unterzuordnen, während der Sinn der Zitiermöglichkeit gerade die Einfügung und Auseinandersetzung im Zuge eigener, neuer Gestaltungen ist. Eine Forderung, das Musikzitat nur unverändert zuzulassen, verkennt damit die Eigenheiten des künstlerischen Bereiches und

881 GA *Szpunar*, Schlussantr. v. 12. Dezember 2018, C-476/17, ECLI:EU:C:2018:1002, Rn. 65 – *Pelham/Hütter*.
882 Vgl. *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164.
883 Vgl. ebd.
884 Ebd.
885 Vgl. Kapitel 2 A.I.
886 Siehe *BVerfG* BVerfGE 142, 74, Rn. 85 – *Sampling*; *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 71 – *Pelham/Hütter*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dortiger Zitate – insbesondere deren Kontextualisierung und Einflechtung in ein Musikwerk.[887]

Besser wäre es, Veränderungen des Musikzitates insofern zuzulassen, wie es die Zweckrichtung des Zitats erfordert.[888] Das geht letztlich über die in § 62 Abs. 2 UrhG genannte Tonlage hinaus. Im Sinne unionsrechtlicher Vorgaben und einer kunstspezifischen Betrachtung wäre daher eine Aufhebung oder flexiblere Ausgestaltung des dortigen Änderungsverbotes (ähnlich dem neuen § 62 Abs. 4a UrhG für § 51a UrhG) sinnvoll. Die oben genannte Erkennbarkeit der Fremdheit und auch die Quellenangabe im Kontext bieten bereits enge Kriterien, die einen Missbrauch bei korrekter Anwendung ausschließen können und sowohl einer kunstspezifischen Betrachtungsweise als auch dem Ziel gerecht werden, einen Werkdialog in der Musik innerhalb gewisser Grenzen zu ermöglichen.

5. Umfang des Zitats und Rolle im neuen Werk

§ 51 S. 1 UrhG und Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-Richtlinie machen deutlich, dass es keinen in absoluten Grenzen vorbestimmten Umfang des Zitates gibt, sondern der Umfang des Zitates vom jeweiligen Zweck abhängt.[889] Beide Normen nehmen dabei den Umfang der „Nutzung" in den Fokus und beziehen sich folglich sowohl auf den Umfang oder die Länge der entnommenen Stelle selbst als auch auf den Umfang, den das Zitat im neuen Werk einnimmt.

In beiderlei Hinsicht legt § 51 S. 2 Nr. 3 UrhG strenge Kriterien an. Hinsichtlich der Länge werden nur „einzelne Stellen" erfasst. Ferner wird hinsichtlich des Umfangs im neuen Musikstück vorausgesetzt, dass ein Musikzitat „angeführt" werden müsse. Ein Ausschnitt, der im neuen Werk zentral ist und auf dem das neue Musikstück aufbaut, wird kaum noch „angeführt". § 51 S. 2 Nr. 3 UrhG spricht daher für einen begrenzten Umfang sowohl hinsichtlich der Länge des entnommenen Ausschnitts als auch der Rolle des entnommenen Ausschnitts im neuen Musikstück.

Wie oben dargelegt, wird mit § 51 S. 2 Nr. 3 UrhG aber nur ein Regelbeispiel benannt; dementsprechend zeigt § 51 S. 2 Nr. 3 UrhG nicht abschließend die Grenzen für Zitate in Musikstücken auf. Jedenfalls dann, wenn der Zweck es

887 *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164; vgl. zu den ästhetischen Funktionen des Musikzitats aus musikwissenschaftlicher Perspektive *Lissa*, Die Musikforschung 1966, 364.

888 So schon *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164.

889 Vgl. *Schlingloff,* Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 130.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erfordert, können Zitate also über den in § 51 S. 2 Nr. 3 UrhG genannten Umfang hinausgehen.

Eine geistige Auseinandersetzung ist freilich dann nicht mehr möglich, wenn der entnommene Bestandteil wegen seines Umfangs in weiten Teilen seinen spezifischen eigenen ästhetischen Charakter in den Vordergrund stellt und gar nicht mehr als Fremdkörper erkennbar ist.[890] Die Komplettentnahme eines längeren Musikstückes wird daher im Rahmen musikalischer Zitate kaum vom Zitatzweck gedeckt sein können.

Prinzipiell können aber auch umfangreichere Abschnitte als Zitat gelten. Was die Rolle des Zitats im neuen Musikstück betrifft, kann ein größerer Umfang insbesondere dann zulässig sein, wenn auch der zitierende Gegenstand einen größeren Umfang hat.[891] Die Auseinandersetzung kann dann trotz einer umfangreichen Entnahme in einem ausführlicheren Rahmen stattfinden und so dem Hörer einen künstlerischen Dialog mit jedem Bestandteil der Entnahme bieten. In diesem Zusammenhang kann es der Zweck auch erforderlich machen, ein Zitat mehrmals anzuführen. Es ist aber auch hier notwendig, dass der Zweck in jedem einzelnen zitierten Bestandteil zum Ausdruck kommt.

Musikstücke, die ein Sample wiederkehrend im gesamten Musikstück verwenden, müssen deshalb auch in ihrer gesamten wiederkehrenden Verwendung eine Interaktion mit den übrigen Musikelementen zeigen. Dementsprechend ist die Verwendung eines Samples in einem „Loop", wenn sie in Teilen nur als reine klanglich-ästhetische Grundlage verwendet wird, regelmäßig nicht vom Zitatzweck umfasst. Der künstlerische Dialog findet dann gerade nicht mit jeder einzelnen vermeintlich zitierten Stelle statt, sondern ist höchstens einem größeren ästhetischen Gesamtzusammenhang zu entnehmen. Das entspricht aber nicht dem Zitatcharakter, der die Interaktion mit dem konkret aufgegriffenen Bestandteil erfordert, sondern kann höchstens im Zusammenhang mit den in Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie, Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 lit. b DSM-Richtlinie bzw. § 51a UrhG genannten Schrankenbestimmungen gerechtfertigt sein.[892]

890 In dieser Richtung auch *Hertin*, GRUR 1989, 159, 165 f.

891 *Hertin*, GRUR 1989, 159, 166; *Schlingloff*, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 131.

892 Zur Parodie unter C.II., zum Pastiche unter C.III.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

6. Fazit

Die Schranke des Urheberrechts für Zitate kann ihren Ursprung im Textzitat kaum verleugnen.[893] Die dort entwickelten Voraussetzungen können daher kaum ohne Weiteres auf die musikalische Benutzung fremder Werke übertragen werden. Das wird, wie dargelegt, schon an vermeintlich klar ausgeschlossenen Zwecken sichtbar, wie dem Zweck der Zierde im Falle des „Schmuckzitats".[894]

Auch unter unionsrechtskonformem Verständnis des Zitats bleiben aber für die Kunst Freiräume. Auf diese Freiräume weist der EuGH insbesondere durch die Ermöglichung von Musikzitaten im Falle von künstlerischen Auseinandersetzungen mit der konkret entnommenen Stelle auch hin. Faktisch kommt in einem solchen künstlerisch verstandenen Zitatrecht in letzter Konsequenz sogar die Privilegierung selbständiger Werke noch zur Geltung. Zwar ist die Selbständigkeit nicht mehr Grundvoraussetzung der Anwendung der Zitatschranke.[895] Aber gerade die Fälle, in denen ein hohes Maß an selbständiger, origineller Neugestaltung sichtbar ist, sind es, die von einer weitgehenden Zitiermöglichkeit profitieren, wenn sie das Altbekannte als Fremdkörper in einen neuen Kontext einbetten. Das Zitatrecht schafft in der Erkenntnis, dass kulturelles Schaffen auf kulturellem Schaffen aufbaut, also auch im Musikschaffen, Benutzungsfreiräume – allerdings in den engen Grenzen von Zitatzweck, Identifizierbarkeit, Quellenangabe und gewissen Einschränkungen des Umfangs.

Ein erster Schritt hin zur kunstspezifischeren Nutzung dieser Freiräume und einer Ermöglichung von kreativen, klangverarbeitenden Umgangsformen im Zitat wäre es, das Änderungsverbot in § 62 Abs. 2 UrhG in der gegenwärtigen Form für Musikzitate abzuschaffen. Versteht man die Unveränderheit des Zitates als Bestandteil des Zitatbegriffes, könnte es sogar unionsrechtlich geboten sein, § 62 Abs. 2 UrhG im Sinne einer unionsrechtskonformen Auslegung des vereinheitlichten Zitatbegriffes schon jetzt nicht mehr anzuwenden.

Der Spagat zwischen Belegfunktion und künstlerischer Funktion sowie die unterschiedliche Beurteilung notwendiger und sinnvoller Unveränderheit

893 GA *Szpunar*, Schlussantr. v. 12. Dezember 2018, C-476/17, ECLI:EU:C:2018:1002, Rn. 62 – *Pelham/Hütter*.

894 Siehe hierzu oben C.I.1.

895 *EuGH,* Urt. v. 1. Dezember 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 (= GRUR 2012, 166), Rn. 137 – *Painer/Standard*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des wissenschaftlichen Zitats und fehlgerichtetem Unveränderheitserfordernis bei Musikzitaten lässt vermuten, dass im Kern zwei völlig unterschiedliche Schrankenregelungen in § 51 UrhG, Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-Richtlinie materiell geregelt sind, die lediglich im gleichlautenden Begriff „Zitat" eine große Gemeinsamkeit finden.[896] Es könnte erwogen werden, diese beiden Aspekte des Zitatbegriffs auch in gesetzgeberischer Hinsicht voneinander zu trennen. So könnte der Schwerpunkt unmissverständlich dorthin verlagert werden, wo der maßgebliche Interessenausgleich des Musikzitats liegt: im künstlerischen Zweck und der Identifizierbarkeit der entnommenen Stelle.

II. Die Parodie in der Musik

Angesichts der lange Zeit vorherrschenden systematischen Einordnung der Parodie in § 24 Abs. 1 UrhG a.F. ist es nicht überraschend, dass die Parodieschranke in den letzten Jahrzehnten wahrscheinlich die umstrittenste der hier genannten Schrankenregelungen war. Insbesondere ihre systematische Einordnung stand in der Kritik.[897]

Ungeachtet dessen, ob die Parodie nun aber Teil des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. war oder des § 51a UrhG ist, stammen ihre maßgeblichen inhaltlichen Voraussetzungen aus der Auslegung des Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie durch den EuGH. Die Hauptmerkmale der Parodie sieht der EuGH darin, zum einen an ein bestehendes Werk zu erinnern, gleichzeitig aber wahrnehmbare Unterschiede aufzuweisen, und zum anderen einen Ausdruck von Humor oder eine Verspottung darzustellen.[898]

Die Erinnerung an ein bestehendes Werk ist dabei nur unter der Voraussetzung möglich, dass eine Wiedererkennbarkeit des bestehenden Werkes in der Parodie vorliegt;[899] genauso müssen auch die Unterschiede zum Ursprungswerk erkennbar („wahrnehmbar") bleiben.

Das Erfordernis des Humors und der Verspottung ist der zusätzlich geforderte kommunikative Zweck dieser wiedererkennbaren Benutzung. Darin kommt der für die Parodie spezifisch rechtfertigende Grund der Schranke

896 Zur Offenheit des Begriffs, deren Gefahren und zu den unterschiedlichen Zielrichtungen vgl. nun *Döhl,* Zwischen Pastiche und Zitat, 2022, 223 ff.

897 Siehe zur systematischen Einordnung in § 24 UrhG a.F. oben insb. A.I.2.b.

898 *EuGH,* Urt. v. 3. September 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 (= GRUR 2014, 972), Rn. 20, 33 – *Deckmyn/Vandersteen*; *BGH* GRUR 2016, 1157, Rn. 25 – *auf fett getrimmt.*

899 Dies insbesondere im Sinne des Wiedererkennbarkeitskriteriums unter B.II.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zum Vorschein: Humor und Verspottung sollen als kulturell bedeutsames und unterhaltendes Element der parodistischen Kritikform privilegiert werden, da sie in solchen Fällen der Freiheit der Meinungsäußerung dienen.[900] Sie haben im Kontext der Meinungsfreiheit einen derart hohen Stellenwert, dass sie im Fall der Parodie eine klassische und meist umfassende Werknutzung urheberrechtlich freistellen.

1. Fallgruppen musikalischer Parodie

Mit Blick auf die Musik ist die Anwendung der Parodieschranke nicht einfach, da die üblichen humoristisch-verspottenden Elemente angesichts des inhaltlichen Bedeutungsgehalts von Musik anders in Erscheinung treten als beispielsweise im Fall von Gattungen, die sich der Sprache bedienen.[901] Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und inwiefern Musik überhaupt eine so konkrete emotionale Wirkung erzielen kann, dass sie als Verspottung oder Humor verstanden werden kann.

Für das Verständnis dieser Problematik muss gedanklich zwischen solchen Parodien unterschieden werden, die *mittels* Musik Humor oder Verspottung transportieren und solchen, die nur *bei gleichzeitiger Verwendung* von Musik Humor oder Verspottung vermitteln.[902]

Zu letzteren gehören klassischerweise Parodiecoverversionen, die ein bekanntes populäres Lied durch einen veränderten Text parodieren.[903] Humor und Verspottung werden dabei nicht von den Mitteln der Tongestaltung an

900 Siehe *EuGH,* Urt. v. 3. September 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 (= GRUR 2014, 972), Rn. 25 – *Deckmyn/Vandersteen*; *Vlah,* Parodie, Pastiche und Karikatur, 2015, 36; *Stieper*, GRUR 2020, 792, 794.

901 Vgl. hierzu auch Kapitel 2 C.IV.

902 *Brunner,* Melodienschutz, 2013, 185 f.

903 Siehe *OLG München* ZUM 1991, 432, wobei die Entscheidung einer Ablehnung des Parodiebegriffs in diesem Fall noch darauf beruht, dass die Auseinandersetzung nicht das parodierte Werk selbst ins Zentrum der Auseinandersetzung stellt. Das dürfte nach gegenwärtiger unionsrechtskonformer Rechtslage anders zu beurteilen sein, *EuGH,* Urt. v. 3. September 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 (= GRUR 2014, 972), Rn. 21 – *Deckmyn/Vandersteen*; *BGH* GRUR 2016, 1157, Rn. 25, 28 – *auf fett getrimmt*; siehe ferner auch *Döhl*, UFITA 2019, 19, 31. Siehe weitere Beispiele auch bei *Brunner,* Melodienschutz, 2013, 186, Fn. 721. Als weiteres Beispiel könnte auch die parodistische Version „Steuersong" des Stimmenimitators *Elmar Brandt* genannt werden, der in den Jahren 2002/2003 viele Wochen an der Spitze der Charts in Deutschland stand. Dieser übernahm im Wesentlichen die musikalische Grundlage des von *Las Ketchup* interpretierten Liedes *Aserejé (The Ketchup Song)*, einem anderen sehr erfolgreichen Stück des Jahres 2002.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich getragen. Die Musik an sich bleibt dabei regelmäßig gleich, während sich Kontext oder nicht-musikalische Werkteile des Werkes ändern, beispielsweise ein hinzugesungener Text.

Von gegenwärtig besonderer Brisanz sind solche Fallkonstellationen im Bereich nutzergenerierter Inhalte, etwa wenn Videos das Hauptmedium der Plattformen darstellt. Dabei ist es regelmäßig möglich und sehr üblich, die aufgenommenen Videos mit einer fremden Audiodatei zu hinterlegen. Bekannte Apps wie *TikTok* setzen insbesondere auf ein Konzept, das es den Nutzern ermöglicht bei gleichzeitiger Verwendung von Musik Bildmaterial aufzunehmen, das mit der Tonspur in humoristischer oder verspottender Art und Weise interagieren kann.[904]

Der Humor oder die Verspottung mögen sich zwar manchmal – nicht immer – auf einer eher oberflächlichen Ebene abspielen. Der humoristische Zweck solcher Videos unter Verwendung von Musik tritt aber deutlich hervor.

Diese Fallgruppen sind dennoch aus Sicht der hier übergeordnet gestellten Frage, wo musikalisch-kreatives Schaffen in der Parodie ermöglicht wird, kaum relevant. Denn die möglichen Parodien bestehen regelmäßig nicht in einer „musikalischen" Verarbeitung oder in der kreativen gestalterischen Bearbeitung von Musik, sondern im Einsatz von Musik innerhalb eines außermusikalischen Kontextes.[905] In diesen Fallkonstellationen wird die musikalische Gestaltungsfreiheit an sich also nicht durch die Parodieschranke erweitert.

Mit den Mitteln der Musik selbst kommunizierter Humor gestaltet sich schwieriger und ist wohl auch deutlich seltener vorzufinden. Bereits der Blick auf die von Musik semantisch getragenen Bedeutungsebenen zeigt, dass sich der Ausdruck von Humor oder Verspottung durch Musik komplizierter gestaltet als es vergleichsweise in einem Schriftwerk der Fall ist.[906]

Die Beispiele für solche musikalische Parodien sind daher auch in zweierlei Hinsicht seltener zu finden. Zum einen setzt eine solche Parodie voraus, dass die semantische Bedeutungsebene überhaupt begriffen wird und so Humor und Verspottung erkannt werden. Zum anderen sind sie insofern schwieriger

904 Allgemein zu urheberrechtlichen Problemfeldern und Auswirkungen durch *TikTok Gräfe/Kunze,* in: *Schrör u.a.* (Hrsg.), Tipping Points: Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts, 55.

905 Nicht zur Parodie, aber zur getrennten Betrachtungsweise von Musik und Text im Urheberrecht, vgl. *OLG Stuttgart* GRUR-RS 2020, 44323, Rn. 78 ff.

906 Siehe *Döhl*, UFITA 2019, 19, 31.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu finden, als dass sie nicht so häufig vorkommen. Ein bekanntes Beispiel – allerdings nicht urheberrechtlich relevant – wäre wohl der Auftritt von *Jimi Hendrix* beim *Woodstock-Festival* 1969.[907] Dort verspottete *Hendrix* die Außenpolitik der USA, indem er die US-amerikanische Nationalhymne *Star Spangled Banner* auf der E-Gitarre spielte und dabei musikalische Elemente mit der Gitarre einfügte, die Kriegsassoziationen weckten (insbesondere das Fallen und Explodieren von Fliegerbomben). In diesem seltenen Beispiel wurde eine Verspottung mit Mitteln der Musik selbst herbeigeführt. Die Erinnerung und gleichzeitig wahrnehmbaren Unterschiede an ein anderes Werk sind dabei der Ausgangspunkt.

Manche Beispiele finden sich auch in der klassischen Musik. Ein bereits in der urheberrechtlichen Literatur genanntes Beispiel ist etwa der Einsatz des berühmten Eingangsmotivs aus *Beethovens* 5. Symphonie in *El sombrero de tres picos* von *Manuel de Falla*, das auf humoristische Weise in diesem Ballett Unheil ankündet.[908]

In allen genannten Fällen fordert die humoristische Zweckrichtung allerdings dem Hörer ein besonderes Hintergrundwissen ab, durch das die humoristische Assoziation überhaupt erst entstehen kann. An dieser Situation lässt sich jedoch auch erkennen: der Spielraum, durch die Parodieschranke musikalisch kreativ in dem Sinne tätig zu sein, dass die Musik selbst gestaltet wird, sind mit der Fokussierung auf Humor oder Verspottung extrem eng gezogen.

2. Parodie als Lösung für die musikalisch-kreative Nutzung?

Hinsichtlich der durch die Parodieschranke gebotenen Freiräume im Musikbereich ist die Bedeutung der Parodieschranke also differenziert zu betrachten. Nicht zu verkennen ist die Bedeutung im Rahmen der hier weniger relevanten nutzergenerierten Inhalte, in denen insbesondere die unveränderte Verwendung von ganzen Musikstücken oder größeren Musikabschschnitten als Untermalung eine Rolle spielen kann. Allerdings betrifft dieser Bereich keine musikalisch-kreative Bearbeitung im hier behandelten Sinne. Dort, wo musikalisch-kreativ gearbeitet wird, ist die gezielte Ausrichtung auf Humor oder Verspottung deutlich seltener und in der künstlerischen Praxis eher in Sonderfällen relevant.

907 Zu diesem Beispiel bereits *Brunner,* Melodienschutz, 2013, 185.
908 *Hertin*, GRUR 1989, 159, 162.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wegen dieses engen Anwendungsbereiches kommt der Parodie im musikalisch-kreativen Schaffen allenfalls eine Nebenrolle zu.[909] Freiräume bietet sie stärker im Einsatz von Musik als im Bereich des Schaffens von Musik. Die Praxis des musikalischen fremdreferenziellen Arbeitens kann sich damit nur zu einem kleinen Teil auf eine urheberrechtliche Parodieschranke stützen.

III. Der Pastiche in der Musik

Innerhalb der letzten Jahre wurde vermehrt die schrankenmäßige Freistellung von Pastiches als vielversprechender Lösungsansatz für die Abwägung der kreativen Benutzung eines anderen Werkes gehandelt.[910] Spätestens mit der expliziten Aufnahme in das UrhG (§ 51a UrhG) ist der Pastiche auch für das deutsche Urheberrecht von hoher Relevanz.[911] Die rechtliche Beurteilung, was der Pastichebegriff im Sinne der Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie, Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 lit. b DSM-Richtlinie bezeichnet, ist aber noch weitestgehend ungeklärt – es besteht keine Legaldefinition, keine Spruchpraxis beim EuGH und auch in der Literatur ist der Begriff weitestgehend umstritten.[912] Notwendigerweise wird daher nicht nur auf eine juristische Begriffstradition, sondern auch auf die kunstwissenschaftlichen und – sofern vorhanden – allgemeinsprachlichen Dimensionen von Pastiche zurückzukommen sein.[913] Daher sollen im Folgenden zwei Schritte die Untersuchung prägen: Zum

909 *Vlah,* Parodie, Pastiche und Karikatur, 2015, 70; *Döhl*, UFITA 2019, 19, 31 hinsichtlich einer „humoristisch-kritische[n] Stoßrichtung": „Für die Musik ist also wenig gewonnen. Denn um genau diese Intention geht es bei einer Vielzahl der typischen Fälle, gerade auch von Sound Sampling, eben nicht, bei denen die Übernahme z.B. oft schlicht erfolgt, weil man spezifische klangliche Aspekte der Vorlage um ihrer selbst willen nutzen möchte – so wie im *Metall-auf-Metall*-Fall." Als Ausnahme wird dort ferner auf den US-amerikanischen Fall *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994) verwiesen.

910 *Hudson*, Intellectual Property Quarterly 2017, 346; siehe auch *Quintais,* Copyright in the Age of Online Access, 2017, 234 ff.; *Senftleben*, ZUM 2019, 369, 374.

911 Eine hohe Relevanz für moderne Nutzungsformen sollte dem Pastiche seit Beginn des Gesetzgebungsprozesses beigemessen werden, vgl. etwa die Begründung im frühen Diskussionsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes des BMJV vom 24.6.2020, URL: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob= publicationFile&v=2 (Abrufdatum: 24. August 2022), 62 f.

912 Im Überblick: *Döhl*, UFITA 2019, 19, 29 m.w.N.; nochmals im Zusammenhang mit dem Gesetzesentwurf zum jetzt gültigen § 51a UrhG *Döhl*, ZGE 2020, 380.

913 Vgl. *Pötzlberger,* Kreatives Remixing, 2018, 246 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einen die Analyse des Pastichebegriffes im außerjuristischen Sprachgebrauch, zum anderen die Frage der juristischen Auslegung, die an diesen vorgeformten Begriff anknüpft.

I. Annäherung an den Begriff im außerjuristischen Sprachgebrauch

Etymologisch stammt der Pastiche vom italienischen Begriff *pasticcio* sowie der französischen *pâté*, was beides grob mit „Pastete" übersetzt werden kann und insofern für die Begriffsbestimmung nur eingeschränkt hilfreich ist.[914]

In der Alltagssprache findet der Pastichebegriff kaum Verwendung.[915] Jenseits der allgemeinsprachlichen Bedeutung entwickelte sich der Terminus des Pastiches über die Jahre hinweg im Bereich der Kunst und kommt dementsprechend im Sprachgebrauch mehrerer kunstbezogener Wissenschaftsbereiche vor.[916]

a. Das Pasticcio in der Musik

In der Musik spielt vor allem der italienische Begriff *pasticcio* eine größere Rolle. Das Pasticcio bezeichnet eine besondere Art der Zusammenstellung einzelner Musikstücke aus Opern, Oratorien oder sonstigen musikdramatischen Werken. Musikstücke mehrerer Komponisten werden dabei in einen neuen musikdramatischen Zusammenhang gestellt.[917] Häufig werden darunter auch solche Werke erfasst, die von Vornherein kompositorisch auf ein solches musikdramatisches Werk unter der Mitarbeit mehrerer Komponisten angelegt waren.[918]

Das Pasticcio in der Musik versteht sich also als verhältnismäßig enger Gattungsbegriff, der vor allem im Zusammenhang mit der Opernmusik des 18. und 19. Jahrhunderts gebräuchlich ist. Auch dieser Begriff wandelte sich aber historisch. Wurde das Pasticcio noch bis zu Beginn des 19. Jahrhunderts

914 *Fletcher,* Reading Revelation as Pastiche, 2017, 49 f.; vgl. nun auch *Döhl,* Zwischen Pastiche und Zitat, 2022, 203 ff.
915 *Rehbinder/Peukert,* Urheberrecht, 2015, Rn. 525 greift den Pastiche insofern als „veraltete Bezeichnung" auf.
916 Vgl. etwa die unterschiedlichen berücksichtigten Gattungen bei *Hoesterey,* Pastiche, 2001, 16 ff.; 45 ff.; 80 ff.; 104 ff.
917 *Heyink*, Art. „Pasticcio", in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1997).
918 Ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

teilweise rein auf Instrumentalmusik bezogen, tritt die spezifische Bedeutung für die Oper erst später in den Vordergrund.[919]

Im Verlauf des 19. Jahrhunderts wurde das Pasticcio eher abwertend betrachtet, da das Originalitätsverständnis des späteren 19. Jahrhunderts und die höhere Bedeutung der Unverwechselbarkeit einer Komposition in den Vordergrund künstlerischer Bewertungsmaßstäbe traten.[920] Dementsprechend finden sich auch pejorative Synonyme wie die Bezeichnung als „Flickoper".[921]

Diese Bewertung ist vor dem Hintergrund zu verstehen, dass die Neukreation einzelner Musikstücke für das Pasticcio keine Grundvoraussetzung ist. Häufig war sie eine ökonomisch mitbedingte Praxis der Opernhäuser, um „neue" Opern präsentieren zu können.[922]

b. Pastiche als Stilimitation

„*Pastiche called pastiche*" nennt *Richard Dyer* vor allem solche Schriftwerke aus dem 19. und 20. Jahrhundert, die den Stil anderer Werke nachahmen und nicht selten mit „Pastiche" überschrieben sind.[923] Der Duden versteht unter dem Begriff Pastiche sehr ähnlich die „Nachahmung des Stiles und der Ideen eines Autors".[924]

Dieses Verständnis des Pastiches als künstlerischer Form, in deren Zentrum die Imitation eines bestimmten Stiles steht, entspricht wohl der geläufigsten Bedeutung des Pastiches und findet sich besonders häufig in Bezug auf Literatur.[925] Der Stil, der dabei imitiert wird, betrifft regelmäßig einen einzelnen Autor oder eine einheitlich erscheinende Korpusauswahl.[926] Der Zweck ist in diesen Fällen manchmal humoristisch, aber nicht gezwungenermaßen. Auch der Zweck einer Hommage kann hinter einem Pastiche nach diesem

919 Ebd. Ein Beispiel für ein solches (veraltetes) instrumentales Pasticcio-Verständnis ist etwa in der Bezeichnung einer Konzertbearbeitung (KV 40) von *Mozart* 1767 zu finden.
920 *Heyink*, Art. „Pasticcio", in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1997).
921 *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 677.
922 *Heyink*, Art. „Pasticcio", in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1997).
923 *Dyer,* Pastiche, 2007, 52 ff.
924 *Dudenredaktion*, Art. „Pastiche" in: *Duden online*, URL: https://www.duden.de/node/108995/ revision/109031 (Abrufdatum: 24. August 2022).
925 *Antonsen*, Art. „Pasticcio. Pastiche", in: *Müller* (Hrsg.), Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft, Bd. 3: P-Z, 2003, 34–36.
926 *Antonsen*, Art. „Pasticcio. Pastiche", in: *Müller* (Hrsg.), Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft, Bd. 3: P-Z, 2003, 34.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verständnis stehen.[927] Beispielsweise wird also in diesem Sinne ein neuer Text mit stilistischer Anlehnung an einen bekannten Autor geschrieben.[928] Allerdings verheimlicht der neue Autor seine Autorenschaft im Gegensatz zur Fälschung nicht, sondern die Autorenschaft soll gerade offen erkennbar sein.[929] Die schlichte Nachahmung eines einzelnen Werkes, um es zu plagieren, zählt also in der Regel nicht unter dieses Verständnis von Pastiche.

Mit Blick auf die Musik könnten derartige Konstellationen des Pastiches etwa in der Nachahmung eines spezifischen Komponisten gesehen werden,[930] zum Beispiel im Schreiben einer Filmmusik, die stilistisch an *Ennio Morricone* erinnern soll oder etwa das Verwenden von Stilelementen der Werke *Beethovens*, um eine Hommage zu bezwecken.

c. Neuere weite Pasticheverständnisse

Neben diesen herkömmlichen Pastichebegriffen ist nicht zu verkennen, dass sich neuere Vorstöße in den Kunstwissenschaften über die klassischen Begriffsrahmen hinwegsetzen. Abgesehen von kleineren Verwendungen des Pastichebegriffs für sehr spezifische Phänomene oder Kunstformen,[931] betrachtet ein Teil der neueren Literatur den Pastiche nicht mehr in einem allzu engen Rahmen, sondern sieht ihn offen für eine Vielzahl neuer Kunstformen.[932]

In Teilen wird etwa in *Richard Dyers* Monographie zum Pastichebegriff ein solcher weiter Begriff vorgeschlagen.[933] Mit Fokus auf dem imitativen

927 Ebd.

928 Beispiele etwa bei *Proust,* Pastiches et mélanges, 1927 (1919 erstmalig erschienen). Als deutschsprachiges Beispiel mit parodistischer Zweckrichtung etwa: *Neumann,* Mit fremden Federn, 1927. *Stieper* nennt ferner beispielhaft *Vergils Aeneis*, *Stieper*, AfP 2015, 301, 304.

929 *Antonsen*, Art. „Pasticcio. Pastiche", in: *Müller* (Hrsg.), Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft, Bd. 3: P-Z, 2003, 34.

930 In diesem Sinne *Holtmeier,* in: *Schwab-Felisch/Thorau/Polth* (Hrsg.), Individualität in der Musik, 203, 206.

931 Vgl. etwa *Schur,* Parodies of Ownership, 2009, 31 f.; dem folgend auch *Döhl,* UFITA 2019, 19, 35: „Im Hip-Hop wird Pastiche u.a. als spezifische Art einer weitgehend modifikationslosen Revision fremder Arbeiten beschrieben, eine Verfahrensweise zur Sicherung beabsichtigter und für den Hörer identifizierbarer Intertextualität, die obendrein nur in einer bestimmten Phase, bis zu den 1990er Jahren nämlich, besondere Relevanz für das Genre hatte (Schur 2009: 31f.)."

932 *Hoesterey,* Pastiche, 2001, 10 ff.; *Fletcher,* Reading Revelation as Pastiche, 2017, 48 ff.

933 *Hudson*, Intellectual Property Quarterly 2017, 346, 350.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Aspekt eines Pastiches, weniger der Pasticcio-artigen Zusammensetzen neuer Elemente, glossiert *Dyer* seine vorangestellte Definition: „*pastiche is a kind of imitation that you are meant to know is an imitation.*“[934] Zentral sind also nach *Dyer* zwei Dinge: die Imitation bzw. Nachahmung und die Offenlegung dieser Imitation in der Weise, dass der Wahrnehmende – im Falle der Musik der Hörer – die Imitation erkennt oder zumindest erkennen kann.[935] Der Begriff der Nachahmung oder Imitation impliziert dabei, dass sich das spätere Werk bewusst das ältere Werk in einer bestimmten Hinsicht zum Vorbild nimmt – nicht aber nur darauf verweist. Das unterscheidet sie von einer Referenz.[936]

Dyer betont aber ebenfalls, dass der Pastichebegriff darüber hinaus keine Wertung über das imitierte Werk treffen muss, also weder humoristisch noch eine Hommage oder Kritik sein muss.[937]

Neben diesem klarer umrissenen Begriffsverständnis, das *Dyer* in den Fokus rückt, sieht er aber auch eine große Flexibilität in dem Begriff, sodass daneben auch in einer zweiten Bedeutung Kombinationen vorbekannter Werkelemente als Pastiche bezeichnet werden können.[938] Einen in dieser Hinsicht sehr weiten und rudimentär vom Pasticcio abgeleiteten Pastichebegriff erörtert vor allem *Hoesterey*, die so etwa auch schlichte Adaptionen, Collagen und sogar den *Fake* im Rahmen des Pastichebegriffs aufgreift.[939] *Hoesterey* setzt dabei einen offenen und dualistischen Begriff voraus, der entweder den Nachahmungsaspekt erfassen kann oder, alternativ, die „*pâté*“ unterschiedlicher Komponenten.[940]

Unter Berücksichtigung dieser unterschiedlichen Bedeutungsbereiche sieht etwa *Fletcher* die einzig wesentlichen Elemente eines Pastiches in der Imitation oder der Kombination.[941]

934 *Dyer,* Pastiche, 2007, 1.
935 Ebd.; ferner bei *Dyer* auf Seite 133: „*it [the pastiche] is always inescapably historical in two senses: it always references something before it and it always signals the fact (if it did not, it would not be pastiche).*“
936 *Dyer,* Pastiche, 2007, 22; a.A. wohl *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 681.
937 *Dyer,* Pastiche, 2007, 23 f.
938 *Dyer,* Pastiche, 2007, 9.
939 *Hoesterey,* Pastiche, 2001, 10 ff.
940 *Hoesterey,* Pastiche, 2001, 9.
941 *Fletcher,* Reading Revelation as Pastiche, 2017, 48 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Juristische Rückschlüsse und Pastichekriterien

Inwiefern sich dieses Spektrum auf einen klar umrissenen Pastichebegriff in der rechtlichen Anwendung einer Pasticheschranke reduzieren sollte, ist Frage der weiteren juristischen Auslegung des Begriffes.

a. EuGH und Auslegungsmethode der Richtlinienvorgaben

Die dahinterstehenden Vorgaben sind aber keine Frage einer nationalen Rechtsordnung, sondern vom Verständnis des EuGH abhängig, da der Pastiche ein autonomer Begriff des Unionsrechts ist.[942]

Eine Begriffsbestimmung des EuGH darüber, was seines Erachtens vom Pastichebegriff umfasst ist, besteht noch nicht. Lediglich aus dem engeren Umfeld der Regelung und der gerichtlichen methodischen Vorgaben lassen sich daher Annahmen darüber treffen, wie der Terminus Pastiche aus Perspektive unionsrechtlicher Auslegungsvorgaben zu verstehen ist.

Es könnte etwa angenommen werden, dass an den Begriff des Pastiches methodisch ähnliche Maßstäbe anzulegen sind wie an den bereits über mehrere Jahre juristisch geformten Begriff der Parodie.[943] Hierzu stellte der EuGH seine häufig verwendete Auslegungsformel für Begriffe des Unionsrechts an. Diese bestimmt, dass ein Begriff „entsprechend seinem Sinne nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch auszulegen" ist.[944] Dabei sei ferner „zu berücksichtigen […], in welchem Zusammenhang er verwendet wird und welche Ziele mit der Regelung verfolgt werden, zu der er gehört (Urteile Probst (C-119/12, EU:C:2012:748, Rn. 20) und Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419, Rn. 32))".[945]

---

942 Schon *Pötzlberger,* Kreatives Remixing, 2018, 244 f.; *Stieper*, GRUR 2020, 699, 701; *Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 51a Rn. 15; *Dreier*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 51a Rn. 17; vgl. auch *Döhl*, ZGE 2020, 380, 438.

943 Kritisch zur Übertragbarkeit *Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 51a Rn. 15, die annimmt, dass die Auslegung als „stilistische Nachahmung" den gewöhnlichen Sprachgebrauch treffe. Der EuGH müsse daher von seinen üblichen Auslegungsmaßstäben abweichen, da der Stil ohnehin nicht geschützt sei. Einer Übertragbarkeit wohl eher zugeneigt jüngst *Döhl,* Zwischen Pastiche und Zitat, 2022, 177 ff.

944 *EuGH,* Urt. v. 3. September 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 (= GRUR 2014, 972), Rn. 45 – *Deckmyn/Vandersteen.*

945 Ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der EuGH äußerte sich schon im *Deckmyn*-Fall dazu, dass die Begriffe des Art. 5 Abs. 3 lit. k. InfoSoc-Richtlinie, also auch der Pastiche, eng auszulegen seien.[946] Diese generell zurückhaltende Grundposition scheint wohl ständige Rechtsprechung des EuGH zu sein; sie wird auch zu anderen Schrankenbestimmungen in mehreren Entscheidungen wiederholt.[947] Gerade die jüngeren Entscheidungen zeigen allerdings zumindest eine Offenheit gegenüber grundrechtlichen Einflussmöglichkeiten und damit auch Flexibilisierungen des engen Schrankenverständnisses.[948] Insofern lassen sich auch aus den methodischen Vorgaben des EuGH nur rudimentäre Überlegungen ableiten.

aa. Systematische Einordnung

Die Regelung der Richtlinie entstammt – bei allen Unterschieden – wohl weitgehend dem Einfluss des französischen Rechts, das bereits zum Zeitpunkt der Richtlinienformulierung eine Ausnahme für Karikatur, Parodie und Pastiche kannte.[949] Dort wurden unterschiedliche Meinungen zum Verhältnis der drei Begriffe vertreten. Teils wurde der Pastiche als Unterkategorie der Parodie aufgefasst,[950] teils wurde auch angenommen, der französische Pastiche beziehe sich begrifflich nur auf Werke der Literatur, während die

946 *EuGH,* Urt. v. 3. September 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 (= GRUR 2014, 972), Rn. 43 – *Deckmyn/Vandersteen*.

947 Vgl. allgemein zu Schranken *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (= GRUR 2019, 934), Rn. 69 – *Funke Medien/BRD*; *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (= GRUR 2019, 940), Rn. 53 – *Spiegel Online/Volker Beck*.

948 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (= GRUR 2019, 934), Rn. 71 – *Funke Medien/BRD*; *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (= GRUR 2019, 940), Rn. 55 – *Spiegel Online/Volker Beck*; ferner in ähnlicher Weise: *EuGH,* Urt. v. 1. Dezember 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 (= GRUR 2012, 166), Rn. 133 ff. – *Painer/Standard*; kritischer *Kaiser/Scheuerer*, GRUR Int. 2019, 1153, 1160.

949 *Bayreuther*, ZUM 2001, 828, 836; *Vlah, Parodie, Pastiche und Karikatur, 2015,* 43; *Hudson*, Intellectual Property Quarterly 2017, 346, 353; zuletzt auch *Stieper*, GRUR 2020, 699, 702, der ferner darlegt, dass die Richtlinie in diesem Punkt einem Antrag Frankreichs entgegenkam.
Die französische Regelung lautet: *Article L122-5: „Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire: […] 4° La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre."*

950 *Lucas-Schloetter*, UFITA 2019, 99, 101; *Lucas u.a.,* Traité de la propriété littéraire et artistique, 2017, Rn. 480.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Parodie Musikwerke betreffe, die Karikatur Werke der bildenden Kunst.[951] Oft wird dem Pastichebegriff das Element einer stilistischen Imitation beigemessen.[952] Meist wird der Pastiche dabei aber als humoristische Gattung betrachtet und spielte dementsprechend in der Praxis neben der Parodie eine untergeordnete Rolle.[953]

Während der Abgrenzung von Parodie und Pastiche in Frankreich selten Bedeutung zukam, nahm die Europäische Kommission durchaus an, dass Pastiche, Parodie und Karikatur voneinander zu unterscheiden seien und drei eigenständige Begriffe bildeten.[954] Das ist aus der systematischen Stellung heraus auch konsequent: Es ist unverständlich, warum drei unterschiedliche Begriffe in der Norm nebeneinander gestellt werden sollten, wenn einer der Begriffe gegenüber den anderen bereits die Stellung eines Oberbegriffes einnimmt, vgl. Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie, Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 lit. b DSM-Richtlinie – ebenso übertragbar auf § 51a UrhG. Zum einen hätte das Begriffsverhältnis dann ohne weiteres deutlicher gemacht werden können, indem der eine Begriff als Spezialfall des anderen formuliert worden wäre. Zum anderen wären weitere Begriffe neben dem Oberbegriff faktisch überflüssig, sofern sie nicht zumindest eine deklaratorische Funktion hätten. Eine solche Klarstellungsfunktion kann aber dem selbst kaum klaren Pastichebegriff nicht entnommen werden.

Auch aus Perspektive der oben dargelegten außerjuristischen Bedeutungen des Pastiches wäre eine fehlende eigenständige Funktion, etwa als Unterfall

951 *Colombet,* Propriété littéraire et artistique et droits voisins, 1999, Rn. 234. Dem folgt allerdings nicht die überwiegende französische Literatur oder Rechtsprechung. Insofern etwas missverständlich *Vlah,* Parodie, Pastiche und Karikatur, 2015, 43, 49.

952 *Galloux,* in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts/Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe: Urheberrecht im deutsch-französischen Dialog/Rencontres franco-allemandes, 321, 322.

953 *Lucas-Schloetter*, UFITA 2019, 99, 101*; Galloux,* in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts/Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe: Urheberrecht im deutsch-französischen Dialog/Rencontres franco-allemandes, 321, 322.

954 GA *Cruz Villalón*, Schlussantr. v. 22. Mai 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:458, Rn. 41 – *Deckmyn/Vandersteen*: „Dazu ist sogleich zu bemerken, dass die Kommission vorschlägt, den Begriff ‚Parodie' dahin auszulegen, dass es sich um die Nachahmung eines durch die Richtlinie geschützten Werkes handelt, die keine Karikatur und kein Pastiche darstellt […]."

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Parodie, unplausibel, denn die dortige Begriffsbestimmung unterscheidet sich auch außerhalb der Rechtssprache von dem der Parodie.[955]

Eine im Zusammenhang mit dem französischen Recht von wenigen vertretene Abgrenzung nach unterschiedlichen Werkgattungen[956] ist aber ebenso ausgeschlossen, da schon der in bisheriger Literatur und Rechtsprechung öfters behandelte Parodiebegriff nach einhelliger Meinung auf Musik, Literatur und sonstige Werkgattungen gleichermaßen angewandt werden kann. Auch sonst lässt sich aus den Begrifflichkeiten nicht entnehmen, dass sie in irgendeiner Weise unterschiedlichen Werkgattungen zugeordnet sein sollen.[957]

Übrig bleibt daher lediglich ein nach qualitativen Kriterien unterscheidbarer Anwendungsbereich des Pastiches. Die begriffliche Aneinanderreihung in Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie, Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 lit. b DSM-Richtlinie gibt also für die Kriterienbestimmung vor, dass der Pastichebegriff gegenüber den übrigen Begriffen der Normen eine eigenständige Bedeutung einnimmt und entsprechend auch durch andere Kriterien zu bestimmen ist.

bb. Zielbestimmung und Grundrechte

Während Anhaltspunkte zur Zielbestimmung einer Pasticheschranke aus der InfoSoc-Richtlinie höchstens rudimentär hervorgehen, zeigt die DSM-Richtlinie konkretere Hinweise für eine Zielbestimmung: ErwG 70 DSM-Richtlinie folgend besteht der Zweck der dort genannten Schranken, wozu mit Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 lit. b DSM-Richtlinie auch der Pastiche zählt, in der Verwirklichung von Meinungs- und Kunstfreiheit.[958] Für den Pastiche liegt

955 Keiner der oben genannten drei Aspekte des Pastichebegriffs (Pasticcio, Stilnachahmung oder weites postmodernes Pasticheverständnis) könnte als reiner Unterfall der Parodie verstanden werden, vgl. C.II. und III.1.

956 Im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie: *Vlah,* Parodie, Pastiche und Karikatur, 2015, 49.

957 *Stieper*, GRUR 2020, 699, 702 f.

958 Vgl. *Stieper*, GRUR 2020, 699, 703. ErwG 70 DSM-Richtlinie nimmt besonderen Bezug auf nutzergenerierte Inhalte: „Nutzer sollten Inhalte, die von Nutzern generiert wurden, zu Zwecken des Zitierens, der Kritik, Rezension, Karikatur, Parodie oder Pastiche hochladen dürfen. Das ist besonders wichtig, um ein Gleichgewicht zwischen den in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerten Grundrechten (im Folgenden ‚Charta'), insbesondere dem Recht auf freie Meinungsäußerung und der Freiheit der Kunst, und dem Eigentumsrecht, auch betreffend das geistige Eigentum, zu schaffen."

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine stärkere Fokussierung auf die Kunstfreiheit (Art. 13 GRCh) nahe, versteht man ihn als kreative künstlerische Gestaltungsart, wie die außerjuristischen Pastichebegriffe nahelegen.[959] Der Kunstfreiheit gegenüber steht das in Art. 17 Abs. 2 GRCh verankerte Eigentumsrecht für immaterielle Güter.[960] Das „Recht des geistigen Eigentums" solle aber, wie der EuGH vermehrt betont, nicht „schrankenlos", sondern nur in Abwägung zu anderen Grundrechten gewährt werden müssen.[961]

Folglich ist im Pastichebegriff auch der Ausgleich dieser Grundrechte zu berücksichtigen und die Kriterien sind in Ihrer Gesamtheit an der Kunstfreiheit auszurichten.

cc. Drei-Stufen-Test

Konkretere Anhaltspunkte für das Schrankenverständnis könnten ferner aus dem Drei-Stufen-Test hervorgehen. Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-Richtlinie legt im Bereich der Schrankenregelungen des Art. 5 Abs. 1–4 InfoSoc-Richtlinie Bestimmungen fest, die in ähnlicher Weise schon aus Art. 9 Abs. 2 RBÜ (in Bezug auf Vervielfältigungen), Art. 13 TRIPS-Abkommen und Art. 10 Abs. 1 WCT hervorgehen.[962] Nach dem Drei-Stufen-Test ist die Anwendung der Schranken nur auf bestimmte Sonderfälle (1) begrenzt, die weder die normale Verwertung des Werks beeinträchtigen (2) noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers ungebührlich verletzen (3).

Dem ersten Erfordernis kann ein mehr oder weniger strenges Bestimmtheitsgebot entnommen werden („bestimmten").[963] Zum anderen müssen die

959 Vgl. *Stieper*, GRUR 2020, 699, 703. Die Meinungsfreiheit wird hingegen vor allem die übrigen genannten Schrankenregelungen betreffen.

960 Das kommt besonders deutlich in ErwG 70 DSM-Richtlinie zum Ausdruck.

961 *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 33 – *Pelham/Hütter*.

962 Gleichwohl können die jeweiligen Regelungsbereiche nicht mit Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-Richtlinie vollständig gleichgesetzt werden: *v. Lewinski*, in: *v. Lewinski/Walter* (Hrsg.), European Copyright Law 2010, 1061.

963 Hierzu *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 206 f.; ausführlicher noch *Senftleben,* Copyright, limitations, and the three-step test, 2004, 133 ff.; für eine strenge Auffassung des Bestimmtheitsgebots *Ficsor,* The law of copyright and the internet, 2002, 516. Weder sehr eng noch sehr weit fasst das Bestimmtheitsgebot *Reinbothe*, in: *Reinbothe/v. Lewinski* (Hrsg.), The WIPO Treaties, 2. Aufl. 2015, 154 f. auf.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sonderfälle auch durch einen legitimen Zweck gedeckt sein, also auch in qualitativer Hinsicht *Sonder*fälle sein.[964]

Der legitime Zweck des Pastiches kann in qualitativer Hinsicht in der Kunstfreiheit gesehen werden und ist bei der Auslegung von Pastiche – ob eng oder weit – wohl stets vorhanden.

Hinsichtlich einer begrifflichen Bestimmtheit der Anwendung bestehen allerdings größere Probleme. Strenge Auffassungen fordern für die Bestimmtheit eine präzise Beschreibung des ausgenommenen Gegenstands.[965] Eine solche erfordert angesichts der Weite, die etwa in postmodernen Pastiche-verständnissen dem Begriff beigemessen wird,[966] dass der Pastiche im juristischen Verständnis klaren Kriterien zugeführt werden muss, die seine Bestimmung möglich machen. Selbst wenn man das Bestimmtheitsgebot weniger streng und damit offen für flexible Lösungen versteht, müssten die Kriterien zumindest klar gefasst sein, damit überhaupt erkennbar wird, welche freigestellten Nutzungsfälle mit der Schranke bezweckt werden.[967]

Weiter sollte die „normale Verwertung" eines Werkes nicht beeinträchtigt werden. Hierfür ist insbesondere relevant, welche gewichtigen Verwertungswege ökonomisch für das betroffene ältere Werk relevant werden und inwiefern diese beeinträchtigt werden.[968] Der Pastichebegriff muss also auch so konkretisiert werden, dass er die Hauptverwertung von benutzten Werken nicht verhindert.[969]

---

964 *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 207. Insofern bestehen gewisse Überschneidungen zum zweiten Kriterium, der fehlenden Beeinträchtigung einer „normalen Verwertung".

965 *Ficsor,* The law of copyright and the internet, 2002, 516: *„precisely and narrowly determined"*.

966 *Hoesterey,* Pastiche, 2001, 10 ff.

967 Siehe im Allgemeinen zu einem solchen flexibleren Verständnis auch *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 207.

968 *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 209: „Von einer Beeinträchtigung der normalen Auswertung kann gesprochen werden, wenn die in Frage stehende Beschränkung die Rechtsinhaber einer aktuellen oder potenziellen Einnahmequelle beraubt, die typischerweise ganz erhebliches Gewicht innerhalb der Gesamtverwertung von Werken einer betroffenen Werkart hat." Im Detail in: *Senftleben,* Copyright, limitations, and the three-step test, 2004, 189–194.

969 Zu Hauptverwertungsbereichen in der Musikwirtschaft vgl. etwa *Bießmann/Möllmann/Scheuermann*, in: *Moser/Scheuermann/Drücke* (Hrsg.), Handbuch der Musikwirtschaft, 7. Aufl. 2018, § 60. Künstler-, Produzenten- und Bandübernahmeverträge Rn. 60; ferner: Musikwirtschaft in Deutschland. Studie zur volkswirtschaftlichen Bedeutung von Musikunternehmen unter Berücksichtigung aller Teilsektoren und Ausstrahlungseffekte, 2015, URL: https://www.musikindustrie.de/fileadmin/bvmi/uplo

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schließlich setzt der Test eine Abwägung dazu voraus, inwiefern berechtigte Interessen des Rechtsinhabers ungebührlich verletzt sein könnten. Das Bestands- und Integritätsinteresse des Urhebers ist unabhängig von einer Pasticheschranke durch § 14 UrhG und die darin enthaltene Interessenabwägung geschützt.[970] Für ökonomische Interessen gilt ein weiterer Maßstab als im Rahmen der zweiten Stufe und gerade im Zusammenhang mit dem hier zu treffenden Ausgleich kann es auch relevant sein, inwiefern finanzielle Ausgleichsmechanismen greifen.[971] Hier ist also insbesondere bei einem weiten Pasticheverständnis zu berücksichtigen, wo ökonomische Nachteile im Verhältnis von Verwender zu Urheber des benutzten Werkes ausgeglichen werden können.

Die drei Stufen zeigen damit zwar keine grundsätzliche Unvereinbarkeit mit der Pasticheschranke. Es werden aber Implikationen für die Bestimmung des Pastichebegriffs und dessen Regelungskontext deutlich: das betrifft zum einen die Präzision der Kriterien, die den Pastiche letztlich definieren, zum anderen auch die Frage der ökonomischen Einflüsse unterschiedlicher vertretener Pastichebegriffe auf die Verwertungsmöglichkeiten des benutzten Werkes und eventuelle Ausgleichsmechanismen.

b. Bewertung und Kriteriendiskussion

Die oben genannte Vielfalt nicht-juristischer Auffassungen darüber, was Pastiche ist und was nicht, ist kaum zu überblicken. Zum einen besteht die – jedenfalls über viele Jahre – vorwiegende Ansicht, die den Pastiche als Stilnachahmung betrachtet. Das andere Feld betrifft die Zusammenstellung bekannter musikalischer Stücke in einen neuen musikdramatischen Zusammenhang im Sinne des musikalischen Pasticcios.

---

ad/06_Publikationen/Musikwirtschaftsstudie/musikwirtschaft-in-deutschland-2015.pdf (Abrufdatum: 24. August 2022).

970 Insofern ergeben sich Parallelen zum Verhältnis von Parodie und § 14 UrhG. Zum Verhältnis der Freistellung der Parodie (noch als Bestandteil von § 24 UrhG a.F.) und § 14 UrhG: *Specht/Koppermann*, ZUM 2016, 19, 24; vgl. neuer auch *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, 14 Rn. 24.

971 Siehe etwa *Senftleben,* in: *Aplin* (Hrsg.), Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies, 136, 153 ff.; vgl. zu einer konsequenterweise geforderten Ausgleichsmöglichkeit von Vergütungen schon auf der zweiten Stufe: *Geiger/Griffiths/Hilty*, GRUR Int. 2008, 822, 824. Zur ähnlichen Problematik im Zusammenhang mit dem Gedanken einer urheberrechtlichen Zwangslizenz und den unionsrechtlichen Hindernissen: *Hilty*, GRUR 2009, 633, 637.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die neuesten Konzepte, die dem Begriff beigemessen wurden, machen aus dem Pastiche einen allumfassenden und generischen Begriff für Benutzungen fremder Werke. Sie abstrahieren dabei einige Elemente des zuvor bekannten Begriffsverständnis: Dem Pastiche wird ein Imitationselement und ein Kombinationselement (oder Kompilationselement) entnommen. Dass dieses Verständnis in seiner gesamten Weite für den juristischen Pastiche kein Vorbild sein kann, zeigt schon die Erfassung klassischer urheberrechtlich gerade nicht privilegierungswürdiger Gattungen wie dem *Fake* oder gar dem Plagiat.[972]

Dennoch zeigen sich die juristischen Auffassungen darüber, was Pastiche im Sinne der Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie, Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 lit. b DSM-Richtlinie und bei unionsrechtskonformer Auslegung auch in § 51a UrhG ist, in beinahe ebenso vielfältiger Weise wie außerhalb des juristischen Begriffsverständnisses.

aa. Pastiche als Generalklausel für imitative und kompilierende Nutzungsformen

Neuere juristische Ansätze nehmen sich für ein Pasticheverständnis vor allem die jüngeren Ansätze erweiterter Pastichediskussionen zum Vorbild. Andere Interpretationen des Pastichebegriffs sind weniger weit und orientieren sich etwa am klassischeren Verständnis eines Nachahmungselements, stehen aber der Erstreckung auf jegliche kompilatorischen Elemente kritisch gegenüber.[973]

Dem weiten Verständnis entsprechend will *Hudson* auf der britischen Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie basierend den Pastichebegriff auf viele Sachverhalte anwenden.[974] Der Pastiche soll auch folgende

---

972 Vgl. zum *Fake Hoesterey,* Pastiche, 2001, 111; zum nicht eindeutigen Verhältnis von Pastichebegriff und Plagiatsbegriff: *Dyer,* Pastiche, 2007, 25 ff.

973 *Gabler,* Die urheberrechtliche Drittnutzung, 2018, 224 f.; *Stieper*, GRUR 2020, 699, 703.

974 *Hudson,* Intellectual Property Quarterly 2017, 346.

975 *Hudson,* Intellectual Property Quarterly 2017, 346, 347. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass *Hudson* diesen weiten Begriff unter dem Eindruck der Section 30A des britischen „Copyright, Designs and Patents Act 1988" vorschlägt. Dort muss eine Nutzung zusätzlich der Voraussetzung des *fair dealing* entsprechen. Aus Perspektive des autonomen unionsrechtlichen Pastichebegriffs müsste aber das Pasticheverständnis gleichwohl im Einklang mit Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie stehen, wo ein *fair dealing*-Kriterium nicht erforderlich ist.
S. 30A CDPA lautet:
„*Caricature, parody or pastiche*

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Fallkonstellationen erfassen: „*mash-ups, fan fiction, music sampling, appropriation art and other forms of homage and compilation*".[975]

Der Pastiche wäre damit ein eher generalisierter Begriff, der faktisch jegliche Formen der Imitation oder Kompilation erfassen kann, sofern sich das Endprodukt vom verwendeten ausreichend unterscheidet.

Bezugnehmend auf *Hudson* wird ein solcher weiter Pastichebegriff häufiger aufgegriffen. So wird teilweise gefordert, nutzergenerierte Inhalte, die auf fremdes Quellmaterial zurückgreifen, als Pastiche zu verstehen.[976] Ebenso wird eine ähnliche Weite und Abstrahierung der Elemente Imitation und Kompilation in Bezug auf Remix, Sampling und ähnliche fremdreferenzielle Musikformen herangezogen.[977]

Das ist angesichts der Bedeutung des Pasticcios als einer besonderen Form der Zusammenstellung unterschiedlicher Elemente zunächst einleuchtend. Die Vielfalt, die der Begriff neben der eher klassischen Bedeutung einer Nachahmungsgattung hatte, kann kaum anders unter einem generalisierten Begriffsverständnis erfasst werden.[978]

Für ein weites Verständnis spricht auch das Bedürfnis flexibler Abwägungsmöglichkeiten im ohnehin starr geprägten Schrankenkatalog des Art. 5 InfoSoc-Richtlinie.[979] Die Erfassung von neuen Kunstformen und Entwicklungen ist nur schwer damit vereinbar, vorgefertigte Gattungsbegriffe als gesetzliche Scharniere der Kunstfreiheit zu sehen. Eine kunstspezifische Betrachtung der Schranken des Urheberrechts erfordert flexible Möglichkeiten für eine Interessenabwägung.

Andererseits ist aber unklar, warum gerade der Pastichebegriff diese Rolle der Flexibilisierung des urheberrechtlichen Schrankenkatalogs nach einer Abstraktion von allen erdenklichen historischen Pastichebegriffen einnehmen soll. Bereits der Begriff des Kunstzitats ließe für sich genommen weitere

---

(1) Fair dealing with a work for the purposes of caricature, parody or pastiche does not infringe copyright in the work.
(2) To the extent that a term of a contract purports to prevent or restrict the doing of any act which, by virtue of this section, would not infringe copyright, that term is unenforceable."

976 *Senftleben*, ZUM 2019, 369, 374; kritisch aber: *Stieper*, GRUR 2020, 699, 703.

977 *Pötzlberger,* Kreatives Remixing, 2018, 263; zuletzt auch *Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG; i.E. weitaus kritischer *Döhl*, UFITA 2019, 19, 29 ff.

978 Zum entsprechend weiten Verständnis kommt daher *Hoesterey,* Pastiche, 2001, 10 ff. und *Fletcher,* Reading Revelation as Pastiche, 2017, 48 ff.

979 Zu dieser Problematik der Flexibilität: *Senftleben*, IIC 2020, 751; siehe auch *Senftleben*, ZUM 2019, 369, 374; ferner *Döhl*, UFITA 2019, 19, 35 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grenzen zu als die Beschränkung auf geistige Auseinandersetzungen.[980] Die Parodie bezeichnete im 17. und 18. Jahrhundert ebenfalls unabhängig von spöttischen oder humoristischen Zwecken musikalische Umgestaltungen und findet auch heute noch Verwendung für die Unterlegung geistlicher Musik mit einem weltlichen Text.[981] Warum nun die historische Begriffsverwendung des Pasticcios in der Oper in der juristischen Begriffsbildung dazu führen sollte, dass Kombinationen von unterschiedlichem Quellmaterial bei nutzergenerierten Inhalten oder weite Teile des Sampling generell als Pastiche aufgefasst werden könnten,[982] erschließt sich daher nur aus einer Notsituation der Flexibilisierung, weniger aber aus der juristischen Auslegung heraus.[983]

Die flexible Auslegung wäre in einer radikalen Offenheit gegenüber jeglicher Kombination von Quellmaterial auch vor dem Hintergrund des Drei-Stufen-Tests problematisch. Zum einen, weil sie bereits durch die Erfassung von substituierenden Werken Gefahr läuft, in die Hauptverwertungswege einzugreifen.[984] Zum anderen, weil bei der Erfassung beinahe jeglicher Fallkonstellation der Bearbeitung kaum noch von „bestimmten Sonderfällen" gesprochen werden könnte.[985]

Die Übertragung von einzelnen kunstwissenschaftlichen Überlegungen auf die juristische Auslegung und die damit verbundene Forderung, dem Pastiche in einer postmodernen Begriffsbildung einzelne verallgemeinerte Kriterien zu entnehmen, ist auch vor dem Hintergrund der vorherrschenden Auslegungsmethode des Unionsrechts problematisch: Zumindest kann die progressive Begriffsbildung kunstwissenschaftlicher Erörterungen nur bedingt unter der Voraussetzung eines erforderlichen „gewöhnliche[n] Sprachgebrauch[s]"[986] in der juristischen Auslegung durch den EuGH Bestand

980 Zur Weite des Musikzitats aus musikwissenschaftlicher Perspektive: *Lissa*, Die Musikforschung 1966, 364; *von Noé,* Die Musik kommt mir äußerst bekannt vor, 1985, 51 ff.

981 *Dadelsen u.a.*, Art. „Parodie und Kontrafaktur", in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1997).

982 Siehe *Ohly*, GRUR 2017, 964, 968 f.; *Senftleben*, ZUM 2019, 369, 374; vgl. *Hudson*, Intellectual Property Quarterly 2017, 346, 348 ff.

983 Ähnlich *Stieper*, GRUR 2020, 699, 703. Vgl. auch *Döhl*, ZGE 2020, 380, 415, der stärker auf eine historische Auslegung nach den gesetzgeberischen Vorstellungen abstellt.

984 *Stieper*, GRUR 2020, 699, 703.

985 Noch stärker gefährdet sieht die Berücksichtigung des Drei-Stufen-Tests *Haberstumpf*, ZUM 2020, 809, 818. *Haberstumpf* fordert insofern, den Dreistufenest in den Wortlaut einer expliziten Schranke für Parodie, Pastiche und Karikatur aufzunehmen.

986 Siehe oben unter C.III.2.a.; vgl. *EuGH,* Urt. v. 3. September 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 (= GRUR 2014, 972), Rn. 45 – *Deckmyn/Vandersteen*.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

haben. Es ergeben sich auch keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Begriffsbildung der historisch-teleologischen Zielsetzung entspricht, die noch mit der Übernahme des französischen Normvorbilds verfolgt wurde.[987] Den Pastiche als zentralen Begriff für sämtliche kompilatorische Gestaltungen zu betrachten, dürfte dementsprechend weit über das Begriffsverständnis hinausgehen, das bei Aufnahme des Pastichebegriffs in die InfoSoc-Richtlinie herrschte.

Eine weite generalklauselartige Auslegung des Pastiches erscheint daher als Lösungsweg für flexiblere Schrankenregelungen nicht angemessen.[988] Plausibler ist es mithin den Begriff entsprechend dem klassischeren Verständnis als Teil der Nachahmungskunst zu verstehen und in diesem Rahmen weitere Kriterien zu untersuchen, die eine unter der Zielbestimmung der Kunstfreiheit freistellungsbedürftige von einer unfreien Nutzung unterscheiden sollen.

bb. Pastichezweck

Eine erste Möglichkeit, den Anwendungsbereich des Pastiches insofern zu spezifizieren, stellt die Zweckbestimmung dar. Eine solche Zweckbestimmung wird teils in einem humoristisch unterhaltenden Effekt gesehen, ähnlich der Parodie.[989] Andere sehen den möglichen Zweck aber in einer irgendwie gearteten Interaktion des Anklangs, Kontrasts oder der Hommage und fassen ihn somit weiter.[990]

Die Beschränkung auf humoristische Zwecke erscheint zunächst insofern schlüssig, als dass Karikatur und Parodie als systematisch neben dem Pastiche stehende Konzepte ebenfalls auf humoristische Gattungen verweisen.[991] Auch

987 Vgl. oben C.III.2.a.aa.

988 Im Ergebnis so auch schon *Döhl*, ZGE 2020, 380, 438 ff.

989 *Vlah,* Parodie, Pastiche und Karikatur, 2015, 21, 37; dort wird auch angenommen, dass hierüber „Einigkeit besteht"; siehe ferner *Döhl*, Media in Action 2/2017, 37, 49 mit ähnlicher Konnotation den Generalanwalt Cruz Villalón zum Pastichebegriff zitierend (möglicherweise war aber die Parodie gemeint, vgl. GA *Cruz Villalón*, Schlussantr. v. 22. Mai 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:458, Rn. 41 – *Deckmyn/Vandersteen*). Vgl. aus der französischen Literatur auch *Colombet,* Propriété littéraire et artistique et droits voisins, 1999, Rn. 234.

990 *Stieper*, GRUR 2020, 699, 703; *Ohly*, GRUR 2017, 964, 968; *Pötzlberger,* Kreatives Remixing, 2018, 255. In der französischen Literatur schon vor der InfoSoc-Richtlinie: *Durrande,* in: Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur de André Françon, 133, 140 f.

991 Vgl. *Vlah,* Parodie, Pastiche und Karikatur, 2015, 37.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bekannte typischerweise als Pastiche bezeichnete Werke, wie etwa das oben bereits benannte Werk *Mit fremden Federn* (1927) von *Robert Neumann*, haben einen humoristischen Zweck.[992]

Keine der oben genannten außerjuristischen Bedeutungen impliziert allerdings – trotz vieler humoristischer Beispiele – einen zwingend humoristischen Zweck. Es ergibt sich deshalb auch keine an der klassischen Wortverwendung des Begriffes begründbare Beschränkung auf humoristische Zwecke. Ferner sind die Begriffe Parodie, Karikatur und Pastiche wie oben dargelegt sinnvollerweise unabhängig voneinander zu bestimmen.[993] Gerade im Sinne einer Zweckbestimmung im Dienste der Kunstfreiheit erscheint es daher naheliegend, im Falle des Pastiches auch Zwecke wie die Hommage oder auch Anklänge und Kontraste – also einen gewissen weit verstandenen Dialog – grundsätzlich genügen zu lassen.

cc. Erkennbarkeit

Angesichts dieses Erfordernisses eines gewissen Dialogs mit den entnommenen Werkelementen, stellt sich auch die Frage, welche Rolle die Erkennbarkeit von Werkelementen im Rahmen des Pastiches spielt. So könnte das Erfordernis eines Dialogs – ähnlich dem Zitatrecht – eine Identifikation des älteren Werkes an jedem übernommenen Werkteil erforderlich machen.[994]

Andererseits könnte der Dialog im Falle des Pastiches auch im Sinne eines künstlerischen Dialogs zu verstehen sein, der nicht mit jedem einzelnen übernommenen Werkteil beim Hörer keine geistige Auseinandersetzung ermöglichen muss, sondern in einem generellen Sinne mit dem Nachahmungsobjekt. In diesem Fall wäre der Dialog nicht so zu verstehen, dass er die erkennbare Fremdheit jedes übernommenen Elements verlangt, sondern es müsste lediglich eine überhaupt bestehende künstlerische Auseinandersetzung mit dem nachgeahmten Werk, Künstler oder sonstigen Bezugsobjekt erkennbar sein.[995]

---

992 *Neumann,* Mit fremden Federn, 1927; vgl. oben C.III.1.b.

993 Vgl. oben C.III.2.a.aa.

994 Vgl. in dieser Tendenz GA *Szpunar*, Schlussantr. v. 12. Dezember 2018, C-476/17, ECLI:EU:C:2018:1002, Rn. 64 f., 70 – *Pelham/Hütter*; im Sinne einer „kritische[n] Auseinandersetzung" wohl *Maier,* Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, 62.

995 In dieser Richtung *Stieper*, GRUR 2020, 699, 703: „Die Pastiche steht damit dem Kunst- und Musikzitat nahe, ohne dass es aber der für ein Zitat charakteristischen unveränderten und als fremder Bestandteil erkennbaren Übernahme in das neue

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Für eine erforderliche Identifikation wie im Falle des Zitates spricht zunächst, dass in beiden Fällen eine Interaktion gefordert wird und es *prima facie* unklar ist, weshalb diese Interaktion beim Hörer im Falle des Zitats andere Erfordernisse aufweisen soll als im Bereich des Pastiches.

Dagegen spricht allerdings die unterschiedliche Gewichtung der grundrechtlichen Zielbestimmung. Während im Rahmen des Zitats eher die allgemeine Meinungsfreiheit im Vordergrund steht und die Kunstfreiheit eine geringere Rolle spielt, ist Zielbestimmung des Pastiches vor allem die Kunstfreiheit. Dementsprechend sollte dem Pastiche auch weniger die an einzelnen Übernahmen orientierte Auseinandersetzung entnommen werden, als vielmehr eine Auseinandersetzung in der Gesamtbetrachtung.[996] Ähnlichkeiten bestehen insofern auch zur Parodie, wo die humoristische Auseinandersetzung des Gesamtwerks, nicht aber der Dialog einzelner Werkelemente entscheidend ist.

Dem entspricht es auch, dass einige außerjuristische Pasticheverständnisse den Pastiche so definieren, dass er eine Nachahmung sei, die sich auch selbst offen als Nachahmung zu erkennen gibt.[997] Es überzeugt daher, die erkennbare Auseinandersetzung und Interaktion nur auf diesen Aspekt zu beziehen und so lediglich die erkennbare Distanz zum Ursprungswerk als notwendig anzusehen.

dd. Selbständigkeit

Es wird auch regelmäßig eine Selbständigkeit mit dem neuen Werk einhergehen müssen, da der künstlerische Dialog ohne eigene schöpferische Elemente kaum denkbar ist.[998] Die Benutzung eines Musikstückes darf insofern auch nicht zu einer schlichten Substitution dieses benutzten Musikstückes oder im Wesentlichen unverarbeiteten Einfügung führen. Dafür spricht auch

---

Werk bedarf." Im Widerspruch dazu wird aber das Kriterium der Interaktion aus den Ausführungen des GA *Szpunar*, Schlussantr. v. 12. Dezember 2018, C-476/17, ECLI:EU:C:2018:1002, Rn. 64 f., 70 – *Pelham/Hütter* hergeleitet, wo die Erkennbarkeit als notwendige Folge erachtet wird.

996 Insofern kann auch das Änderungsverbot im Rahmen des Pastiches keine Geltung haben, § 62 Abs. 4a UrhG. Zur Begründung der Aufnahme in den RegE 2021, BT-Drs. 19/27426, 90.

997 Siehe oben C.III.1.c. und die dort schon genannte Definition bei *Dyer,* Pastiche, 2007, 1.

998 *Stieper*, GRUR 2020, 699, 703.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Zielbestimmung der Kunstfreiheit.[999] Die übernommenen Elemente müssen also so im neuen Musikstück verarbeitet sein, dass sie unter neuer schöpferischer Leistung eine hinreichende künstlerische Distanz zum Ursprungswerk wahren.

ee. Zusammenfassung

Der Pastichebegriff kann für das Gros kompilatorischer Werke vor dem Hintergrund des Begriffskerns und der Auslegungsmaßstäbe also nicht die notwendige Interessenabwägung im Sinne einer Kunstschranke leisten (s. aa.).

Im Ergebnis ist es deshalb überzeugender, dass sich der Pastichebegriff auf das Kerncharakteristikum einer Nachahmung bezieht. Da offensichtlich auch nicht jegliche Nachahmung unter einem freizustellenden juristischen Pastichebegriff verstanden werden kann, ist ein künstlerischer Dialog erforderlich. Die Interaktion kann dabei auch in der Gesamtbetrachtung – nicht zwingend in jedem der einzelnen übernommenen Werkteile – desjenigen Gegenstands zum Ausdruck kommen, der als Pastiche in Frage steht (s. bb. und cc.). Dabei ist regelmäßig auch ein neuer Werkcharakter notwendig, der eine Substitutionswirkung des neuen Musikstücks gegenüber dem benutzten Werk ausschließt (s. dd.).

3. Musikalische Anwendungsfälle

Bei all den abstrakten und weitreichenden Definitionswegen stellt sich im musikalischen Kontext die weiterführende Frage: Welche musikalischen Fälle können unter diesen Bedingungen als Pastiche aufgefasst werden?

Offenkundig kann hier keine vollständige Auflistung und Abwägung darüber gegeben werden, welche Musikstücke unter den oben genannten Vorbedingungen als Pastiche gelten müssten. Allerdings erscheint es notwendig, solche musikalischen Werkverwendungen zu untersuchen, an denen sich eine Diskussion um den Pastiche entzündet oder die zumindest in aktuelle Fragestellungen des Pastichebegriffs eingeordnet werden können.

999 Vgl. *Stieper*, GRUR 2020, 699, 703, der die Verknüpfung von Kunstfreiheit und neuem Werkschaffen auch in *EuGH,* Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 35–37, 72 – *Pelham/Hütter* gestützt sieht.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a. Sampling, Mashup, Remix

Nicht zuletzt an der Praxis des vieldiskutierten Samplings schlägt sich das Grundproblem, wie weit Pastiche im konkreten Fall gefasst werden kann, deutlich nieder. Aus musikwissenschaftlicher Perspektive ist die Frage, ob Remix und Sampling als postmoderner „Pastiche" aufgefasst werden können, nicht von höchster Relevanz, da eine reine kategorische Zuordnung inhaltlich keine Konsequenzen hat.[1000] Entsprechend findet sich in der Musikforschung kaum eine systematische Auseinandersetzung mit der Frage, ob eine solche Zuordnung sinnvoll ist oder nicht.[1001]

In einem generalklauselartigen Verständnis von Pastiche wäre letztlich jede Form von Sampling, Mashup oder Remix erfasst, da diese Musikbereiche als Paradebeispiele einer Kombination schutzfähiger Elemente in einem neuen Kontext gelten können. Legt man aber die oben diskutierten und vorzugswürdigen Kriterien zugrunde, wird deutlich, dass Sampling, Mashup oder Remix keinen eindeutigen Unterfall des Pastiches darstellen.

Häufig wird im Rahmen dieser Gestaltungsarten das entnommene Element eines anderen Werkes in einen stilistisch völlig anderen Kontext gesetzt. Das Werk soll regelmäßig nicht an das benutzte Werk erinnern oder es in sonstiger Hinsicht nachahmen.[1002] Es verwendet andere Werke auch teilweise als Steinbruch neuer Klangbausteine.[1003] Dabei werden die Elemente so zusammengesetzt, dass sie etwa im Bereich des Microsamplings eine neue klangliche Grundlage ergeben, auf dem das Musikstück aufbaut.[1004] Das entspricht weder dem Erfordernis einer Imitation noch dem oben dargelegten Werkzweck eines pastichespezifischen Dialoges. Auch umfangreiche übernommene Elemente eines anderen Werkes, die unverarbeitet in das neue Werk eingebunden werden, können nicht als Pastiche gelten, da sie regelmäßig nicht die Selbständigkeit erlangen, die im Rahmen des Pastiches notwendig ist und häufig keinen künstlerischen Dialog eingehen. Versteht

1000 Insofern ist der Pastiche eher ein juristisches Definitionsproblem als ein kommunikatives Problem der Musikwissenschaft. Vgl. entfernt oben Kapitel 1 C.

1001 Vgl. zumindest für die Verwendung des Pastichebegriffs in Teilbereichen: *Döhl*, UFITA 2019, 19, 35.

1002 Siehe auch *Döhl*, UFITA 2019, 19, 31.

1003 Ebd.

1004 Beispielsweise wird im Sachverhalt des Streits um *Metall auf Metall* mit den metallischen Klangelementen, die im sog. „Loop" wiederholt werden, eine neue, stilistisch völlig andere Grundlage für den anschließend hinzugefügten Rap der Hip-Hop-Künstlerin geschaffen..

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

man den Pastiche im Sinne der oben genannten Imitation, sind fremdreferenzielle Musikformen wie Sampling, Mashup oder Remix daher zu einem großen Teil nicht umfasst.[1005] Manche Musikstücke des Hip-Hop mögen konkretere Bezüge zum Autor des gesampelten Werkes aufweisen, und stellen durch die wiederholte Einbindung des Samples in ein neues Musikwerk gerade den künstlerischen Dialog her, den es für einen Pastiche erfordert.[1006] In solchen Fällen ist die Freistellung als Pastiche denkbar. Es eröffnet so auch gegenüber dem vor allem im Umfang und im Dialogerfordernis engeren Zitat andere Freistellungsmöglichkeiten.

b. Musikalischer *User Generated Content*

Weitere Erstreckungsüberlegungen des Pastichebegriffs beziehen sich auf den *User Generated Content (UGC)*, also nutzergenerierte Inhalte, die vor allem im Rahmen der Nutzung digitaler Plattformen eine große Rolle spielen.[1007]

Soziale Medien und einfache digitale Verbreitungskanäle führen zu einem beträchtlichen Anteil an täglichem kreativem Schaffen nutzergenerierter Inhalte und führen dazu, dass der begriffliche Rahmen angesichts der vielen unterschiedlichen Bereiche extrem weit zu ziehen ist.

1005 A.A. *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 679 ff., der Imitationen auch im Bereich von Remixen annimmt, dabei aber nicht stets zwischen Referenz und Imitation unterscheidet (680).

1006 Ein Beispiel im letzten Sinne ist etwa das Werk „Gold Digger", das durch den US-amerikanischen Hip-Hop-Künstler *Kanye West* bekannt wurde. Dort wird eine Gesangsstelle des Musikers *Ray Charles* in fortwährender Wiederholung verwendet. Das Werk unterscheidet sich in der Verwendung dieses Samples gerade stilistisch deutlich vom gesampelten Musikstück „I Got a Woman" und zielt auch nicht darauf ab dessen Stil nachzuahmen. Stattdessen wird die gesampelte Stelle in einen neuen künstlerischen Kontext gesetzt.

1007 In einem synonymen Sinne wird teilweise auch der Begriff *user-created content (UCC)* verwandt, OECD, DSTI/ICCP/IE(2006)7/FINAL, URL: https://www.oecd.org/sti/38393115.pdf (Abrufdatum: 24. August 2022). In einem breiteren Sinne ist der Begriff *user-uploaded Content (UUC)* zu verstehen, der auch solche Inhalte erfasst, die nicht vom Nutzer erstellt oder bearbeitet wurden, sondern jegliche Inhalte, die von Nutzern auf Plattformen geladen werden, *Holzmüller*, ZUM 2017, 301; *Houareau*, in: *Moser/Scheuermann/Drücke* (Hrsg.), Handbuch der Musikwirtschaft, 7. Aufl. 2018, § 52. Strategien zur Durchsetzung von Urheber- und Leistungsschutzrechten im Internet Rn. 60.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eine grobe Bestimmung anhand dreier Merkmale wurde 2006 von der OECD vorgeschlagen und wird häufiger rezipiert.[1008] Danach bedarf es einer Veröffentlichung („*publication requirement*"), einer kreativen Leistung („*creative effort*") und das Endprodukt sollte ohne professionelle Routine und Praxis entstanden sein („*creation outside of professional routines and practises*").[1009] Die drei Merkmale, insbesondere das letzte, sind nicht im Sinne harter Ausschlusskriterien zu verstehen, sondern dienen eher der groben Erfassung dessen, was als *UGC* verstanden werden kann.

UGC erfasst hiernach auch einen großen Bereich, der ersichtlich nichts mit Nachahmungskunst, neuer kreativer Zusammenstellung von Werkteilen oder sonstigen Pasticheverständnissen zu tun hat, sondern auch komplett neue Kompositionen oder sonstige weitgehend kreative Nutzerinhalte betrifft.[1010]

Jedenfalls im Bereich der *Fan Fiction,* die so aber kaum im musikalischen Bereich vorkommt, ergeben sich selbständige Imitationen, die in einen Dialog mit dem Ursprungswerk treten, weshalb dieser Bereich – der in der Musik maximal im Bereich der Hommage eine Rolle spielt – als Pastiche im Rechtssinne einzuordnen ist.[1011] Das teilweise auch im Kontext von *UGC* besprochene musikalische Sampling[1012] dürfte gerade im Bereich des *UGC*-Merkmals eines nicht professionellen – oft auch nicht kommerziellen – Inhalts von untergeordneter praktischer Bedeutung sein. Gerade der Gedanke der Kommerzialisierung trägt dazu bei, dass *UGC* in der Argumentation vieler privilegiert behandelt werden soll. Ein Kommerzialisierungsgedanke spiegelt sich aber im Begriff des Pastiches nicht wider.

1008 OECD, DSTI/ICCP/IE(2006)7/FINAL, URL: https://www.oecd.org/sti/38393115.pdf (Abrufdatum: 24. August 2022), 8. Siehe auch *Senftleben,* in: *Aplin* (Hrsg.), Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies, 136, 139 f. In wettbewerbsrechtlichem Kontext: *Frank*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, 5. Aufl. 2021, UWG, § 5a Rn. 376; Kritisch: *Wimmers/Barudi*, GRUR 2017, 327, 336 Fn. 122.

1009 OECD, DSTI/ICCP/IE(2006)7/FINAL, URL: https://www.oecd.org/sti/38393115.pdf (Abrufdatum: 24. August 2022), 8.

1010 Siehe für den Bereich der rein nutzergenerierten musikalischen Inhalte etwa *Lee*, University of Illinois Law Review 2008, 1459, 1507. Insofern ist ein Konzept, das den *UGC* bei Verhinderung weitgehender Uploadfilter ganzheitlich erfasst, eher im Bereich klarer und quantitativ bestimmbarer Beschränkungskonzepte denkbar. Vgl. insofern im Zusammenhang mit der Haftung von Diensteanbietern: § 10 UrhDaG.

1011 *Stieper*, AfP 2015, 301; vgl. auch differenzierend *Kocatepe,* Recht auf Referenz?, 2022, 231, 346 ff.

1012 Siehe *Lee*, University of Illinois Law Review 2008, 1459, 1510 f.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Pastiche wird, wie oben gezeigt, auch noch weiter dort als relevant vorgeschlagen, wo schlicht eine „Kombination von unterschiedlichem Quellmaterial mit eigenen Nutzerbeiträgen" vorliegt.[1013] Das beträfe auch die Kombination eigenen Bildmaterials mit fremdem Tonmaterial wie sie etwa verbreitet auf Plattformen wie *TikTok* oder *YouTube* zu finden sind und würde auch einfachere Kompositionen und musikalische Kompilationen erfassen, die Nutzer am heimischen Computer erstellen. Einem solch weiten Verständnis ist unter den oben genannten Gesichtspunkten aber nicht zuzustimmen.[1014] Für schlichte musikalische Kompilationen ist unter den oben genannten Kriterien wenig Platz. Der erforderliche Dialog und die Selbständigkeit des neuen Werkes gegenüber dem vorherigen verlangt häufig einen solchen Grad musikalisch-kreativer Arbeit, den das außerhalb professioneller Routine und Praxis entstehende Musikschaffen nicht immer leisten kann. Im häufigen Fall der Verwendung von Musik als Hintergrundmusik für unterschiedliche nutzergenerierte Videos fehlt es bereits im Gros der Fälle an einer hinreichenden Interaktion mit der Musik.[1015] Diese Nutzung zu reinen Ausschmückungszwecken geht über den Regelungsbereich des Pastiches hinaus.[1016] Der Anwendungsbereich für Pastiches im Falle von musikalischem *UGC* ist deshalb gering, sofern nicht einer Auffassung gefolgt wird, die den oben genannten methodischen Problemen begegnet.

Allerdings wird einer insofern fehlenden Flexibilität für musikalischen *UGC* zumindest dadurch begegnet, als dass gerade dieser Bereich von den besonderen Vermutungsregeln des Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes (UrhDaG) profitieren dürfte (vgl. insb. §§ 9 Abs. 2, 10 UrhDaG).[1017] Das kann zwar nicht als neue Form der freien Benutzung oder als deren Ersatz betrachtet werden, denn die Regelung schafft oder definiert keine eigenen Freiräume, sie kann aber darauf hinwirken, dass bestehende Freiräume für kreative Benutzungen faktisch umsetzbar sind.

1013 *Senftleben*, ZUM 2019, 369, 374; Vgl. auch *Senftleben,* in: *Aplin* (Hrsg.), Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies, 136, 161. Kritisch: *Stieper*, GRUR 2020, 699, 703 f.

1014 *Stieper*, GRUR 2020, 792, 796 f.

1015 Ebd.

1016 Ebd.

1017 Zum Vorschlag derartiger Vermutungsregeln schon *Hilty/Kaiser/Moscon/Richter/Stumpf/Sutterer,* Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 2. September 2020, URL: https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/Stellungnahme_UrhDaG_Referententwurf_MPI.pdf (Abrufdatum: 24. August 2022), a.E.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. Soundalikes

Ein Bereich des Musikschaffens, der in der Diskussion um den Pastichebegriff bislang weniger Berücksichtigung fand, ist das Erstellen sogenannter Soundalikes. Hierbei handelt es sich um Musikstücke, die in ihrem Höreindruck eine größtmögliche Ähnlichkeit zu einem bestimmten Original anstreben, aber dabei keine Rechtsverletzung darstellen sollen, um – etwa im Werbebereich – Lizenzen einzusparen oder Verwendungsverbote zu umgehen.[1018] Der Soundalike kann daher als klassischer Fall einer Imitation bzw. Nachahmung gelten.

Zwar ist es kaum ein Anliegen im Diskurs um einen weiten Pastichebegriff, auch derartige Soundalikes urheberrechtlich freizustellen, allerdings kommen sie mit Blick auf die dort hauptsächlich erwogenen Kriterien unweigerlich ins Spiel. Insbesondere vor dem Hintergrund einer Missbrauchsgefahr der Schranke müssen sie berücksichtigt werden.[1019]

Angesichts der gegenwärtigen Rechtslage liegt das Ziel nicht selten darin, eine Qualifizierung als Vervielfältigung oder Bearbeitung zu vermeiden. Es ist jedoch nur schwerlich vorstellbar, dass der erstrebte gleiche Höreindruck zum Original nicht objektiv an konkreten zur Originalität beitragenden Parametern festgemacht werden kann, die übernommen wurden. Dementsprechend kommt es auch dort häufig zur Vervielfältigung oder Bearbeitung, was allerdings im Prozess nicht immer einfach feststellbar sein mag.

Der Pastiche als weiter Begriff verstanden, der die Übernahme konkreter Elemente erlaubt und lediglich eine imitative Vorgehensweise erfordern würde, gäbe in diesem Bereich weitgehende Freiheiten. Das engere Verständnis würde Soundalikes aber zumeist nicht erfassen, da in den dortigen Fällen die Nachahmung nicht offen zu Tage tritt und entsprechend auch zumeist kein erkennbarer Dialog mit dem verwendeten Werk erfolgen kann. Die Abgrenzung kann jedoch angesichts des weichen Kriteriums eines erkennbaren Dialogs in Einzelfällen auch bei einem engen Pastichebegriff problematisch sein.

1018 *Strötgen,* in: *Moormann* (Hrsg.), Musik im Fernsehen. Sendeformen und Gestaltungsprinzipien, 105, 111 f.; siehe auch *Czychowski*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 9 Die Werkarten Rn. 121.

1019 Generell auf die hohe Missbrauchsgefahr hinweisend: *Gabler,* Die urheberrechtliche Drittnutzung, 2018, 224; *Stieper*, AfP 2015, 301, 305.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4. Der Pastiche als neue freie Benutzung in musikalisch-kreativer Bearbeitung?

Den weiten Pastichebegriff nach dem Vorbild der neuerlichen generalisierenden Begriffsbildung auf den juristischen Pastiche zu übertragen, hat seinen Charme im Ausgleich eines Flexibilitätsproblems der Schrankenregelung.[1020] Allerdings stößt eine Orientierung an diesem Begriffsverständnis vor allem auf die zwei oben erörterten Probleme.

Zum einen ist mit einer einfachen Übertragung das Grundproblem nicht gelöst: Auch der Begriff bei *Dyer*, *Hoesterey* oder *Fletcher* enthält keine geeignete Interessenabwägung, sondern müsste konsequenterweise sogar in großem Maße weniger privilegierungswürdige Formen der Benutzung in der Musik wie etwa Soundalikes erfassen. Die dortigen Abhandlungen orientieren sich an kunstwissenschaftlichen Begriffsbildungen und Erörterungen, nicht an juristischer Auslegung oder einem Interessenausgleich.

Zum zweiten gibt der Pastiche dieses weite Begriffsverständnis nach einer juristischen Auslegungsmethode der Richtlinienbegriffe auch gar nicht her. Besonders vor dem Hintergrund der bisherigen Auslegungspraxis des EuGH, eine Eingrenzung der Auslegungsgrenzen nach dem „gewöhnlichen Sprachgebrauch" vorzunehmen, erscheint es unrealistisch, den Pastiche als eine Art urheberrechtliche Kunstschranke zu verstehen. Einen älteren Gattungsbegriff, wie den Pastiche, zum Einfallstor juristischer Freistellung eines Großteils kreativer Werkbenutzungen zu machen, nur weil die seltene Verwendung über Jahre hinweg sehr unterschiedliche kleine Teilbereiche erfasste, entspricht nur bedingt einer methodenehrlichen Auslegung, sondern stellt eher eine hier schwerlich begründbare Rechtsfortbildung dar.[1021] Man wird sich im Rahmen des Pastiches daher auf einen engeren Anwendungsbereich beschränken müssen.

Auch die oben benannte selbständige Imitation unter dem Zweck des künstlerischen Dialogs, die ihren imitativen Charakter offenlegt, kann aber ihren Teil zum Interessenausgleich zwischen kunstfreiheitlich fundierten Interessen und den Interessen von Schutzrechtsinhabern beitragen. Sie ergänzt

1020 Zum Flexibilitätsproblem siehe eingängig: *Kaiser/Scheuerer*, GRUR Int. 2019, 1153; *Senftleben*, IIC 2020, 751. Nicht zuletzt dadurch dürfte auch die erst in jüngerer Zeit stärker diskutierte Bedeutung des Pastiches zu erklären sein.

1021 Schon eine für eine Analogie zu fordernde planwidrige Regelungslücke ist angesichts des insgesamt eng gewählten Ansatzes von Art. 5 InfoSoc-Richtlinie nicht erkennbar. Vgl. in methodischer Hinsicht: *Metzger,* in: *Leistner* (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, 101.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die starr gefassten Schranken des Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie und § 51a UrhG durch den zweckoffeneren künstlerischen Dialog neben den Freistellungen der Parodie zu humoristisch-kritischen Zwecken. Damit reiht er sich letztlich in das ein, was vormals im Rahmen von § 24 Abs. 1 UrhG a.F. noch als Bestandteil des „inneren Abstands" verstanden werden konnte.[1022] Zumindest Teile neuer Kunstformen werden erfasst, wie bestimmte Fälle von Sampling und Mashup.[1023] Andererseits werden aber auch viele Bereiche, wie Soundalikes oder auch viele kreativ gestaltete Mashups, gegenüber einem weit verstandenen Pastiche von der Freistellung ausgenommen.

Der Begriff Pastiche, wie er hier verstanden wird, ist als Ausgangspunkt für die Lösung neuerer musikalischer Urheberrechtsprobleme daher in manchen Fällen geeignet, in vielen aber auch nicht. Eine Pasticheschranke ist damit jedenfalls keine umfassende Abwägungsnorm für musikalisch-kreative Verwendungen fremder Werke.

IV. Freie Benutzung in einer Sackgasse der Schrankenbestimmungen?

Die Erörterungen zeigen, dass die Diskussionen um eine freie Benutzung im weiteren Sinne zumindest teilweise in den Bestimmungen der Schrankennormen aufgehen. Während die Parodie, die schon seit langem von § 24 Abs. 1 UrhG a.F. erfasst wurde, eine kleinere Rolle im musikalischen Schaffen spielt, zeigen Zitat und Pastiche einige Anwendungsmöglichkeiten.

Dabei ist unweigerlich an das bisherige Kriterium des inneren Abstands zu denken, wenn in allen hier besprochenen Bereichen eine Interaktion oder ein Dialog mit übernommenen Werkteilen bzw. Werken erforderlich ist. Gerade in diesem Dialog wird schließlich die Distanz zum benutzten Werk gewahrt, die zuvor als hinreichend für eine in § 24 Abs. 1 UrhG a.F. genannte Selbständigkeit galt.[1024]

Warum dies aber in der Formulierung bestimmter Gattungsbegriffe wie Parodie oder Pastiche geschieht, erschließt sich rechtspolitisch nur bedingt.

1022 *Ohly*, GRUR 2017, 964, 969; *Schulze*, GRUR 2020, 128, 133; *Stieper*, GRUR 2020, 699, 705 ff. Dem nicht folgend, dann aber mit magerer Begründung: *BGH* GRUR 2020, 843, Rn. 65 – *Metall auf Metall IV*.

1023 Siehe auch schon in ähnlichem Sinne *Stieper*, GRUR 2020, 792, 796.

1024 Insofern ist es inkonsequent, dass der BGH zwar einen inneren Abstand voraussetzt, aber diesen nur in den parodistischen Zwecken von Humor oder Verspottung annahm, *BGH* GRUR 2020, 843, Rn. 65 – *Metall auf Metall IV*. Vgl. *Ohly*, GRUR 2017, 964, 969; *Schulze*, GRUR 2020, 128, 133; *Stieper*, GRUR 2020, 699, 705 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das kann im Sinne einer methodisch sauberen Auslegung zwar kaum dazu führen, dass man die Merkmale der jeweiligen Gattung schlicht unberücksichtigt lässt.[1025] Es sollte aber zumindest für die Gesetzgebung zu bedenken geben, ob es mit Blick auf die teils ungerechtfertigte kulturelle Privilegierung einzelner Gattungen nicht sinnvoller wäre, Gattungsbegriffe in den Schranken außen vor zu lassen. Der flexiblen Interessenabwägung wäre wohl eher genüge getan, wenn die dahinterstehenden Kriterien, die den jeweiligen Interessenausgleich bewerkstelligen, explizit – also durch Aufnahme in den Normtext – ins Zentrum gerückt würden. Insofern kommen etwa Zwecke einer geistigen Auseinandersetzung, ein gewisser Grad der Identifizierbarkeit, aber auch das in § 24 Abs. 1 UrhG a.F. genannte Kriterium des selbständigen Werkes in Betracht.[1026]

Um auf die eingangs in diesem Abschnitt formulierte Ausgangsfrage zurückzukommen:[1027] Die freie Benutzung befindet sich im Bereich eines auf selbständiges Werkschaffen angelegten Musikschaffens also tatsächlich in einer gewissen Sackgasse.[1028] Diese Sackgasse hat zwar durch Zitat und Pastiche bereits eine gewisse Ausdehnung erlebt, findet aber ihre Grenzen in den festgelegten Vorgaben des Art. 5 InfoSoc-Richtlinie und insbesondere den nur gattungsmäßig privilegierten Kunstformen aus § 51a UrhG, Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie und Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 DSM-Richtlinie.

Die gesetzgeberische Aufgabe, das Urheberrecht langfristig aus der oben beschriebenen Sackgasse herauszuführen, liegt indes wohl nicht mehr beim deutschen Gesetzgeber, sondern muss auf Ebene der Europäischen Union gelöst werden.

1025 Siehe C.III.2.b.aa.

1026 Überdies hat der deutsche Gesetzgeber mit der Vermutungsregel in § 9 Abs. 2 i.V.m. § 10 UrhDaG sowie durch Vergütungs- (§ 12 UrhDaG) und Beschwerdeverfahrensvorschriften (§§ 13 ff. UrhDaG) die Möglichkeiten aufgezeigt, darauf hinzuwirken, dass bestehende Freiräumen für kreative Benutzungen fremder Werke auch tatsächlich genutzt werden können. Das bleibt aber zum einen vorerst auf die Nutzung von Online-Diensten beschränkt und zum anderen – ungeachtet der faktischen Auswirkung, die eine solche Regelung haben mag – ohne *rechtliche* Auswirkung für die Bearbeitungsgrenzen oder den Schrankenumfang selbst.

1027 Siehe oben einleitend zu C.

1028 Auch nach neuerlichen Ausdehnungen mancher Schranken ist also das von *Hilty/Senftleben*, in: *Dreier/Hilty* (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, 317, 326 ff.; *Kaiser/Scheuerer*, GRUR Int. 2019, 1153; *Senftleben*, IIC 2020, 751 hervorgehobene Grundproblem eingeschränkter Flexibilität eines Interessenausgleichs auf Schrankenebene kaum als gelöst zu betrachten.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 4 – Reprise, Coda und Schlussakkord

A. Résumé

In einem seiner letzten Interviews antwortete einer der berühmtesten Komponisten des 20. Jahrhunderts, *Leonard Bernstein*, auf die Frage, ob es so etwas wie einen „*classy unconscious steal*" (also einen stilvollen unbewussten Diebstahl) von fremder Musik gebe: „*If you're a good composer you steal good steals*".[1029]

So humorvoll die Aussage gemeint sein mag, bringt sie doch auf besonders plakative Weise die fundamentale Erkenntnis auf den Punkt, die am Anfang der hier vorgenommenen Untersuchung stand: kreatives Schaffen in der Musik baut stets auf anderem kreativem Schaffen auf. Die Benutzung ist einer der Grundbausteine des Musikschaffens. Auf die Frage, wo die Freiheit der Benutzung im Einzelnen endet, kann nur eine differenzierte Antwort gegeben werden, die sich nicht einfach an wenigen Schlagworten oder quantitativen Grenzen messen lässt. Diese differenzierte Antwort schlägt sich, wie gezeigt, auf ganz unterschiedlichen Ebenen der urheberrechtlichen Verletzungsprüfung nieder.

Die erste Grundfrage der freien Benutzung ist, ob überhaupt ein geschütztes Element benutzt wird (Kapitel 2). Selbst wenn ein benutztes Musikstück als Ganzes schutzfähig ist, bleibt zu klären, ob auch die konkret übernommenen Elemente für sich genommen schutzfähig sind. Die Originalität leistet als Hauptkriterium dieser Frage die Abgrenzung zu solchen Elementen, die urheberrechtlich stets frei benutzt werden können (Kapitel 2 A.). Das betrifft insbesondere den musikalischen Formenschatz, bei dem jedoch entgegen der überwiegenden Meinung objektive Feststellungskriterien interessengerechter erscheinen als subjektive. Die Ideen- und Inhaltsfreiheit als weitere Konzepte der urheberrechtlichen Untersuchung von Schutzfähigkeit sind in der Musik nicht zielführend (Kapitel 2 C.).

In einem zweiten Schritt (Kapitel 3) ist danach zu fragen, ob der Bestandteil, auf den zurückgegriffen werden soll, im neuen Werk wiedererkennbar ist und so regelmäßig keinen hinreichenden Abstand einhalten würde. Dafür ist es nach hier vertretener Auffassung vor allem relevant, ob der Bestandteil

1029 *Cott,* Dinner with Lenny, 2013, 35.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch bei durchschnittlichen Hörern eine Bedeutung für den Höreindruck hat (Kapitel 3 A. und B.) – und zwar über die Frage der objektiven Übernahme und subjektiven – zumindest aber unbewussten – Entlehnung hinaus. Gerade stark verarbeitende Verwendungen, die nicht auf eine erkennbare Inspiration oder Interaktion mit dem älteren Werk setzen, können in diesem Zusammenhang frei bleiben.

Sollte aber eine wiedererkennbare Einfügung vorliegen, dann kann die Benutzung weiterhin frei sein, wenn sich diese erkennbare Verwendung in einer der freigestellten künstlerischen Fallgestaltungen zeigt (Kapitel 3 C.). Das ursprünglich in § 24 Abs. 1 UrhG a.F. verortete Kriterium des inneren Abstands geht nun teilweise in diesen Schrankenregelungen auf. Wenn nicht gerade einer der seltenen Fälle von musikalisch ausgedrücktem Humor vorliegt, kommen für das verarbeitende Musikschaffen regelmäßig zwei Schranken in Betracht: zum einen der künstlerische Dialog im Zusammenhang mit einem konkret entnommenen Ausschnitt im Rahmen des Zitates oder der künstlerische Dialog mit dem Gesamtzusammenhang eines Werkes im Rahmen des Pastiches.

In konsequenter Reaktion auf die unionsrechtlichen Implikationen und Inkonsistenzen des § 24 UrhG a.F. mit der InfoSoc-Richtlinie wurde § 24 UrhG a.F. gestrichen, § 23 UrhG neu gefasst und neue Schrankenbegriffe wurden ausdrücklich in das UrhG aufgenommen.[1030] Damit ist zu erwarten, dass sich die unionsrechtlichen Einflüsse zukünftig auch in der Gesetzessystematik des UrhG stärker widerspiegeln werden.

Dass die Abwägung von Urheberrechtsverletzungen bei Musikstücken, die fremde Werkelemente wiedererkennbar verarbeiten, nicht mehr auf Ebene des Schutzbereiches stattfinden soll, führt wohl formell zu einer Entflexibilisierung des Urheberrechts. Fragen, die zuvor im Rahmen des offenen Tatbestandes von § 24 UrhG a.F. abgehandelt wurden, sind nun in einigen Fällen auf den unionsrechtlich begrenzten Schrankenbereich verwiesen.

Blickt man aus Sicht der künstlerischen Praxis auf diese neu zu verstehende freie Benutzung im weiteren Sinne, zeigt sich, dass die Begründung für freies kreatives Schaffen großen Änderungen unterliegt. Das ist insbesondere im Anwendungsbereich der neuen Pasticheschranke oder des immer stärker ausgeweiteten Zitatrechts der Fall. Mit dem gegenwärtigen Verständnis der Wiedererkennbarkeit des BGH scheint sich auch eine strengere Abwägung im

1030 Vgl. die Begründung des RegE 2021 hinsichtlich dieser Entwicklung, BT-Drs. 19/27426 78 ff., 89 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rahmen der Schutzbereichsgrenzen durchzusetzen, obgleich das nach hier vertretener Auffassung weder zwingend noch erstrebenswert ist. Ob diese Änderungen schon als „Systemwechsel" – weg vom Verblassen und hin zu einem „Gebot der Interaktion" – verstanden werden können, ist allerdings fraglich.[1031] Die alte Rechtslage schien mit ihrem Dogma, nicht nur bei einem äußeren, sondern auch bei einem inneren Abstand die Benutzung freistellen zu wollen, eigentlich stärker dem allgemeinen Gedanken der Interaktion zugeneigt als die neue Rechtslage.

Wünschenswert wäre es, dass sich solche Schranken, die dem Ziel der Verwirklichung von Kunstfreiheit dienen, in Zukunft nicht an Gattungsbegriffen wie Pastiche oder Parodie orientieren. Dort, wo allgemeine künstlerische Praktiken privilegiert werden müssen, sollten die maßgeblichen Kriterien benannt und nicht in Gattungsbegriffen versteckt werden. Das schließt weite, generalklauselartige Normen nicht aus. Gerade solche Normen sind aber darauf angewiesen, dass ihre Abwägungsmaßstäbe deutlich hervortreten und nicht etwa hinter dem Schleier eines Pastichebegriffs verhüllt bleiben. Nicht zuletzt wäre das auch im Sinne eines Urheberrechts, das auf präzisem Interessenausgleich und auf der ästhetisch neutralen Gleichbehandlung unterschiedlicher Werkgattungen aufbaut.

Die neue Aufteilung des Regelungsgehalts von § 24 UrhG a.F. auf Schutzbereich und Schrankenbereich bietet allerdings auch große Vorteile: Während im Rahmen einer „freien Benutzung" als Schutzbereichsregelung manche gesetzestechnischen Ausgleichsmechanismen, wie gesetzliche Vergütungspflichten, schon wegen der fehlenden Differenzierung innerhalb von § 24 UrhG a.F. schwer realisierbar waren,[1032] können nun auch Vergütungskonzepte präzise an gewisse Interessenlagen und Schrankenregelungen angepasst werden.[1033]

Bei der Schaffung neuer Schranken oder auch der breiteren Interpretation jetziger Schranken im Zusammenhang mit der gebotenen kunstspezifischen Betrachtung bieten sich solche Vergütungspflichten an.[1034] Sie steigern ei-

1031 Diesen Systemwechsel annehmend *Döhl*, UFITA 2020, 236.

1032 Insofern war der Hinweis in *BVerfG* BVerfGE 142, 74, Rn. 80 – *Sampling* zwar im Rahmen der Interessenlage nicht unangemessen, aber gesetzestechnisch schwierig umsetzbar.

1033 Siehe erste Ansätze zu Differenzierungsmöglichkeiten nun bei *Hilty*, in: *Fischer u.a.* (Hrsg.), FS Dreier, 445.

1034 Siehe *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1015; vgl. auch die Ansätze bei *Quintais,* Copyright in the Age of Online Access, 2017; *Senftleben*, ZUM 2019, 369, 373; kritisch *Stieper*, GRUR 2020, 792, 795. Vgl. eingehend zu Vergütungsüberlegungen bei kreativen

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nerseits die Möglichkeiten des kreativen fremdreferenziellen Schaffens und schließen andererseits die Interessen des Urhebers benutzter Werke mit ein. Vielleicht können sich so in Zukunft die Urheber benutzter Werke und die kreativen Benutzer beide am Klang einer neuen freien – wenn auch nicht mehr kostenlosen – Benutzung erfreuen.

B. Zusammenfassung in Thesen

- Der Grundgedanke der freien Benutzung, dass kulturelles Schaffen auf anderem kulturellen Schaffen aufbaut, führt auf zwei unterschiedliche Weisen zu urheberrechtlichen Freiheiten: Zum einen bleiben gewisse Werkelemente generell frei benutzbar, zum anderen werden bestimmte Nutzungsformen – bei der Abgrenzung des Schutzumfangs oder durch Schranken – privilegiert.
- Werkbezogene Freiheiten entscheiden sich anhand der Schutzfähigkeitskriterien. Den Gedanken, dass gewisses kulturelles Schaffen generell frei bleiben muss, sollen insbesondere die Kriterien von Originalität und Ideen- bzw. Inhaltsfreiheit zum Ausdruck bringen.
- Der musikalische Schutzgegenstand, an dem die Schutzfähigkeitskriterien untersucht werden können, ist nicht nur in ganzen Musikstücken oder gar größeren Opera zu suchen. Vor dem Hintergrund des Werkteileschutzes kann auch die Schutzfähigkeit einzelner Elemente eines Musikstückes gegeben sein oder sich aus einem Zusammenspiel unterschiedlicher musikalischer Parameter ergeben.
- Das Verständnis von Originalität kann sich je nach Perspektive auf den Untersuchungsgegenstand unterscheiden. Auf Musik bezogen bestehen im Wesentlichen drei Betrachtungsweisen: Es kann auf den Entstehungsprozess eines Musikstücks, auf das Musikstück selbst oder auf die Wirkung eines Musikstückes geblickt werden. Die Betrachtungsweisen schließen sich zwar in Einzelfragen nicht gegenseitig aus, es können aber bei den ver-

---

Werkverwendungen *Hilty*, in: *Fischer u.a.* (Hrsg.), FS Dreier, 445. Im Zusammenhang mit solchen flexiblen Ausgleichsmechanismen ist auch zu erwägen, ob das Zitatrecht weiterhin einheitlich wissenschaftliche oder journalistische Zitate mit einem Belegzweck und künstlerische Zitate wie das Musikzitat erfassen sollte. Denn während eine gesetzliche Vergütung von Zitaten mit Belegzwecken wohl eher dysfunktional wäre, besteht im Bereich des künstlerisch motivierten Musikzitats eine anders gelagerte Interessenverteilung. Die große Nähe zum Pastiche und im Einzelfall kaum lösbare Abgrenzungsprobleme ließen es nur konsequent erscheinen, Pastiche und Musikzitat gleich zu behandeln.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tretenen Ansichten zumindest unterschiedliche Schwerpunktsetzungen beobachtet werden. Der EuGH setzt eher den Entstehungsprozess ins Zentrum, der BGH stärker die Wirkung des Werkes. Teile der Literatur blicken hingegen vor allem auf das Werk als solches.

- Zur Beurteilung von Einzelfällen in der Musik sind häufig Kriterien entscheidend, die definieren, welche Elemente *nicht* originell sind. Nach der deutschen Rechtsprechung sollen solche musikalischen Elemente vom Schutz ausgeschlossen sein, die auf Kompositionslehren beruhen. Das ist vor dem Hintergrund einer kaum möglichen objektiven und universalgültigen Feststellbarkeit solcher Kompositionslehren fragwürdig.
- Ein weiteres negatives Abgrenzungskriterien zur Originalität stellt der musikalische Formenschatz dar. Dessen Bestimmung läuft jedoch Gefahr, durch subjektive und musikethnologisch sehr unterschiedliche Prägungen beeinflusst zu werden. Der musikalische Formenschatz sollte daher nach historischen und damit objektiven Kriterien bestimmt werden. Hieraus folgt auch eine vorzugswürdige objektive Neuheit im Bereich der Schutzfähigkeitsbeurteilung. Weder die subjektive Perspektive nach der Entscheidungsfreiheit, wie vom EuGH in der Tendenz präferiert, noch die Neuheitsvorstellung des BGH sind bei der Bestimmung eines musikalischen Formenschatzes praktikabler, wertneutraler und interessengerechter.
- Ideen- und Inhaltsfreiheit verstehen sich als weitere Konzepte, die den Grundgedanken aufgreifen, dass manche Werkelemente nicht monopolisiert werden sollen. Eine scharfe Unterscheidbarkeit von Ideenfreiheit und Inhaltsfreiheit ist kaum möglich. Dennoch gilt das Konzept der Inhaltsfreiheit als weitgehend überholt, während sich der Grundsatz, dass Ideen frei bleiben müssen, vor allem in Argumentationen zum unionsrechtlichen Werkbegriff im Vordringen befindet.
- Der Ursprung von Ideen- und Inhaltsfreiheit liegt in Freihaltebedürfnissen, die für bestimmte „Ideen" oder „Inhalte" – zumeist Schriftwerke betreffend – bestehen. Die jeweilige Unterscheidung von Idee und Ausdrucksform oder Inhalt und Form war weder in der frühen Rechtsprechung des US-amerikanischen *Supreme Courts* noch in den Schriften *Kohlers* als Grundregel für sämtliche Werke vorgesehen.
- Auch in der Musik können grundsätzlich Ideen oder Inhalte festgestellt werden, etwa in musikalisch provozierten Assoziationen oder nach einem weiten Verständnis sogar in musikalischen Abstraktionen. Für die musikalischen Bestandteile, die als Ideen oder Inhalte bezeichnet werden können, besteht aber kein spezifisches Freihaltebedürfnis. Idee und Ausdruck sowie

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Form und Inhalt sind als Unterscheidungskriterium für die Beurteilung der Schutzfähigkeit von musikalischen Werken daher ungeeignet.

- Es ist vor diesem Hintergrund zweifelhaft, die Form-Inhalt-Unterscheidung oder auch die Dichotomie von Idee und Ausdrucksform als universalgültige urheberrechtliche Grundsätze zu verstehen. Das Beispiel des musikalischen Schutzgegenstands legt nahe, dass eine Verallgemeinerung des Konzepts, Ideen und Inhalte frei zu halten, nicht interessengerecht ist, sondern dass Freihaltebedürfnisse für bestimmte Ideen oder Inhalte auch nur für spezifische Interessenkonstellationen zu regeln sind.
- § 24 UrhG a.F. zielte seiner Systematik entsprechend vor allem auf die Bestimmung des Schutzbereichs im Rahmen der §§ 15 ff. UrhG ab. Dabei unterschied § 24 UrhG a.F. im Bereich der Musik zwischen Regeln für Melodien (Abs. 2) und Regeln für übrige Werkteile (Abs. 1).
- Aus § 24 Abs. 1 UrhG a.F. konnte sich keine klare und widerspruchsfreie Linie der Auslegung ergeben. Drei Begriffe, Selbständigkeit, Abstand und Verblassen, dominierten zwar die inhaltliche Diskussion, wurden in der Rechtsprechung aber effektiv gleichgesetzt.
- Demgegenüber wies der besondere Melodienschutz nach § 24 Abs. 2 UrhG a.F. klarere Kriterien auf. Eine Sonderbehandlung der Melodie ist aber weder ökonomisch noch persönlichkeitsrechtlich rechtfertigbar. Ihr Fortbestehen bis 2021 erklärt sich vor allem aus historischen, aber nicht mehr überzeugenden Gründen der Rechtssicherheit. Den besonderen Melodienschutz zu streichen und die Melodie nun gem. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG wie andere Werkteile zu behandeln erscheint vor diesem Hintergrund interessengerecht.
- An die Stelle des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. trat – abgesehen von der Überführung einzelner Regelungsgegenstände in den Schrankenbereich – § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG. Diese Norm bestimmt, dass ein Werk dann aus dem Schutzbereich eines alten Werkes heraustritt, wenn es einen hinreichenden Abstand einhält. Dieser Begriff des Abstands ist aber nicht im Sinne eines vormals teilweise beschriebenen „inneren" Abstands zu verstehen, sondern lediglich als „äußerer" Abstand auszulegen.
- Zur weiteren Bestimmung dieses Schutzbereiches ist auch das Unionsrecht relevant: Das unionsrechtliche Verständnis von Benutzung, das etwa im Vervielfältigungsbegriff zum Ausdruck kommt, ist vor dem Hintergrund des Teileschutzes und der bisherigen Rechtsprechungsentwicklung weit zu verstehen. Deshalb werden die Grenzen der Bearbeitung faktisch unionsrechtlich mitbestimmt. Das gilt zwar nur im Rahmen der Anwendung von

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

EU-Richtlinien, betrifft aber wegen des umfangreichen Anwendungsbereichs der InfoSoc-Richtlinie das Gros der möglichen Fallkonstellationen.

- Ausschlaggebend für eine unionsrechtskonforme Abgrenzung des Schutzbereiches ist das Kriterium der Wiedererkennbarkeit. Um dem Kriterium überhaupt eine Bedeutung beizumessen und es insbesondere für den Ausgleich der ökonomischen Interessen fruchtbar zu machen, sollte die Wiedererkennbarkeit ähnlich dem Kriterium des Verblassens verstanden werden. Daher sollte die Wiedererkennbarkeit im musikalischen Bereich danach beurteilt werden, wie ein unvoreingenommener Durchschnittshörer beim erstmaligen Anhören die Erkennbarkeit beurteilt. Um eine Differenzierung zwischen den tatsächlichen Werkelementen und den Elementen einer Tonaufnahme zu bewerkstelligen, ist aber regelmäßig die Hilfe eines Musikexperten notwendig.
- Dieses Verständnis der Wiedererkennbarkeit bietet so auch eine Grundlage, um den unbestimmten Rechtsbegriff des hinreichenden Abstands (§ 23 Abs. 1 S. 2 UrhG) näher auszugestalten und einheitlichen Auslegungskriterien zuzuführen. Diese Auslegung zeigt eine große Parallele zur Verblassenslehre unter § 24 UrhG a.F. Es besteht insoweit also eine Kontinuität zwischen § 24 Abs. 1 UrhG a.F. und § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG n.F.
- Ein Großteil der urheberrechtlichen Freistellung von kreativem und benutzendem Musikschaffen ist auf die Ebene der Schranken verwiesen. Dort sind für diese Form des Musikschaffens insbesondere die Schranken für Zitate (Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-Richtlinie), Parodien und Pastiches (Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie) relevant. Während die Zitatschranke bereits seit längerer Zeit explizit umgesetzt ist (§ 51 UrhG), fanden Parodie- und Pasticheschranke unter dem Ziel der Umsetzung der DSM-Richtlinie erst 2021 Eingang in das UrhG (s. § 51a UrhG).
- Das Zitat verfolgt im musikalischen Bereich regelmäßig keine Belegfunktion, sondern zielt auf einen künstlerischen Dialog ab. Die kunstspezifische Auslegung des Zitats macht es erforderlich, dass einzelne Einschränkungen, wie das Änderungsverbot, nicht in gleicher Weise Geltung haben wie etwa im Bereich wissenschaftlicher oder journalistischer Zitate. Insofern zeigen sich gewisse Inkonsistenzen, will man dem Grunde nach ästhetisch motivierte Musikzitate und wissenschaftliche Zitate in einer Norm erfassen.
- Die Parodieschranke erweitert die rechtliche Möglichkeit musikalisch-kreativen Schaffens nur begrenzt. Ein Ausdruck mit humoristisch-kritischer Zielrichtung ist mit musikalischen Mitteln eher selten. Die Parodie unter gleichzeitiger Verwendung von Musik, die dann etwa im Liedtext

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die humoristisch-kritische Zielrichtung zum Ausdruck bringt, kommt hingegen häufiger vor.

- Der Pastiche kann zwar neue Möglichkeiten musikalisch-kreativen Schaffens eröffnen, er ist aber nicht als Kunstschranke – versteckt in einem Gattungsbegriff – zu verstehen. Die Grenzen der Auslegungsmöglichkeiten wären dann überschritten, wenn lediglich Imitation oder Kompilation als notwendiges Kriterium vorausgesetzt würde. Insofern ist auch der Pastiche als Schranke zu betrachten, die einen künstlerischen Dialog erfordert. Er zielt aber mehr auf eine Gesamtbetrachtung von Musikstücken ab als das Musikzitat.
- Um den Rahmen für wiedererkennbare musikalisch-kreative Arbeiten konsistenter auszugestalten, erscheint die Ausweitung und Generalisierung von bislang nur gattungsbezogenen Schrankenregelungen (wie „Parodie" und „Pastiche") bei gleichzeitiger Einführung einer angemessenen gesetzlichen Vergütung für weitergehende Nutzungen sinnvoll. Als Kriterium könnte hierfür auch auf bislang diskutierte Konzepte wie die ästhetische Selbständigkeit zurückgegriffen werden. Eine derartige Regelung kann aber vor dem Hintergrund des Art. 5 InfoSoc-Richtlinie nur auf Ebene des Unionsrechts umgesetzt werden.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Literaturverzeichnis

Ahlberg, Hartwig/Götting, Horst-Peter/Lauber-Rönsberg, Anne (Hrsg.), begr. v. *Möhring/Nicolini*, Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, 35. Edition, München 2022 (zit.: *Bearbeiter,* in: BeckOK-UrhR).

Apel, Simon, Anm. zu EuGH, Urteil vom 29.7.2019 – C-476/17 – Pelham/Hütter, in: MMR 2019, S. 601–603.

Augustinus, Aurelius, De musica: Bücher I und VI. Vom ästhetischen Urteil zur metaphysischen Erkenntnis (Lateinisch – Deutsch), hrsgg. v. Frank Hentschel, Hamburg 2002.

Avdeeff, Melissa, Artificial Intelligence & Popular Music: SKYGGE, Flow Machines, and the Audio Uncanny Valley, in: Arts 2019, S. 130 (ohne weitere Seitenzählung).

Baldus, Christian, Gut meinen, gut verstehen? Historischer Umgang mit historischen Intentionen, in: *Baldus, Christian/Theisen, Frank/Vogel, Friederike* (Hrsg.), "Gesetzgeber" und Rechtsanwendung. Entstehung und Auslegungsfähigkeit von Normen, Tübingen 2013, S. 5–28.

Baldus, Christian/Raff, Thomas, Richterliche Interpretation des Gemeinschaftsrechts, in: *Gebauer, Martin/Teichmann, Christoph* (Hrsg.), Europäisches Privat- und Unternehmensrecht (Enzyklopädie Europarecht, Bd. 6), Baden-Baden 2016, S. 153–221.

Balganesh, Shyamkrishna/Manta, Irina D./Wilkinson-Ryan, Tess, Judging Similarity, in: Iowa Law Review 2014, S. 267–290.

Baumgarten, Alexander Gottlieb, Ästhetik. Lateinisch-deutsch. Übersetzt, mit einer Einführung, Anmerkungen und Registern, hrsgg. v. Dagmar Mirbach, Hamburg 2007.

Bayreuther, Frank, Beschränkungen des Urheberrechts nach der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie, in: ZUM 2001, S. 828–839.

Bellido, Jose, Forensic Technologies in Music Copyright, in: Social & Legal Studies 2016, S. 441–459.

Benz, Sebastian, Der Teileschutz im Urheberrecht, Tübingen 2018.

Berger, Arndt, Die wandernde Melodie im Urheberrecht, Köln 2000.

Berger, Christian, Aktuelle Entwicklungen im Urheberrecht – Der EuGH bestimmt die Richtung, in: ZUM 2012, S. 353–361.

Berking, Christina, Die Unterscheidung von Inhalt und Form im Urheberrecht, Baden-Baden 2002.

Berry, David M., The Computational Turn. Thinking About the Digital Humanities, in: Culture Machine 2011, S. 1–22.

Braun, Stefan K., Der Irrtum mit der Doppelschöpfung, in: DS 2015, S. 55–57.

Brunner, Cora, Melodienschutz im Urheberrecht, Frankfurt am Main u.a. 2013.

Burghardt, Manuel, Digital Humanities in der Musikwissenschaft – Computergestützte Erschließungsstrategien und Analyseansätze für handschriftliche Liedblätter, in: Bibliothek – Forschung und Praxis 2018, S. 324–332.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Burns, Gary, A typology of 'hooks' in popular records, in: Popular Music 1987, S. 1–20.

Cadwell, Jeffrey, Expert Testimony, Scenes a Faire, and Tonal Music: A (Not So) New Test for Infringement, in: Santa Clara Law Review 2005, S. 137–170.

Canaris, Afra, Melodie, Klangfarbe und Rhythmus im Urheberrecht. Der Schutz musikalischer Werke und Darbietungen, Baden-Baden 2012.

Chakraborty, Martin, Das Rechtsinstitut der freien Benutzung im Urheberrecht, Baden-Baden 1997.

Colombet, Claude, Propriété littéraire et artistique et droits voisins, Paris 1999.

Cott, Jonathan, Dinner with Lenny. The Last Long Interview with Leonard Bernstein, Oxford u.a. 2013.

Dahlhaus, Carl, Die Musiktheorie im 18. und 19. Jahrhundert, Darmstadt 1984.

Ders., Untersuchungen über die Entstehung der harmonischen Tonalität, Kassel u.a. 1968.

Ders., Was heißt "Geschichte der Musiktheorie"?, in: *Zaminer, Frieder* (Hrsg.), Geschichte der Musiktheorie, Bd. 1, Ideen zu einer Geschichte der Musiktheorie. Einleitung in das Gesamtwerk, Darmstadt 1985, S. 8–39.

Ders., Was ist Musikgeschichte?, in: *Ehrmann-Herfort, Sabine/Finscher, Ludwig/Schubert, Giselher* (Hrsg.), Europäische Musikgeschichte, Bd. 1, Kassel/Stuttgart 2002, S. 59–79.

Ders., Was ist Musikgeschichte?, in: *Dahlhaus, Carl* (Hrsg.), Funkkolleg Musikgeschichte, Studienbegleitbrief 1, Weinheim/Basel/Mainz 1987, S. 66–92.

de Boor, Hans Otto, Urheberrecht und Verlagsrecht. Ein Beitrag zur Theorie der ausschließlichen Rechte, Stuttgart 1917.

Der Manuelian, Michael, The Role of the Expert Witness in Music Copyright Infringement Cases, in: Fordham Law Review 1988, S. 127–147.

Dieth, Mathias, Musikwerk und Musikplagiat im deutschen Urheberrecht, Baden-Baden 2000.

Dijkman, Léon, CJEU rules that taste of a food product is not protectable by copyright, in: Journal of Intellectual Property Law & Practice 2019, S. 85–87.

Döhl, Frédéric, Ästhetische Selbstständigkeit als urheberrechtliche Selbstständigkeit, in: *Schwetter, Holger/Neubauer, Hendrik/Mathei, Dennis* (Hrsg.), Die Produktivität von Musikkulturen, Wiesbaden 2018, S. 273–288.

Ders., Bearbeitungsrecht in Bewegung: Zum Selbständigkeitsbegriff der freien Benutzung bei digitalen Adaptionen im Lichte des Metall-auf-Metall-Rechtsstreits, in: *Albers, Marion/Katsivelas, Ioannis* (Hrsg.), Recht & Netz, Baden-Baden 2018, S. 269–290.

Ders., The Concept of ‚Pastiche' in Directive 2001/29/EC in the Light of the German Case Metall auf Metall, in: Media in Action 2/2017, S. 37–64.

Ders., Gesamteindruck: Zu einem Schlüsselbegriff des Plagiatsrechts, in: *Auhagen, Wolfgang/Bullerjahn, Claudia/von Georgi, Richard* (Hrsg.), Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft für Musikpsychologie. Band 25: Musikpsychologie – Anwendungsorientierte Forschung, Göttingen 2015, S. 19–40.

Ders., Mashup in der Musik. Fremdreferenzielles Komponieren, Sound Sampling und Urheberrecht, Bielefeld 2016.

Ders., Nach § 24 Abs. 1 UrhG: Zum Pastichebegriff im Kontext der anstehenden Neuaufstellung der Spielregeln freier Benutzung, in: UFITA 2019, S. 19–41.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ders., Pastiche zwischen Generalklausel und Auffangtatbestand, in: ZGE 2020, S. 380–442.

Ders., Ästhetische und juristische Grauzone. Zum Mashup in der Musik am Beispiel des *Grey Album*, in: *Mundhenke, Florian/Ramos Arenas, Fernando/Wilke, Thomas* (Hrsg.), Mashups. Neue Praktiken und Ästhetiken in populären Medienkulturen, Wiesbaden 2015, S. 131–149.

Ders., Systemwechsel – Vom Gebot des Verblassens zum Gebot der Interaktion. Kunstspezifische Betrachtung des Bearbeitungsrechts nach den Urteilen von EuGH (C-476/17) und BGH (I ZR 115/16) in Sachen Metall auf Metall, in: UFITA 2020, S. 236–283.

Ders., Zwischen Pastiche und Zitat. Die Urheberrechtsreform 2021 und ihre Konsequenzen für die künstlerische Kreativität, Bielefeld 2022.

Dreier, Thomas, Grundrechte und die Schranken des Urheberrechts. Anmerkung zu EuGH "Funke Medien NRW" und "Spiegel Online", in: GRUR 2019, S. 1003–1008.

Dreier, Thomas/Schulze, Gernot (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz. Verwertungsgesellschaftengesetz. Kunsturhebergesetz, 6. Aufl., München 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: Dreier/Schulze, 6. Aufl.).

Dies. (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz. Verwertungsgesellschaftengesetz. Kunsturhebergesetz, 7. Aufl., München 2022 (zit. *Bearbeiter*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl.).

Dreyer, Gunda/Kotthoff, Jost/Meckel, Astrid/Hentsch, Christian-Henner (Hrsg.), Urheberrecht. Urheberrechtsgesetz. Verwertungsgesellschaftengesetz. Kunsturhebergesetz, 4. Aufl., Heidelberg 2018 (zit. *Bearbeiter,* in: Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch).

Durrande, Sylviane, La parodie, le pastiche et la caricature, in: Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur de André Françon, Paris 1995, S. 133–142.

Dyer, Richard, Pastiche, Abingdon u.a. 2007.

Eggebrecht, Hans Heinrich, Musikalisches und musiktheoretisches Denken, in: *Zaminer, Frieder* (Hrsg.), Geschichte der Musiktheorie, Bd. 1, Ideen zu einer Geschichte der Musiktheorie. Einleitung in das Gesamtwerk, Darmstadt 1985, S. 40–58.

Endrich-Laimböck, Little Guidance for the Application of Copyright Law to Designs in Cofemel, in: GRUR Int. 2020, S. 264–269.

Engh, Marcel, Artist & Repertoire (A&R). Eine markentheoretische Betrachtung, in: *Gensch, Gerhard/Stöckler, Eva Maria/Tschmuck, Peter* (Hrsg.), Musikrezeption, Musikdistribution und Musikproduktion: Der Wandel des Wertschöpfungsnetzwerks in der Musikwirtschaft, Wiesbaden 2009, S. 293–309.

Erdmann, Willi, Möglichkeiten und Grenzen des Urheberrechts, in: CR 1986, S. 249–259.

Faltin, Peter, Musikalische Bedeutung: Grenzen und Möglichkeiten einer semiotischen Ästhetik, in: International Review of the Aesthetics and Sociology of Music 1978, S. 5–33.

Fichte, Johann Gottlieb, Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. Ein Räsonnement und eine Parabel, in: Berlinische Monatschrift 1793, S. 443–483.

Ficsor, Mihály, The law of copyright and the internet. The 1996 WIPO Treaties, Their Interpretation and Implementation, Oxford u.a. 2002.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Fischer, Georg, Sampling in der Musikproduktion. Das Spannungsfeld zwischen Urheberrecht und Kreativität, Marburg 2020.

Fischer, Veronika, Digitale Kunst und freie Benutzung. Systematisierung und Flexibilisierung, Baden-Baden 2018.

Fischötter, Werner, Gedanken zum Plagiat, zur Bearbeitung und Parodie in der Musik, in: *Schertz, Christian;/Omsels, Hermann-Josef* (Hrsg.), Festschrift für Paul W. Hertin zum 60. Geburtstag, München 2000, S. 69–86.

Fletcher, Michelle, Reading Revelation as Pastiche. Imitating the Past, London 2017.

Frieler, Klaus/Jakubowski, Kelly/Müllensiefen, Daniel, Is it the Song and Not the Singer? Hit Song Prediction Using Structural Features of Melodies, in: *Auhagen, Wolfgang/Bullerjahn, Claudia/von Georgi, Richard* (Hrsg.), Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft für Musikpsychologie. Band 25: Musikpsychologie – Anwendungsorientierte Forschung, Göttingen 2015, S. 41–54.

Frieler, Klaus/Müllensiefen, Daniel, Kleine Münze, große Fragen. Musikalische Schöpfungshöhe aus der Perspektive empirischer Musikforschung, in: *Schrör, Simon u.a.* (Hrsg.), Tipping Points: Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts, Baden-Baden 2020, S. 115–136.

Gabler, Mariella, Die urheberrechtliche Drittnutzung zwischen Vervielfältigung, Bearbeitung und freier Benutzung, Baden-Baden 2018.

Galloux, Jean-Christophe, Beschränkungen und Ausnahmen des Urheberrechts in Frankreich: französische Ausnahme oder französisches Paradox?, in: *Hilty, Reto M./Geiger, Christophe* (Hrsg.), Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts/Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe: Urheberrecht im deutsch-französischen Dialog/Rencontres franco-allemandes, Berlin, Heidelberg 2007, S. 321–334.

Geiger, Christophe, Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: GRUR Int. 2004, S. 815–821.

Geiger, Christophe/Griffiths, Jonathan/Hilty, Reto M., Erklärung für eine ausgewogene Auslegung des Drei-Stufen-Tests im Urheberrecht, in: GRUR Int. 2008, S. 822–825.

Gergen, Thomas, Der "starre Melodienschutz" des § 24 II UrhG – Genese, Judikatur, Kritik, in: UFITA 2009, S. 471–495.

Gerst, Artur, Der Gegenstand des musikalischen Urheberrechts und das Recht der Melodie als Recht des Urhebers, München 1912.

Ghias, Asif/Logan, Jonathan/Chamberlin, David/Smith, Brian C., Query by humming: musical information retrieval in an audio database, in: ACM Multimedia 1995, S. 231–236.

Götting, Horst-Peter, Anm. zu BGH, Urteil vom 17.7.2013 – I ZR 52/12 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm*, in: LMK 2014, 361723.

Gräfe, Hans-Christian/Kunze, Jonas, Medienintermediär TikTok: UGC-Clips als Herausforderungen für das Urheberrecht, in: *Schrör, Simon u.a.* (Hrsg.), Tipping Points: Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts, Baden-Baden 2020, S. 55–80.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grieco, Danilo/Majchrzak, Dorota, Neue Erkenntnisse zu den Grundgeschmacksarten, in: Ernährung aktuell 2015, S. 12–14.

Grinvalsky, Paul M., Idea-Expression in Musical Analysis and the Role of the Intended Audience in Music Copyright Infringement, in: California Western Law Review 1992, S. 395–429.

Grisse, Karina/Kaiser, Carola, Freiheit ab Unkenntlichkeit? – Die Bedeutung der (fehlenden) Wiedererkennbarkeit für das urheberrechtliche Vervielfältigungsrecht, in: ZUM 2021, S. 401–415.

Grünberger, Michael, Das Interpretenrecht, Köln u.a. 2006.

Ders., Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2019, in: ZUM 2020, S. 175–212.

Haberstumpf, Helmut, Die freie Benutzung darf nicht sterben, in: ZUM 2020, S. 809–819.

Ders., Die freie Benutzung lebt!, in: ZUM 2022, S. 795–806.

Ders., Die Gedanken sind frei. Überlegungen zur Freiheit von Inhalten und Ideen im Urheberrecht, in: UFITA 2020, S. 36–122.

Habryka, Julian/Weiß, Christoph, Grenzen des analytischen Handwerks am Beispiel des Scherzos aus Hans Rotts 1. Sinfonie E-Dur, in: *Jeßulat, Ariane* (Hrsg.), Mythos Handwerk? Zur Rolle der Musiktheorie in aktueller Komposition, Würzburg 2015, S. 187–212.

Hammer, Hans, Die Melodie als Gegenstand des Schutzes nach § 13 Absatz II des Gesetzes betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19. Juni 1901, Greifswald 1917.

Handig, Christian, Durch "freie kreative Entscheidungen" zum europäischen urheberrechtlichen Werkbegriff, in: GRUR Int. 2012, S. 973–979.

Handle, Marco, Der urheberrechtliche Schutz der Idee, Bern 2013.

Hansen, Jochim/Wänke, Michaela, Liking What's Familiar: The Importance of Unconscious Familiarity in the Mere-Exposure Effect, in: Social Cognition 2009, S. 161–182.

Hanslick, Eduard, Vom Musikalisch-Schönen. Ein Beitrag zur Revision der Aestethik der Tonkunst, Leipzig 1854.

Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Mit Preisangabenverordnung. Kommentar, 5. Auf., München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig).

Helmholtz, Hermann von, Die Lehre von den Tonempfindungen als physiologische Grundlage für die Theorie der Musik, Braunschweig 1913.

Helms, Dietrich, Auf der Suche nach einem neuen Paradigma: Vom System Ton zum System Sound, in: *Appen, Thomas Phleps und Ralf von* (Hrsg.), Pop Sounds, Bielefeld 2003, S. 197–228.

Hemming, Jan, Methoden der Erforschung populärer Musik, Wiesbaden 2016.

Ders., Zur Phänomenologie des "Ohrwurms", in: *Auhagen, Wolfgang/Bullerjahn, Claudia/Höge, Holger* (Hrsg.), Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft für Musikpsychologie. Band 20: Musikalisches Gedächtnis und musikalisches Lernen, Göttingen 2009, S. 184–207.

Henkenborg, Uwe Andreas, Der Schutz von Spielen. Stiefkinder des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts, München 1995.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hertin, Paul W., Die Subventionierung der E-Musik durch Einkünfte aus anderen Sparten der Musikverwertung. Das GEMA-Verteilungssystem auf dem Prüfstand, in: GRUR 2013, S. 469–476.

Ders., Das Musikzitat im deutschen Urheberrecht, in: GRUR 1989, S. 159–167.

Hess, Gangolf, Urheberrechtsprobleme der Parodie, Baden-Baden 1993.

Hilty, Reto M., Die freie Benutzung nach § 24 UrhG – Grenzen und Potential, in: *Dreier, Thomas/Peifer, Karl-Nikolaus/Specht, Louisa* (Hrsg.), Anwalt des Urheberrechts. Festschrift für Gernot Schulze zum 70. Geburtstag, München 2017, S. 127–136.

Ders., Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht? Gedanken zu Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette, in: GRUR 2009, S. 633–644.

Ders., Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Ders., Urheberrecht, 1. Aufl., Bern 2011.

Ders., Vergütungspflicht für (kreative) Werkverwendungen? Zitate – Karikaturen – Parodien – Pastiches, in: *Fischer, Veronika u.a.* (Hrsg.), Gestaltung der Informationsrechtsordnung. Festschrift für Thomas Dreier zum 65. Geburtstag, München 2022, S. 445–460.

Hilty, Reto M./Senftleben, Martin, Rückschnitt durch Differenzierung? – Wege zur Reduktion dysfunktionaler Effekte des Urheberrechts auf Kreativ- und Angebotsmärkte, in: *Dreier, Thomas/Hilty, Reto M.* (Hrsg.), Vom Magnettonband zu Social Media. Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), München 2015, S. 317–338.

Hindrichs, Gunnar, Der Fortschritt des Materials, in: *Klein, Richard/Kreuzer, Johann/Müller-Doohm, Stefan* (Hrsg.), Adorno-Handbuch: Leben – Werk – Wirkung, Stuttgart 2019, S. 59–70.

Hoeren, Thomas, Urheberrecht 2000 – Thesen für eine Reform des Urheberrechts, in: MMR 2000, S. 3–7.

Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznagel, Bernd (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht. Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, 55. Ergänzungslieferung, München 2021 (zit. *Bearbeiter,* in: *Hoeren/Sieber/Holznagel* (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht).

Hoesterey, Ingeborg, Pastiche. Cultural Memory in Art, Film, Literature, Bloomington u.a. 2001.

Holleran, S./Jones, M. R./Butler, D., Perceiving implied harmony: The influence of melodic and harmonic context, in: Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition 1995, S. 737–753.

Holtmeier, Ludwig, Der schizophrene Interpret, in: *Schwab-Felisch, Oliver/Thorau, Christian/Polth, Michael* (Hrsg.), Individualität in der Musik, Stuttgart/Weimar 2002, S. 203–212.

Holzmüller, Tobias, Anmerkungen zur urheberrechtlichen Verantwortlichkeit strukturierter Content-Plattformen, in: ZUM 2017, S. 301–304.

Homar, Philipp, Enge Handlungsspielräume für das Sampling. Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 29.7.2019 – C-476/17 – Pelham u. a./Hütter u. a., in: ZUM 2019, S. 731–737.

Hubmann, Heinrich, Das Recht des schöpferischen Geistes. Eine philosophisch-juristische Betrachtung zur Urheberrechtsreform, Berlin 1954.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ders., Der Rechtsschutz der Idee, in: UFITA 24/1957, S. 1–15.

Hudson, Emily, The pastiche exception in copyright law: a case of mashed-up drafting?, in: Intellectual Property Quarterly 2017, S. 346–368.

Jeßulat, Ariane (Hrsg.), Mythos Handwerk? Zur Rolle der Musiktheorie in aktueller Komposition, Würzburg 2015.

Jones, Richard H., The Myth of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law, in: Pace Law Review 1990, S. 551–607.

Jörger, Thomas Michael, Das Plagiat in der Popularmusik, Baden-Baden 1992.

Kaiser, Ansgar/Scheuerer, Stefan, The impact of fundamental rights on European copyright law – opinion on the CJEU decisions C-516/17 – Spiegel Online and C-469/17 – Funke Medien, in: GRUR Int. 2019, S. 1153–1160.

Katzenberger, Paul, TRIPS und das Urheberrecht, in: GRUR Int. 1995, S. 447–468.

Kawohl, Friedemann, Originalität, Charakteristik und Eigentümlichkeit. Zur Begriffsbildung in Ästhetik und Urheberrecht des frühen 19. Jahrhunderts, in: *Schwab-Felisch, Oliver/Thorau, Christian/Polth, Michael* (Hrsg.), Individualität in der Musik, Stuttgart/Weimar 2002, S. 295–306.

Kitz, Volker, Die Herrschaft über Inhalt und Idee beim Sprachwerk. (Anm. zu LG München I, GRUR-RR 2007, 226 – *Eine Freundin für Pumuckl*), in: GRUR-RR 2007, S. 217–218.

Klass, Nadine, Werkgenuss und Werknutzung in der digitalen Welt: Bedarf es einer Harmonisierung des Urheberpersönlich-keitsrechts?, in: ZUM 2015, S. 290–307.

Kocatepe, Sibel, Recht auf Referenz? Möglichkeiten und Grenzen referenzieller Schaffenspraktiken im Urheberrecht im internationalen Vergleich unter besonderer Berücksichtigung des Samplings, der Appropriation Art und der Fanfiction, Baden-Baden 2022.

Köhler, Armin, avantgarde und fortschritt in einer postmodernen situation, in: Neue Zeitschrift für Musik 2010, S. 22–27.

Kohler, Josef, Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz. Eine juridisch-ästhetische Studie, Mannheim 1892.

Ders., Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, Stuttgart 1907.

Ders., Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung, Jena 1880.

Köhn, Tina, Die Technisierung der Popmusikproduktion – Probleme der "kleinen Münze" in der Musik, in: ZUM 1994, S. 278–288.

Koldau, Linda Maria, Die Moldau. Smetanas Zyklus "Mein Vaterland", Köln/Weimar/Wien 2007.

König, Eva-Marie, Der Werkbegriff in Europa. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des britischen, französischen und deutschen Urheberrechts, Tübingen 2015.

Kopp, Lisa, Die Freiheit der Idee und der Schutz von Schriftwerken, Tübingen 2014.

Kremer, Karl, Das ausschliessliche Recht des Urhebers an der Melodie, Leipzig 1891.

Kummer, Max, Das urheberrechtlich schützbare Werk, Bern 1968.

Lattanza, Olivia, The Blurred Protection for the Feel or Groove of a Song Under Copyright Law: Examining the Implications of Williams v. Gaye on Creativity in Music, in: Touro Law Review 2019, S. 723–755.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lauber-Rönsberg, Anne, Autonome "Schöpfung" – Urheberschaft und Schutzfähigkeit, in: GRUR 2019, S. 244–253.

Lee, Edward, Warming Up to User-Generated Content, in: University of Illinois Law Review 2008, S. 1459–1548.

Leistner, Matthias, Bei Spielen nichts Neues? (Anm. zu BGH, Urteil vom 1.6.2011 – I ZR 140/09 – *Lernspiele*), in: GRUR 2011, S. 761–767.

Ders., Der europäische Werkbegriff, in: ZGE 2013, S. 4–45.

Ders., Die "Metall auf Metall"-Entscheidung des BVerfG. Oder: Warum das Urheberrecht in Karlsruhe in guten Händen ist, in: GRUR 2016, S. 772–777.

Ders., Einheitlicher europäischer Werkbegriff auch im Bereich der angewandten Kunst. Warum sich für die deutsche Praxis dennoch nicht viel ändern sollte, in: GRUR 2019, S. 1114–1120.

Ders., "Ende gut, alles gut" ... oder "Vorhang zu und alle Fragen offen"? Das salomonische Urteil des EuGH in Sachen "Pelham [Metall auf Metall]", in: GRUR 2019, S. 1008–1015.

Ders., Urheberrecht in der digitalen Welt, in: JZ 2014, S. 846–857.

Ders., Von Joseph Beuys, Marcel Duchamp und der dokumentarischen Fotografie von Kunstaktionen. Überlegungen aus Anlass des Urteils des LG Düsseldorf vom 29. September 2010 in Sachen VG Bild-Kunst v. Stiftung Museum Schloss Moyland, in: ZUM 2011, S. 468–487.

Liebscher, Christopher, Der Schutz der Melodie im deutschen und im amerikanischen Recht, Frankfurt am Main u.a. 2007.

Lissa, Zofia, Ästhetische Funktionen des musikalischen Zitats, in: Die Musikforschung 1966, S. 364–378.

Loewenheim, Ulrich (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts).

Loewenheim, Ulrich/Leistner, Matthias/Ohly, Ansgar (Hrsg.), begr. v. *Gerhard Schricker*, Urheberrecht. UrhG, KUG, VGG. Kommentar, 6. Aufl., München 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Schricker/Loewenheim).

Loschelder, Michael, Vervielfältigung oder Bearbeitung? Zum Verhältnis des § 16 UrhG zu § 23 UrhG, in: GRUR 2011, S. 1078–1083.

Lucas, André/Lucas, Henri-Jacques/Lucas-Schloetter, Agnès/Bernault, Carine, Traité de la propriété littéraire et artistique, 5. Aufl., Paris 2017.

Lucas-Schloetter, Agnès, Kreative Referenzkultur und Urheberrecht in Frankreich, in: UFITA 2019, S. 99–106.

Lund, Jamie, An Empirical Examination of the Lay Listener Test in Music Composition Copyright Infringement, in: Virginia Sports and Entertainment Law Journal 2011, S. 137–153.

Macciacchini, Sandro, Irrtum: Die Doppelschöpfung ist urheberrechtlich schützbar, in: *Berger, Mathis/Macciacchini, Sandro* (Hrsg.), Populäre Irrtümer im Urheberrecht. Festschrift für Reto M. Hilty, Zürich 2008, S. 25–36.

Madison, Guy/Schiölde, Gunilla, Repeated Listening Increases the Liking for Music Regardless of Its Complexity: Implications for the Appreciation and Aesthetics of Music, in: Frontiers in Neuroscience 2017, S. 1–13 (Art. 147).

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Maier, Henrike, Remixe auf Hosting-Plattformen. Eine urheberrechtliche Untersuchung filmischer Remixe zwischen grundrechtsrelevanten Schranken und Inhaltefiltern, Tübingen 2018.

Makarand, Velankar/Parag, Kulkarni, Unified Algorithm for Melodic Music Similarity and Retrieval in Query by Humming, in: *Bhalla, Subhash u.a.* (Hrsg.), Intelligent Computing and Information and Communication, Singapur 2018, S. 373–381.

McDonagh, Luke T., Is the Creative Use of Musical Works Without a Licence Acceptable Under Copyright Law?, in: IIC 2012, S. 401–426.

Menke, Johannes, Komponieren als Handwerk. Ein historischer Streifzug, in: *Jeßulat, Ariane* (Hrsg.), Mythos Handwerk? Zur Rolle der Musiktheorie in aktueller Komposition, Würzburg 2015, S. 175–186.

Metzger, Axel, Der Einfluss des EuGH auf die gegenwärtige Entwicklung des Urheberrechts, in: GRUR 2012, S. 118–126.

Ders., Urheberrechtsschranken in der Wissensgesellschaft: "Fair use" oder enge Einzeltatbestände?, in: *Leistner, Matthias* (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, Tübingen 2010, S. 101–122.

Möller, Hartmut, zwischen modernitätsverweigerung und fortschrittsglauben: MUSIKWISSENSCHAFTLICHE MONOMYTHEN IM VISIER, in: Neue Zeitschrift für Musik 2011, S. 32–35.

Mopas, Michael/Curran, Amelia, Translating the Sound of Music: Forensic Musicology and Visual Evidence in Music Copyright Infringement Cases, in: Canadian Journal of Law and Society 2016, S. 25–46.

Moser, Rolf/Scheuermann, Andreas/Drücke, Florian (Hrsg.), Handbuch der Musikwirtschaft, 7. Aufl., München 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: *Moser/Scheuermann/Drücke* (Hrsg.), Handbuch der Musikwirtschaft).

Müller, Georg, Schutz der Film„idee"?, in: UFITA 15/1942, S. 328–409.

Münker, Reiner, Urheberrechtliche Zustimmungserfordernisse beim Digital Sampling, Frankfurt am Main u.a. 1995.

Neumann, Friedrich, Physikalismus in der Musiktheorie, in: Acta Musicologica 1969, S. 85–106.

Neumann, Robert, Mit fremden Federn, Stuttgart 1927.

Nimmer, Melville B., Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press, in: UCLA Law Review 1969, S. 1180–1204.

Nitze, Hans, Das Recht an der Melodie im internationalen Urheberrecht, Erlangen 1912.

Noll, Thomas, Informationen zur Mathematischen Musiktheorie, in: Zeitschrift der Gesellschaft für Musiktheorie 2005, S. 229–237.

Nordemann, Jan Bernd/Czychowski, Christian, Aktuelle Gesetzgebung und höchstrichterliche Rechtsprechung im Urheberrecht, in: NJW 2019, S. 725–731.

North, A./Hargreaves, David, Subjective complexity, familiarity, and liking for popular music, in: Psychomusicology: A Journal of Research in Music Cognition 1995, S. 77–93.

Oechsler, Jürgen, Die Idee als persönliche geistige Schöpfung – Von Fichtes Lehre vom Gedankeneigentum zum Schutz von Spielideen, in: GRUR 2009, S. 1101–1107.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ohly, Ansgar, Hip Hop und die Zukunft der "freien Benutzung" im EU-Urheberrecht. Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des BGH "Metall auf Metall III", in: GRUR 2017, S. 964–969.

Palmer, Jason, "Blurred Lines" Means Changing Focus: Juries Composed of Musical Artists Should Decide Music Copyright Infringement Cases, Not Lay Juries, in: Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law 2016, S. 907–934.

Pauli, Fritz, Das Recht an der Melodie und ihre freie Benutzung, Köln 1929.

Peifer, Karl-Nikolaus, Anm. zu BGH, Urteil vom 16. 4.2015 – I ZR 225/12 – *Goldrapper*, in: LMK 2016, 376107.

Ders., Parodie, Mashup, Medienkritik: Das urheberrechtlich geschützte Werk als Gegenstand und Beiwerk der filmischen Auseinandersetzung – Möglichkeiten und Grenzen im Lichte des aktuellen Urheberrechtsgesetzes, in: ZUM 2016, S. 805–811.

Peretz, Isabelle/Gaudreau, Danielle/Bonnel, Anne-Marie, Exposure effects on music preference and recognition, in: Memory & Cognition 1998, S. 884–902.

Peter, Robert, Freie Benutzung und abhängige Nachschöpfung im musikalischen Urheberrecht, s.l. 1959.

Peukert, Alexander, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut. Insbesondere: Die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses, in: *Hilty, Reto M./Peukert, Alexander* (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, S. 11–46.

Ders., Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts, Tübingen 2018.

Pimat, Manfred, Beweisprobleme der (angeblich) unbewußten Entlehnung in der Musik, Osnabrück 2002.

Platho, Rolf, Die Parodie: Eine "freie Bearbeitung" nach § 23 UrhG, in: GRUR 1992, S. 360–365.

Podszun, Rupprecht, Wandlungen des Schutzgegenstands, in: *Dreier, Thomas/Hilty, Reto M.* (Hrsg.), Vom Magnettonband zu Social Media. Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), München 2015, S. 361–378.

Poll, Günter, "TV-Total" – Alles Mattscheibe, oder was?, in: ZUM 2004, S. 511–522.

Pötzlberger, Florian, Kreatives Remixing. Musik im Spannungsfeld von Urheberrecht und Kunstfreiheit, Baden-Baden 2018.

Ders., Pastiche 2.0: Remixing im Lichte des Unionsrechts. Zu § 24 UrhG und Art. 5 III Buchst. k InfoSoc-RL im Kontext der "Metall auf Metall"-Rechtsprechung, in: GRUR 2018, S. 675–681.

Proust, Marcel, Pastiches et mélanges, Paris 1927.

Quintais, João Pedro, Copyright in the Age of Online Access. Alternative Compensation Systems in EU Law, Alphen aan den Rijn 2017.

Rahmatian, Andreas, The elements of music relevant for copyright protection, in: *Rahmatian, Andreas* (Hrsg.), Concepts of Music and Copyright. How Music Perceives Itself and How Copyright Perceives Music, Cheltenham, UK/Northampton, USA 2015, S. 78–122.

Rehbinder, Manfred/Peukert, Alexander, Urheberrecht, München 2015.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Reinbothe, Jörg, Der Schutz des Urheberrechts und der Leistungsschutzrechte im Abkommensentwurf GATT/TRIPs, in: GRUR Int. 1992, S. 707–715.

Reinbothe, Jörg/von Lewinski, Silke (Hrsg.), The WIPO Treaties on Copyright. A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP, 2. Aufl., Oxford 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: *Reinbothe/v. Lewinski* (Hrsg.), The WIPO Treaties).

Reinecke, Hans-Peter, ‚Natur' als Rechtfertigungsinstanz im Denken der Theoretiker, in: *Zaminer, Frieder* (Hrsg.), Geschichte der Musiktheorie, Bd. 1, Ideen zu einer Geschichte der Musiktheorie. Einleitung in das Gesamtwerk, Darmstadt 1985, S. 131–148.

Repnow, Robin, Überlegungen zur quantitativen Stilanalyse römischer Rechtstexte, in: SDHI 2017, S. 101–129.

Richter, Heiko, Neues zum Werkbegriff und zur Erstveröffentlichung? Das Zusammenspiel zwischen Urheber- und Informationszugangsrecht vor dem BVerwG, in: GRUR 2020, S. 358–361.

Riedel, Hermann, Originalmusik und Musikbearbeitung. Eine Einführung in das Urheberrecht der Musik, Berlin 1971.

Ders., Schutz der Melodie – eine Betrachtung zum gegenwärtigen und zukünftigen Urheberrecht, in: GRUR 1949, S. 236–240.

Riedlbauer, Jörg, "Erinnerungsmotive" in Wagner's "Der Ring des Nibelungen", in: The Musical Quarterly 1990, S. 18–30.

Rosati, Eleonora, Copyright as an obstacle or an enabler? A European perspective on text and data mining and its role in the development of AI creativity, in: Asia Pacific Law Review 2019, S. 198–217.

Rosati, Eleonora, Copyright in the EU: in search of (in)flexibilities, in: GRUR Int. 2014, S. 419–428.

Rösing, Helmut, Forensische Popmusik-Analyse, in: *Helms, Dietrich/Phleps, Thomas* (Hrsg.), Black Box Pop. Analysen populärer Musik, Bielefeld 2012, S. 257–277.

Ruth, Nicolas/Bullerjahn, Claudia, Loudness War? Eine experimentelle Untersuchung zum Einfluss übersteigerter Dynamikkompression auf die Rezeption populärer Musik, in: *Auhagen, Wolfgang/Bullerjahn, Claudia/von Georgi, Richard* (Hrsg.), Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft für Musikpsychologie. Band 25: Musikpsychologie – Anwendungsorientierte Forschung, Göttingen 2015, S. 92–115.

Samuels, Edward, The Idea-Expression Dichotomy in Copyright Law, in: Tennessee Law Review 1989, S. 321–463.

Samuelson, Pamela, A Fresh Look at Tests for Nonliteral Copyrigh Infringement, in: Northwestern University Law Review 2013, S. 1821–1849.

Saul, Roland Peter, Überlegungen zum Immaterialgüterrecht für Werke der Musik mit Bezug auf deren schöpferisches Niveau und eine Abstufung des rechtlichen Schutzes, Diss. Univ. Hamburg 2007.

Schack, Haimo, Anm. zu BGH, Urteil vom 13.11.2013 – I ZR 143/12 – *Geburtstagszug*, in: JZ 2014, S. 207-208.

Ders., Anm. zu EuGH, Urteil vom 13.11.2018 – C-310/17 – *Levola/Smilde*, in: GRUR 2019, S. 75.

Ders., Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schlingloff, Jochen, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit bei urheberrechtlich geschützten Werken der Musik, Bern 1990.

Schneider, Albrecht, Klanganalyse als Methodik der Popularmusikforschung, in: *Rösing, Helmut/Schneider, Albrecht/Pfleiderer, Martin* (Hrsg.), Musikwissenschaft und populäre Musik. Versuch einer Bestandsaufnahme, Frankfurt a. M. 2002, S. 107–130.

Schneider, Stefan, Was der Gesetzgeber wollte!, in: *Baldus, Christian/Theisen, Frank/Vogel, Friederike* (Hrsg.), "Gesetzgeber" und Rechtsanwendung, Tübingen 2013, S. 111–123.

Schopp, Lisa, Kein Urheberrecht auf Geschmack (Anm. zu EuGH, Urteil vom 13.11.2018 – C-310/17 – *Levola/Smilde*, in: GRUR-Prax 2018, S. 579.

Schricker, Gerhard, Anm. zu BGH, Urteil vom 3.2.1988 – I ZR 142/86 – *Ein bißchen Frieden*, in: GRUR 1988, S. 815–816.

Schulze, Gernot, Die freie Benutzung im Lichte des EuGH-Urteils "Pelham", in: GRUR 2020, S. 128–133.

Ders., Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, Freiburg i. Br. 1983.

Ders., Anm. zu EuGH, Urteil vom 29.7.2019 – C-476/17 – *Pelham/Hütter*, in: NJW 2019, S. 2918.

Ders., Werturteil und Objektivität im Urheberrecht. Die Feststellung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit am Beispiel der "kleinen Münze", in: GRUR 1984, S. 400–417.

Schulze, Marcel, Materialien zum Urheberrechtsgesetz. Texte – Begriffe – Begründungen, Band 1, 2. Aufl., Weinheim u.a. 1997.

Schunke, Sebastian, Wie klingt Europa? – Gibt es ein europäisch-juristisches Klangverständnis, das den klanglichen Realitäten der Neuen Musik des 20. und 21. Jahrhunderts gerecht wird?, in: ZUM 2020, S. 447–456.

Schur, Richard L., Parodies of Ownership. Hip-Hop Aesthetics and Intellectual Property Law, 2009.

Schuster, Mike/Mitchell, David/Brown, Kenneth, Sampling Increases Music Sales: An Empirical Copyright Study, in: American Business Law Journal 2019, S. 177–229.

Schwenzer, Oliver, Urheberrechtliche Fragen der "kleinen Münze" in der Popmusikproduktion, in: ZUM 1996, S. 584–590.

Seidel, Wilhelm, Musikalische Terminologie. Eigenart und Wandel, in: *Zaminer, Frieder* (Hrsg.), Geschichte der Musiktheorie, Bd. 1, Ideen zu einer Geschichte der Musiktheorie. Einleitung in das Gesamtwerk, Darmstadt 1985, S. 96–118.

Senftleben, Martin, Copyright, limitations, and the three-step test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law, 2004.

Ders., Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur?, in: ZUM 2019, S. 369–374.

Ders., Flexibility Grave – Partial Reproduction Focus and Closed System Fetishism in CJEU, *Pelham*, in: IIC 2020, S. 751–769.

Ders., Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, in: GRUR Int. 2004, S. 200–211.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Senftleben, Martin, User generated content: towards a new use privilege in EU copyright law, in: *Aplin, Tanya* (Hrsg.), Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies, Cambridge, UK/Northampton, USA 2020, S. 136–162.

Specht, Louisa/Koppermann, Ilona, Vom Verhältnis der §§ 14 und 24 UrhG nach dem "Deckmyn"-Urteil des EuGH, in: ZUM 2016, S. 19–24.

Spindler, Gerald, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet? Analyse der Änderungen beim Text- und Datamining, Leistungsschutz für Presseerzeugnisse und Pflichtenkreis für Hostprovider, in: CR 2019, S. 277–291.

Sprigman, Christopher Jon/Fink Hedrick, Samantha, The Filtration Problem in Copyright's 'Substantial Similarity' Infringement Test, in: Lewis & Clark Law Review 2019, S. 571–598.

Stamer, Britta, Der Schutz der Idee unter besonderer Berücksichtigung von Unterhaltungsproduktionen für das Fernsehen, Baden-Baden 2007.

Steinkrauß, Niko/Gmelin, Hannes/Günnel, Stefan, Wettbewerbsanalyse, in: *Clement, Michel/Schusser, Oliver/Papies, Dominik* (Hrsg.), Ökonomie der Musikindustrie, Wiesbaden 2008, S. 27–43.

Stephan (Hrsg.), Rudolf Zwischen Tradition und Fortschritt. Über das musikalische Geschichtsbewusstsein, Mainz 1973.

Stieper, Malte, Der Trans Europa Express ist aus Luxemburg zurück – auf dem Weg zu einer Vollharmonisierung der urheberrechtlichen Schranken, in: ZUM 2019, S. 713–720.

Ders., Die Umsetzung von Art. 17 VII DSM-RL in deutsches Recht (Teil 1). Brauchen wir eine Schranke für Karikaturen, Parodien und Pastiches?, in: GRUR 2020, S. 699–708.

Ders., Die Umsetzung von Art. 17 VII DSM-RL in deutsches Recht (Teil 2). Entwurf einer Schranke für Karikaturen, Parodien und Pastiches, in: GRUR 2020, S. 792–797.

Ders., Fan Fiction als moderne Form der Pastiche, in: AfP 2015, S. 301–305.

Stöckler, Eva Maria, "Produkt Musik". Eine musikwissenschaftliche Annäherung, in: *Gensch, Gerhard/Stöckler, Eva Maria/Tschmuck, Peter* (Hrsg.), Musikrezeption, Musikdistribution und Musikproduktion: Der Wandel des Wertschöpfungsnetzwerks in der Musikwirtschaft, Wiesbaden 2009, S. 267–292.

Strötgen, Stefan, Die zarteste Versuchung, wenn's ums Geld geht. Musik in der Fernsehwerbung, in: *Moormann, Peter* (Hrsg.), Musik im Fernsehen. Sendeformen und Gestaltungsprinzipien, Wiesbaden 2010, S. 105–134.

Stumpf, Aaron Christopher, Anm. zu EuGH, Urteil vom 29.7.2019 – C-476/17 – *Pelham/Hütter*, in: GRUR Int. 2019, S. 1092–1095.

Sturm, Bob/Iglesias, Maria/Ben-Tal, Oded/Miron, Marius/Gómez, Emilia, Artificial Intelligence and Music: Open Questions of Copyright Law and Engineering Praxis, in: Arts 2019, S. 115 (ohne weitere Seitenzählung).

Sucker, Reinhard, Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht, Tübingen 2014.

Thonemann, Jannick/Farkas, Thomas, All Samples Cleared? – Oder gehört das Sample "Nur mir" (Anm. zu EuGH, Urteil vom 29.7.2019 – C-476/17 – *Pelham/Hütter*), in: ZUM 2019, S. 748–751.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Tolkmitt, Jan, Gestaltungsfreiheit und Gestaltungshöhe, in: GRUR 2021, S. 383–387.

Troller, Alois, Der urheberrechtliche Schutz von Inhalt und Form der Computerprogramme (I), in: CR 1987, S. 213–218.

Ulmer, Eugen, Urheber- und Verlagsrecht, 1. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1951.

Ders., Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1980.

Ulmer, Eugen/Kolle, Gert, Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen, in: GRUR Int. 1982, S. 489–500.

Vlah, Tudor, Parodie, Pastiche und Karikatur – Urheberrechte und ihre Grenzen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und spanischen Urheberrechts, Frankfurt a. M. 2015.

von Lewinski, Silke/Walter, Michel M. (Hrsg.), European Copyright Law. A Commentary, Oxford 2010 (zit. *Bearbeiter,* in: *v. Lewinski/Walter* (Hrsg.), European Copyright Law).

von Noé, Günther, Die Musik kommt mir äußerst bekannt vor. Wege und Abwege der Entlehnung, Wien/München 1985.

von Ungern-Sternberg, Joachim, Verwendungen des Werkes in veränderter Gestalt im Lichte des Unionsrechts, in: GRUR 2015, S. 533–539.

Vousden, Stephen, Infopaq and the Europeanisation of Copyright Law, in: WIPOJ 2010, S. 197–210.

Wagner, Kristina, Entstehung eines neuen Urheberrechtswerks am Beispiel des Musiksampling. Spannungsverhältnis mit vorbestehenden Schutzrechten, in: MMR 2019, S. 727–732.

Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried (Hrsg.), Praxiskommentar Urheberrecht. UrhG, VGG, InsO, UKlaG, KUG, EVtr, InfoSoc-RL, 5. Aufl., München 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Aufl.).

Dies. (Hrsg.), Praxiskommentar Urheberrecht. UrhG, VGG, InsO, UKlaG, KUG, EVtr, InfoSoc-RL, 6. Aufl., München 2022 (zit. *Bearbeiter*, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl).

Ward, Morgan K./Goodman, Joseph K./Irwin, Julie R., The same old song: The power of familiarity in music choice, in: Marketing Letters 2014, S. 1–11.

Wegmann, Katrin, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, Baden-Baden 2012.

Wild, Gregor, Von der statistischen Einmaligkeit zum soziologischen Werkbegriff. Zum 35-jährigen Publikationsjubiläum von Max Kummers "Das urheberrechtlich schützbare Werk", in: sic! 2004, S. 61–67.

Wimmers, Jörg/Barudi, Malek, Der Mythos vom Value Gap. Kritik zur behaupteten Wertschöpfungslücke bei der Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte auf Hosting-Diensten, in: GRUR 2017, S. 327–338.

Wypchol, Markus, Die Nutzung des Werks, Tübingen 2021.

Zaminer, Frieder, Tradition in der abendländischen Musiktheorie, in: *Zaminer, Frieder* (Hrsg.), Geschichte der Musiktheorie, Bd. 1, Ideen zu einer Geschichte der Musiktheorie. Einleitung in das Gesamtwerk, Darmstadt 1985, S. 119–130.

https://doi.org/10.5771/9783748939733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY