

Schrör | Fischer | Beaucamp | Hondros (Hrsg.)

# Tipping Points

Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts

**GMM**

Gesellschaft für  
Musikwirtschafts- und  
Musikkulturforschung e.V.

weizenbaum  
institut



**Nomos**

<https://doi.org/10.5771/9783748910664>, am 17.07.2024, 11:26:39  
Open Access –  – <https://www.nomos-elibrary.de/agb>

Simon Schrör | Georg Fischer | Sophie Beaucamp  
Konstantin Hondros (Hrsg.)

# Tipping Points

Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts



**Nomos**

Die Open Access-Veröffentlichung der elektronischen Ausgabe dieses Werkes wurde ermöglicht mit Unterstützung durch das Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF).

Förderkennzeichen: 16DII111 – „Deutsches Internet-Institut“.

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

1. Auflage 2020

© Simon Schrör | Georg Fischer | Sophie Beaucamp | Konstantin Hondros (Hrsg.)

Publiziert von  
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG  
Waldseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden  
[www.nomos.de](http://www.nomos.de)

Gesamtherstellung:  
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG  
Waldseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden  
Gedruckt in Deutschland auf alterungsbeständigem Papier.

ISBN (Print): 978-3-8487-6957-5

ISBN (ePDF): 978-3-7489-1066-4

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748910664>



Onlineversion  
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 3.0 Deutschland Lizenz.

## Vorwort

*Axel Metzger*

Die interdisziplinäre Fachtagung „Tipping Points. Zum Verhältnis von Freiheit und Restriktion im Urheberrecht“, die im Februar 2020 am Weizenbaum-Institut für die vernetzte Gesellschaft in Kooperation mit dem Fachausschuss Urheberrecht der Gesellschaft für Musikwirtschafts- und Musikkulturforschung (GMM) abgehalten werden konnte, und die im vorliegenden Band versammelten schriftlichen Beiträge zu der Tagung treffen auf ein Urheberrecht im Wandel.

Das Urheberrecht hat sich in den letzten Jahren von einer Rechtsmaterie für wenige Spezialisten in Verlagen, Medienunternehmen, Verwertungsgesellschaften und Gerichten zu einer rechtspolitischen Frage von allgemeinem Interesse entwickelt. Dass das Urheberrecht das Potential für einen Generationenkonflikt zwischen jungen Nutzern von Internetdiensten und alten Rechtsinhabern hat, zeigte sich erstmals in der Diskussion um das internationale Schutzrechtsabkommen ACTA im Jahr 2012, welche schließlich in Großdemonstrationen in mehreren europäischen Ländern und eine Ablehnung durch das Europäische Parlament mündete. Die ganze Wucht zeigte sich erneut in der Diskussion um die Richtlinie zum Urheberrecht im Digitalen Binnenmarkt, die nach einer stetig anschwellenden Debatte in Internetforen schließlich auch auf die klassischen Medien übergriff und erneut zu Großdemonstrationen führte, bis die Richtlinie einschließlich der besonders umstrittenen neuen Haftungsregeln für Internetplattformen im Juli 2019 verabschiedet werden konnte – nunmehr in einer stark veränderten Form, welche die befürchteten „Uploadfilter“ zwar nicht ausschließt, aber doch die Rechte der Nutzer erheblich stärkt.

Die Richtlinie zum Urheberrecht im Digitalen Binnenmarkt ist das erste größere Gesetzeswerk zu Fragen des Urheberrechts im Internet seit der Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft aus dem Jahr 2001. 18 Jahre sind ein langer Zeitraum in Anbetracht der rasanten Entwicklung von Technologien, kreativen Prozessen, Internetdiensten und Nutzergewohnheiten. Dass der Gesetzgeber so lange gewartet hat, ist Ausdruck einer Paradoxie.

Das gewachsene rechtspolitische Interesse breiter Nutzergruppen hat dazu geführt, dass sich die Gesetzgeber in Brüssel und Straßburg, aber

auch in Berlin, davor gescheut haben, das heiße Eisen Urheberrecht anzufassen. Und so mussten die Gerichte, vor allem der Europäische Gerichtshof, aber auch der Bundesgerichtshof und das Bundesverfassungsgericht, die offenen Konflikte zwischen den verschiedenen Interessengruppen in Ermangelung klarer gesetzlicher Regelungen selber lösen, durch die Entwicklung der Störerhaftung für Internetplattformen, durch gerichtlich entwickelte Regeln zu Soundsampling, zu verschiedenen Formen des Verlinkens im Internet usw. Statt zu einer stärkeren Partizipation der Öffentlichkeit bei der Entwicklung des Urheberrechts, hat der breite gesellschaftliche Diskurs zu einer Verlagerung der wesentlichen Entscheidungen in die Beratungszimmer der Gerichte geführt, so dass am Ende doch wieder nur wenige Experten die maßgeblichen Entscheidungen getroffen haben.

Der Vorschlag der Kommission für die Richtlinie zum Urheberrecht im Digitalen Binnenmarkt aus dem Jahr 2017, maßgeblich angestoßen durch den im Internet vielgescholtenen deutschen Kommissar Günther Oettinger, hat insofern einen „Tipping Point“ markiert. Aus der Perspektive einer partizipativen Demokratie bedeuten die breite öffentliche Debatte zu „Uploadfiltern“ und „Value Gap“ und die sukzessive Veränderung der Richtlinie bis zu ihrer finalen Fassung Schritte in die richtige Richtung. Die großen Zukunftsfragen des Urheberrechts sollten in den Parlamenten diskutiert und entschieden werden, nicht in den Gerichtsslen, auch wenn am Ende nicht jede Interessengruppe mit jeder der verabschiedeten Regelungen einverstanden ist.

Die im vorliegenden Band versammelten Beiträge nehmen sich dieser großen Zukunftsfragen des Urheberrechts aus der Perspektive verschiedener sozial-, rechts- und kulturwissenschaftlicher Disziplinen an. Die Tagung und der Band setzen sich damit vom Mainstream der rechtswissenschaftlichen Forschung zum Urheberrecht ab, die heute zwar vermehrt rechtskonomische Ansätze aufgreift, ansonsten aber doch zumeist in den Grenzen der klassisch-systematischen Rechtswissenschaft verharret. Den Herausgebern und Autoren ist für die rasche und sorgfältige Erstellung und Redaktion der schriftlichen Fassungen der Vorträge zu danken!

# Inhalt

Einleitung: Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des  
Urheberrechts 9  
*Hondros/Beaucamp/Fischer/Schrör*

## *Teil 1 Rechtliche Rahmenbedingungen der Kreativität im Wandel*

Identifying Tipping Point(s): Wendepunkte bei der Verabschiedung  
der DSM-Richtlinie 21  
*Amélie Heldt*

Gemeinfreiheit, Kollektiv und Kulturallmende – Uploadfilter  
schaffen neue „Tipping Points“ in der Kulturindustrie 35  
*Marion Goller*

Medienintermediär TikTok: UGC-Clips als Herausforderungen für  
das Urheberrecht 55  
*Hans-Christian Gräfe, Jonas Kunze*

Crowdfunding und Crowdsourcing in der Praxis: Neue Geschäfts-  
und Rechtsmodelle der Netzliteratur 81  
*Thomas Ernst*

1933/1945/2012 – Konflikte zwischen „Musikverbrauchern“ und  
Verwertungsgesellschaften im historischen Kontext 97  
*Malte Zill*

## *Teil 2 Referentialität und Urheberrecht*

Kleine Münze, große Fragen. Musikalische Schöpfungshöhe aus der  
Perspektive empirischer Musikforschung 117  
*Klaus Frieler, Daniel Müllensiefen*

## *Inhalt*

Metallene Klänge als Wendepunkt der Urheberrechtsdebatte? Zur Frage der Freiheit der digitalen Kultur und Zukunft des Urheberrechts	137
<i>Dario Henri Haux</i>	
Onlinemärkte für Musiksamples und die Fixierung flüchtiger Waren	155
<i>Konstantin Hondros</i>	
Tipping Points in der Rechtsentwicklung: Zur Situation von Low-Budget Musiker:innen im Spannungsfeld von Verwertungsinteresse und Drittnutzung	175
<i>Sophie Beaucamp, Simon Schrör</i>	
Appropriation Art: In Zeiten von „Metall auf Metall“ und des Internets	199
<i>Christian Czychowski, Niclas Düstersiek</i>	
<i>Teil 3 Archivierung und Regulierung</i>	
Licht und Schatten in der akademischen Medienindustrie	223
<i>Georg Fischer</i>	
Neue Technologien, neue Versionen – neue Urheber? Fragen und Perspektiven zur Archivierung digitaler Inhalte am Beispiel der Elektroakustischen Musik	241
<i>Miriam Akkermann</i>	
NFDI4Culture: Forschungsdaten in den Kulturwissenschaften	253
<i>Fabian Rack, Franziska Boehm, Matthias Pasdzierny, Dörte Schmidt</i>	
Autor:innenverzeichnis	275

# Einleitung: Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts

*Hondros/Beaucamp/Fischer/Schrör*

Der Stand des Urheberrechts im Jahr 2020 ist durch zwei Entwicklungen geprägt: Auf der einen Seite die Urheberrechtsreform der EU, mit der das Verhältnis von Internet-Plattformen, Verwertungsfirmer, Kreativen und Konsument:innen neu austariert und die bis zum Sommer 2021 in deutsches Recht umgesetzt werden soll; auf der anderen Seite der schon mehr als 20 Jahre währende „Metall auf Metall“-Urheberrechtsstreit um ein knapp zweisekündiges Sound-Sample, das ein Musikproduzent Ende der 1990er Jahre ohne Genehmigung der Rechteinhaber verwendet hatte. Beide Entwicklungen haben auf eigene Weise gesellschaftliche Konfliktlinien um urheberrechtliche Fragen freigelegt – und damit verbundene kulturelle, ökonomische, technologische, ethische und politische Ebenen sichtbar gemacht.

Im Fall der Urheberrechtsreform zeigt sich, wie stark die digitale Vernetzung durch das Internet die etablierten Kreativindustrien verändert hat und in die Lebenswelten der Menschen vorgedrungen ist. In den letzten 25 Jahren ist eine Generation von Menschen herangewachsen, für die der Zugriff auf digitale Medieninhalte wie Nachrichten, Videoclips oder Musik untrennbar zum Alltag gehört und die das Urheberrecht als politisch relevanten Gegenstand begreift. Und doch waren Größe und Lautstärke des Protests gegen die EU-Urheberrechtsreform überraschend, als im Frühling 2019 mehrere zehntausend junge Leute in Berlin gegen die befürchteten Einschränkungen „ihres“ Internets auf die Straße gingen. Was also hat dazu geführt, dass sich um Fragen des Urheberrechts derart viel politisches Momentum entwickeln konnte?

Um eine Antwort hierauf geben zu können, ist das Verhältnis von Technologie und Recht näher zu betrachten, das sich im Fall des Urheberrechts in den vergangenen zwei Dekaden grundlegend verändert hat. War das Urheberrecht bis vor einigen Jahrzehnten noch ein relativ spezielles Rechtsgebiet, das vor allem die Tätigkeiten von professionellen Kreativen, Verlagen und Technologieherstellern betraf, hat sich diese Zone in Richtung der Konsument:innen ausgeweitet, die dank digitaler Werkzeuge niedrigschwellig und intuitiv selbst zu Urheber:innen werden – aber auch genau-

so schnell die Urheberrechte von Dritten verletzen können. Möglich ist das aufgrund digitaler Geräte und Software, aber auch aufgrund der digitalen Vernetzung, die das Internet und besonders Plattformen zum Austausch, zur Veröffentlichung und Verwertung von nutzergenerierten Inhalten, wie YouTube, Facebook oder TikTok bieten.

Natürlich gelten urheberrechtliche Regeln auch für Amateur:innen und Laien, die Remixe, Memes oder andere niedrigschwellige Bearbeitungen geschützter Werke erstellen und als nutzergenerierte Inhalte veröffentlichen. Es ist genauso naheliegend wie fair, dass Internetplattformen Urheber:innen an Einnahmen beteiligen, die sie beispielsweise über Werbemaßnahmen im Zusammenhang mit usergenerierten Inhalten verdienen. Dessen ungeachtet sind die dafür grundsätzlichen Regeln in Deutschland weiterhin ungeklärt, wie insbesondere der Fall um „Metall auf Metall“ klar macht: Nachdem der Popmusikproduzent Moses Pelham für einen Song ein knapp zweisekündiges Rhythmus-Sample aus dem Stück „Metall auf Metall“ von Kraftwerk verwendet hatte, entzündete sich ein bis heute anhaltender Streit um regulative Fragen der Remixkultur. Dieser Streit berührt auch grundlegende Fragen um Sinn und Funktion des Urheberrechts, etwa dessen Verhältnis zu Leistungsschutzrecht und Kunstfreiheit, den Auslegungsspielräumen bezüglich Schöpfungshöhe und freier Benutzung sowie der Beziehung von ästhetischer Referentialität und Werkkonkurrenz. In der Rückschau mag der 20 Jahre währende Streit um ein nicht einmal zwei Sekunden langes Rhythmus-Sample abstrakt und weit gegriffen wirken – werden die digitale Vernetzung und die Demokratisierung der Publikationsmittel durch das Internet als Faktoren mit einbezogen, so erhalten die genannten Punkte eine dringliche, ganz konkrete Relevanz, die weit über den Bereich der Popmusik hinausweist und zahlreiche Bereiche der Kulturproduktion und Alltagskommunikation betrifft.

Der vorliegende Sammelband widmet sich den geschilderten urheberrechtlichen Problemen und Phänomenen aus einer dezidiert interdisziplinären Perspektive. Vorbereitende Diskussionsprozesse hatten ihren Ausgang zunächst im Fachausschuss „Urheberrecht“ der Gesellschaft für Musikwirtschafts- und Musikkulturforschung (GMM) genommen. Diesem offenen Diskussionsraum gehören Musikwissenschaftler:innen, Sozialwissenschaftler:innen und Rechtswissenschaftler:innen aktiv an. Der Ausschuss ist seit seiner Gründung 2016 kontinuierlich gewachsen und unterstreicht damit das Interesse an einer Disziplinen vernetzenden Diskussion zum Urheberrecht. Aus diesem Wachstum entstanden auch Verbindungen zum Weizenbaum-Institut, dessen Ausrichtung auf die Wechselbeziehungen zwischen Digitalisierung und Gesellschaft nicht zuletzt urheberrechtliche Fragen adressiert. Im breiteren wissenschaftlichen Kontext stärken For-

schungsprojekte wie das DFG-Projekt „Organizing Creativity under Regulatory Uncertainty: Challenges of Intellectual Property“ oder das im DFG-Graduiertenkolleg „Innovationsgesellschaft heute“ geförderte Projekt „Urheberrecht und Kreativität in der samplingbasierten Musikproduktion“ der gegenwärtigen Formierung eines Forschungsschwerpunkts den Rücken, der sich neuen Fragen des Urheberrechts annimmt.

### *Tipping Points*

Die Denkfigur des *tipping points* im Urheberrecht stellt das übergreifende Element aller Beiträge in diesem Band dar. Anhand dessen werden Grenzfragen des Urheberrechts untersucht. *Tipping points* verstehen wir als Wende- oder Kippunkte, die Freiheit ermöglichen und/oder Restriktion bedingen, an denen etwas Neues entsteht oder ein Prozess eine andere Richtung einschlägt. Manche Arbeiten in diesem Band greifen die Denkfigur des *tipping points* zentral auf, bei anderen Beiträgen schwingt diese im Hintergrund mit. So leitet Heldt ihren Beitrag mit der Definition von Merriam-Webster zum *tipping point* ein. Bei einem *tipping point* handelt es sich hiernach um einen „kritischen Punkt in einer Situation, einem Prozess oder einem System, über den hinaus eine signifikante und oft unaufhaltsame Wirkung oder Veränderung stattfindet“<sup>1</sup>. Das Verständnis der Denkfigur, das den unterschiedlichen Beiträgen zugrunde gelegt wird, variiert durchaus. So wird diese teilweise als historischer Wendepunkt gesehen, als ein Ereignis, das im Nachhinein als Wendepunkt beschrieben werden kann, teilweise als Scheidepunkt künftiger Entwicklung, teilweise auch als Umbruchszeit, die Veränderungen bedingt, etwa in Bezug auf Akteurskonstellationen, Diskurse oder einzelne Praktiken.

Das unterschiedliche Verständnis der Denkfigur und der entsprechende Umgang damit ermöglichen, die Vielschichtigkeit der Dimensionen der Kippunkte im Urheberrecht aufzuzeigen. Zentral war im Zusammenhang der Tagung, aus der die Beiträge entstanden sind, dass die jeweiligen Fragestellungen nicht nur aus einer Perspektive betrachtet werden, sondern aus verschiedenen Blickwinkeln ohne hierbei an disziplinären Grenzen Halt zu machen. Nur so können Kippunkte erkannt, betrachtet und analysiert werden. Die Denkfigur der *tipping points* ermöglicht, Verände-

---

1 Definition von *Merriam-Webster*, freie Übersetzung von *Amélie Heldt*: „critical point in a situation, process, or system beyond which a significant and often unstoppable effect or change takes place“.

rungen, Entwicklungen und Unsicherheiten, denen das Urheberrecht unterliegt, in ihrer Dynamik einzufangen und entscheidende Aspekte dieser sehr fluiden Prozesse herauszuarbeiten. Dieser Vorgang wurde durch die intensive Diskussion im Rahmen der Tagung verfeinert, so dass jeder Beitrag für sich auf spezifische Art und Weise einen oder mehrere *tipping points* konturiert.

### *Zu den Beiträgen*

Der Sammelband besteht aus insgesamt 13 Forschungsbeiträgen, die in drei thematisch abgegrenzte Teile gegliedert sind. Der erste Teil widmet sich dem *Wandel der rechtlichen Rahmenbedingungen*, dem Kreativität unterworfen ist und liefert anhand von fünf Fallstudien verschiedene Antworten. Den Auftakt macht Amélie Heldt: Sie untersucht anhand der EU-Reform des Urheberrechts auf Grundlage sozialwissenschaftlicher Theorien der Öffentlichkeit, welche *tipping points* sich im Gesetzgebungsverfahren identifizieren lassen. Dabei arbeitet sie insbesondere die Rolle der Öffentlichkeit in diesem heraus. Marion Goller schließt in ihrem Text an die EU-Reform an, und fokussiert aber auf die sogenannten „Uploadfilter“, die im Reformprozess im Zentrum der öffentlichen Diskussion standen. Die Autorin skizziert, welche kulturellen und technologischen Auswirkungen sich durch eine flächendeckende Einführung von Uploadfiltern einstellen könnten, insbesondere was die Inhalte der *public domain* und der digital gestützten Alltagskommunikation betrifft. Auch Hans-Christian Gräfe und Jonas Kunze interessieren sich für die über Plattformen stattfindende Alltagskommunikation: Sie analysieren die rechtlichen Anforderungen und Besonderheiten der chinesischen Social Media-Plattform TikTok, die in Europa an Beliebtheit gewinnt. TikTok basiert auf nutzergenerierten Inhalten, die fortlaufend remixed und weiterverbreitet werden, was die Plattform einerseits für junge Leute attraktiv macht, aber auch urheberrechtliche Herausforderungen mit sich bringt. Während das Urheberrecht und auch die Monetarisierung auf TikTok vor allem auf der Verwertung von schöpferischen Leistungen aus der Vergangenheit beruht, drehen Crowdfunding-Plattformen dieses Prinzip gewissermaßen um, insofern sie Finanzierungen zukünftiger Projekte ermöglichen. Diese Perspektive nimmt Thomas Ernst ein. Er untersucht am Beispiel eines erfolgreich per Crowdfunding finanzierten Sachbuchs die Bedingungen und Konsequenzen, die sich aufgrund des Crowdfunding-Geschäftsmodells für Autorschafts- und Werkvorstellungen ergeben. Den Abschluss des ersten Teils macht Malte Zill. Auf Grundlage historischer Dokumente bespricht er die organisatori-

schen Praktiken der GEMA in den 1930er und 1940er Jahren und die darauf erfolgten öffentlichen Reaktionen von Musikknutzenden. Dies vergleicht er mit einer Reform der Tarifstruktur der Verwertungsgesellschaft aus dem Jahr 2012. Damit stellt Zill die technisch-rechtlichen Entwicklungen des Immaterialgüterrechts in einen größeren historischen Zusammenhang und arbeitet so Parallelen und Unterschiede in der Urheberrechtsvertretung der Verwertungsgesellschaft heraus.

Im zweiten Teil widmet sich der Sammelband vertieft den künstlerischen Praktiken, die anhand verschiedener Parameter wie Schöpfungshöhe, Referentialität oder Werkqualität diskutiert werden. Zunächst untersuchen Daniel Müllensiefen und Klaus Frieler die Güte und Notwendigkeit des urheberrechtlichen Prinzips des sogenannten „starrten Melodien-schutzes“, also der rechtlichen Privilegierung der Melodie. Dafür legen sie eine umfangreiche quantitative Analyse von melodischen Bausteinen zugrunde, anhand der sie zeigen, wie strukturelle Ähnlichkeit und das Kippen in neue, qualitativ eigenständig wahrgenommene Melodien zusammenhängen. Dario Haux greift in seinem Beitrag ebenfalls das Stichwort des *tipping points* auf, wenn er fragt, ob der Streit um das „Metall auf Metall“-Sample selbst als Wendepunkt in der Urheberrechtsdebatte verstanden werden kann. Zur Fundierung seiner Antwort zieht Haux das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu „Metall auf Metall“ heran, in dem er einige Ansatzpunkte eines raumsoziologisch gefärbten Verständnisses vom Internet als kreativ-alltäglichem Lebensraum erkennt. Thematisch schließt Konstantin Hondros an das Thema Sampling an, das einen Schwerpunkt in diesem zweiten Teil des Sammelbands darstellt. Hondros argumentiert noch stärker wirtschaftssoziologisch und tritt für ein Verständnis von Samples als flüchtigen Waren ein. Die besondere Qualität der Flüchtigkeit stellt er in seiner komparativen Analyse von Anbietern heraus, die auf den Handel von Samples spezialisiert und daher auch mit deren ökonomisch-metrischen Herausforderungen der Vergleichbarkeit konfrontiert sind. Auch Sophie Beaucamp und Simon Schrör widmen sich dem Sampling: Sie verbinden eine systemtheoretisch informierte soziologische Perspektive auf das Verhältnis von Kunst, Wirtschaft und Recht mit einer juristischen Auseinandersetzung der rechtlichen Entwicklung im Sampling-Fall zu „Metall auf Metall“. Dabei identifizieren sie das Kriterium der Gewerblichkeit als *tipping point* und illustrieren an der Gruppe der Low-Budget-Musikproduzent:innen die feine Grenze, den Kippunkt zwischen professioneller und hobbyhafter Musikproduktion. Christian Czychowski und Nicolas Düstersiek greifen für ihren Beitrag den Themenschwerpunkt Sampling noch einmal auf. Unter Rückgriff auf die künstlerische Praxis der Appropriation Art und des damit verbundenen konzeptionellen Kunstbe-

griffs im Sinne des Pastiche stellen sie eine Tradition zu modernen, digitalen und massenhaften Ausdrucksformen wie Sampling oder Remix her. Aus dieser Perspektive diskutieren die Autoren die verschiedenen Konsequenzen, die sich aus dem potentiellen Wegfall der urheberrechtlichen Schranke der freien Benutzung ergeben können.

Im dritten Teil des Sammelbands richtet sich der Blick in die Zukunft. Hier sind drei Beiträge zum Themenfeld Archivierung und Regulierung zusammengestellt, die die urheberrechtlichen Voraussetzungen und Implikationen für den Zugang zu Wissen, Daten und Sammlungen analysieren. Zunächst begibt sich Georg Fischer in den urheberrechtlich fragwürdigen bis sogar illegalen Bereich der wissenschaftlichen Schattenbibliotheken. Anhand verschiedener Beispiele, darunter SciHub oder UbuWeb, fragt der Autor, ob Schattenbibliotheken als Indikator für kippende Akteursgefüge in der akademischen Medienindustrie verstanden werden können, sich also ein *tipping point* in der Entwicklung des wissenschaftlichen Publizierens andeutet. Die technischen und rechtlichen Herausforderungen für Zugang und Archivierung sind auch das Thema von Miriam Akkermann. Am Beispiel der frühen Elektroakustischen Musik erläutert sie, wie Kompatibilität, Versionalität und Urheberschaft als musikalisch-technische Parameter bei der Archivierung berücksichtigt werden müssen und welche Probleme sich in diesem Feld aktuell und zukünftig stellen. Die noch grundsätzlichere, strukturelle Zugänglichkeit von materiellen und immateriellen Kulturgütern wird schließlich auch in dem gemeinsamen Beitrag von Fabian Rack, Franziska Boehm, Matthias Pasdzierny und Dörte Schmidt thematisiert. Sie stellen das Konsortium zur Nationalen Forschungsdateninfrastruktur von Kulturgütern (abgekürzt: NFDI4Culture) vor und skizzieren pragmatische Lösungsansätze, um unter Berücksichtigung der rechtlichen Voraussetzungen die vielfältigen Daten der Kulturlandschaft für die zukünftige Forschung verfügbar zu machen.

### *Auf dem Weg zu einer interdisziplinären Urheberrechtsforschung*

Die Beiträge in dem vorliegenden Band weisen unter der Klammer der *tipping points* eine große Breite an theoretischen, methodischen und gegenständlichen Zugängen auf. Quantitative, musikpsychologische Untersuchungen, juristische Einordnungen, literaturwissenschaftliche Fallstudien oder soziologische Feldbeschreibungen zeigen, wie sehr das Urheberrecht die Wissenschaft umtreibt. Ganz gleich ob das Urheberrecht selbst Forschungsgegenstand ist, ob dessen Auswirkungen auf Forschungsobjekte untersucht werden, oder ob es um die Freiheiten und Restriktionen geht,

die das Urheberrecht für das wissenschaftliche Handeln, das Forschen und Publizieren selber oder für das Archivieren hat: Akademisch finden sich viele unterschiedliche Herangehensweisen, die sich in Gänze einem Feld der Urheberrechtsforschung zuordnen lassen. Eine solche Feldzuordnung ist heuristisch natürlich interessant, reicht aber allein freilich nicht aus, um aktiv Denken über die eigene Disziplin hinaus zu erweitern. Hierzu bedarf es einer Verstetigung diverser, zum Teil bereits hier skizzierter Forschungsstrukturen und -haltungen, die eine interdisziplinäre Urheberrechtsforschung fördern und animieren, und zugleich den Qualitätsanforderungen innerhalb etablierter Fachcommunities und Wissenschaftszweige entsprechen.

Die Tipping Points Tagung 2020 verstand sich als Stimulus einer aktiven akademischen Vernetzung und gegenseitiger Einbeziehung, um das Feld der Urheberrechtsforschung um eine funktionale und produktive Form der Interdisziplinarität zu erweitern. Eine besondere Rolle kommt dabei den vor der Tagung erarbeiteten und allen Teilnehmenden zur Verfügung gestellten Workingpaper zu. Die beiden Konferenztage waren hierdurch ein interdisziplinäres Arbeitstreffen, auf dem die im Vorfeld ausgetauschten schriftlichen Beiträge kurz vorgestellt und umfassend diskutiert wurden. Die inhaltliche Breite der Beiträge und die Multidisziplinarität der Forschenden waren von vornherein bekannt. Die Autor:innen nutzten das Format der Tagung gezielt zur Diskussion von Fragen sowie zur Weiterentwicklung der Paper. Das bewusste Teilen der eigenen Expertise über die eigene Arbeit hinaus hat sich als vielleicht wichtigster Aspekt des gemeinsamen Projektes herausgestellt. Leitlinie der Zusammenarbeit und des Austausches aller Autor:innen in diesem Band war und ist es, das eigene Wissen über urheberrechtlich relevante Bereiche weiterzutragen und das gegenseitige Informieren als Modus Operandi zu verfolgen. Dies erfordert nicht nur eine grundsätzliche Offenheit gegenüber Interdisziplinarität, sondern auch eine kritische Grundhaltung gegenüber Prämissen der eigenen Disziplin.

Nun ist und bleibt interdisziplinäre Forschung stets ein Wagnis. Die Gefahren einer Profanisierung von Erkenntnissen oder dem Einigen am kleinsten gemeinsamen Nenner bestehen ebenso wie die Sorge vor fehlender Anschlussfähigkeit zu disziplinären Fachdiskursen. Eine interdisziplinäre Forschungshaltung sollte mit einem Bewusstsein gegenüber diesen Gefahren und Sorgen einhergehen und den (Mehr)Wert des Interdisziplinären kritisch hinterfragen. Wie sich in diesem Band zeigt, kann Interdisziplinarität ganz unterschiedliche Ausformungen haben. Sie fängt an bei dem Wissen um die Argumente und Sichtweisen anderer Disziplinen auf den gleichen Gegenstand und führt über eine Verzahnung unterschiedli-

cher Forschungs- und Erkenntnislogiken hin zu genuin supradisziplinären Fragestellungen und der Entwicklung neuer Forschungsideen, die Fragen stellen, die monodisziplinär unbeantwortbar wären. Diese Vielfalt gelebter Interdisziplinarität anzuerkennen und als Stärke zu begreifen, ist eines der Anliegen des Buches.

Die Breite der hier versammelten Themen und Herangehensweisen illustriert, wie groß die Relevanz ist, die das Urheberrecht in einer vernetzten Gesellschaft hat, und dass das Urheberrecht ein Zukunftsthema ist und bleibt: Das gilt innerhalb der Wissenschaft, beim Umgang mit den immer umfassender vorliegenden Materialien, die archiviert, katalogisiert und zugänglich gemacht werden wollen, sowie bei Gedächtnisinstitutionen, die sich ähnlichen Herausforderungen stellen. Zugleich befinden wir uns mitten in der digitalen Transformation der Medienindustrie, der Unterhaltungsbranche, der Musik und der Literatur. All diese Entwicklungen und Umbrüche lassen sich nicht unabhängig vom Urheberrecht betrachten, sind aber zugleich viel mehr als juristische Problemstellungen, die monodisziplinär zu greifen oder gar zu lösen wären. Auch deswegen versteht sich dieser Band als Versuch, interdisziplinäre Zugangsmöglichkeiten zu illustrieren, die auch in Zukunft Anwendung auf die spannenden und vielfältigen Fragen des Urheberrechts in der vernetzten Gesellschaft finden können.

Auf der Tagung ist es gelungen, die Idee der Vernetzung und Verzahnung in den hier vorliegenden Beiträgen weiterzuführen und damit einen Schritt in Richtung einer lebendigen, interdisziplinären Urheberrechtsforschung zu machen. Eine solche Urheberrechtsforschung, die systematisch informiert von den Erkenntnissen und Erfordernissen anderer funktioniert und mitunter in konkreter Zusammenarbeit mündet, hat das Potenzial, die diversen wichtigen und aktuellen Forschungszweige in den Rechts-, Sozial-, Musik-, Literatur- und Kulturwissenschaften um eine integrierende Perspektive zu erweitern.

### *Danksagung*

Unser Dank dafür, diese Arbeit vorlegen zu können, gebührt vor allem den Autor:innen des Bandes und den Teilnehmenden der Arbeitstagung, die gezeigt haben, dass ein intrinsisches Interesse und eine genuine Neugierde für interdisziplinäre Ansätze der Forschung zum Urheberrecht besteht. Wir danken zudem den Kolleg:innen in der GMM, besonders Holger Schwetter und Frédéric Döhl, die die Tagung mit uns vorbereitet, angedacht und durchgeführt haben, sowie den Reviewer:innen für ihre kritische Arbeit. Herzlichen Dank auch an Axel Metzger für das große Vertrauen in dieses Projekt. Ebenso danken wir Jana Pinheiro, Alexandra Keiner, Valeria Nieberg und Huy Nguyen für die Unterstützung an vielen kleinen und großen Stellen.

Unser Dank gilt schließlich dem Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) dessen Förderung des Weizenbaum-Instituts für die vernetzte Gesellschaft (Förderkennzeichen: 16DII111 – „Deutsches Internet-Institut“) unter anderem die Open Access-Veröffentlichung dieses Bandes möglich gemacht hat.



*Teil 1*  
*Rechtliche Rahmenbedingungen der Kreativität im Wandel*



# Identifying Tipping Point(s): Wendepunkte bei der Verabschiedung der DSM-Richtlinie

Amélie Heldt\*

Hat der Gesetzgeber die Pflicht, auf Entwicklungen seiner Zeit zu reagieren und welche Wendepunkte – sogenannte Tipping Points – haben zur Novellierung der EU-Urheberrechtsrichtlinie geführt?<sup>1</sup> In diesem Beitrag geht es im Schwerpunkt um eine Analyse des Prozesses der Verabschiedung der DSM-Richtlinie anhand des Konzepts der Tipping Points. Dafür wird zunächst auf die Definition des Tipping Point-Konzepts und auf das Verhältnis zwischen der Öffentlichkeit und dem allgemeinen Gesetzgebungsverfahren eingegangen, um danach eine Antwort auf die Frage zu geben, welche Rolle die Öffentlichkeit im Prozess der Verabschiedung der finalen Version, insbesondere des nunmehr Art. 17 der DSM-RL, gespielt hat. Sowohl die Emergenz neuer privater Akteure durch den digitalen Wandel als auch die Debatte um Upload-Filter sind dabei hervorzuheben.

## 1 Definition des Tipping Points

Der Journalist Gladwell beschreibt den Begriff des Tipping Points wie folgt: „An einem Tipping Point ist für einen Moment lang alles offen – Veränderungen, die in einem solchen Moment, an einem solchen Punkt vorgenommen werden, können ungeheuer wirkungsvoll sein.“<sup>2</sup> und allgemein definiert man ihn als „kritischen Punkt in einer Situation, einem

---

\* Ass. iur. Amélie Heldt, maître en droit ist Juristin und forscht als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Leibniz-Institut für Medienforschung | Hans-Bredow-Institut in Hamburg zur Transformation der öffentlichen Kommunikation. Ihre Forschungsschwerpunkte sind Verfassungsrecht und Media Governance.

1 Die Autorin möchte Prof. Dr. Martin Kretschmer und den Teilnehmer:innen der Fachtagung Urheberrecht, sowie Prof. Dr. Wolfgang Schulz und Dr. Stephan Dreyer für wertvolles Feedback danken. Danke an Johanna Stelling, Rike Heyer und Carlotta Siegel für ihre Unterstützung.

2 Gladwell, *Der Tipping Point*, 266.

Prozess oder einem System, über den hinaus eine signifikante und oft unaufhaltsame Wirkung oder Veränderung stattfindet.<sup>3</sup>

Im Kontext von politischen Entscheidungen können Tipping Points Wendepunkte in Agenda-Setting-Prozessen darstellen, wie aus der Policy-Forschung von Jones und Baumgartner hervorgeht. Sie entwickelten die Theorie des Punctuated-Equilibrium-Process, um Richtungswechsel in der US-Politik zu analysieren und zu erklären.<sup>4</sup> Laut ihnen kommt es zu Änderungen, wenn Machtverhältnisse unterschiedlicher Interessengruppen an einem politischen Thema aus ihrem bisherigen Gleichgewicht geraten.<sup>5</sup> Dabei ist keine institutionalisierte Form der Macht erforderlich, grundsätzlich kann es sich um Interessensgruppen handeln, die nicht am Gesetzgebungsverfahren beteiligt werden müssen. Auf dieser Prämisse baut auch das Threshold-Modell von Granovetter auf: Demnach kann eine kritische Menge von Individuen, die sich einer Sache gegenüber verhalten, zu einem Tipping Point führen, wenn ihre Ablehnung einen Schwellenwert erreicht.<sup>6</sup> Wenn die kollektive Ablehnung signifikant zunimmt, wirkt es sich auf die bisherigen Machtverhältnisse aus – es entsteht möglicherweise ein neues Equilibrium. Diese Änderungen der Akzeptanz hat Noelle-Neumann in ihrer Theorie der Schweigespirale erklärt: Die öffentliche Meinung ist die „Meinung, die man öffentlich äußern kann, ohne sich zu isolieren.“<sup>7</sup> Wenn sie sich ändert, kann ein Änderungsdruck auf die sozialen Normen entstehen – auch für den Gesetzgeber.<sup>8</sup> Folglich handelt es sich bei einem Tipping Point um eine Stufe des politischen Aushandlungsprozesses, die für die beteiligten Stakeholder-Gruppen als wichtig und unumkehrbar identifiziert wird.

---

3 Definition v. Merriam-Webster, freie Übersetzung d. Verf.: „critical point in a situation, process, or system beyond which a significant and often unstoppable effect or change takes place“.

4 True/Jones/Baumgartner, Punctuated-Equilibrium Theory, in: Sabatier, Theories of the Policy Process, 155 f.

5 Baumgartner/Jones, Agendas and Instability in American Politics, 278.

6 Granovetter, American journal of sociology 1978, 1420; Dan Wood/Doan, Am J Political Science 2003, 640, 641.

7 Noelle-Neumann, Öffentliche Meinung, 91.

8 Noelle-Neumann, Öffentliche Meinung, 178 f.; Fraenkel, Zeitschrift für Politik 1963, 309, 318; Lüdemann, Gesetzgebung als Entscheidungsprozess, 32 f.

## 2 Gesetzgebungsinitiative und Öffentlichkeit

Um zu erkennen, wann ein Tipping Point eingetreten ist und zu einer Änderung des geltenden Rechts führt, ist es wichtig zu identifizieren, welche Akteure am Gesetzgebungsverfahren beteiligt sind und welche Rolle die Öffentlichkeit in Agenda-Setting-Prozessen innehat.

### 2.1 Im Gesetzgebungsverfahren

#### 2.1.1 Initiativrecht

Gemäß dem Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 2 S. 1 und 2 GG muss die legislative Gewalt vom Volk ausgehen und durch Wahlen und Abstimmungen legitimiert sein („Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus.“). Die Zuständigkeit des deutschen Gesetzgebers ist in Art. 70 f. GG geregelt und teilt sich auf die Länder und den Bund auf. Auf Bundesebene ist der Bundestag als Organ für die Gesetzgebung zuständig. Es besteht kein exklusives Initiativrecht eines Organs zu Gesetzesvorhaben: Gemäß Art. 76 Abs. 1 GG können Gesetzentwürfe durch die Bundesregierung, aus der Mitte des Bundestages oder durch den Bundesrat eingebracht werden.

Auf EU-Ebene kann die Europäische Union gemäß Art. 2 Abs. 1 AEUV in solchen Bereichen tätig werden, in denen die Mitgliedstaaten ihr die Kompetenz übertragen haben. Das ordentliche Gesetzgebungsverfahren der EU ist in Art. 289 Abs. 1 i.V.m. Art. 294 AEUV geregelt und beginnt mit einem Vorschlag der EU-Kommission. Dieser wird dem Europäischen Parlament und dem Rat unterbreitet, woraufhin beide Organe sich über eine Fassung einigen müssen, bevor der letzte Entwurf gemäß Art. 294 Abs. 13 AEUV dem Europäischen Parlament zur Abstimmung vorliegt. Die demokratische Legitimierung dieser beiden Organe findet mittel- und unmittelbar statt: Der Rat besteht aus Staatsoberhäuptern der Mitgliedstaaten, die jeweils durch nationale Wahlen legitimiert sind. Das Europäische Parlament wird hingegen unmittelbar durch die Bürger der Europäischen Union (Art. 14 Abs. 3 EUV) gewählt. Darüber hinaus kann die Kompetenzübertragung der Mitgliedstaaten auf die EU durch die jeweiligen nationalen Parlamente auch als Form der mittelbaren Legitimierung angesehen werden.

So sind sowohl der deutsche als auch der europäische Gesetzgeber zum Erlass von Rechtsakten ermächtigt, nicht für einzelne Gesetzesvorhaben, sondern für einen im Vorhinein festgelegten Zeitraum (Wahlperiode) und ohne formelle Einwirkungsmöglichkeiten des Volkes ab dem Zeitpunkt,

ab dem die gewählten Abgeordneten zu ihrer konstituierenden Sitzung zusammengekommen sind (bspw. § 1 GOBT).

### 2.1.2 *Initiativpflicht?*

Kann ein Tipping Point zu einer Handlungspflicht des Gesetzgebers führen? Im deutschen Verfassungsrecht gilt die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, d.h. es bleibt ihm überlassen, ein Gesetzesvorhaben einzuleiten. Im Regelfall geschieht dies aufgrund des politischen Gestaltungswillens der gewählten Mehrheit. Dabei ist der Gesetzgeber gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden, d.h. Gesetze müssen gemäß dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit (u.a.) geeignet und erforderlich sein. Das Übermaßverbot regelt jedoch nicht solche Situationen, in denen der Gesetzgeber tätig werden sollte, es aber nicht tut.

Nach dem Prinzip des Untermaßverbots kann für den Staat die Pflicht entstehen, aktiv zu werden. Das Untermaßverbot wird aus dem Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 3 GG in Verbindung mit einzelnen Grundrechten abgeleitet.<sup>9</sup> Das Untermaßverbot erklärt das Bundesverfassungsgericht wie folgt: „Notwendig ist ein – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessener Schutz; entscheidend ist, dass er als solcher wirksam ist. Die Vorkehrungen, die der Gesetzgeber trifft, müssen für einen angemessenen und wirksamen Schutz ausreichend sein und zudem auf sorgfältigen Tatsachenermittlungen und vertretbaren Einschätzungen beruhen.“<sup>10</sup> Dem Gesetzgeber steht weiterhin ein „Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum“ zu, d. h. es gibt keine Initiativpflicht, solange er einen Mindeststandard einhält, der eine Verletzung seiner Schutzpflichten vorbeugt.<sup>11</sup>

---

9 Grzeszick, in Maunz/Dürig, Rn. 126.

10 BVerfG, Urt. v. 28.05.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92 – Schwangerschaftsabbruch II.

11 BVerfG, Urt. v. 28.05.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92 – Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs.

## 2.2 Rolle der Öffentlichkeit

Kommt es zu Änderungen in der Gesellschaft, gefolgt von einer Reaktion des Gesetzgebers, ist die Wahl des Parlaments nicht die einzige Verbindung zwischen dem Volk und der Legislative, sondern gesellschaftlicher Konsens wird in der Öffentlichkeit ausgehandelt. Ein Tipping Point kann u.a. an einer überwiegenden Haltung in der Bevölkerung erkannt werden. Modelle wie das Threshold-Modell von Wood und Doan beruhen auf der Annahme, durch die Summierung individueller Ablehnungsreaktionen ließe sich ein Schwellenwert ermitteln, ab dem die öffentliche Meinung sich wandelt – also ein Tipping Point in puncto gesellschaftlicher Akzeptanz.<sup>12</sup> In ihrer Anwendung des Threshold-Modells in der US-Gesellschaft weisen sie auch auf die Rolle der Öffentlichkeit hin.

Der Begriff der Öffentlichkeit ist eines der meist diskutierten Konzepte der Sozialwissenschaft und kann hier nicht in extenso dargestellt werden. Das Verständnis und die Auslegung des Demokratieprinzips beruht in Deutschland auf der Theorie der deliberativen Demokratie einschließlich der ausgeführten Form der Öffentlichkeit von Habermas.<sup>13</sup> Auch der vorliegende Aufsatz beruft sich auf die Theorie von Habermas und das Drei-Ebenen-Modell von Gerhards und Neidhardt.<sup>14</sup> Laut Gerhards beschreibt Öffentlichkeit den „kommunikativen Bereich, in dem alle Bürger mit Argumenten öffentliche Belange diskutieren, an deren Ende eine öffentliche Meinung steht, die die Grundlage politischer Entscheidungen bildet“.<sup>15</sup> Im klassischen Drei-Ebenen-Modell wird zwischen drei Ebenen der Öffentlichkeit und ihrer Institutionalisierung unterschieden: Einfache, mittlere und komplexe Öffentlichkeit.<sup>16</sup> Einfache Öffentlichkeit entsteht bei persönlichen Begegnungen; mittlere, wenn der Personenkreis aufgrund der (erhöhten) Zahl der Beteiligten nicht mehr als persönlich bezeichnet werden kann; und komplexe Öffentlichkeit entsteht durch massenmediale Medien. Folglich wird eine Meinung als öffentliche Meinung betrachtet, wenn sie über die sogenannten Encounter- und Stammtisch-Öffentlichkeiten hinaus wahrgenommen und in der massenmedialen Öffentlichkeit ge-

---

12 Dan Wood/Doan, *Am J Political Science* 2003, 640, 652.

13 inter alia Pfetsch u. a., *Publizistik* 2018, 477, 483.

14 Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*; Gerhards/Neidhardt, *Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit*.

15 Gerhards, in: Jarren/Sarnicelli/Saxer, *Politische Kommunikation in der demokratischen Gesellschaft: ein Handbuch mit Lexikonteil*, 268, 270.

16 Gerhards/Neidhardt, *Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit*, 19–26.

spiegelt wird.<sup>17</sup> Der Tipping Point als Richtungswechsel einer Gesellschaft zu einer Frage kann sich in Form einer öffentlichen Meinung manifestieren.

Die Staatslehre kennt verschiedene Attributionen der Öffentlichkeit, u. a. die umstrittene Akklamationsfunktion nach Carl Schmitt.<sup>18</sup> Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beruht auf dem Habermas'schen Konzept der Öffentlichkeit, also auf einem Idealmodell des rationalen Diskurses in einer deliberativen Demokratie, insbesondere bei der Auslegung der Kommunikationsfreiheiten und der Konkretisierung der individuellen und kollektiven Meinungsbildung.<sup>19</sup> Die zentralen Funktionen der Öffentlichkeit werden durch Grundrechte geschützt, d. h. Meinungs- und Informationsfreiheit, Versammlungsfreiheit und Presse-/Medienfreiheiten. Für die vorliegende Untersuchung ist vor allem wichtig, dass die Differenzierung zwischen privat einerseits und öffentlich (im Sinne von staatlich) andererseits weiterhin stattfindet, aber dass im Internet private Akteure eine wichtige Rolle spielen, deren Machtzunahme ein Tipping Point für den Gesetzgeber darstellen könnte.

Die Beteiligung der Öffentlichkeit kann als Voraussetzung im Gesetzgebungsverfahren vorgesehen sein und bezweckt durch die Zugänglichkeit von Informationen Qualitätssteigerung und Akzeptanzförderung.<sup>20</sup> Die Beteiligung der Öffentlichkeit kann als Verständigung aller Betroffenen gestaltet werden und betrifft größtenteils Verfahren, die bereits von der öffentlichen Hand initiiert sind. Über Volksabstimmungen werden bereits entworfene Gesetze den Bürgern zur Abstimmung vorgelegt (sogenanntes Plebiszit).<sup>21</sup> Direkte Formen der Bürgerbeteiligung sind auf Bundesebene nur bei der Neugliederung des Bundesgebietes gemäß Art. 29 GG vorgesehen, wohingegen Bürgerbegehren und Bürgerentscheide in den Verfassungen der Länder vorkommen. Auf EU-Ebene kann gemäß Art. 11 Abs. 4 EUV eine Europäische Bürgerinitiative entstehen, wenn ein Quorum von 1 Millionen EU-Bürger die EU-Kommission dazu auffordert, einen Vorschlag zur Umsetzung der EU-Verträge zu unterbreiten. Gemäß Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 277 AEUV hat jeder EU-Bürger ein Petitionsrecht, d. h. sie können sich in Angelegenheiten, die in die Tätigkeitsbereiche der Uni-

---

17 Auch wenn diese Konzepte vor der Digitalisierung entstanden sind, lassen sie sich entsprechend auf heutige Formen der Öffentlichkeit anwenden.

18 Schmitt, Verfassungslehre.

19 Hoffmann-Riem/Schulz, in: Jarren/Sarcinelli/Saxer, Politische Kommunikation in der demokratischen Gesellschaft: Ein Handbuch mit Lexikonteil, 154.

20 Schink, in Spannowsky/Uechtritz, § 3 Rn. 3.

21 Weber, Volksabstimmung, in Creifelds kompakt, Rechtswörterbuch.

on fallen und die ihn oder sie unmittelbar betreffen, an das Europäische Parlament wenden und es auffordern, ein besonderes Gesetzgebungsverfahren einzuleiten. Diese Formen der formalisierten Öffentlichkeitsbeteiligungen sind für das Demokratieprinzip unverzichtbar und können vereinzelt von Bürger:innen genutzt werden, um den Gesetzgeber zum Handeln zu veranlassen. Es handelt sich allerdings nicht zwangsläufig um Tipping Points, denn der Wendepunkt der öffentlichen Meinung kann mit einem Volksbegehren einhergehen, aber sie können theoretisch losgelöst voneinander stattfinden.

Um die informelle Rolle der Öffentlichkeit zu erfassen, gelangt man zurück zum Ausgangspunkt der Machtverhältnisse unterschiedlicher Interessengruppen innerhalb eines politischen Aushandlungsprozesses<sup>22</sup> und der eventuellen Notwendigkeit einer Anpassung der Gesetzeslage. Grundsätzlich gibt es in allen Gesellschaften soziale Normen, die teils in der Form von Rechtsnormen normiert werden:<sup>23</sup> Verhaltensregeln können individuell oder sozial sein, und soziale Verhaltensregeln sind normiert oder nicht. Zahlreiche gesellschaftliche Abläufe bedürfen keiner Rechtsnorm, weil die soziale Norm innerhalb des „als Einheit umgrenzbaren sozialen Gebildes“<sup>24</sup> der Gesellschaft bekannt und anerkannt ist, somit auch der gesellschaftliche Druck, sie zu befolgen, ausreicht. Popitz beschreibt den Übergang von Sittennormen zu Rechtsnormen als das Überschreiten eines bestimmten Grad der Verfestigung (Institutionalisierung),<sup>25</sup> doch wann dieser Schwellenwert erreicht wird, beantwortet er nicht.

Die Wechselwirkung zwischen sozialer Norm und Rechtsnorm ist komplex: Einerseits soll der Gesetzgeber nicht auf jede Änderung der öffentlichen Meinung reagieren (das Recht darf „eine Barriere gegen den bloßen Zeitgeist“ sein, so Noelle-Neumann<sup>26</sup>), andererseits soll er sich nicht ohne Grund gegen gesellschaftliche Entwicklungen sperren. Dieses Bedürfnis einer Übertragung in gesetzliche Regelungen kann durch die Öffentlichkeit gespiegelt, formuliert und weitergetragen werden, die mediale Öffentlichkeit kann als Legitimationsmedium dienen.<sup>27</sup>

---

22 Siehe *Jones/Baumgartner*, Fn. 4.

23 *Popitz*, Die normative Konstruktion von Gesellschaft, 70.

24 *Popitz*, Die normative Konstruktion von Gesellschaft, 69.

25 *Popitz*, Die normative Konstruktion von Gesellschaft, 31.

26 *Noelle-Neumann*, Öffentliche Meinung, 184.

27 Vgl. BVerfG, Urt. v. 28.02.1961 – 2 BvG 2/60, BVerfGE 12, 205, 260 – Rundfunk I.

### 3 Tipping Points im Urheberrecht

Überträgt man die bis hier dargestellten Gedanken auf die EU-Urheberrechtsrichtlinie, kristallisieren sich zwei mögliche Tipping Points heraus: Zunächst der erste Vorschlag der Richtliniennovellierung als Reaktion auf gesellschaftliche und technische Entwicklungen. Später die Änderung des Art. 17, welchem eine öffentliche Debatte um die Einführung von Upload-Filtern vorangegangen war.

Der Schutz des Urheberrechts und seiner verwandten Schutzrechte ist im Urheberrechtsgesetz (UrhG) geregelt. Gemäß §§ 15 bis 27 UrhG ist der Urheber geschützt und kann grundsätzlich über die Nutzung und die Verwertung seines Werkes verfügen. Das starke Schöpferprinzip dient dem Urheber auf individueller Ebene und der Gesellschaft auf kollektiver Ebene, um Kultur zu fördern und gleichzeitig zugänglich zu machen (beispielsweise durch Ausnahmen in Form von gesetzlich erlaubten Nutzungen, §§ 44a – 53a UrhG). Das Urheberrecht soll die widerstreitenden Interessen von Urhebern, Verwertern und Gesellschaft an dem Werk in Ausgleich bringen. Auf EU-Ebene wurde 2001 die Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft verabschiedet, die 2003 ins deutsche Recht umgesetzt wurde.

#### 3.1 Neue Akteure als Game-Changer

Durch das Internet sind traditionelle Massenmedien nicht mehr die einzigen Stimmen der Öffentlichkeit: Mithilfe sozialer Medien können Internetnutzer:innen einen Rezipientenkreis erreichen, der über ihre persönliche Sphäre hinausgeht.<sup>28</sup> Die Digitalisierung hat auch Änderungen für das geistige Eigentum und dessen Verwertung gebracht, sowohl auf struktureller als auch auf inhaltlicher Ebene.

Strukturell sind neue Akteure auf den Plan getreten, die den Zugang, die Vervielfältigung und die Verbreitung von Inhalten ermöglichen, vereinfachen und beschleunigen. Das Geschäftsmodell von Plattformen beruht darauf, nutzergenerierte Inhalte in den Mittelpunkt zu stellen, auch Inhalte von Dritten, die urheberrechtlich geschützt sind. Zwar gibt es die Möglichkeit, Rechtsverletzungen zu melden und Videos zu monetarisie-

---

28 Kritisch: *Wandtke*, A.A.: MMR 2017, 367, 369.

ren, aber diese Optionen wurden bisher für unzureichend erachtet.<sup>29</sup> Auslöser für die Reform war nicht die Ermöglichung der Zurverfügungstellung von geschützten Werken durch Plattformen – also der technische Zugang –, sondern der sogenannte „Value Gap“, d. h. die Diskrepanz zwischen den werbefinanzierten Einnahmen der Plattformen und der Ausschüttung an die Rechteinhaber.<sup>30</sup> Abgesehen von den neuen Akteuren haben neue Formate und Inhalte auch zu strukturellen Änderungen geführt.

### *3.2 Gesetzgebungsverfahren für das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt*

Die grundsätzliche Entwicklung des digitalen Binnenmarkts, neue Akteure und Geschäftsmodelle sowie die öffentliche Debatte diesbezüglich haben dazu geführt, dass auf EU-Ebene die Novellierung der Urheberrechtsrichtlinie angestrengt wurde. Alle Aspekte der Debatte rund um die neue EU-Urheberrechtsrichtlinie können und sollen an dieser Stelle nicht wiedergegeben werden.<sup>31</sup> Zusammengefasst ging es bei der Schaffung des Art. 17 der Richtlinie um den Schutz der Verwertungsmöglichkeiten von geschützten Werken vor einer – für die Hosting-Plattformen und somit auch deren Nutzer – kostenfreien Nutzung der Werke, also um den Schutz des Inhabers der Vergütungsansprüche aus dem UrhG.<sup>32</sup> Um die Haftungsprivilegierung der Plattformen und die Ansprüche aus dem urheberrechtlichen Verwertungsrecht in Einklang zu bringen, enthielt der Vorschlag der EU-Kommission 2016 in (Ex-)Art. 13<sup>33</sup> die Pflicht für „Diensteanbieter der Informationsgesellschaft“, Maßnahmen zur Vermeidung von Rechteverletzungen zu ergreifen, „wie beispielsweise wirksame Inhaltserkennungstechniken.“<sup>34</sup> Konkreter war in (Ex-)Art. 13 Nr. 3 geregelt, dass Diensteanbieter und Mitgliedstaaten diese Maßnahmen wie „geeignete und angemessene

---

29 Vgl. den jahrelangen Streit zwischen der GEMA und YouTube.

30 *Gielen/Tiessen*, EuZW 2019, 639, 640 zur Entstehung der Reform.

31 Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.04.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L0790&qid=1579079069995&from=DE>, (zuletzt abgerufen am 15.5.2020).

32 Siehe Titel IV der Richtlinie: Maßnahmen zur Schaffung eines funktionsfähigen Marktes für den Urheberrechtsschutz.

33 Nunnmehr Art. 17.

34 COM(2016) 593 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0593&qid=1579103662332&from=DE> (zuletzt abgerufen am 15.1.2020).

Inhalterkennungstechniken“ im Lichte des technologischen Fortschritts festlegen sollten.

Eine automatisierte Überprüfung der Inhalte durch solche Inhaltserkennungstechniken könnte bedeuten, dass sogenannte Upload-Filter eingesetzt werden würden, d. h. ein Algorithmus, der Inhalte, die sich im Cache befinden, mit vorhandenen „Hashes“<sup>35</sup> geschützter Werke vergleicht und gegebenenfalls aussortiert.<sup>36</sup> Gewissermaßen kann man hier von einer Reaktion des Gesetzgebers auf technologische Entwicklungen sprechen: das Hochladen und Verbreiten von Inhalten ist anhand digitaler Formate und globaler Netzwerke für jeden Internetnutzer möglich. Entsprechend wurde auch die Gegenmaßnahme aus der Perspektive gedacht, die *Vermeidung* von Rechtsverletzungen zu automatisieren.

Der Einsatz von Upload-Filtern als Unterkategorie von Content-Control-Software ist grundsätzlich nicht neu: Digitale Plattformen, die nutzergenerierte Inhalte hosten, benutzen Filter seit geraumer Zeit bei solchen Inhalten, auf die sie anwendbar sind, vor allem bei audiovisuellen Inhalten. Sowohl die Forschung als auch die Rechtsprechung sind hier aufgrund negativer Effekte zurückhaltender: Beispielsweise hat eine Untersuchung der Software ContentID auf der Videoplattform YouTube gezeigt, dass viele Inhalte wegen einer vermeintlichen Verletzung von Urheberrechten entfernt wurden, obwohl dem nicht so war.<sup>37</sup> Abgesehen von der Debatte rund um Ex-Art. 13 gibt es zwei Urteile des EuGH in denen das Gericht das verdachtslose Überprüfen von Informationen für rechtswidrig erklärt hat: SABAM/Netlog<sup>38</sup> und Scarlet/SABAM.<sup>39</sup> Eine Pflicht zur Einführung von automatisierter ex ante Überprüfung und Löschung von Inhalten wäre außerdem verfassungswidrig.<sup>40</sup>

---

35 *Techterms*, Hash, <https://techterms.com/definition/hash> (zuletzt abgerufen am 10.12.2018).

36 *Heldt*, in: Mohabbat-Kar/Thapa/Parycek, (Un)berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft, 392, 398.

37 *Perel/Elkin-Koren*, 181,197; *Duarte u. a.*, *Mixed Messages?*.

38 EuGH, Urt. v. 16.2.2012 – C 360/10, GRUR 2012, 382 – SABAM v. Netlog NV.

39 EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C 70/10, GRUR 2012, 265 – Scarlet Extended v. SABAM.

40 *Heldt*, *jipitec* 2019, para 1; *Spindler*, Gutachten zur Urheberrechtsrichtlinie (DSM-RL).

### 3.3 Ergebnis: Wortlautwechsel

Die Formulierung „wirksame Inhaltserkennungstechniken“ in Ex-Art. 13 stieß auf deutliche Kritik – in der öffentlichen Debatte ging es um das „Ende des Internets“ durch Upload-Filter.<sup>41</sup> Im Folgenden wurde der Passus gestrichen und die Bundesregierung erklärte sich bereit, in der deutschen Umsetzung der Richtlinie Upload-Filter „weitgehend unnötig zu machen.“<sup>42</sup> Ob zwischen den Protesten und der Änderung eine *sine qua non* Kausalität festgestellt werden kann, lässt sich hier nicht abschließend klären, aber es gab durchaus kritische Reaktionen aus der Politik,<sup>43</sup> eine Petition auf EU-Ebene<sup>44</sup> und zahlreiche Versammlungen europaweit.

In der endgültigen Fassung des Art. 17 für die „Nutzung geschützter Inhalte durch Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten“ ist der Passus „wirksame Inhaltserkennungstechniken“ nicht enthalten.<sup>45</sup> Stattdessen wird auf den Abschluss von Lizenzverträgen und die bestmöglichen Anstrengungen, die Erlaubnis des Rechtsinhabers einzuholen, abgestellt. Die Formulierung wurde geändert, aber anders als mit Upload-Filtern lässt sich die Pflicht aus Art. 17 Abs. 4 nicht einhalten.<sup>46</sup> Die Haftungsprivilegierung des Art. 14 E-Commerce-Richtlinie wird bei einem Verstoß gegen Art. 17 aufgehoben – damit kommt es in puncto Haftung zu einer Ausnahme der Ausnahme. Ob die Gegenreaktionen auf den geplanten Ex-Art. 13 in Form von Versammlungen (mittlere Öffentlichkeitsebene) und kriti-

---

41 *Reuter*, Weitere Proteste gegen Urheberrechtsreform angekündigt, <https://netzpolitik.org/2019/weitere-proteste-gegen-urheberrechtsreform-angekuendigt/>, (zuletzt abgerufen am 05.04.2019); *Reynolds*, What is Article 13? The EU's divisive new copyright plan explained, <https://www.wired.co.uk/article/what-is-article-13-article-11-european-directive-on-copyright-explained-meme-ban>, (zuletzt abgerufen am 24.05.2019).

42 *Bundesregierung*, Protokollerklärung vom 15. April 2019: [https://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXVI/EU/06/18/EU\\_61832/imfname\\_10895457.pdf](https://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXVI/EU/06/18/EU_61832/imfname_10895457.pdf) (zuletzt abgerufen am 20.6.2020).

43 Beispielsweise von den netzpolitischen Vereinen der Parteien CDU/CSU, SPD und FDP: *D64/cnetz/Load*, Offener Brief, [https://www.load-ev.de/wp-content/uploads/2018/06/180629\\_Schreiben-EP\\_Uploadfilter\\_final.pdf](https://www.load-ev.de/wp-content/uploads/2018/06/180629_Schreiben-EP_Uploadfilter_final.pdf), (zuletzt abgerufen am 12.08.2020).

44 Petition No 0424/2018 by P. Z. (Polish) on deleting Article 11 and Article 13 from the draft Directive on Copyright in the Digital Single Market.

45 Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.4.2019, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L0790&qid=1579079069995&from=DE#d1e1367-92-1>, (zuletzt abgerufen am 15.1.2020).

46 Vgl. *Spindler*, CR 2019, 277, 285.

scher Berichterstattung (massenmediale Öffentlichkeitsebene) zu einem Wendepunkt im Gesetzgebungsverfahren geführt haben, lässt sich nicht abschließend ermitteln. Die Verbreitung einer Information von der einfachen in die komplexe Ebene der Öffentlichkeit korrespondiert mit einer stärkeren Wahrnehmung des gesellschaftlichen Problems und erhöht somit die Zahl der individuellen Reaktionen hin zu einer kollektiven Reaktion, die auf einen Tipping Point hinweist. Ob Änderungen der öffentlichen Meinung zu einem Tipping Point führen, bleibt indes offen.

#### *4 Fazit*

Welcher Tipping Point war für die neue Urheberrechtsrichtlinie ausschlaggebend? Während des Gesetzgebungsverfahrens haben sich Machtverhältnisse an mindestens zwei Stellen verändert und Machtbeteiligungen verschoben: Diejenigen, die eine Novellierung der Richtlinie für notwendig erachtet haben und darin einen Gesetzgebungsauftrag gesehen haben, konnten eine kritische Zahl erreichen und führten somit zu einem Wendepunkt. Später fand ein Richtungswechsel in der Debatte statt, der maßgeblich Einfluss auf die Regelung zur Nutzung geschützter Inhalte hatte – eine Verschiebung der Mehrheitsverhältnisse aufgrund der öffentlichen Debatte über Upload-Filter.

In der Diskussion um Tipping Points im Urheberrecht lohnt es sich ein genaueres Verständnis des Begriffs des Tipping Points und der Modelle, die dabei helfen sie zu identifizieren, heranzuziehen. Ausgehend von der Punctuated-Equilibrium-Theorie und dem Threshold-Modells lassen sich mögliche Zusammenhänge zwischen öffentlicher Debatte und Gesetzgebungsverfahren erkennen. Dabei wird klar, dass Themen, die auf unterschiedlichen Öffentlichkeitsebenen auf Resonanz stoßen, zu Reaktionen des Gesetzgebers führen können – auch wenn darin keine Reaktionspflicht zu sehen ist.

*Literatur*

- Baumgartner, Frank R. / Jones, Bryan D.*, Agendas and Instability in American Politics, 2. Ed., 2009.
- Bundesregierung*, Protokollerklärung vom 15. April 2019: [https://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXVI/EU/06/18/EU\\_61832/imfname\\_10895457.pdf](https://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXVI/EU/06/18/EU_61832/imfname_10895457.pdf) (zuletzt abgerufen am 20.6.2020).
- D64/cnetz/Load*, Offener Brief, [https://www.load-ev.de/wp-content/uploads/2018/06/180629\\_Schreiben-EP\\_Uploadfilter\\_final.pdf](https://www.load-ev.de/wp-content/uploads/2018/06/180629_Schreiben-EP_Uploadfilter_final.pdf), (zuletzt abgerufen am 12.08.2020).
- Dan Wood, B. / Doan, Alesha*, The Politics of Problem Definition: Applying and Testing Threshold Models, *Am J Political Science* 2003, S. 640–653.
- Duarte, Natasha / Llanso, Emma / Loup, Anna*, Mixed Messages? The Limits of Automated Social Media Content Analysis., *FAT* 2018, S. 106.
- Fraenkel, Ernst*, Demokratie und Öffentliche Meinung, *Zeitschrift für Politik* 1963, S. 309–328.
- Gerhards, Jürgen*, Öffentlichkeit, in: *Jarren, Otfried/Sarnicelli, Ulrich/Saxer, Ulrich* (Hrsg.), Politische Kommunikation in der demokratischen Gesellschaft: ein Handbuch mit Lexikonteil, 1. Aufl., Opladen 1998, S. 268–284.
- Gerhards, Jürgen / Neidhardt, Friedhelm*, Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit: Fragestellungen und Ansätze, 1990, S. 60.
- Gielen, Nico / Tiessen, Marten*, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, *EuZW* 2019, S. 639–646.
- Gladwell, Malcolm*, *Der Tipping Point: wie kleine Dinge Grosses bewirken können*, Berlin 2000.
- Granovetter, Mark*, Threshold Models of Collective Behavior, *AJS* 1978, 1420–1443.
- Habermas, Jürgen*, Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft; mit einem Vorwort zur Neuauflage 1990, 1. Aufl., Frankfurt am Main 1990.
- Heldt, Amélie*, Intelligente Upload-Filter: Bedrohung für die Meinungsfreiheit?, in: *Mohabbat-Kar, Resa / Thapa, Basanta E.P / Parycek, Peter* (Hrsg.), (Un)berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft, Berlin 2018, S. 392–416.
- Heldt, Amélie Pia*, Upload-Filter: Bypassing Classical Concepts of Censorship?, *jipitec* 2019, para 1.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schulz, Wolfgang*, Politische Kommunikation — Rechtswissenschaftliche Perspektiven, in: *Jarren, Otfried/Sarnicelli, Ulrich/Saxer, Ulrich* (Hrsg.), Politische Kommunikation in der demokratischen Gesellschaft: Ein Handbuch mit Lexikonteil, Wiesbaden 1998, S. 154–172.
- Lüdemann, Christian*, Gesetzgebung als Entscheidungsprozess: zur Normgenese der strafrechtlichen Regelung zur Strafaussetzung bei lebenslanger Freiheitsstrafe, Opladen 1986.

- Noelle-Neumann, Elisabeth, Öffentliche Meinung: die Entdeckung der Schweigespirale, Erw. Ausg., Frankfurt/Main [u.a.] 1991.
- Perel, Maayan / Elkin-Koren, Niva, Black Box Tinkering: Beyond Disclosure in Algorithmic Enforcement, Fla. L. R. 2017, S. 181–221.
- Pfetsch, Barbara/ Löblich, Maria/ Eilders, Christiane, Dissonante Öffentlichkeiten als Perspektive kommunikationswissenschaftlicher Theoriebildung, Publizistik 2018, 477–495.
- Popitz, Heinrich, Die normative Konstruktion von Gesellschaft, Tübingen 1980.
- Reuter, Markus, Weitere Proteste gegen Urheberrechtsreform angekündigt, <https://netzpolitik.org/2019/weitere-proteste-gegen-urheberrechtsreform-angekuendigt/>, (zuletzt abgerufen am 05.04.201).
- Reynolds, Matts, What is Article 13? The EU's divisive new copyright plan explained, (<https://www.wired.co.uk/article/what-is-article-13-article-11-european-directive-on-copyright-explained-meme-ban> zuletzt abgerufen am 24.05.2019).
- Techterms, Hash, <https://techterms.com/definition/hash> (zuletzt abgerufen am 10.12.2018).
- Schmitt, Carl, Verfassungslehre, 8., unveränd. Aufl., Berlin 1993.
- Spindler, Gerald, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere „Upload-Filter“ – Bittersweet?, CR 2019, S. 277–291.
- Spindler, Gerald, Gutachten zur Urheberrechtsrichtlinie (DSM-RL): Europarechtliche Vereinbarkeit (Artikel 17), Vorschläge zur nationalen Umsetzung und zur Stärkung der Urheberinnen und Urheber, 2019, S. 73.
- Wandtke, Artur-Axel, Urheberrecht in der Reform oder wohin steuert das Urheberrecht? MMR (2017), S. 367.

# Gemeinfreiheit, Kollektiv und Kulturallmende – Uploadfilter schaffen neue „Tipping Points“ in der Kulturindustrie

*Marion Goller*

Am 06.06.2019, also am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union, ist die Richtlinie 2019/790/EU<sup>1</sup> in Kraft getreten. Den Mitgliedstaaten bleiben ab diesem Zeitpunkt zwei Jahre, um die Richtlinie in nationales Recht umzusetzen. Die vor der Verabschiedung vieldiskutierten Uploadfilter werden also noch einige Zeit Teil der Debatte bleiben. Der folgende Beitrag untersucht verschiedene mögliche Auswirkungen, die Uploadfilter in der Zukunft haben könnten. Er richtet sich dabei nicht ausschließlich an ein rechtswissenschaftliches Publikum. Im ersten Teil wird daher noch einmal zusammengefasst, inwieweit die DSM-Richtlinie die Verwendung von Uploadfiltern vorschreibt, und es wird kurz auf eine Alternative eingegangen, welche statt der Filter denkbar gewesen wäre. Der zweite Teil beleuchtet drei potenzielle Konsequenzen, die nicht unbedingt auf den ersten Blick ins Auge fallen und die auch nicht notwendigerweise zusammenhängen, sondern unabhängig voneinander eintreten können. Diese betreffen den Umgang mit gemeinfreien Werken, das Verhältnis von Urheber:innen zu Verwerterunternehmen und Verwertungsgesellschaften und die Entwicklung von sog. Kulturallmenden, also von der gemeinschaftlichen Verwaltung kreativer Inhalte. Der Beitrag soll aufzeigen, welche unterschiedlichen – teilweise gegensätzlichen – Entwicklungen hier durch die Uploadfilter angestoßen werden können.

---

1 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, nachfolgend DSM-Richtlinie.

## 1. Vorüberlegungen zu Uploadfiltern

Mit der Verabschiedung der DSM-Richtlinie hat der EU-Gesetzgeber eine Grundregel des Internet aufgegeben, ohne welche das partizipative Web 2.0 nicht in seiner heutigen Form hätte entstehen können: Plattformen haften grundsätzlich nicht unmittelbar für Nutzerinhalte. In den USA ist dieser Grundsatz für das Urheberrecht im DMCA<sup>2</sup> niedergelegt, für andere Rechtsverletzungen in Section 230 CDA, den Kettemann kürzlich als „das wichtigste Internetgesetz der Welt“ bezeichnete.<sup>3</sup> Die EU<sup>4</sup> hat den Grundsatz in Art. 14 der Richtlinie 2000/31/EG<sup>5</sup> kodifiziert, in Deutschland umgesetzt durch §§ 8- 10 TMG und konkretisiert durch die Rechtsprechung<sup>6</sup>.

### 1.1 Haftung der Plattformen

In Artikel 17 der DSM-Richtlinie wird nun diese Grundregel ausdrücklich für Urheberrechtsverletzungen außer Kraft gesetzt. Stattdessen werden Plattformen so bewertet, als ob sie selbst die urheberrechtlich relevanten Handlungen der öffentlichen Wiedergabe oder öffentlichen Zugänglichmachung vornehmen, wenn ein:e Nutzer:in geschützte Inhalte teilt. Bedenkt man die schiere Menge an Inhalten, die täglich in sozialen Medien geteilt werden, wird schnell klar, dass eine Überprüfung derselben unmöglich von Menschen geleistet werden kann.<sup>7</sup> Es müssen also automatische Systeme bereitgehalten werden, welche in der Lage sind, verletzendes Ma-

---

2 Digital Millennium Copyright Act, dort in 17 U.S. Code § 512.

3 *Hans-Bredow-Institut*, Trumps Gesetz gegen Soziale Medien, <https://www.hans-bredow-institut.de/de/blog/trumps-gesetz-gegen-soziale-medien> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

4 Damals noch EG.

5 Auch bekannt als eCommerce-Richtlinie.

6 Zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden der Intermediärhaftung im Äußerungs-, Urheber-, Marken- und Lauterkeitsrecht siehe *Hofmann* ZUM 2017, 102, 103.

7 Facebook hat zurzeit 2,7 Milliarden aktive Nutzer:innen, siehe <https://www.statista.com/statistics/264810/number-of-monthly-active-facebook-users-worldwide/> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020). Auf YouTube wurden im Mai 2019 durchschnittlich in jeder Minute 500 Stunden Videomaterial hochgeladen, siehe <https://www.statista.com/statistics/259477/hours-of-video-uploaded-to-youtube-every-minute/> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

terial zu erkennen.<sup>8</sup> Da „Uploadfilter“ im Koalitionsvertrag eigentlich abgelehnt worden waren, verband die deutsche Bundesregierung ihre Zustimmung im Rat mit einer Protokollerklärung, dass diese „nach Möglichkeit zu verhindern“ seien.<sup>9</sup>

Bis heute ist unklar, wie das möglich sein soll.<sup>10</sup> Artikel 17 Abs. 4 der DSM-Richtlinie sieht einen Haftungsausschluss dann vor, wenn die Plattform „alle Anstrengungen unternommen hat, um die Erlaubnis einzuholen; und nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen hat, um sicherzustellen, dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, nicht verfügbar sind“.

Diese Bereitstellung notwendiger Informationen durch die Rechteinhaber<sup>11</sup> meint nichts Anderes als die Übergabe von Referenzdateien, die für die Konfiguration automatischer Filtersysteme vonnöten sind. Mehr noch, wer im Zuge der Debatte dem Berichterstatter Axel Voss, der die Reform maßgeblich zu verantworten hatte, eine Protest-E-Mail schrieb, erhielt als Antwort einen Standardtext, der ausdrücklich auf Filtersysteme Bezug nimmt: „Um den Schutz der urheberrechtlichen Werke zu gewährleisten, sollen die Plattformen aufgrund der Informationen, die die Rechteinhaber zur Verfügung stellen müssen, sicherstellen, dass die Plattformen erkennen können, dass es sich um ein geschütztes Werk handelt. Hierfür wird Erkennungssoftware eingesetzt, die seit ca. 10 Jahren bereits existiert und zum Beispiel von YouTube auf freiwilliger Basis eingesetzt wird (ohne dass es bis heute eine Anti-Zensur-Kampagne ausgelöst hat).“<sup>12</sup> Tatsächlich läuft die Anti-Zensur-Kampagne der Electronic Frontier Foundation gegen

---

8 Früher oder später wird sich wahrscheinlich der EuGH mit der Frage befassen müssen, ob die DSM-Richtlinie nicht wegen dieser Filterpflichten gegen die Unionsgrundrechte verstößt, vgl. *Spindler* CR 2020, 50.

9 Interinstitutionelles Dossier: 2016/0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2, siehe [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_7986\\_2019\\_ADD\\_1\\_REV\\_2&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_7986_2019_ADD_1_REV_2&from=EN) (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

10 *Anger*, Streit um „Artikel 17“: Bundesregierung findet keine Alternativen zu Uploadfiltern, <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/eu-urheberrecht-streit-um-artikel-17-bundesregierung-findet-keine-alternativen-zu-uploadfiltern/25020802.html> (zuletzt abgerufen am 24.09.2020).

11 Mit dem Wort „Rechteinhaber“ sind überwiegend Unternehmen und nicht natürliche Personen gemeint. Daher wird es in diesem Text wie – wie in der Richtlinie – in der männlichen Form genutzt, genau wie „Hersteller“ oder „Betreiber“.

12 Auszug aus der Antwort von Axel Voss auf Protest-E-Mails.

Youtubes Filtersystem bereits seit dessen Einführung.<sup>13</sup> Der Bezug auf „von Rechteinhabern bereitgestellte Informationen“ in der Richtlinie weist darauf hin, dass hier das Content-ID-System Pate gestanden hat. Was einige Akteure bereits freiwillig eingeführt haben, wird nun für alle verpflichtend.<sup>14</sup>

## 1.2 Ausschließlichkeit statt reiner Vergütungspflicht

Ziel der Reform war und ist es, die Rechteinhaber bei Verhandlungen mit den Plattformen in eine stärkere Position zu bringen. Die *Big Three* der Musikindustrie<sup>15</sup> etwa haben bereits Lizenzverträge mit YouTube. Dank der Haftungsprivilegierung konnte der Videodienst diese allerdings dazu bringen, nur geringe Beträge pro Stream zu akzeptieren, weil die Alternative gewesen wäre, völlig leer auszugehen. Dieses Ungleichgewicht führt nach Ansicht der Rechteinhaber zum vielbeklagten „value gap“, also dem Phänomen, dass YouTube mit geschützten Inhalten hohe Werbeeinnahmen generiere, aber die Rechteinhaber nur unzureichend daran beteilige.<sup>16</sup> Der Wegfall der Haftungsprivilegierung soll also nicht die Inhalte von der Plattform „filtern“, sondern eine höhere Vergütung ermöglichen.<sup>17</sup>

Fraglich ist, ob es hierzu unbedingt der Ausweitung des Ausschließlichkeitsrechts der öffentlichen Wiedergabe oder Zugänglichmachung auf Handlungen Dritter bedurft hätte. Das Urheberrecht kennt verschiedene

---

13 *Lohmann*, YouTube's Content ID (C)ensorship Problem Illustrated, <https://www.eff.org/de/deeplinks/2010/03/youtubes-content-id-c-ensorship-problem> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

14 *Wimmers / Barudi*, GRUR 2017, 327, 334; Hofmann bezweifelt daher, dass sich durch die Richtlinie überhaupt viel ändern wird, siehe *Hofmann* GRUR 2019, 1219, 1222–1223.

15 Die Labels Sony Music Entertainment, Universal Music Group und Warner Music Group teilen fast zwei Drittel des weltweiten Musikmarktes unter sich auf, siehe <https://www.statista.com/statistics/422926/record-companies-market-share-worldwide-physical-digital-revenues/> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

16 *Dredge*, Why is the music industry battling YouTube and what happens next?, <https://www.theguardian.com/technology/2016/may/20/music-industry-battling-google-youtube-what-happens-next> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020); kritisch zur Figur des „value gap“ *Nolte* ZUM 2017, 304; *Wimmers / Barudi* GRUR 2017, 327; dazu wiederum skeptisch *Metzger* ZUM 2018, 233, 237–238.

17 Zur Frage, wie praktikabel diese Regelung für nicht-professionelle Urheber:innen sein wird, siehe *Spindler* CR 2020, 50, 52 und *Hofmann* GRUR 2019, 1219, 1225–1226.

Schranken, welche die grundsätzlichen Verbote durchbrechen und vorsehen, dass für bestimmte Nutzungen keine gesonderte Erlaubnis einzuholen ist. Auch diese Nutzungen erfolgen keineswegs kostenlos. Die Bibliothekstantien und die Vergütung für die Privatkopie werden von den dafür geschaffenen Verwertungsgesellschaften erhoben.<sup>18</sup> Im Musikgeschäft haben diese sogar noch größere Verantwortung. Hier wurde der GEMA die Aufgabe zugewiesen, die gesamte Zweitverwertung für die Komponist:innen und Texter:innen abzuwickeln, da es schlicht zu aufwändig wäre, wenn ein Radiosender oder eine Cover-Band für jeden gespielten Song die Erlaubnis bei den jeweiligen Musikurheber:innen einzuholen hätte. Sogar die Vergütung der Aufnahme eines Werks auf einen Tonträger läuft über die GEMA.<sup>19</sup>

Viel hätte dafür gesprochen, die Verwendung urheberrechtlich geschützter Inhalte durch die Nutzer:innen von Plattformen als Zweitverwertung einzuordnen und die Vergütung entsprechend zu gestalten. Anstatt für jede Nutzung die Erlaubnis einzuholen, müssten diejenigen Parteien, die mit der Verwendung geschützter Inhalte Einnahmen generieren, einen Teil dieser Einnahmen abgeben. Ähnlich wie die Hersteller von Kopiertechnologie würden Plattformbetreiber zuvor ausgehandelte Beträge an die Verwertungsgesellschaften bezahlen, die diese an ihre Mitglieder ausschütten.<sup>20</sup> Das scharfe Schwert der zwangsweisen Filter wäre vermieden worden. Die Nutzer:innen hätten bei der Verwendung geschützter Medieninhalte Rechtssicherheit und wüssten außerdem, dass die Urheber:innen dieser Inhalte vergütet werden. Die erfolgreichen unter ihnen würden durch ihre generierten Einnahmen zu dieser Vergütung beitragen. Vor allem aber könnten die Schranken des Urheberrechts gewahrt werden. Laut Artikel 17 Abs. 7 Unterabsatz 2 der DSM-Richtlinie sollen sich die Nutzer:innen auch weiterhin auf diese berufen können. Den Algorithmen wird man die Unterscheidung, ob eine Nutzung als Zitat oder Parodie zulässig ist, so bald nicht beibringen können.<sup>21</sup>

---

18 Siehe § 27 Abs. 3 UrhG, § 54h UrhG, § 60h UrhG.

19 § 1 des GEMA-Berechtigungsvertrags in der Fassung vom 25.05.2019.

20 Ein Vorschlag für ein zweistufiges Modell, das eine Vergütungspflicht mit einer Zwangslizenz verbindet, findet sich bei *Leistner / Metzger*, Wie sich das Problem illegaler Musikknutzung lösen lässt, <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/gema-youtube-wie-sich-urheberrechts-streit-schlichten-liesse-14601949.html> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020); ähnlich schon *Leistner / Metzger* IIC 2017, 381, 383–384.

21 *Becker* ZUM 2019, 636, 644; *Lobo*, Streit über die Urheberrechtsreform – Wollt ihr Europa zerstören?, <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/urheberrechtsreform-wollt-ihr-europa-zerstoeren-a-1252993.html> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020);

Zweifellos war der Einsatz solcher Filtersysteme ohnehin nicht mehr aufzuhalten, sondern Teil der allgemeinen Automatisierung, die in immer mehr Lebensbereiche Einzug hält. Schon jetzt verfügen zumindest alle großen Plattformen über Mechanismen, welche ihnen erlauben, die Nutzer:innenseitig generierten Inhalte auszuwerten und zu kategorisieren. Basierend auf diesen Informationen geben sie Empfehlungen für weitere Inhalte ab mit dem Ziel, mehr *engagement* und dadurch mehr Werbeeinnahmen zu erzeugen. Der Staat könnte die Nutzung solcher Filter kritisch beobachten und – wenn nötig – Maßnahmen ergreifen, um ihren Missbrauch zu erschweren und tiefgreifende Einschränkungen der Meinungs- und Informationsfreiheit zu verhindern. Stattdessen wird ihre Verwendung nun zwingend vorgeschrieben. Wie schon bei den zuvor in diesem Bereich ergangenen EU-Rechtsakten erfährt das Urheberrecht keine bloße Vereinheitlichung, sondern eine Stärkung.<sup>22</sup> Das Urheberrecht, welches in Ermangelung einer alternativen Vision „als zentrales Wirtschaftsrecht des Internets“<sup>23</sup> zweckentfremdet wurde, rangiert an erster Stelle.<sup>24</sup>

---

*Beuth*, Umstrittene Urheberrechtsreform – Woher die Uploadfilter kommen könnten, <https://www.spiegel.de/netzwelt/web/upload-filter-fuer-die-urheberrechtsreform-wer-entwickelt-die-software-a-1261320.html> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020); *Kastl* GRUR 2016, 671, 675.

- 22 Die Richtlinie 91/250/EWG (Computerprogramm-Richtlinie), abgelöst durch Richtlinie 2009/24/EG, schrieb vor, dass Computerprogramme dem Urheberrechtsschutz unterfallen müssen. Die Richtlinie 96/9/EG führte ein Schutzrecht für Datenbanken ein. Die Richtlinien 93/98/EWG und 2011/77/EU verlängerten die Schutzfristen für das Urheberrecht bzw. verwandte Schutzrechte. Die InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG sieht zwingend vor, dass die Nutzungsart des öffentlich Zugänglichmachens den Rechteinhabern vorbehalten ist, überlässt es aber den Mitgliedstaaten, ob und inwieweit sie auch die – abschließend aufgeführten – Schranken des Urheberrechts umsetzen wollen. Kritisch zu dem so kreierte Ungleichgewicht *Stieper* in ZUM 2019, 393, 394.
- 23 *Becker* ZUM 2019, 636, 648.
- 24 Das Urheberrecht ist damit auch sehr viel stärker geschützt als etwa das Persönlichkeitsrecht, welches ebenfalls mit der Meinungs- und Informationsfreiheit kolligieren kann. Nicht einmal das viel kritisierte NetzDG enthält eine Verpflichtung zum automatischen Herausfiltern von beleidigenden und/oder rassistischen Begriffen. Hier obliegt es immer noch den Nutzer:innen selbst, rechtswidrige Inhalte zu melden. Normalerweise ist dann eine Stellungnahme einzuholen. Nur wenn die Rechtswidrigkeit offensichtlich ist, muss gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG binnen 24 Stunden gelöscht werden.

## 2. Tipping Points

Diese Entwicklung kann nun verschiedene Konsequenzen haben, die konträr zueinander stehen:

- (1) Die Automatisierung kann erstens die Gemeinfreiheit weiter einschränken *oder* zu neuer Bedeutung erstarken lassen.
- (2) Sie kann zweitens den Kreativen mehr Unabhängigkeit geben, *aber gleichzeitig* die Verwertungsgesellschaften, welche diese vertreten, schwächen oder gar obsolet machen.
- (3) Und das neue Bewusstsein um Sinn und Grenzen des Urheberrechts, welches durch die Debatte um die Uploadfilter ausgelöst wurde, kann drittens die Aufmerksamkeit für alternative Möglichkeiten zur Finanzierung und Vermarktung kreativer Arbeit erhöhen – *oder* aber die Uploadfilter können die Verbote zementieren und ihre Hinterfragung bremsen.

### 2.1 Schwächung oder Stärkung der Gemeinfreiheit

Der erste Tipping Point betrifft den Umgang mit gemeinfreien Werken und Inhalten.

Das Internet wird häufig als Sphäre abseits jeglicher Kontrolle beschrieben. Das Stichwort „rechtsfreier Raum“ bezieht sich nicht nur auf den Handel mit verbotenen Waren oder auf die Verbreitungen von Unwahrheiten oder Schmähungen, sondern auch auf Verletzungen des Urheberrechts.<sup>25</sup> Die Verschärfungen, die das Urheberrecht seit der Jahrtausendwende durch verschiedene Reformen erfahren hat, sollen diesen Kontrollverlust ausgleichen. Zu denken ist etwa an § 19a UrhG<sup>26</sup>, der dem Rechteinhaber das ausschließliche Recht der öffentlichen Zugänglichmachung zuweist, an § 101 UrhG<sup>27</sup>, der dem Rechteinhaber einen Auskunftsan-

---

25 Freund, „Das Internet ist ein rechtsfreier Raum“, Interview mit Alexander Skipis vom Börsenverein des Deutschen Buchhandels, <https://www.welt.de/kultur/article/e3558839/Das-Internet-ist-ein-rechtsfreier-Raum.html> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020); Bause, Das Internet – ein rechtsfreier Raum?, [https://www.deutschlandfunk.de/das-internet-ein-rechtsfreier-raum.724.de.html?dram:article\\_id=99567](https://www.deutschlandfunk.de/das-internet-ein-rechtsfreier-raum.724.de.html?dram:article_id=99567) (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

26 Vorschrift eingefügt durch das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10.09.2003.

27 Vorschrift eingeführt durch das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 7. Juli 2008.

spruch gegen den Internet Service Provider gibt, oder an die Einschränkung des § 53 UrhG<sup>28</sup>, wonach Privatkopien nur von solchen Vorlagen angefertigt werden dürfen, die nicht offensichtlich rechtswidrig öffentlich zugänglich gemacht wurden.

Die Rechteinhaber haben sich aber nicht allein auf den Gesetzgeber verlassen, sondern parallel immer auch versucht, die Vervielfältigung von Inhalten technisch zu unterbinden. Anfangs waren diese Versuche noch von wenig Erfolg gekrönt. Jeder Kopierschutz wurde bald geknackt und Ideen wie die „Un-CD“, die in der Stereo-Anlage, aber nicht im Laufwerk am PC abspielbar sein sollte, zogen den Zorn der Kund:innen auf sich.<sup>29</sup> Obwohl Urheberrechtsverletzungen selbst bereits sowohl verboten als auch strafbar sind, wurde die Umgehung von Kopierschutzmaßnahmen in § 95a UrhG<sup>30</sup> ihrerseits noch einmal gesondert sanktioniert. Gegenwärtig ebbt hierzulande der Widerstand gegen „digitales Rechtemanagement“ (DRM) immer mehr ab, was nicht zuletzt dadurch begünstigt wird, dass die meisten Konsument:innen ihren Mediengenuss nicht mehr am frei konfigurierbaren Allzweck-PC ausüben, sondern an speziellen Geräten, bei denen man sich an den durch Kopierschutz reduzierten Funktionsumfang gewöhnt hat oder ihn nie anders kannte.<sup>31</sup>

Die Uploadfilter sind gleichsam DRM für Plattformen. Und wie bei DRM geht die Kontrolle, welche die Rechteinhaber auf technischem Weg gewinnen, weit über dasjenige Maß hinaus, welches „offline“ gegolten hatte.<sup>32</sup> Wer ohne Uploadfilter ein Urheberrecht durchsetzen will, muss erst einmal nachweisen, dass ihm:ihr dieses überhaupt zusteht. Verletzungen müssen einzeln verfolgt werden; häufig führt der Weg dabei über die Gerichte. Das ist für die Rechteinhaber aufwändig und teuer, aber auch ange-

---

28 Vorschrift geändert durch das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 26. Oktober 2007.

29 Hansen, Un-CD-Bändiger: Abspielprobleme beseitigen mit unCDcopy, <https://www.heise.de/ct/artikel/Un-CD-Baendiger-289314.html> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

30 Vorschrift eingefügt durch das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10.09.2003.

31 Ausführlich bei Doctorow, Lockdown, <https://boingboing.net/2012/01/10/lockdown.html> (zuletzt abgerufen am 25.09.2020).

32 Mehr zur paradoxen Situation von Wissen im digitalen Zeitalter schon bei Hess/Ostrom, Overview, in: Hess/Ostrom Knowledge as a Commons, 3, 14; Zur Erläuterung, wie über DRM der Erschöpfungsgrundsatz umgangen wird, vgl. Specht ZGE / IPJ 8 2016, 289.

messen, denn das Urheberrecht ist ein staatlich verliehenes Exklusivrecht<sup>33</sup>, dessen Durchsetzung auch staatlich kontrolliert werden sollte. Als das Urheberrecht geschaffen wurde, richtete es sich vor allem an Unternehmen. Privatleute hatten gar keine Möglichkeit, Urheberrechte zu verletzen, weil die dazu nötige Technologie ihnen nicht zur Verfügung stand. Das Urheberrecht sollte vor allem den sog. „Nachdruck“ oder „Raubdruck“ verhindern<sup>34</sup>, kaum eine Privatperson verfügte aber über eine Druckpresse. Mit der Erfindung und Verbreitung moderner Technologien wie Fotokopierer, Videorekorder, Kassettenrekorder oder CD-Brenner wurde es auch für Privatpersonen möglich, urheberrechtlich geschützte Inhalte zu vervielfältigen. Nachdem die Rechtsprechung diese Handlungen zunächst untersagte<sup>35</sup>, entschied sich der Gesetzgeber bei Schaffung des neuen UrhG im Jahr 1965<sup>36</sup> für eine Erlaubnis mit Vergütungspflicht. Statt eines Verbots wurden Abgaben eingeführt, welche die Urheber:innen für Privatkopien entschädigen sollte. Die Überwachung privater Handlungen wurde als nicht wünschenswert angesehen. Vor allem aber erschien sie nicht durchsetzbar. Bei Schaffung der Schranke der Privatkopie dürfte also die Überlegung ausschlaggebend gewesen sein, dass die allermeisten privaten Nutzungen unerfasst und damit unvergütet bleiben würden, wenn man nicht von den Herstellern eine Abgabe einfordere.<sup>37</sup>

Dank Digitalisierung und Internet sind Vervielfältigung und Verbreitung noch einmal sehr viel simpler geworden. Auch deshalb wird das Internet gerne als „rechtsfreier Raum“ bezeichnet, bzw. gefordert, es dürfe kein solcher sein. Es ist nicht zu leugnen, dass sich durch das Internet das Kräfteverhältnis zwischen Rechteinhabern und Konsument:innen vorerst zugunsten letzterer verschoben hat. Uploadfilter versetzen dieses Verhält-

---

33 In Deutschland wohl Mindermeinung; hier hat sich die monistische Lehre durchgesetzt, nach welcher naturrechtlich begründete Urheberpersönlichkeitsrechte und Verwertungsrechte einheitlich behandelt werden, vgl. *Kreutzer*, Regelungsalternativen, 41–43 m.w.N. Derselbe spricht sich für eine Trennung von Urheberschutz und Werkschutz aus, vgl. *Kreutzer*, Regelungsalternativen, ab 397. Weniger umstritten ist die Einordnung als Exklusivrecht für das US-Copyright; dort ist sogar die Bezeichnung als Monopol nicht selten, vgl. *Lessig*, *Future*, 58, oder *Boldrin/Levine*, *Against Intellectual Monopoly*, 9. Außerdem spricht die US-Verfassung in Art. I Sec 8 ausdrücklich von *exclusive rights*.

34 *Kuhlen*, *Erfolgreiches Scheitern*, 68–71 und 147–149.

35 Damals noch unter Geltung des Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst (LUG), siehe BGH, Urteil vom 18.05.1955 – I ZR 8/54 – „Grundig-Reporter“, GRUR 1955, 492.

36 Inkrafttreten 1966.

37 *Grübler*, *BeckOK Urheberrecht*, § 53 Rn. 1.

nis jedoch nicht einfach in den vorherigen Zustand zurück, sondern geben den Rechteinhabern mehr direkte Kontrolle, als diese jemals hatten. Sie müssen nicht länger abmahnen und den Rechtsweg bemühen, sondern können die Nutzung ihrer Inhalte direkt steuern.<sup>38</sup> Die „Aktionslast“<sup>39</sup> oder „Angriffs- und Begründungslast“<sup>40</sup> wird umgekehrt.<sup>41</sup> Es muss nicht mehr der Rechteinhaber gegen Verstöße vorgehen, sondern der:die Nutzer:in muss sich wehren, wenn Inhalte zu Unrecht blockiert oder monetarisiert werden. Uploadfilter erlauben die Durchsetzung des staatlich verliehenen Exklusivrechts Urheberrecht ohne staatliches Zutun. Das Potential für Missbrauch ist erheblich. Wer die Filter steuert, kann auch fremde oder gemeinfreie Inhalte beanspruchen<sup>42</sup>; für diese Praxis scheint sich aktuell der Begriff „over-claiming“ oder „Overclaiming“ durchzusetzen.<sup>43</sup>

Der bekannteste der bereits vorhandenen Filter, YouTubes „Content ID“, setzt all das recht nutzer:innenfeindlich um. Wer sich gegen Content ID *claims* wehrt und dabei unterliegt<sup>44</sup>, kann nach drei Verstößen gemäß der Nutzungsbedingungen den ganzen Account verlieren. Umgekehrt hat Overclaiming keine solchen Konsequenzen. Die Plattformen haben kein Interesse daran, sich mit großen Rechteinhabern anzulegen. Die Gefahr ist daher groß, dass Overclaiming ohne Konsequenzen bleibt, während Verstöße insbesondere durch einzelne Nutzer:innen, die sich noch keine große Reichweite aufbauen konnten, mit dem Verlust des Accounts gehandelt werden.

---

38 Zur Funktionsweise dieser Filter siehe *Goller*, Copyfraud und Overclaiming – was beim Umsetzen der EU-Urheberrechtsreform zu beachten ist, <https://irights.info/?p=29603> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

39 *Specht* GRUR 2019, 253, 259.

40 *Becker* ZUM 2019, 636, 640.

41 Das ignoriert Hofmann in seiner fünften These, vgl. *Hofmann* GRUR 2019, 1219, 1223.

42 Auch dies war schon bei DRM möglich; kritisch hierzu *Specht*, die fordert, dass technische Schutzmaßnahmen nur dann vor Umgehung zu schützen seien, wenn die zu verhindernde Handlung eine Urheberrechtsverletzung wäre, siehe *Specht* GRUR 2019, 253.

43 Diesen Begriff benutzt auch Google selbst, siehe *Google*, Clean up incorrect claims, <https://support.google.com/youtube/answer/4352063?hl=en> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

44 Der Erfolg eines Vorgehens gegen claims hängt maßgeblich vom Verhalten des angeblichen Rechteinhabers ab. Dieser hat den Prozess weitgehend unter Kontrolle, siehe <https://support.google.com/youtube/answer/2797454?hl=de> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

Aktuell ist die urheberrechtliche Beanspruchung gemeinfreier Inhalte nicht verboten.<sup>45</sup> Vor Einführung der Uploadfilter war das auch nicht nötig, da die Durchsetzung von Urheberrechten grundsätzlich mit der Überprüfung ihrer Gültigkeit einherging. Unter einem Regime der Filter führt das Fehlen eines Overclaiming-Verbots aber dazu, dass Rechteinhaber nahezu sanktionslos die Nutzung gemeinfreier Kultur durch andere verhindern können. Wer einen gemeinfreien Inhalt für sich reklamiert hat, kann diesen so lange kontrollieren, bis sich jemand beschwert – in einer Umgebung, in der Beschwerden ein nicht unerhebliches Risiko nach sich ziehen. Zwar sieht Art. 17 Abs. 9 der Richtlinie vor, dass der Rechtsschutz garantiert sein muss, wenn Nutzer:innen sich auf Ausnahmen vom Urheberrecht stützen. Darin liegt aber lediglich ein Rechtsbehelf für den Einzelfall, kein allgemeines Verbot der Beanspruchung gemeinfreier Inhalte. Mehr noch, ohne ausdrückliche Regelung ist sogar fraglich, aufgrund welcher Rechtsgrundlage man einen Rechteinhaber auffordern könnte, seinen unberechtigten *claim* vollständig und nicht nur im konkreten Fall zurückzuziehen, also nicht nur die konkrete Nutzung zu erlauben, sondern die hinterlegte Referenzdatei zu entfernen. An dieser Stelle führen Uploadfilter die Kreativindustrie an einen Tipping Point, was die Gemeinfreiheit angeht: Ohne ein Verbot von Overclaiming bleiben Uploadfilter eine immense Bedrohung für die Nutzung gemeinfreier Inhalte.<sup>46</sup> Wünschenswert wäre daher eine Regelung, die Overclaiming ausdrücklich verbietet und dieses Verbot auch mit Sanktionen verknüpft.<sup>47</sup>

Voraussetzung dafür wäre aber ein Umdenken, ein neues Bewusstsein für Bedeutung und Wert der Gemeinfreiheit für die Gesellschaft. Weder

---

45 Allein aus dem Wettbewerbsrecht lässt sich die Schutzrechtsberührung als irreführende Handlung gemäß § 3 UWG untersagen.

46 Auf der Plattform Scribd wurde zeitweise der Bericht des Sonderermittlers Robert Mueller gesperrt, siehe *Hurtz*, Upload-Filter löschen Dutzende Kopien des Mueller-Berichts, <https://www.sueddeutsche.de/digital/upload-filter-mueller-bericht-scribd-1.4416802> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020); Auf Youtube wurde gemeinfreies Material der NASA blockiert, siehe *Lee*, How YouTube lets content companies “claim” NASA Mars videos, <https://arstechnica.com/tech-policy/2012/08/how-youtube-lets-content-companies-claim-nasa-mars-videos/> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020). Der Content ID Filter markiert auf Youtube außerdem regelmäßig gemeinfreie Musikaufnahmen, sodass Videos, die diese verwenden, nicht unter eine CC-Lizenz gestellt werden können, siehe *Kaiser*, Von einem, der auszog, das Fürchten zu lernen..., <https://blog.wikimedia.de/2018/08/06/von-einem-der-auszog-g-das-fuerchten-zu-lernen/> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

47 *Hofmann* fordert kein ausdrückliches Verbot des Overclaimings, aber immerhin ausdrückliche Nutzerrechte sowie die Anwendung der Grundsätze über die unberechtigte Schutzrechtsverwarnung, vgl. *Hofmann* GRUR 2019, 1219, 1227–1228.

Eigentum noch Immaterialgüterrechte werden schrankenlos gewährt; auch das Urheberrecht hat sowohl Voraussetzungen als auch Grenzen. An bestimmten Ideen und an ausgesuchten Nutzungen – wie dem Zitat – besteht ein Freihaltungsinteresse, welches den Austausch über bestehende und die Schöpfung neuer Werke ermöglichen soll. Auch gilt das Urheberrecht nicht ewig. Die Schutzdauer von „Leben + 70 Jahre“, die Europa mittlerweile in zahlreiche andere Rechtsordnungen exportiert hat, wird bisweilen – m.E. zurecht – als exzessiv kritisiert.<sup>48</sup> Dass überhaupt eine zeitliche Beschränkung existiert, ist aber Ausdruck eines wichtigen Grundsatzes: Die Kreativität der Künstler:innen soll letztlich in das kulturelle Erbe einfließen, das uns allen gehört. Dieser Schatz speist die Kreation neuer Ideen, Interpretationen und Werke. Indem sie den urheberrechtlichen Schutz von Reproduktionen gemeinfreier Werke ausdrücklich untersagte, zeigte die EU bei der Verabschiedung der DSM-Richtlinie ein Bewusstsein für die Bedeutung der Gemeinfreiheit.<sup>49</sup> Hier wurde – anders als bei den Vorgängerrichtlinien<sup>50</sup> – nicht auf dem höchsten Schutzlevel harmonisiert, sondern ein Ausgleich der Interessen gesucht.

Nicht alle Stakeholder akzeptieren die Bedeutung der Gemeinfreiheit. Während der Verhandlungen zum GATT<sup>51</sup> wurde der damalige Vorsitzende der MPAA<sup>52</sup>, Jack Valenti, mit der Aussage zitiert, die zeitliche Begrenzung des Urheberrechts sei „legale Piraterie“ und sollte abgeschafft werden.<sup>53</sup> Dank DRM und Uploadfiltern wäre dies nun technisch möglich. Ein Verbot von Overclaiming erfordert also eine bewusste Entscheidung für das Freihaltungsinteresse, für die Gemeinfreiheit, für die Ausgestaltung der Rechte Einzelner in einer Weise, die der Allgemeinheit nicht schadet. Eine solche bewusste Entscheidung könnte die Gemeinfreiheit zu neuer Stärke führen.<sup>54</sup>

---

48 *Koreng*, Die Schutzfrist als Sichtschutz: Wie das Urheberrecht freies Wissen behindert, <https://irights.info/?p=28237> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

49 Siehe Erwägungsgrund 53 und Artikel 14 der DSM-Richtlinie.

50 Siehe Fußnote 22.

51 Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen (englisch General Agreement on Tariffs and Trade, GATT).

52 Motion Picture Association of America.

53 *Travis*, 15 Berkeley Tech. L.J. 777 (2000) at 829.

54 Denkbar wäre ein Verbandsklagerecht wie im UWG, ähnlich auch *Spindler* CR 2020, 50, 58.

## 2.2 *Kreative zwischen Gatekeepern und Kollektiv*

Der zweite Tipping Point betrifft die Abhängigkeit Kreativschaffender von Verwertern und Verwertungsgesellschaften. Schon lange sind Herstellung und Vertrieb von digitalisierbaren Werken kostengünstiger und weniger aufwändig geworden als sie es im 20. Jahrhundert noch waren. Autor:innen können Bücher per *self-publishing* ans Publikum bringen; Musiker:innen können ihre Stücke selbst in immer besserer Qualität aufnehmen und vertreiben. Dass trotzdem nicht alle Autor:innen und Musiker:innen die Zusammenarbeit mit Verlagen und Labels beenden, dürfte daran liegen, dass die Vermarktung der eigenen Werke immer noch sehr aufwändig ist, zumal die Konkurrenz eher zu- als abnimmt. Auch die Durchsetzung der Rechte gegenüber etwaigen Verletzer:innen fällt einem Label oder Verlag leichter als dem:der Künstler:in selbst. Allerdings setzt diese Zusammenarbeit meist eine Übertragung dieser Rechte voraus. Verlage und Labels wollen oft nicht in die Vermarktung von Inhalten investieren, die ihnen nicht auch gehören – und das möglichst für die gesamte Schutzdauer der Urheberrechte.

Mit Einführung der Uploadfilter stellt sich nun die Frage, wer diese letztlich steuern wird. Oder, um es mit den Worten der Richtlinie zu sagen: Wer wird „den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen“ geben, anhand derer diese die geschützten Werke herausfiltern können? Auf YouTube ist die Teilnahme an Content ID aktuell nur solchen Unternehmen möglich, die eine große Zahl von Urheberrechten innehaben.<sup>55</sup> Aus der Richtlinie geht auch nicht zwingend hervor, dass die Filter allen zur Verfügung stehen müssen.

Im Bereich Musik steht unabhängigen Künstler:innen die Zusammenarbeit mit speziellen Dienstleistungsunternehmen offen, welche sich auf die Auswertung im Internet spezialisiert haben. Diese Dienstleister behalten einen Teil der Einnahmen, verlangen aber keine Rechteübertragung. Denkt man diese Entwicklung weiter, so könnte die Automatisierung irgendwann dazu führen, dass Inhalte in riesigen Datenbanken als Referenzdateien abgelegt sind, die als weltweite „clearing houses“ oder „one stop shops“ fungieren. Potentielle Verwerter können dort schnell und flexibel Lizenzverträge direkt mit den Urheber:innen abschließen. Diese müssten

---

55 „Dein Kanal muss mindestens 1.000 Abonnenten und bei öffentlichen Videos eine gültige Wiedergabezeit von mehr als 4.000 Stunden erreicht haben.“ Google, YouTube-Partnerprogramm: Überblick und Voraussetzungen, <https://support.google.com/youtube/answer/72851> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

ihre Rechte nicht länger an Verlage oder Labels übertragen. Stattdessen gäbe es Agenturen, die sich ausschließlich um die Vermarktung kümmern und versuchen würden, die Inhalte in anderen Kunstwerken (Filmen, Serien) oder in Werbeanzeigen unterzubringen. In Verbindung mit einer mächtigen Suchmaschine, die unlizenzieren Content sofort erkennt und filtert, wäre den Urheber:innen die absolute Kontrolle über die Online-Nutzung ihrer Werke möglich. So ausgestaltet könnte die Automatisierung letztlich zu mehr Unabhängigkeit für Kreative führen.<sup>56</sup>

Wenig Beachtung hat bislang die Erwägung gefunden, dass Kreative sich nicht nur von den Gatekeepern lösen können, sondern auch von den der Verwertung teilweise vorgeschalteten Verwertungsgesellschaften. Diese haben sich – ebenso wie Verlage, Labels und Filmhersteller – für die Reform eingesetzt.<sup>57</sup> Sie versprechen sich von den nun folgenden Lizenzverträgen erhebliche Mehreinnahmen, die sie an ihre Mitglieder ausschütten können. Womöglich schaden sie sich damit aber letztlich selbst. Denn wie oben bereits anklang, wurden die Verwertungsgesellschaften geschaffen, um die Vergütung für solche Nutzungen einzunehmen, bei denen Einzelverträge nicht praktikabel wären. Sobald aber alle Nutzungen genau dokumentiert und kontrolliert werden können, wird die Daseinsberechtigung der Verwertungsgesellschaften eher geschwächt als gestärkt. Bibliothekstantieme und Kopierabgabe können aktuell von Gesetzes wegen nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. Wer an diesen Geldern beteiligt werden will, muss beitreten. Wenn aber in Zukunft der „one stop shop“ Wirklichkeit wird, was sollte eine:n Urheber:in daran hindern, die Verwendung unlizenzierter Kopien per Filter zu verhindern und Einzelverträge abzuschließen?

Wer GEMA und VG Wort ohnehin als überflüssig ansieht, dem:der wird diese Aussicht gefallen. Sicher gibt es am System der Verwertungsgesellschaften viel zu kritisieren. Besonders im Streit um die Verlegerbeteiligung müssen sie sich die Frage gefallen lassen, ob sie sich in diesem Interessenkonflikt nicht besser auf die Seite der Urheber:innen hätten stellen sollen als auf die der Verlage.<sup>58</sup> Die Verwertungsgesellschaften bieten jedoch auch Schutz für kleine Künstler:innen mit geringer Verhandlungsmacht. Unter Geltung der GEMA-Tarife kostet Taylor Swift dasselbe wie

---

56 Die Nachteile für die Nutzer blieben voraussichtlich dieselben.

57 Gemeinsame Stellungnahme von GEMA, VG Bildkunst, VG Musikedition und VG Wort, [https://www.vgwort.de/fileadmin/pdf/allgemeine\\_pdf/Aktuelle\\_Informatio\\_n\\_Lizenzen\\_vs.\\_Uploadfilter.pdf](https://www.vgwort.de/fileadmin/pdf/allgemeine_pdf/Aktuelle_Informatio_n_Lizenzen_vs._Uploadfilter.pdf) (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

58 Hintergründe bei *Pachali*, Kopiervergütung: VG Wort darf nicht pauschal an Verlage ausschütten, <https://irights.info/?p=27286> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

Rüdiger Bierhorst.<sup>59</sup> Dank Verteilungsplan erhält sie gewiss ein größeres Stück vom Kuchen. Aber die Kollektiv-Vertretung macht den Umgang mit einem großen Katalog für die Verwerter weniger bürokratisch und gibt unbekanntem Künstler:innen mehr Chancen, im Radio gespielt zu werden. Ganz ohne kollektive Rechtswahrnehmung bestünde die Gefahr, dass die erfolgreichsten Urheber:innen die Preise diktieren und der Rest kostenlos lizenzieren muss, um überhaupt wahrgenommen zu werden.<sup>60</sup>

### *2.3 Allmende oder Markt*

Der dritte Tipping Point betrifft die „Systemfrage“: Gibt es jenseits staatlicher Aufträge und marktwirtschaftlicher Konkurrenz noch andere Wege, Kultur zu schaffen und zu vertreiben? Auf der Suche nach Alternativen begannen verschiedene Forscher:innen, allen voran Nobelpreisträgerin Elinor Ostrom, die Gemeingüter oder „Allmende“ wiederzuentdecken. Ostroms Werk „Understanding Knowledge as a Commons“<sup>61</sup> will die Leser:innen in verschiedenen Essays lehren, Wissen nicht als Ware oder „Geistiges Eigentum“, sondern als Gemeingut zu betrachten, von dessen Pflege alle profitieren sollten.

Das Urheberrecht ist auf diese Idee nicht ausgerichtet, bedarf also der Modifikation durch alternative Lizenzen. Die Freie-Software-Bewegung legte hierfür im Jahr 1989 mit der ersten Version der GNU General Public License<sup>62</sup> den Grundstein, auf dem Lawrence Lessig und seine Mitstreiter:innen vom Projekt „Creative Commons“ aufbauten.<sup>63</sup> Creative Commons meint nicht nur die Lizenz, sondern insgesamt die kreative Allmende oder Kulturallmende. Wichtigste Verwenderin und wohl erfolgreichste

---

59 Wer sich jetzt fragt, wer Rüdiger Bierhorst ist: Das ist der Punkt. Für Interessierte: [https://youtu.be/b8AMi0\\_M4dg](https://youtu.be/b8AMi0_M4dg) (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

60 So verhält es sich schon jetzt bei der Verwendung von Musikaufnahmen, da die Labels der Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten sehr viel weniger Rechte übertragen als die Urheber:innen der GEMA.

61 Ostrom / Hess, Overview of the Knowledge Commons, in: Ostrom / Hess, Knowledge as a Commons, 3, abrufbar unter [http://www.wtf.tw/ref/hess\\_ostrom\\_2007.pdf](http://www.wtf.tw/ref/hess_ostrom_2007.pdf) (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

62 GNU General Public License v. 1.0, abrufbar unter <https://www.gnu.org/licenses/old-licenses/gpl-1.0> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

63 Autorensseite von Lawrence Lessig unter <https://creativecommons.org/author/lessig/> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

Wissensallmende aller Zeiten ist die Wikipedia<sup>64</sup>; aber auch verschiedene Künstler:innen, wie etwa die Musikerin Amanda Palmer<sup>65</sup> oder der Autor und Aktivist Cory Doctorow<sup>66</sup>, veröffentlichen ihre Werke als „*some rights reserved*“.

Mit der alternativen Lizenzierung geht häufig die alternative Finanzierung Hand in Hand. Auf der Plattform Patreon<sup>67</sup> können Nutzer:innen z.B. Künstler:innen oder auch Journalist:innen mit regelmäßigen Zuwendungen fördern. Die Beträge sind nicht unbedingt hoch, dafür kommen aber bis zu 95 % bei den Geförderten an.<sup>68</sup> Nachdem das Urheberrecht den Kreativschaffenden Unabhängigkeit vom reichen Mäzen gab, verschafft dieses „Miniatur-Mäzenatentum“ ihnen nun Unabhängigkeit vom Markt. Auf Patreon lässt sich außerdem im internen Forum bestaunen, wie offen manche Künstler:innen mit ihren Fans kommunizieren, wie persönlich die Atmosphäre sein kann. Die Basis für diese Allmende sind Vertrauen und Kommunikation.

Bei ihrem Streit mit Spotify kritisierte Taylor Swift die Einstellung, „*that music has no value and should be free*“.<sup>69</sup> Innerhalb der Markt-Logik hat sie damit absolut Recht und man muss es ihr hoch anrechnen, dass sie sich dabei nicht in erster Linie für sich selbst, sondern für weniger bekannte Kolleg:innen eingesetzt hat. Auf der anderen Seite ist auch das Gegenteil richtig. Musik und Kunst sind so wertvoll, dass sie frei – im Sinne von möglichst frei zugänglich – sein sollten. Für diese Perspektive muss man gedanklich das Marktsystem verlassen, was vielen Kulturschaffenden, die von diesem System ernährt werden, verständlicherweise nicht immer leicht fällt. Die Debatte um die Urheberrechtsreform hat hierzu einen Anstoß gegeben. Sie hat viele Menschen erstmals dazu gezwungen, sich über-

---

64 [https://de.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Lizenzbestimmungen\\_Creative\\_Commons\\_Attribution-ShareAlike\\_3.0\\_Unported](https://de.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Lizenzbestimmungen_Creative_Commons_Attribution-ShareAlike_3.0_Unported) (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

65 Siehe <https://shop.amandapalmer.net/pages/welcome> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

66 Doctorow, Why do you give away your books?, <https://craphound.com/littlebrother/about/#freedownload/> (zuletzt abgerufen am 25.09.2020).

67 <https://www.patreon.com> (zuletzt abgerufen am 25.09.2020).

68 Schieferdecker, Einfach mal Mäzen werden, <https://www.zeit.de/kultur/musik/2020-05/patreon-musiker-crowdfunding-corona/komplettansicht> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

69 Willman, Exclusive: Taylor Swift on Being Pop's Instantly Platinum Wonder... And Why She's Paddling Against the Streams, <https://www.yahoo.com/entertainment/bp/exclusive--taylor-swift-on-being-pop-s-instantly-platinum-wonder---and-why-she-s-paddling-against-the-streams-085041907.html> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

haupt kritisch mit der Materie auseinanderzusetzen und dürfte einige zu der Überzeugung gebracht haben, dass im Namen des Urheberrechts nicht alles erlaubt sein – oder vielmehr nicht alles verboten werden – sollte.

Dennoch haben die Kritiker:innen „verloren“. Die Uploadfilter werden zur Pflicht, die Befürworter eines möglichst starken Urheberrechts haben sich durchgesetzt. Die automatisierte Rechtsdurchsetzung ist außerdem das genaue Gegenteil von Vertrauen und Kommunikation, der Basis der Kulturallmende. Die Uploadfilter machen das unmöglich, was zuvor lediglich verboten war. Sie beschneiden die Handlungsfreiheit der Nutzer:innen sehr viel tiefgreifender als das reine Urheberrecht, das ihnen als Grundlage und Rechtfertigung dient. So gehen Aushandlungsprozesse verloren, die für die Entwicklung und die Entwicklungsfähigkeit des Rechts von immenser Wichtigkeit sind.<sup>70</sup> Das auf Verbot und Exklusivität ausgerichtete Urheberrecht ist ohnehin denkbar ungeeignet als zentrales Recht des Internet und muss seit Jahren „Aufgaben erfüllen, für die es nicht geschaffen wurde“<sup>71</sup>. Nun wird es auch noch abseits menschlicher Aushandlungsprozesse automatisch durchgesetzt – und dies immer zugunsten der wirtschaftlich ohnehin stärkeren Partei. „Es droht die Gefahr der Anpassung menschlichen Verhaltens an technische Vorgaben – statt umgekehrt.“<sup>72</sup>

Fraglich ist jedoch, wie viele Menschen diese Rechtsdurchsetzung als Freiheitsverlust empfinden werden. Das Urheberrecht mag das zentrale Wirtschaftsrecht des Internets sein, die durchschnittlichen Nutzer:innen haben jedoch im besten Fall rudimentäre Kenntnisse in diesem Bereich. So sind Konflikte vorprogrammiert. Und wenn eine Kleinunternehmerin sich einer Zahlungsforderung in Höhe von ca. 1.300 € ausgesetzt sieht, weil sie ungenehmigt ein Foto auf der eigenen Webseite genutzt hat, wäre es ihr vielleicht lieber, diese Nutzung wäre technisch unterbunden worden. Wer daran gehindert ist, das Recht zu brechen, erleidet auch nicht die Konsequenzen eines Rechtsbruchs. Es ist unklar, wie viele Personen die „Freiheit, rechtswidrig handeln zu können“ vermissen werden.<sup>73</sup>

---

70 *Becker* ZUM 2019, 636, 641f.

71 *Becker* ZUM 2019, 636, 637.

72 *Becker* ZUM 2019, 636.

73 *Becker* ZUM 2019, 636.

Fazit:

- (1) Die Uploadfilter stellen eine Bedrohung für die Gemeinfreiheit dar, der es entgegenzuwirken gilt. Eine bewusste Entscheidung in dieser Hinsicht könnte der *public domain* zu neuer Bedeutung verhelfen.
- (2) Die Automatisierung sollte so ausgestaltet werden, dass sie nicht nur den Gatekepern die Kontrolle gibt, sondern auch den Urheber:innen und Künstler:innen. Diese sollten aber umgekehrt gut überlegen, ob sie die kollektive Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften aufgeben wollen.
- (3) Die Uploadfilter lösen Konflikte durch Technologie statt Kommunikation. Dadurch droht die Debatte zu erlöschen, welche für die Suche nach Alternativen „jenseits von Markt und Staat“<sup>74</sup> so wichtig ist. Die Filter verringern also die Wahrscheinlichkeit, dass in naher Zukunft mehr Menschen Kulturgüter als Gemeingut, in Form einer Allmende, finanzieren und verwalten werden, anstatt sie wie gewohnt als Ware zu konsumieren.

Literatur

Ahlberg, Hartwig / Götting, Horst-Peter: BeckOK Urheberrecht, 27. Aufl., München 2020.

Anger, Heike, Streit um „Artikel 17“: Bundesregierung findet keine Alternativen zu Uploadfiltern, Handelsblatt v. 17.9.2019, <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/eu-urheberrecht-streit-um-artikel-17-bundesregierung-findet-keine-alternativen-zu-uploadfiltern/25020802.html> (alle Webseiten zuletzt abgerufen am 20.7.2020).

Banse, Philip, Das Internet – ein rechtsfreier Raum?, [https://www.deutschlandfunk.de/das-internet-ein-rechtsfreier-raum.724.de.html?dram:article\\_id=99567](https://www.deutschlandfunk.de/das-internet-ein-rechtsfreier-raum.724.de.html?dram:article_id=99567).

Becker, Maximilian: Von der Freiheit, rechtswidrig handeln zu können, ZUM (2019), S. 636–648.

Beuth, Patrick, Umstrittene Urheberrechtsreform – Woher die Uploadfilter kommen könnten, Spiegel v. 6.4.2019, <https://www.spiegel.de/netzwelt/web/upload-filter-fuer-die-urheberrechtsreform-wer-entwickelt-die-software-a-1261320.html>.

Boldrin, Michele / Levine, David K., *Against Intellectual Monopoly*, first paperback edition, Cambridge, MA 2010.

Doctorow, Cory, Lockdown, <https://boingboing.net/2012/01/10/lockdown.html>.

---

74 Helfrich und Heinrich-Böll-Stiftung (Hg.) *Commons Für eine neue Politik jenseits von Markt und Staat*; abrufbar unter <https://www.boell.de/sites/default/files/2012-04-buch-2012-04-buch-commons.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.07.2020).

- Doctorow, Cory*, Why do you give away your books?, <https://craphound.com/littlebr other/about/#freedownload/>.
- Dredge, Stuart*, Why is the music industry battling YouTube and what happens next?, *The Guardian* v. 20.5.2016, <https://www.theguardian.com/technology/2016/may/20/music-industry-battling-google-youtube-what-happens-next>.
- Freund, Wieland*, „Das Internet ist ein rechtsfreier Raum“, Interview mit Alexander Skipis vom Börsenverein des Deutschen Buchhandels, *Welt* v. 15.4.2009, <https://www.welt.de/kultur/article3558839/Das-Internet-ist-ein-rechtsfreier-Raum.html>.
- GEMA, *VG Bildkunst, VG Musikedition und VG Wort*, Lizenzen vs. Uploadfilter, [https://www.vgwort.de/fileadmin/pdf/allgemeine\\_pdf/Aktuelle\\_Information\\_Lizenzen\\_vs.\\_Uploadfilter.pdf](https://www.vgwort.de/fileadmin/pdf/allgemeine_pdf/Aktuelle_Information_Lizenzen_vs._Uploadfilter.pdf).
- Goller, Marion*. Copyfraud und Overclaiming – was beim Umsetzen der EU-Urheberrechtsreform zu beachten ist, <https://irights.info/?p=29603>.
- Hans-Bredow-Institut*, Trumps Gesetz gegen Soziale Medien, Interview mit Dr. Stephan Dreyer und PD Dr. Matthias C. Kettmann, <https://www.hans-bredow-institut.de/de/blog/trumps-gesetz-gegen-soziale-medien>.
- Hansen, Sven*, Un-CD-Bändiger: Abspielprobleme beseitigen mit unCDcopy, *heise online* v. 5.4.2004, <https://www.heise.de/ct/artikel/Un-CD-Baendiger-289314.html>.
- Hofmann, Franz*: Prozeduralisierung der Haftungsvoraussetzungen im Medienrecht – Vorbild für die Intermediärhaftung im Allgemeinen?, *ZUM* (2017), S. 102–109.
- Hofmann, Franz*: Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL, *GRUR* (2019), S. 1219–1229.
- Hurtz, Simon*, Upload-Filter löschen Dutzende Kopien des Mueller-Berichts, *Süddeutsche Zeitung* v. 21.4.2019, <https://www.sueddeutsche.de/digital/upload-filter-mueller-bericht-scribd-1.4416802>.
- Kaiser, Ulrich*, Von einem, der auszog, das Fürchten zu lernen..., <https://blog.wikimedia.de/2018/08/06/von-einem-der-auszog-das-fuerchten-zu-lernen/>.
- Kastl, Graziana*: Filter – Fluch oder Segen?, *GRUR* (2016), S. 671–678.
- Koreng, Ansgar*, Die Schutzfrist als Sichtschutz: Wie das Urheberrecht freies Wissen behindert, <https://irights.info/?p=28237>.
- Kreutzer, Till*, *Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen*, 1. Aufl., Baden-Baden 2008.
- Kublen, Rainer*, *Erfolgreiches Scheitern – eine Götterdämmerung des Urheberrechts?*, 1. Aufl., Boizenburg 2008.
- Lee, Timothy B.*, How YouTube lets content companies “claim” NASA Mars videos, <https://arstechnica.com/tech-policy/2012/08/how-youtube-lets-content-companie s-claim-nasa-mars-videos/>.
- Leistner, Matthias / Metzger, Axel*, Wie sich das Problem illegaler Musiknutzung lösen lässt, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 4.1.2017, <https://www.faz.net/aktuelle/feuilleton/medien/gema-youtube-wie-sich-urheberrechts-streit-schlichten-liesse-14601949.html>.

- Leistner, Matthias / Metzger, Axel*: The EU Copyright Package: A Way Out of the Dilemma in Two Stages, IIC (2017), 381–384.
- Lessig, Lawrence*, The Future of Ideas, 1. Aufl., New York 2002.
- Lobo, Sascha*, Streit über die Urheberrechtsreform – Wollt ihr Europa zerstören?, Spiegel v. 13.2.2019, <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/urheberrechtsreform-wollt-ihr-europa-zerstoeren-a-1252993.html>.
- Lohmann, Fred von*, YouTube's Content ID (C)ensorship Problem Illustrated, <https://www.eff.org/de/deeplinks/2010/03/youtubes-content-id-c-ensorship-problem>.
- Metzger, Axel*: Regulierung im Urheberrecht – Herausforderungen und Perspektiven, ZUM (2018), S. 233–242.
- Nolte, Georg*: Drei Thesen zur aktuellen Debatte über Haftung und Verteilungsgerechtigkeit bei Hosting-Diensten mit nutzergenerierten Inhalten, ZUM (2017), S. 304–312.
- Ostrom, Elinor / Hess, Charlotte*, Introduction: An Overview of the Knowledge Commons, in: Ostrom / Hess, Understanding Knowledge as a Commons, Cambridge (MA) 2007, S. 3–26, abrufbar unter [http://www.wtf.tw/ref/hess\\_ostrom\\_2007.pdf](http://www.wtf.tw/ref/hess_ostrom_2007.pdf).
- Pachali, David*, Kopiervergütung: VG Wort darf nicht pauschal an Verlage ausschütten, <https://irights.info/?p=27286>.
- Schieferdecker, Daniel*, Einfach mal Mäzen werden, Die Zeit v. 19.5.2020, <https://www.zeit.de/kultur/musik/2020-05/patreon-musiker-crowdfunding-corona/komplettansicht>.
- Specht, Louisa*: Beschränkung der Verkehrsfähigkeit digitaler Güter durch technische Schutzmaßnahmen, ZGE / IPJ 8 (2016), S. 280–303, doi: 10.1628/186723716X14652041936314.
- Specht, Louisa*: Zum Verhältnis von (Urheber-)Recht und Technik – Erfordernis eines Dualismus von techniksensitivem Recht und rechtssensitiven technischen Durchsetzungsbefugnissen, GRUR (2019), S. 253–259.
- Spindler, Gerald*: Upload-Filter: Umsetzungsoptionen zu Art. 17 DSM-RL Vorschläge zur „Quadratur des Kreises“ im nationalen Recht, CR (2020), S. 50–59
- Stieper, Malte*: Ein angemessener Interessenausgleich im Verhältnis von Kreativen zu Rechteinhabern und Verwertungsgesellschaften?, ZUM (2019), S. 393–400.
- Travis, Hannibal*: Pirates of the Information Infrastructure: Blackstonian Copyright and the First Amendment, Berkeley Technology Law Journal (2005), Vol. 15, No. 777, 2000, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=758885>.
- Willman, Chris*, Exclusive: Taylor Swift on Being Pop's Instantly Platinum Wonder... And Why She's Paddling Against the Streams, <https://www.yahoo.com/entertainment/bp/exclusive-taylor-swift-on-being-pop-s-instantly-platinum-wonder--and-why-she-s-paddling-against-the-streams-085041907.html>.
- Wimmers, Jörg / Barudi, Malek*: Der Mythos vom Value Gap – Kritik zur behaupteten Wertschöpfungslücke bei der Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte auf Hosting-Diensten, GRUR (2017), 327–338.

# Medienintermediär TikTok: UGC-Clips als Herausforderungen für das Urheberrecht

Hans-Christian Gräfe\*, Jonas Kunze\*\*

## 1 Einleitung

Dem Internet wohnen der Zauber und das Versprechen inne, dass Nutzer\*innen eigene Webseiten erstellen, befüllen und die ganze Welt erreichen können. Schon vor den großen *Medienintermediären*<sup>1</sup> gab es die Möglichkeit, sich kreativ auszuleben und die Ergebnisse unabhängig von klassischen Medienanbietern zu veröffentlichen. Insbesondere die *Remix-Kultur* ist seit langem im Internet verankert.<sup>2</sup> Nutzergenerierte Inhalte – sogenannter *User Generated Content (UGC)* – sind also keine neue Erscheinung.

Medienintermediäre ermöglichen es den Nutzer\*innen, eigene Inhalte nahezu barrierefrei zu veröffentlichen. Sie bieten die Werkzeuge und die Plattform, um mit Videos, Fotos, Animationen, Augmented Reality und

---

\* Hans-Christian Gräfe ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Weizenbaum-Institut, Redakteur bei Telemedicus und Lehrbeauftragter an der Technischen Universität Berlin. Sein Forschungsinteresse liegt vorrangig im Medien- und Social Media-Recht. An der Humboldt-Universität zu Berlin absolviert er das LL.M.-Programm im Immaterialgüter- und Medienrecht.

\*\* Jonas Kunze studiert Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin und arbeitet beim juristischen Internetportal Telemedicus. Er befasst sich unter anderem mit dem Recht der Informationsgesellschaft.

1 Begriffsklärung: Für Plattformen im Bereich der sozialen Medien hat sich die Bezeichnung „Intermediäre“ durchgesetzt, die daneben auch für algorithmisch gesteuerte Suchmaschinen verwendet wird. Der Begriff Intermediär besitzt eine gewisse Unschärfe: Intermediäre sind Dienstetypen, die durch Aggregation, Selektion und Präsentation Aufmerksamkeit für von Dritten erstellte und gegebenenfalls eigene Inhalte erzeugen. Das sind u.a. Suchmaschinen, Soziale Netzwerke, UGC-Plattformen, (Micro-)Blogging- Plattformen und News-Aggregatoren, vgl. *Lobigs/Neuberger*, Meinungsmacht im Internet und die Digitalstrategien von Medienunternehmen, Gutachten für die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), 2018, 68 ff.

2 Vgl. *Maier*, Remix auf Hosting-Plattformen, 1; *Fischer*, Von Jägern und Samplern. Eine kurze Geschichte des Remix in der Musik, <https://irights.info/artikel/von-jae-gern-und-samplern-eine-kurze-geschichte-des-remix-in-der-musik/23325> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020); *Klass*, ZUM 2016, 801, 801.

Musik kreativ zu sein. Populäre Medienintermediäre vereinfachen und fördern die Herstellung von UGC. Sie werden dabei mit einem ungehinderten Zugang zu Informationen assoziiert – ohne die klassischen Medien als sogenannte *Gatekeeper* dazwischen.<sup>3</sup> Außerdem können Nutzer\*innen gezielt angesprochen werden: Unternehmen kommunizieren mit ihren Kund\*innen, die Bundeskanzlerin kommuniziert über selbstproduzierte Podcasts und Blogger\*innen nutzen als sogenannte *Influencer* die Reichweite der Netzwerke, um Botschaften direkt an ihre Zielgruppen zu richten. So tritt eine Vielzahl von Menschen gleichzeitig als Kreative und Nutzer\*innen, als sogenannte *Produser\*innen*,<sup>4</sup> auf. Etabliert haben sich z.B. *YouTube*, *Instagram*, *Snapchat* oder *Soundcloud*.

### 1.1 Forschungsgang

*TikTok* bietet sich als Betrachtungsobjekt für UGC als sogenannte *transformative Werknutzung*<sup>5</sup> aber besonders an. Der Kern des Angebotes liegt im UGC. Sein Erfolg fußt insbesondere auf der Möglichkeit, nutzergenerierte Clips mit (aktueller) Musik zu unterlegen. Um die Herausforderungen für das Urheberrecht skizzieren zu können, ist es deshalb nötig, sich erst einmal genauer mit *TikTok* und seinen Besonderheiten auseinanderzusetzen (s. folgendes Kapitel 2). Bei der urheberrechtlichen Analyse (s. Kapitel 3 u. 4) bilden sogenannte *Tipping Points*<sup>6</sup> zwischen Freiheit und Restriktion den Hintergrund. Besonders deutlich wird dieses Spannungsverhältnis bei

- 
- 3 Der Gatekeeping Ansatz ist umstritten, aber einer der bekanntesten Ansätze der Nachrichtenauswahl. Ursprünglich wurden Journalist\*innen und klassische Medien darunter verstanden, weil sie Informationen für die öffentliche Verbreitung auswählten. Online kommen zunehmend Intermediäre hinzu, die anhand von User\*inneninteraktion und technischer Selektionshilfe agieren, so relevante Informationen herausfiltern und sich damit als Gatekeeper betätigen. Statt vieler vgl. *Engelmann*, Gatekeeping, 11 ff.
  - 4 Aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht lösen sich im digitalen Raum die Konzepte von Konsumierenden und Produzierenden von Nachrichteninhalten zu sogenannten Producers (aus dem Engl. von produce und use) auf, vgl. *Bruns*, From Prosumer to Producer.
  - 5 Transformativität kann bedeuten, dass sich das neue Werk in Ausdruck und Inhalt unterscheidet (transforming content) oder einen anderen Zweck als das Ausgangsmaterial verfolgt (transforming message/meaning/purpose), s. *Maier*, Remix auf Hosting-Plattformen, 68.
  - 6 Dieser Beitrag entstand im Rahmen der Konferenz *Tipping Points – Zum Verhältnis von Freiheit und Restriktion im Urheberrecht*. Ein *Tipping Point* kann den Punkt deutlich machen, an dem ein Verhältnis so kippt, dass es anders bewertet werden muss.

UGC-Clips, die auf vorhandenen Inhalten aufbauen. Auch im Verhältnis der Nutzenden untereinander und zur Plattform lassen sich *Tipping Points* analysieren, etwa mit Blick auf Haftungsfragen. Davon ausgehend soll der Beitrag verdeutlichen, ob die durch das TikTok-Modell aufgeworfenen Rechtsfragen den Reformdruck auf das Urheberrecht erhöhen. Schließlich ist neben den rechtlichen Implikationen auch die Auswirkung auf die Musikproduktion aufzuzeigen.

## *1.2 Forschungsfragen bei UGC-Nutzung in TikTok*

Im Mittelpunkt der Betrachtung steht die transformative Werknutzung durch UGC-Clips.<sup>7</sup> Dabei wird das Original durch neue Begriffe, Bedeutungen oder Botschaften abgewandelt. Das von den Produzent\*innen verwendete Ausgangsmaterial kann auf verschiedenen Ebenen geschützt sein. Die Rekombination geschützter Werkteile in Remixen und ihr Upload auf eine Hosting-Plattform berühren daher eine Reihe von Verwertungsrechten. Doch auch die neuen Clips können wieder eigene Werke sein und Verwertung finden.

Die TikTok Community-Richtlinien zu Geistigem Eigentum sind knapp gehalten, bieten aber doch einen Einstieg in die Problematik und erste interessante Ansatzpunkte:

*„Wir fordern alle Nutzer\*innen auf, ihre eigenen originellen Inhalte zu erstellen und auszutauschen. Wir gestatten Nutzer\*innen nicht, Inhalte zu veröffentlichen oder zu verbreiten, die die Rechte anderer an geistigem Eigentum verletzen. Nicht erlaubt sind: Inhalte, die Urheberrechte, Markenrechte oder Rechte an geistigem Eigentum anderer verletzen oder beeinträchtigen.“<sup>8</sup>*

---

In der folgenden Betrachtung spielen insbesondere *Tipping Points* eine Rolle, die *neue Werkkategorien und neue Formen der Urheberschaft, das Verwischen der Grenzen zwischen Urheber\*innen und Nutzer\*innen, den Reformdruck im Urheberrecht durch technologische Entwicklung und die urheberrechtlichen Grenzen der Gemeinfreiheit* verdeutlichen.

- 7 Der Begriff des *transformativen Gebrauchs* stammt aus dem US-amerikanischen Copyright und wurde vom US Supreme Court erstmals in *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994) aufgegriffen; *Maier*, Remix auf Hosting-Plattformen, 67 f.
- 8 S. <https://www.tiktok.com/community-guidelines?lang=de> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

Da die Plattform es nicht zulassen will, dass Urheberrechte anderer verletzt werden, müsste im Umkehrschluss jegliche für die Erstellung der Videos zur Verfügung gestellte Musik lizenziert werden. Da TikTok außerdem dazu auffordert *originelle Inhalte* zu erstellen, müssen die Urheber\*innen, die ihre Musik und sonstigen Werke zur Verwendung auf TikTok hochgeladen haben, sich darüber bewusst sein, dass wahrscheinlich Bearbeitungen ihrer Inhalte entstehen werden. Im Sinne der Community-Richtlinien bauen die Inhalte ständig aufeinander auf und werden von allen Produzent\*innen weiterentwickelt. Dies ist insgesamt kein neues Phänomen, kaum ein Werk entsteht ohne Bezugnahme auf vergangene Schöpfungen.<sup>9</sup> Die in der Breite verfügbaren technischen Mittel sowie das TikTok-Konzept intensivieren diesen Vorgang jedoch.

Ausgangspunkt einer urheberrechtlichen Betrachtung muss die *Werkqualität* der Clips selbst sein. Die Clips sind wie dargestellt regelmäßig Remixe. Betrachtenswert ist dies vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung zu § 24 UrhG. Dieser Bereich des Urheberrechts ist stark umstritten, was an dem nunmehr zwanzig Jahre andauernden Sampling-Rechtsstreit *Metall-auf-Metall* deutlich wird.<sup>10</sup> Weiterhin gibt TikTok an, dass die in der Bibliothek bereitgestellten Musikstücke lizenziert seien.<sup>11</sup> Für die von Nutzer\*innen hochgeladenen Musikstücke sollen diese jedoch selbst verantwortlich sein.<sup>12</sup> TikTok geht dabei davon aus, von der derzeitigen Haftungsfreistellung gemäß § 10 Telemediengesetz (TMG) zu profitieren. Die Nutzer\*innen können sich nicht auf dieses Privileg berufen. Für sie ist eine Nutzung innerhalb der Urheberrechtsschranken relevant. Schließlich drängt sich die Frage auf, ob und welche urheberrechtliche Bedeutung sich aus dem *Extrahieren* einzelner Videos aus der Plattform ergibt.

---

9 Vgl. *Klaas*, ZUM 2016, 801.

10 Zuletzt BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16 – Metall auf Metall IV; EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17 – Pelham u.a./Metall auf Metall.

11 Siehe Nr. 5 e der TikTok Endnutzer-Lizenzvereinbarung <https://www.tiktok.com/legal/terms-of-use?lang=de> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

12 Siehe Nr. 5 b, d der TikTok Endnutzer-Lizenzvereinbarung <https://www.tiktok.com/legal/terms-of-use?lang=de> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

## 2 Medienintermediär TikTok

TikTok wird von dem chinesischen Medienunternehmen *ByteDance* veröffentlicht. Das Angebot wurde zunächst viel im asiatischen Raum genutzt. Mit der Übernahme und Integration der ebenfalls chinesischen *Lip-Sync*-Plattform *Musica.ly* im August 2018 sind vermehrt Nutzer\*innen aus dem nicht-asiatischen Raum, insbesondere auch aus Deutschland hinzugekommen.<sup>13</sup> Das Angebot unterfällt mittlerweile dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG), hat also die erforderliche Schwelle von zwei Millionen registrierten Benutzer\*innen gemäß § 1 Abs. 2 NetzDG überschritten.<sup>14</sup> TikTok ist damit eine der ersten Online-Plattformen mit globaler Nutzerbasis, die nicht aus den USA stammt.<sup>15</sup> Die App wurde bereits über eine Milliarde Mal heruntergeladen.<sup>16</sup> Im *Apple* App-Store war sie 2019 die am meisten heruntergeladene App.<sup>17</sup>

Zentrale Nutzungsmöglichkeit ist das Erstellen und Veröffentlichen von kurzen Clips. Neben Fotofiltern, *Augmented-Reality*-Anwendungen und dem Einbau allerlei spielerischer Elemente liegt das Angebot darin, populäre (Chart-)Musik für die Cliperstellung bereitzustellen, u.a. für sogenannte *Lip-Sync*-Videos.<sup>18</sup> Die Sounds für die Clips stammen aus einer umfangreichen Bibliothek innerhalb von TikTok und sind oftmals Audiofragmente von bekannten, aktuellen Musikstücken. Es können aber auch die Audiospuren aller hochgeladenen Nutzervideos übernommen werden. Wird ein Sound bzw. Audiofragment so populär, dass viele Nutzer\*innen

---

13 *Rixecker*, Tiktok hat weltweit 800 Millionen Nutzer, <https://t3n.de/news/tiktok-ha-t-weltweit-800-millionen-1206404/> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

14 *Hoppenstedt*, TikTok: Soziales Netzwerk plant NetzDG-Funktion, <https://backgro-und.tagesspiegel.de/digitalisierung/tiktok-soziales-netzwerk-plant-netzdg-funktion>; *Laufer/Köver*, TikTok löscht und sperrt am häufigsten politische Inhalte, <https://netzpolitik.org/2020/tiktok-loescht-und-sperrt-am-haeufigsten-politische-inhalte/>; vgl. <https://www.tiktok.com/legal/impressum?lang=de> (alle zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

15 Online-Dienste unterliegen in China einer staatlichen Kontrolle. Chinesische Dienste bieten Angebote, die in den Funktionen mit westlichen Plattformen vergleichbar sind, *Zhong*, How China Walled Off the Internet, <https://www.nytimes.com/interactive/2018/11/18/world/asia/china-internet.html> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

16 *Nicolaou*, How to become TikTok famous, <https://www.ft.com/content/dd7234e8-fcb9-11e9-98fd-4d6c20050229> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

17 *Briskman*, The Top Mobile Apps, Games, and Publishers of 2019, <https://sensorewer.com/blog/top-apps-games-publishers-2019> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

18 Dabei wird synchron zum Text einer vorhandenen Tonspur ein Video aufgenommen. Die Tonspur wird also neu gebildet.

es als Grundlage für ihr eigenes Video nehmen, entsteht ein sogenannter *Trend*. Die Trend-Kultur ist eine Besonderheit von TikTok. Trends zeigen den Nutzenden immer wieder neue, einfache Möglichkeiten auf, um kreativ zu werden. Populär werden Clips gerade dann, wenn sie ein Audiostück originell mit einem Video zusammenfügen. Ausgangspunkt eines Trends ist oft eine sogenannte *Challenge*, also eine Herausforderung an die Nutzer\*innen. Dabei soll ein bestimmtes Clipkonzept individuell umgesetzt werden. Eine Challenge kann zum Beispiel ein (gemeinsamer) Tanz, das Beantworten persönlicher Fragen oder die Herausforderung sein, eine (peinliche) Handlung in der Öffentlichkeit vorzunehmen. Diese Verbindung eines bestehenden graphischen oder auditiven Elements mit den neuen Aufnahmen der Nutzenden schafft so jede Menge *Remixe*.

Zentraler Ausspielweg dafür ist der personalisierte Video-Feed der Nutzenden. Dieser *ForYou-Stream* genannte Feed zeigt den Nutzer\*innen algorithmus-basiert eine unendliche Folge von Clips. Populär und Grundlage für einen Trend wird ein Clip dann, wenn er vom Algorithmus an viele Nutzer\*innen ausgespielt wird. Am *ForYou-Stream* zeigt sich der Unterschied zu anderen Plattformen wie *YouTube*. Nutzende brauchen auf TikTok nicht gezielt nach Clips suchen, sondern bekommen sie – nach kurzer Zeit dem Nutzungsverhalten angepasst – vorgespielt.

Innovativ ist also, dass die kreativen Tools nun für alle nutzbar sind, weil der Zugang zu ihnen viel einfacher ist. Leistungsfähige *Smart Devices* ermöglichen digitales Schaffen auch ohne Desktop-PC oder Profi-Software. Die Ergebnisse treffen dann auf ein junges Millionenpublikum. Die Nutzer\*innen können die kurzen, meist nicht mehr als 15 Sekunden langen, Clips ansehen, kommentieren und positiv bewerten. Zusammen mit der Möglichkeit andere Nutzer\*innen direkt zu kontaktieren, ergibt sich so die *soziale* Komponente des Netzwerks. Zum Betrachten der Clips ist kein Nutzungskonto nötig. Möchten Nutzer\*innen eigene Inhalte veröffentlichen, ist eine Registrierung erforderlich.

Die Nutzung des Intermediärs ist kostenfrei.<sup>19</sup> Werbung wird, im Gegensatz zu *Twitter* oder *Instagram*, subtiler platziert. Bezahlte Einblendungen zwischen einzelnen Clips gibt es derzeit vergleichsweise selten. Unternehmen haben aber die Möglichkeit, einen bestimmten Suchbegriff zu be-

---

19 Siehe Nr. 4 a der TikTok Endnutzer-Lizenzbedingungen: „(...) gewährt Ihnen die Gesellschaft hiermit eine widerrufliche, nicht exklusive, nicht übertragbare, nicht unterlizenzierbare, kostenfreie und weltweite Lizenz zum Zugriff und zur Nutzung des Dienstes ausschließlich für Ihren persönlichen, nicht kommerziellen Gebrauch (...)\", <https://www.tiktok.com/legal/terms-of-use?lang=de> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

werben. Damit einher geht oftmals ein bestimmter Tanz oder Musikclip.<sup>20</sup> So werden die Nutzer\*innen selbst freiwillig Teil der Werbekampagne. Darüber hinaus werden einzelne Nutzer\*innen oder Accounts im Rahmen von Influencer-Marketing für Werbung in ihren Videos bezahlt.<sup>21</sup> Populäre Videos finden dann regelmäßig auch eine Verbreitung auf anderen Intermediären außerhalb von TikTok.

TikTok steht vielfältig in der Kritik. Sie betrifft die Ausübung der Meinungsfreiheit und umfasst massive Probleme mit dem Jugend- und Datenschutzrecht.<sup>22</sup> Die chinesischen Betreiber sollen etwa aus ihrer Sicht unerwünschte Inhalte filtern oder verstecken.<sup>23</sup> Der Intermediär möchte kein Ort für politische Debatten sein.<sup>24</sup> Trotz der Popularität bei Minderjährigen bot die App lange Zeit ein kaum geschütztes Umfeld für diese Nutzer\*innengruppe.<sup>25</sup> Das führte etwa in den USA zu Strafzahlungen.<sup>26</sup> Bedenken in Bezug auf die Datenverarbeitung in China führten dazu, dass

- 
- 20 Sogenannte *Hashtag-Challenge*, TikTok partners with Burberry to launch #TB-Challenge, <https://newsroom.tiktok.com/en-gb/burberry-launches-account-on-tiktok-with-tbchallenge/> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).
  - 21 Influencer werden auf TikTok *Creator* genannt. Zur Creator-Vermittlung an Unternehmen steht eine eigene Plattform bereit, s. <https://creatormarketplace.tiktok.com/>, (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).
  - 22 Diese zu Recht äußerst kritisch beäugten Aspekte der Plattform bilden in dieser Betrachtung aber nicht den Fokus, vgl. aber *Heldt*, TikTok, a kaleidoscope of visuals, data and legal questions, <https://www.hiig.de/en/tiktok-a-kaleidoscope-of-visuals-data-and-legal-questions/> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).
  - 23 *Reuter/Köver*, TikTok – Gute Laune und Zensur, <https://netzpolitik.org/2019/gute-laune-und-zensur/>; TikTok räumt diskriminierende Moderationsregeln ein, <https://www.sueddeutsche.de/service/internet-tiktok-raeuemt-diskriminierende-moderationsregeln-ein-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-191205-99-14794>; *Meineck*, TikTok: Wir haben Videos von Polizeigewalt hochgeladen, dann wurden sie gelöscht, <https://www.vice.com/de/article/9395we/tiktok-wir-haben-videos-von-polizeigewalt-hochgeladen-dann-wurden-sie-geloescht> (alle zuletzt abgerufen am 01.05.2020).
  - 24 *Wiebe*, TikTok: Tausende Videos zu Magersucht-Challenge, <https://www.tagesschau.de/investigativ/funk/tiktok-115.html>; *Böhm/Klusmann/Rainer*, TikTok-Chef Alex Zhu über Greta Thunberg: "Wer?" <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/tiktok-chef-alex-zhu-ueber-greta-thunberg-wer-a-00000000-0002-0001-0000-000169006296> (alle zuletzt abgerufen am 01.05.2020).
  - 25 Kinder und Jugendliche in Apps erheblichen Risiken ausgesetzt: Mobbing, Hass und Belästigung an der Tagesordnung. Betreiber müssen Schutzkonzepte verbessern, <http://www.jugendschutz.net/pressemitteilungen/pressemeldung-2019-08-30/s/tiktok/> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).
  - 26 *Sokolov*, Kein Datenschutz für Kinder: Millionenstrafe für Musical.ly, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Kein-Datenschutz-fuer-Kinder-Millionenstrafe-fuer-Musical-ly-4322211.html> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

die App auf Geräten der US-Streitkräfte nicht mehr installiert werden darf.<sup>27</sup>

### 3 Der Clip als Werk

Clips auf TikTok können schnell erstellt werden. Dies ändert nichts daran, dass sie durchaus urheberrechtlich geschützt sein können. Fraglich ist, ob sie sich in eine Werkgattung einordnen lassen. Es ist jedenfalls im Einzelfall zu prüfen, wo ein Clip in dem Spannungsfeld zwischen ursprünglichen und fortführenden Urheber\*innen verortet ist.

#### 3.1 Werkqualität

Die Digitalisierung schafft zwar neue Technologien und das Internet der Intermediäre neue Verbreitungswege. Ob ein Clip aber ein urheberrechtlich geschütztes Werk ist, bemisst sich unabhängig von Technologie und Verbreitungsmethode danach, ob ihm *Werkqualität* i.S.d. § 2 Abs. 2 UrhG zukommt. Das gilt gemäß § 3 UrhG auch für Remixe. Die nicht abschließende Aufzählung in § 2 Abs. 1 UrhG lässt einen Videoclip grundsätzlich als Werk zu. Die kurzen Sequenzen könnten eventuell sogar nach § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG als Filmwerk eingeordnet werden. Entscheidend ist aber nicht die Nennung in § 2 Abs. 1 UrhG, sondern dass der Clip den Anforderungen des § 2 Abs. 2 UrhG entspricht.

Danach besteht für *persönliche geistige Schöpfungen* urheberrechtlicher Schutz. Dafür setzt der europarechtlich geprägte Werkbegriff voraus, dass die Urheber\*innen *ihre schöpferischen Fähigkeiten in eigenständiger Weise zum Ausdruck bringen, indem sie freie und kreative Entscheidungen treffen* und dem Werk ihre *persönliche Note* verleihen.<sup>28</sup> Allerdings gilt auch im Film- und Musikbereich die sogenannte *kleine Münze*.<sup>29</sup> Daher sind an den urheberrechtlichen Schutz keine allzu hohen Anforderungen zu stellen.<sup>30</sup> Ob ein Clip als persönliche geistige Schöpfung angesehen werden kann, ist an-

---

27 Pell/Wang, U.S. Navy bans TikTok from government-issued mobile devices, <https://reut.rs/2RZjGWT> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

28 Metzger, ZEuP 2017, 836, 848 mit Verweis auf EuGH, Urt v. 16.07.2009 – C-5/08 – Infopaq International.

29 Vgl. Loewenheim, GRUR 1987, 761 und Schulze, GRUR 1987, 769.

30 Schulze in: Dreier/Schulze, § 3 UrhG Rn. 45.

hand dieser Kriterien nur individuell und – trotz des Schutzes der *kleinen Münze* – nicht generell feststellbar.<sup>31</sup>

Entscheidend für die Schutzfähigkeit der Clips ist, wie individuell sie trotz der Filter, Werkzeuge und Designs sind und dass sie aufgrund ihrer Individualität aus der Masse herausragen. Eine bloße Nachahmung wird dort regelmäßig nicht weiter auffallen. Handelt es sich hingegen um einen richtigen Remix bzw. transformative Werknutzung, kann Schöpfungshöhe und damit Werkqualität schnell vorliegen.<sup>32</sup> Grundsätzlich gilt: Je banaler und alltäglicher ein Beitrag im Angesicht der Gestaltungsmöglichkeiten auf TikTok ist, umso eher ist davon auszugehen, dass er nicht schutzfähig ist. Je größer die persönliche geistige Schöpfung, also die Individualität des Beitrags ist, umso eher genießt er urheberrechtlichen Schutz.<sup>33</sup> Um die Beliebtheit von TikTok zu verstehen und sich einen Eindruck von Trends und Remix-Clips zu verschaffen, lohnt ein Blick auf die *Top 10 Viral Videos 2019*.<sup>34</sup> Einige davon sind mit Sicherheit urheberrechtlich schutzfähig, bei anderen mag es trotz der Millionen Views bezweifelt werden.

Bei Bewertung der Schöpfungshöhe spielen die *Challenges* eine gewisse Rolle, bei der ein Motiv ja gerade von vielen Produzent\*innen wiederverwendet werden soll. Soll dabei zum Beispiel ein Tanz oder eine andere bestimmte Bewegungsfolge nachgeahmt werden, spricht im Grunde wenig für Werkqualität der neuen Videos. Hierbei wird es sich meist eher um Aufführungen bzw. Ausübungen selbständig schutzfähiger Bewegungen und Tänze handeln.<sup>35</sup>

### 3.2 Werkart

Die kurzen Clips könnten als *Filmwerk* oder als einem Filmwerk ähnliches Werk gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG eingeordnet werden. Film ist die optische Wiedergabe mittels technischer Einrichtungen unmittelbar aufgenommener Gegenstände und Ereignisse aus Natur und Gesellschaft durch Aneinanderreihung von Bildern in kurzer Zeitfolge mit oder ohne Ton,

---

31 Schulze in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 211.

32 Zur Vielfalt dessen, was unter Film-Remixen zu verstehen ist und wie sie kategorisiert werden können, vgl. Maier, Remix auf Hosting-Plattformen, 4–15.

33 Reinemann/Remmert, ZUM 2012, 216, 217.

34 S. <https://newsroom.tiktok.com/de-de/tiktok-top-100-2019> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

35 Zur Schutzfähigkeit von Tänzen vgl. Oberfell, ZUM 2005, 621.

die einen realistischen Bewegungsablauf erzeugen.<sup>36</sup> Für die Definition kommt es weder auf das Speichermedium noch auf die zur Wahrnehmung vermittelte oder zur Aufnahme verwendete Technik an und die Anforderungen für einen urheberrechtlichen Schutz sind eher gering, da die filmrechtlichen Vorschriften zum Teil entsprechend auf Laufbilder Anwendung finden.<sup>37</sup> Falls keine Film-Werkqualität erreicht wird, kommt noch der Laufbildschutz gemäß § 95 UrhG in Betracht.

Die Besonderheit bei Filmwerken besteht jedoch darin, dass sie oftmals das Ergebnis einer Zusammenstellung von unterschiedlichen, urheberrechtlich einzeln schutzfähigen Werken und eben den Beiträgen vieler Personen sind. Fraglich ist dann, ob am Filmwerk eine Miturheberschaft gemäß § 8 Abs. 1 UrhG entsteht oder ob die Alleinurheberschaft der Regie zusteht, da hier das Gesamtkunstwerk zu einer einheitlichen Komposition zusammengeführt wird.<sup>38</sup> Diese Unterscheidung, die dahinterstehende Frage an sich und die filmurheberrechtlichen Vorschriften scheinen auf die Clips nicht ganz zu passen. Es handelt sich um meist sehr kurze Sequenzen, die von wenigen bzw. einzelnen Produzent\*innen und nicht großen Filmteams geschaffen werden.<sup>39</sup>

Es könnte sich um eine neue eigenständige Werkart – den *Social-Media-Clip* – handeln. Beim Einsatz neuer Technologien innerhalb geistiger Produktion entstehen notwendigerweise neue Werkarten. Die in § 2 UrhG aufgeführten Werkarten beziehen sich z.T. typisiert auf den Einsatz bestimmter Technologien. Für die kurzen Clips erscheint ein Rückgriff auf das Filmwerk gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG als etwas zu hochgestochen. Greifbarer erscheint es, von einem Multimediawerk<sup>40</sup> oder besser noch dem *Social-Media-Clip* als neuer Werkart zu sprechen.

TikTok schafft mit seinen Remix-Clips zwar keine gänzlich neue TikTok-eigene Werkart. Die Art der Verbindung von Choreografie, Musik und Bildeffekten in einem Clip ist nicht von TikTok eingeführt worden. Möglicherweise werden die Clips aber erstmals derart massenhaft über Social Media verbreitet. Remix-Clips gibt es auch auf den anderen Medienintermediären, nirgends ist das Geschäftsmodell aber dermaßen auf Remixe ausgelegt. Die ehemalige Plattform *Vine* hatte ein ähnliches Geschäftsmodell, war aber nicht so erfolgreich. Vom *Social-Media-Clip* als neuer Werk-

---

36 Ahlberg, in: Ahlberg, UrhG § 2 Rn. 37.

37 Reinemann/Remmert, ZUM 2012, 216, 220.

38 Wandtke, Urheberrecht, 2. Kap. Rn. 18.

39 Zur Beurteilung bietet sich ein Vergleich mit Werbespots an, die auch sehr kurz, aber in der Entstehung wohl sehr unterschiedlich sind.

40 Wandtke, Urheberrecht, 2. Kap. Rn. 20.

art zu sprechen, vereint daher wohl das Bedürfnis sich von anderen Werkarten abzugrenzen und Gemeinsamkeiten in der Erstellung und Verbreitung zu unterstreichen.

### 3.3 Werknutzung ohne Rechtklärung

Wer sein Video auf TikTok öffentlich teilt, willigt in die Veröffentlichung unter den Nutzungsbedingungen ein.<sup>41</sup> Das umfasst insbesondere Nachahmungen und Interaktionen mit bekannten Videos durch andere Produser\*innen.<sup>42</sup> Es stammen aber nicht alle weitergenutzten Werkteile originär von Uploader\*innen. Das gilt insbesondere für die genutzten Audiochnipsel. Neben bereitgestellten Audiodateien, die von TikTok lizenziert wurden, stammt ein großer Teil der verfügbaren Bibliothek aus Uploads fremder Werke von Nutzer\*innen. Diese Uploads werden in den seltensten Fällen unter Lizenz der Urheber\*innen erfolgen. Es gilt darzulegen, wie dennoch, also ohne Rechtklärung, eine rechtmäßige Nutzung in neuen Clips gelingen kann.

Um eine eigenständige Verwertung annehmen zu können, sind bei den Clips §§ 23, 24 UrhG zu beachten. Wer vorhandene Werke nutzt, muss nach § 23 UrhG die ursprünglichen Urheber\*innen um Einwilligung bitten. Im Anwendungsbereich von § 23 S. 2 UrhG ist bereits das Erstellen des Clips ein Urheberrechtsverstoß. Über die freie Benutzung gemäß § 24 Abs. 1 UrhG kann aber auch ohne Zustimmung der Urheber\*innen ein Remix-Clip veröffentlicht werden.

Nach dem *Bundesgerichtshof* (BGH) können fremde Werkteile nur genutzt werden, wenn sie geändert werden und im neuen Werk nicht mehr erkennbar sind.<sup>43</sup> Dem bisherigen Abgrenzungskriterium des *inneren Abstandes* würden viele Clips wohl nicht genügen. Sie adaptieren z.B. in *Challenges* vorhandene Werke ganz bewusst und gerade ohne Distanzierung.

---

41 Diese umfasst dabei auch eine Lizenz für die Stimme des Nutzers, siehe Nr. 5 c der TikTok Endnutzer-Lizenzvereinbarung, <https://www.tiktok.com/legal/terms-of-use?lang=de> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

42 Siehe Nr. 2 a der TikTok Endnutzer-Lizenzvereinbarung, <https://www.tiktok.com/legal/terms-of-use?lang=de> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

43 Sog. *Verblässentheorie*, vgl. BGH, Urt. v. 28.07.2016 – I ZR 9/15 – auf fett getrimmt; m.V.a. BGH, Urt. v. 11.03.1993 – I ZR 263/91 – Alcolix; BGH, Urt. v. 29.04.1999 – I ZR 65/96 – Laras Tochter; BGH, Urt. 20.03.2003 – I ZR 117/00 – Gies-Adler; BGH, Urt. v. 01.12.2010 – I ZR 12/08 – Perlentaucher; BGH, Urt. v. 17.07.2013 – I ZR 52/12 – Pippi Langstrumpf Kostüm I.

Das *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) erweiterte dieses enge Kriterium jedoch. Es gab eine *kunstspezifische Auslegung* vor, die eine unkritische Übernahme fremder Werke ermöglichen kann.<sup>44</sup> Voraussetzung sei eine Abwägung der Grundrechtspositionen zwischen Urheber\*innen und Künstler\*innen.

Es ist daher zu überlegen, wie § 24 UrhG als Schranke auszulegen ist. Spätestens mit der jüngsten Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofes* (EuGH) zum Musiksampling wurde deutlich, dass § 24 UrhG europarechtlich überformt ist.<sup>45</sup> Seitdem die urheberrechtlichen Schrankenregelungen als vollständig europarechtlich determiniert betrachtet werden, muss § 24 UrhG richtlinienkonform angewandt werden. Die europarechtlich vorgesehenen Schranken für eine Nutzung ohne Rechteklärung werden in Art. 5 Abs. 3 lit. k) der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (InfoSoc-RL) aufgezählt. Möglich ist die Nutzung für Karikaturen, Parodien oder Pastiche. § 24 UrhG könnte diese drei Kategorien umfassen, lässt vom Wortlaut her aber noch weiteren Anwendungsraum zu. Einer derartigen gesetzlichen Ausgestaltung erteilte der EuGH eine Absage. Die Ausnahmen und Beschränkungen seien in der InfoSoc-RL erschöpfend geregelt und es würde die angestrebte Harmonisierung gefährden, wenn die Mitgliedstaaten darüber hinaus weitere Schranken vorsähen. § 24 UrhG muss demnach einschränkend ausgelegt,<sup>46</sup> wenn nicht nach einigen Autor\*innen gar gestrichen werden.<sup>47</sup> Der BGH entschied daraufhin, dass § 24 UrhG nur für Karikaturen und Parodien anwendbar sei.<sup>48</sup> Die Schranke für Pastiche aus der InfoSoc-RL sei nicht einschlägig, weil der deutsche Gesetzgeber von

---

44 BVerfG, Urt. v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13 – Metall auf Metall; vgl. dazu *Peifer*, ZUM 2016, 805, 811: „Im Rahmen des § 24 UrhG müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein: (1) Die Nachschöpfung muss selbst eine künstlerische Leistung darstellen, dazu kann es genügen, dass sie eine eigene Kunstrichtung ist. (2) Sie darf im konkreten Fall den Markt des Originals nicht stören und sie muss (3) das Ergebnis einer künstlerischen Auseinandersetzung mit dem Original darstellen. Auch die Einbindung in ein Werk kann künstlerische Auseinandersetzung sein. Sinnvoll wäre überdies (4), dass der Tatbestand der Nachschöpfung offengelegt, das Original genannt und seine Quelle offenbart wird. Die Gerichte verlangen dies aber derzeit nur im Rahmen der Zitatschranke.“

45 EuGH, 29.07.2019 – C-476/17 – Pelham u.a./Metall auf Metall.

46 *Schulze*, GRUR 2020, 128 f.

47 *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1011, 1014 f.; v. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2015, 533, 539; *ders.*, GRUR 2020, 113, 119 f., *Schonhofen*, GRUR-Prax 2019, 432, 433; einschränkend wohl auch *Apel*, MMR 2019, 601, 603.

48 BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16 – Metall auf Metall IV.

der Möglichkeit, eine eigenständige Schrankenregelung für Pastiche vorzusehen, keinen Gebrauch gemacht habe.<sup>49</sup> Um den ganzen Problembe- reich am verständlichsten zu regeln, wäre die logische Konsequenz aus EuGH- und BGH-Rechtsprechung eine saubere Neuregelung des ganzen Komplexes um Schranken aus der Richtlinie und § 24 UrhG als Schutzbe- reichsregelung. Sollte § 24 UrhG unverändert bestehen bleiben, scheint eine *kunstspezifische Auslegung* trotz der Einschränkungen des EuGH aber weiter möglich, um Remixe zu legitimieren. Dafür müssten die vom Bun- desverfassungsgericht entwickelten Grundsätze auch auf die Auslegung der InfoSoc-RL anwendbar sein. Das Bundesverfassungsgericht hat festgestellt, dass eine künstlerische Auseinandersetzung mit einem bestehenden Werk möglich sein muss, soweit eine *Verwertung desselben dadurch nicht einge- schränkt* wird.<sup>50</sup> Dieser Gedanke ist aufgrund ähnlich gelagerten Grund- rechtsschutzes durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU-GRCh) auf die Richtlinienauslegung übertragbar.<sup>51</sup> Trotz eines weiten Kunstbegriffes bleibt aber auch dann fraglich, wie viele TikTok-Clips schon eine künstlerische Auseinandersetzung mit einem bestehenden Werk darstellen.<sup>52</sup>

Eine umgesetzte Pastiche-Schranke könnte, unter Beachtung der ge- nannten BVerfG-Rechtsprechung,<sup>53</sup> die Spezifika eines TikTok-Clips am besten berücksichtigen.<sup>54</sup> Der Pastiche-Begriff ist dem deutschen Urheber- recht fremd. Eine Definition muss sich daher aus der Wortbedeutung erge- ben. Nach aktuellem Verständnis fällt ein Remix – wie ein TikTok-Clip – unter den Pastiche-Begriff.<sup>55</sup> Diese Schranke könnte insoweit bei einer No- vellierung des § 24 UrhG ausdrücklich normiert werden.<sup>56</sup> Der EuGH stellt zusätzlich fest, dass das neu zusammengefügte Stück keinen Werk- charakter mehr aufweisen muss.<sup>57</sup> Diese Auslegung ermöglicht die Anwen-

---

49 BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16 – Metall auf Metall IV, Rn. 65.

50 BVerfG, Urt. v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13 – Metall auf Metall.

51 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17 – Pelham u.a./Metall auf Metall.

52 Vgl. zur Problematik dieser Einordnung *Peifer*, ZUM 2016, 805, 809 f.

53 *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 676.

54 *Peukert*, GRUR-Beil. 2014, 77, 89; *Stieper*, AfP 2015, 301, 305.

55 *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 681; *Peukert*, GRUR-Beilage 2014, 77, 89: „Doch auch eine Hommage als Form der unionsrechtlich ausdrücklich zulässigen *Pastiche* setzt zwingend voraus, dass das Werk, dem Tribut gezollt werden soll, erkennbar ist. Und genau diese positiv-konnotierte Form der künstlerischen Nachahmung zeichnet die typischen Fälle der Fanfiction, der Mashups und Remixe aus.“

56 *Peukert*, GRUR-Beilage 2014, 77, 89.

57 *Schulze*, GRUR 2020, 128, 132 mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 03.09.2014 – C-201/13, Rn. 21 – Vrijheidsfonds/Vandersteen.

dung auf UGC allgemein und TikTok-Clips speziell.<sup>58</sup> Eine ausdrückliche Pastiche-Schranke würde somit eine vielversprechende Absicherung für UGC auf TikTok bieten.<sup>59</sup>

Der neue Clip könnte eventuell auch über das Zitatrecht gemäß § 51 UrhG verwertet werden. Für das Musiksampling stellt der EuGH klar, dass ein Zitat dann vorliegen kann, wenn durch die Nutzung des alten Werks im neuen Werk mit dem alten Werk interagiert wird.<sup>60</sup> Das ist auf TikTok-Clips übertragbar, weil hier nicht nur musikalisch, sondern mit visuellen Elementen interagiert werden kann. Denn die Anforderungen an die Interaktion sind nach dem BVerfG ebenfalls *kunstspezifisch* zu betrachten.<sup>61</sup> Ergibt sich über den eingefügten fremden Teil hinaus eine eigenständige künstlerische Aussage, z.B. durch *verfremdende Verknüpfung von verschiedenen Stilmitteln*, dann sei die Nutzung möglich.<sup>62</sup> Parallel zur *kunstspezifischen Auslegung* bei § 24 UrhG erscheint es nicht für alle TikTok-Clips möglich, sie unterschiedlich zu interpretieren und kunstspezifisch zu diskutieren.<sup>63</sup>

Im Rahmen einer Schranke zu Gunsten von UGC-Nutzungen, sollte eine Verpflichtung eingeführt werden, sein Bezugswerk zu benennen.<sup>64</sup> Innerhalb von TikTok ist diese Offenlegung bereits angelegt und Teil des Geschäftsmodells. Die im Clip genutzte Audiodatei wird angezeigt und Nutzer\*innen gelangen so zu weiteren Clips, die die Audiodatei nutzen.

---

58 Vgl. Peifer, ZUM 2016, 805, 809 f.

59 In Kanada besteht eine UGC-Schranke in: Sec. 29. 21 Copyright Modernization Act, R. S.C., c. C-42, 29. 06. 2012, abrufbar unter <http://www.parl.gc.ca> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

60 *Dobusch*, Entscheidung nach über 20 Jahren: EuGH erlaubt Sampling, aber keine Alleingänge bei Uploadfiltern, <https://netzpolitik.org/2019/entscheidung-nach-ueber-20-jahren-eugh-erlaubt-sampling-aber-keine-alleingaenge-bei-uploadfiltern/> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020) mit Verweis auf EuGH, 29.07.2019 – C-476/17 – Pelham u.a./Metall auf Metall.

61 BVerfG, Urt. v. 29.06.2000 – 1 BvR 825/98 – Germania 3.

62 Vgl. Maier, Remix auf Hosting-Plattformen, 25 f.

63 Vgl. aber BVerfG, Urt. v. 17.07.1984 – 1 BvR 816/82 – Anachronistischer Zug zum sog. offenen Kunstbegriff.

64 Schulze, GRUR 2020, 128, 133; Peifer, ZUM 2016, 805, 808; Peukert, GRUR-Beilage 2014, 77, 89.

#### 4 Lizenzen und Werknutzung

Soweit UGC auf fremden Werken aufbaut bzw. selbst als Werk anzuerkennen ist, wirft dies Lizenzierungsfragen auf. Neben der generellen Möglichkeit überhaupt fremde Werke nutzen zu können, spielt die Vergütung für die Urheber\*innen der *genutzten* und *der neuen Werke* eine entscheidende Rolle. Gibt es weder Schranke noch Lizenz stellt sich außerdem die Frage nach der Haftung von TikTok für unrechtmäßig genutzte Inhalte. Darüber hinaus hat die Verwendung auf TikTok Auswirkungen auf die Musikproduktion.

##### 4.1 Lizenzierung auf TikTok

###### 4.1.1 Rechtmäßige Nutzung von Musik als Clipbestandteil

Die selbst erstellten Audiospuren der Nutzer\*innen lässt sich TikTok über sein Endnutzeragreement lizenzieren.<sup>65</sup> Die drei großen Plattenlabels *Universal Music*, *Sony* und *Warner* hatten zunächst Lizenzvereinbarungen mit *ByteDance*, die aber im Frühjahr 2019 ausgelaufen sind.<sup>66</sup> Laufende Gerichtsverfahren lassen erkennen, dass der Anbieter sich bemüht, Lizenzvereinbarungen mit den internationalen Rechteinhabern anzuschließen.<sup>67</sup> Neben der offiziellen Musikdatenbank und Aufnahmen der Nutzer\*innen ohne Fremdinhalte bleiben dann noch Uploads fremder Werke übrig.<sup>68</sup>

---

65 Siehe Nr. 5 c) und e) der TikTok Endnutzer-Lizenzvereinbarung, <https://www.tiktok.com/legal/terms-of-use?lang=de> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

66 *Fischer/Theile*, Vereinbarung mit Merlin: Tiktok einigt sich mit Indie-Musikern, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/vereinbarung-mit-merlin-tiktok-einigt-sich-mit-indie-musikern-16599164.html> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

67 UK Copyright Tribunal Ref. 132/19, *TikTok Inc. v. ICE/PRS etc.; Shaw*, Record Labels Demand More Money for Songs on TikTok App, <https://bloom.bg/2SoOwaq>; *Lunden*, TikTok inks licensing deal with Merlin, <https://tcrn.ch/2ucPJKa>; Auch vor dem Hintergrund, einen eigenen Musikstreamingdienst anzubieten, *Huang/Shaw*, TikTok Owner Is Testing Music App, <https://bloom.bg/2tvomdM> (alle zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

68 *Cooper*, How TikTok Gets Rich While Paying Artists Pennies, <https://pitchfork.com/features/article/the-great-music-meme-scam-how-tiktok-gets-rich-while-paying-artists-pennies/> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

Denn jede in einem Video verwendete Tonspur geht automatisch in die Audiodatenbank über und steht dann zur Nutzung zur Verfügung.<sup>69</sup>

Besteht dafür weder eine gesetzliche noch rechtsgeschäftliche Erlaubnis, beruft sich TikTok als Medienintermediär auf die Haftungsprivilegierung gemäß § 10 Telemediengesetz (TMG). Danach wird der Anbieter für Rechtsverstöße der Uploader\*innen nur haftbar, wenn eine Datei nach Hinweis auf einen (Urheber)Rechtsverstoß nicht entfernt wird.<sup>70</sup> Allerdings macht TikTok sich im Grunde hochgeladene Tonspuren über die Datenbank zu Eigen. Die Haftung könnte sich also aus dieser *aktiven Rolle* ergeben.<sup>71</sup> Hier bleibt derzeit eine Entscheidung des EuGH zu ähnlich gelagerten Fällen auf *YouTube* abzuwarten.<sup>72</sup> Hinzu kommt die Umsetzung der Richtlinie des Urheberrechts im digitalen Binnenmarkt (DSM-RL), die die Plattform und ihre Nutzer\*innen betrifft. Die Richtlinie verpflichtet *Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten* unter Haftungsandrohung, nur lizenzierte Inhalte bereitzustellen.<sup>73</sup>

#### 4.1.2 Rechtmäßige Nutzung von Bewegungsmotiven als Clipbestandteil

Betrachtet man die Bewegungen oder Tänze in den Clips, kommt vor allem ihrer Herkunft Bedeutung zu. Wenn sie originär aus einem TikTok-Clip stammen, ergeben sich für die Nachahmungen aufgrund der dargestellten Lizenzeinräumung keine großen Probleme. Hat eine Choreographie jedoch ihren Ursprung außerhalb der Plattform, weil sie etwa aus einem Bühnenstück oder Musikvideo stammt, kommt durchaus eine Verletzung von Aufführungsrechten der Urheber\*innen in Betracht.<sup>74</sup> Die Webseite <https://knowyourmeme.com> kann zur Recherche als Ausgangsbasis dienen. So wurde z.B. der *Quiet Storm Dance* auf TikTok 2019 populär. Der Tanz geht wohl zurück auf *Lil Kims* Performance im 1999er Musikvideo zu *Mobb Deeps* Song *Quiet Storm*.<sup>75</sup> Die dahinterstehenden Cho-

---

69 Lip-Sync-Plattform TikTok aufgrund seiner Lizenzierungspraktik in der Kritik, <https://www.backstagepro.de/thema/lip-sync-plattform-tiktok-aufgrund-seiner-lizenzierungspraktik-in-der-kritik-2019-02-28-bwTxxK1gkp> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

70 Sog. Notice-and-Take-Down-Verfahren.

71 *Wagner*, GRUR 2020, 447, 449.

72 EuGH, Vorabentscheidungsersuchen v. 06.11.2018 – C-682/18.

73 Haftung gem. Art. 17 Abs. 1, 2 DSM-RL; *Wagner*, GRUR 2020, 447, 450.

74 Vgl. BGH, Urt. v. 18.03.1960 – I ZR 75/58 und I ZR 121/58 – Eisrevue I und II.

75 S. <https://knowyourmeme.com/memes/quiet-storm-dance> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

reograph\*innen müssten sich also herausfinden lassen. Die Aufführung des Tanzes in den Clips kann als tänzerische Umsetzung des choreographischen Werks natürlich ein Leistungsschutzrecht ausübender Künstler\*innen nach §§ 73 ff. UrhG begründen.

#### *4.1.3 Nutzung neu entstandener Social-Media-Clips*

Wird ein Upload als unrechtmäßig entfernt, führt dies dazu, dass darauf beruhender UGC nach einiger Zeit nicht mehr verfügbar ist, wenn z.B. die zu Grunde liegende Tonspur nicht mehr verfügbar ist. Ist ein UGC als Werk (siehe Kapitel 3) einzuordnen, so untergräbt dies jedoch sowohl die Nutzung der Tonspur innerhalb der Schranken als auch die Verwertungsrechte der Clipurheber\*innen. Die Urheber\*innen müssten gegenüber TikTok darlegen, dass ihr Inhalt urheberrechtlich zulässig sei. Es steht daher im Raum, dass die Plattform Werkersteller\*innen strukturell benachteiligt. TikTok ermöglicht nämlich die Erstellung eines neuen Werkes – ohne in jedem Fall die daran entstehenden Rechte zu respektieren.

Die Einwilligung der Clip-Urheber\*innen für Nachahmungen und Bearbeitungen gilt außerdem nicht für eine Verwendung außerhalb der Funktionalitäten der Plattform (z.B. Reposting in externe Apps) oder außerhalb des ursprünglichen Kontextes.<sup>76</sup> Für die Verwendung eines Clips mit Werkqualität außerhalb von TikTok gelten die urheberrechtlichen Schranken. Außerhalb dieser ist das ausschließliche Verwertungsrecht der Urheber\*innen gemäß §§ 15 ff. UrhG maßgeblich. TikTok lässt sich aber beispielsweise die werbliche Nutzung in den Nutzungsbedingungen explizit einräumen.<sup>77</sup>

#### *4.1.4 Neue Nutzungsart für Musikurheber\*innen*

Zusätzlich zu der eben geschilderten Unsicherheit für UGC-Produzierer\*innen ergibt sich eine Zwickmühle für die Urheber\*innen, deren Musik lizenziert für die UGC-Clips genutzt wird. Insofern ist in der Verwendung in *Social-Media-Clips* eine neue *Nutzungsart* für originale Musiklizenzgeber\*innen anzusehen. Typischerweise wird eine neue Nutzungsart bei der

---

76 So auch *Gerecke* (für andere Social Media), GRUR 2019, 1120, 1125.

77 Siehe Nr. 5 g der TikTok Endnutzer-Lizenzvereinbarung, <https://www.tiktok.com/legal/terms-of-use?lang=de> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

(Nach-)Vergütung bestehender Lizenzvereinbarungen relevant. Den Musikurheber\*innen steht demzufolge ein eigenes Verwertungsrecht zu. Gibt eine Urheberin für Musik eine Lizenz an bspw. TikTok, so muss angenommen werden, dass die Musiktitel nur für eine Verwendung innerhalb des Angebots von TikTok freigegeben werden. Dies ergibt sich aus der Zweckübertragungslehre zu § 30 Abs. 5 UrhG. Wenn nun aber ein neues Werk (*Social-Media-Clip*) durch *Einarbeitung* der Musik entstanden ist, kann die neue Urheberin das Werk beliebig verwerten. Es kann auch auf jeder anderen Plattform oder Webseite hochgeladen bzw. öffentlich wiedergegeben werden. Wenn dort (z.B. auf *Instagram*) das eingearbeitete Musikstück nicht lizenziert wurde, führt das *praktisch* zu einem Verlust der Verwertungsmöglichkeit für die ursprünglichen Musikurheber\*innen und zum ewigen Unsicherheits-Kreislauf, der im vorherigen Absatz beschrieben wurde. Im Grunde sind die Musikurheber\*innen also gezwungen, mit allen (Remix-Upload-)Plattformen Lizenzvereinbarungen einzugehen, um Vergütung zu erhalten. Alternativ könnten sie sich gegen eine Verwendung generell sperren, würden keine Vergütung erhalten und müssten sich aufgrund § 10 TMG mit den Medienintermediären auseinandersetzen.

#### 4.2 *Rechtssicherheit durch Extended Collective Licenses neben der Pastiche-Schranke*

Es ist nicht immer ohne weiteres erkennbar, ob UGC in zulässiger Weise fremde Werke nutzt. Das führt derzeit zu den gezeigten Problemen, die in einem Unsicherheits-Lösch-Kreislauf resultieren. Es ist unsicher, ob Werke im Rahmen einer Schranke genutzt werden oder eine Lizenz besteht. Also werden sie gelöscht – statt stehengelassen und vergütet. So werden darauf aufbauende Neuschöpfungen verhindert oder selbst wieder entfernt – aus Unsicherheit über ihre Rechtmäßigkeit. Dies führt zu einem Unverständnis für das Urheberrecht im digitalen Raum bei Nutzer\*innen und Urheber\*innen, weil eine die Interessen beider Gruppen gleichfalls berücksichtigende Lösung fehlt. Dieser Unsicherheits-Lösch-Kreislauf prägte ebenfalls die Debatte über den neuen Rechtsrahmen nach der DSM-RL. Zielsetzung ist – ausweislich des Art. 17 Abs. 1, 2 DSM-RL – die Lizenzierung aller verfügbaren Plattforminhalte. Nicht-lizenzierte Inhalte sollen im technisch möglichen Rahmen gemäß Art 17 Abs. 4 DSM-RL nicht bereitgestellt wer-

den (sogenanntes *Uploadfilterproblem*).<sup>78</sup> Eine praxisfreundliche Lösung müsste Rechtssicherheit und Vergütungsinteresse vereinen. Dafür könnte sich neben der Einführung einer ausdrücklichen *Pastiche-Schranke* die kollektive Lizenzvergabe mit erweiterter Wirkung bzw. *Extended Collective Licenses (ECL)* entsprechend Art. 12 DSM-RL anbieten.<sup>79</sup> Im Rahmen von ECL wird eine Verwertungsgesellschaft ermächtigt, Werklizenzen abzuschließen, auch wenn Urheber\*innen nicht von ihr vertreten werden.<sup>80</sup> Produser\*innen hätten so die Möglichkeit, nicht ausdrücklich lizenzierte Audiodstücke für ihre neuen Werke zu nutzen. In der Folge wäre eine Nutzung auf der Plattform rechtssicher möglich, da *erweitert kollektiv* lizenziert. ECL sind dem deutschen Urheberrecht aber bisher fremd. Vorrangig für die Werknutzung – ohne Auseinandersetzung mit den Urheber\*innen – ist die Nutzung innerhalb der Schranken.

Soweit diese für UGC-Nutzungen auf TikTok nicht einschlägig sind, könnte für das Erfordernis der Lizenzierung auf ein ECL-Modell zurückgegriffen werden. Dies könnte den Produser\*innen einen akzeptablen Rahmen bieten. Erfolgreich dürfte dieses Modell auch für die Intermediäre sein, wenn es technisch einfach implementiert werden kann. TikTok könnte es z.B. mit einem werbe- und/oder abonnementfinanzierten Modell umsetzen. Außerdem ermöglichen ECL insb. für (weitere) neue Nutzungsarten eine flexible Lizenzierungspraxis.

Eine Lizenzierung über die nationalen Grenzen der Verwertungsgesellschaften hinaus (Weltmarkt), wird auch durch ECL für Online-Nutzungen nicht ermöglicht. Daran ändert auch der gemeinsame europäische Rahmen durch die DSM-RL nichts, da den Mitgliedsstaaten ein Umsetzungsspielraum, so auch für ECL, bleibt. Um Online-Nutzungen europaweit an einer Stelle zu bündeln (sogenannter *One-Stop-Shop*) haben sich einige nationale Verwertungsgesellschaften in der International Copyright Enterprise (ICE) zusammengeschlossen. Mit der ICE verhandelt auch TikTok über Nutzungsrechte.<sup>81</sup>

---

78 Die Richtlinie fordert in Art. 17 Abs. 4 lit. c DSM-RL nicht ausdrücklich Uploadfilter. Diese sind aber nach weit verbreiteter Meinung technisch naheliegend, vgl. *Spindler CR* 2019, 277, 285 f.; *Stieper ZUM* 2019, 211, 216 f.

79 Vgl. *Rack/Gräfe*, Uploadfilter als letztes Mittel: Stufenkonzept gegen Overblocking, <https://www.telemedicus.info/article/3490-Uploadfilter-als-letztes-Mittel-Stufenkonzept-gegen-Overblocking.html> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

80 Vgl. Art. 12 Abs. 3 lit. d DSM-RL, der dementsprechende Informationspflichten als Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Systems der kollektiven Lizenzvergabe mit erweiterter Wirkung normiert; vgl. EuGH, Urt. v. 16.11.2016 – C-301/15 – Soulier.

81 UK Copyright Tribunal Ref. 132/19, TikTok Inc. v. ICE/PRS etc.

Ohne eine umfassende Lösung, wie z.B. eine rechtssichere Schrankenlösung (vgl. vorheriges Kapitel 3.3) und die Einführung einer fairen Vergütungsregel – wie z.B. über ECL – bleibt es beim Unsicherheits-Lösch-Kreislauf aus Verhinderung von Neuschöpfungen, fehlender Vergütung und einem Unverständnis für das Urheberrecht im digitalen Raum bei allen Beteiligten.

#### 4.3 Auswirkung auf Musikproduktion

Die Musiknutzung auf TikTok hat Auswirkungen auf die Musikproduktion. TikTok wirkt für erfolgreiche Musikstücke wie ein *Accelerator*, der eine enorme globale Reichweite auslöst. Ausgangspunkt ist die Startseite, der *ForYou-Stream*. Schaffen es Musikproduzent\*innen eine Sequenz zu erstellen, die im algorithmisch kuratierten *ForYou-Stream* abgespielt oder Teil eines Trends wird, so kann der Clip exponentiell viele Abrufe für sich verbuchen.

Für TikTok sind dabei Ausschnitte von Titeln relevant, zumeist nur 15–30 Sekunden. Beliebte Audioteile lassen sich gut mitsingen, sind tanzbar oder eignen sich dramaturgisch als Konzeptvorlage für ein Video. Insbesondere Musikstücke deren Text sich visuell darstellen lässt oder die mit Lebenssituationen der Nutzer\*innen interagieren, werden weiterverbreitet. Bereits eine gelungene Textzeile oder eine gelungene Dramaturgie<sup>82</sup> können somit zur Verbreitung und Bewerbung eines Musikausschnittes ausreichen. Diese Bekanntheit bei TikTok-Nutzer\*innen führt zu Abrufen des gesamten Titels auf weiteren Musikplattformen. Dort werden die Titel dann noch weiteren Nutzer\*innen bekannt.<sup>83</sup> Erste Titel wurden auf diesem Weg zu weltweiten Hits.<sup>84</sup> Für Künstler\*innen führt dies überhaupt erst zu Einnahmen, denn TikTok vergütet auch lizenzierte Musik kaum.<sup>85</sup>

---

82 Für einen gängigen 15-Sekunden-Clip kann dies etwa durch ein 11-sekündiges Intro mit anschließendem 4-sekündigen Höhepunkt erreicht werden.

83 Auf diese Promotion beruft sich auch TikTok; *Dregde*, TikTok issues statement on its UK Copyright Tribunal music-licensing referral, <https://musically.com/2019/07/24/tiktok-uk-copyright-tribunal-music-licensing/> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

84 *Stauffacher/Plaga*, Vom Meme zum Nummer-1-Hit: Wie Tiktok die Pop-Kultur verändert, <https://www.nzz.ch/panorama/old-town-road-der-erste-tiktok-welthit-der-musikgeschichte-ld.1500889?reduced=true> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

85 *Cooper*, How TikTok Gets Rich While Paying Artists Pennies, <https://pitchfork.com/features/article/the-great-music-meme-scam-how-tiktok-gets-rich-while-paying-artists-pennies/> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

Dabei stehen ihnen nach dem Leitbild der §§ 32 ff. UrhG angemessene Vergütungsansprüche zu.<sup>86</sup> Die erzielbare Reichweite schafft dennoch einen Anreiz für TikTok-spezifische Musikproduktion.

Für Urheber\*innen stellt diese digitale Plattformökonomie insgesamt ein schwieriges Umfeld dar. Für Newcomer\*innen bietet TikTok einen einfachen Zugang zu vielen Nutzer\*innen. Dafür müssen sie ihre Musik aber kostenfrei und zur Weiterbearbeitung zur Verfügung stellen. Eine Vergütung muss – jedenfalls bislang – anschließend über andere Kanäle realisiert werden.

## 5 Fazit

Mit TikTok kommt ein *Medienintermediär* im Gewand einer App daher, die auf junges, kreatives Publikum zugeschnitten ist. Das Angebot trifft den Zeitgeist der jungen Zielgruppe. Die nötige Aufmerksamkeitsspanne für die Clips wird auf ein Minimum reduziert. Clips, die es schaffen, ihren Inhalt hochkomprimiert in etwa 15 Sekunden zu präsentieren, erreichen über den algorithmisch erstellten *ForYou-Stream* eine enorme Reichweite. TikTok verdeutlicht, in einer Umgebung *ubiquitärer Computerisierung* mit leistungsfähigen Smart Devices, auch den Weg in ein Zeitalter, in dem alle zugleich als Rezipienten und Urheber\*innen agieren. Für bekannte Fragen der *Werkqualität* liefern *Lip-Syncs* oder Tänze auf TikTok aktuelle Beispiele. In *Trends* und *Challenges* liegt der Kern des Dienstes. Für derartigen UGC wirft das zum einen die Frage auf, ob es sich hierbei um eine eigenständige Werkart (*Social-Media-Clip*) handelt. Zum anderen stellt sich für bestehende Lizenzinhaber\*innen die Frage, ob es sich bei der Verwendung auf TikTok um eine *neue Nutzungsart* handelt.

Beruhet UGC nicht auf Lizenzen, dann spiegeln sich in der urheberrechtlichen Betrachtung von TikTok als Gesamtangebot aktuelle *Urteile* und *Reformen* des europäischen Urheberrechts zu *Schrankenregelungen*, *Intermediärhaftung* und weitergehende *Lizenzierungsfragen*. Ein übernommener Werkteil kann durch eine *kunstspezifische Betrachtung* gerechtfertigt verwertet werden. Die bisherige Anwendung von 24 *UrhG*, dem rechtlichen Grundbaustein für UGC, ist durch den EuGH ins Wanken gebracht worden. Bisher zieht sich der Dienst auf seine angebliche Haftungsprivile-

---

86 Grünberger, ZUM 2017, 265, 268.

gierung zurück.<sup>87</sup> Das wird gerade auf Anfrage aus Deutschland und Österreich durch den EuGH überprüft.<sup>88</sup> Mit Blick auf die DSM-RL wird außerdem das Providerprivileg modifiziert. Uploads müssen dann im technisch Machbaren auf ihre Urheberrechtskonformität überprüft werden.

Insgesamt ist eine klare Rechtslage für alle Beteiligten wünschenswert. UGC soll vielfältig möglich sein. Urheber\*innen der Clips und der darin verwerteten Werke sollen eine Vergütung erhalten. Notwendig erscheint deshalb einerseits zur Klarstellung die Einführung einer ausdrücklichen *Pastiche-Schranke*, die Platz für die Anwendung der vom BVerfG entwickelten Grundsätze der kunstspezifischen Betrachtung lässt. Andererseits erscheint im Rahmen der Umsetzung des Art. 17 DSM-RL (in zusätzlicher Erwartung der Entscheidung des EuGH zu YouTube sowie der Novellierung der E-Commerce-Richtlinie durch den Digital Services Act) der Versuch, eine *an ECL angelehnte Lizenz- und Vergütungsregelung* einzuführen, erfolgversprechend. Dies könnte dazu führen, dass Angebotsmodelle wie TikTok nur derart möglich sind, indem sie die Urheber\*innen vergüten – ungeachtet dessen, ob die Einnahmen aus Werbung, Abonnement oder sonstigen Finanzierungsquellen stammen.

Trotzdem bietet der Intermediär einen für Urheber\*innen interessanten Produktionsmarkt. Die erzielbare Reichweite macht den Dienst attraktiv. Das Trendpotential auf TikTok ist noch schwerer vorherzusagen als im bisherigen Musikmarkt. Deshalb stellen Urheber\*innen aktuell kostenfreie Lizenzen zur Verfügung oder gehen nicht gegen eine unlicenzierte Nutzung vor.<sup>89</sup> Für die Urheber\*innen ist es gegenüber TikTok schwierig, über den Werbeeffect für andere vergütete Streamingdienste hinaus, eine Vergütung zu erhalten. Dabei wäre es angemessen, wenn neben den Nutzenden und TikTok auch die Urheber\*innen aus der Popularität des Dienstes einen direkten Profit hätten.

Die derzeitige Rechtslage sowie die Ungewissheit über wesentliche kommende Entscheidungen über das Urheberrecht im digitalen Raum schaden der Popularität TikToks nicht. Aber sie trennen den digitalen Raum vom auf Interessenausgleich ausgerichteten Urheberrechtssystem quasi ab. Dies führt keinesfalls zu einem breiten Verständnis oder zur An-

---

87 Siehe Nr. 5 b der TikTok Endnutzer-Lizenzvereinbarung, <https://www.tiktok.com/legal/terms-of-use?lang=de> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

88 EuGH, Vorabentscheidungsersuchen v. 06.11.2018 – C-682/18; EuGH, Vorabentscheidungsersuchen v. 01.07.2019 – C-500/19.

89 Cooper, How TikTok Gets Rich While Paying Artists Pennies, <https://pitchfork.com/features/article/the-great-music-meme-scam-how-tiktok-gets-rich-while-paying-artists-pennies/> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).

erkenntnis der Rechtslage, sondern erhöht den Reformdruck auf das Urheberrecht.

### *Literatur*

- Ahlberg, Hartwig/Götting, Horst-Peter*, BeckOK Urheberrecht, 27. Edition, München 2020.
- Apel, Simon*, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 29.7.2019 – C-476/17 – Pelham u.a., MMR 9 (2019), 596.
- Böhm, Markus / Klusmann, Steffen / Rainer, Anton*, Wäre Greta Thunberg bei Ihnen willkommen? – "Wer?", spiegel.de, 17.01.2020, <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/tiktok-chef-alex-zhu-ueber-greta-thunberg-wer-a-00000000-0002-0001-0000-000169006296> (zuletzt abgerufen am 13.05.2020).
- Briskman, Jonathan*, The Top Mobile Apps, Games, and Publishers of 2019, Sensor-Tower, 13.01.2020, <https://sensortower.com/blog/top-apps-games-publishers-2019> (zuletzt abgerufen am 13.05.2020).
- Bruns, Axel*, From Prosumer to Producer: Understanding User-Led Content Creation, in: Transforming Audiences 2009, London, <http://eprints.qut.edu.au/27370/> (zuletzt abgerufen am 13.05.2020).
- Cooper, Duncan*, How TikTok Gets Rich While Paying Artists Pennies, pitchfork.com, 12.02.2019, <https://pitchfork.com/features/article/the-great-music-me-me-scam-how-tiktok-gets-rich-while-paying-artists-pennies/> (zuletzt abgerufen am 13.05.2020).
- Dobusch, Leonhard*, Entscheidung nach über 20 Jahren: EuGH erlaubt Sampling, aber keine Alleingänge bei Uploadfiltern, netzpolitik.org, 29.07.2019, <https://netzpolitik.org/2019/entscheidung-nach-ueber-20-jahren-eugh-erlaubt-sampling-aber-keine-alleingange-bei-uploadfiltern/> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).
- Dregde, Stuart*, TikTok issues statement on its UK Copyright Tribunal music-licensing referral, musically.com, 24.07.2019, <https://musically.com/2019/07/24/tiktok-uk-copyright-tribunal-music-licensing/> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).
- Dreier, Thomas / Schulze, Gernot*, Urheberrechtsgesetz, 6. Auflage, München 2018.
- Engelmann, Ines*, Gatekeeping, 1. Auflage, Baden-Baden 2016.
- Fischer, Benjamin / Theile, Gustav*, Vereinbarung mit Merlin: Tiktok einigt sich mit Indie-Musikern, faz.net, 25.01.2020, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/vereinbarung-mit-merlin-tiktok-einigt-sich-mit-indie-musikern-16599164.html> (zuletzt abgerufen am 13.05.2020).
- Fischer, Georg*, Von Jägern und Samplern. Eine kurze Geschichte des Remix in der Musik, iRights.info, 23.05.2014, <https://irights.info/artikel/von-jaegern-und-samplern-eine-kurze-geschichte-des-remix-in-der-musik/23325> (zuletzt abgerufen am 13.05.2020).
- Gerecke, Martin*, Teilen, Retweeten und Reposten, GRUR 11 (2019), 1120.

- Grünberger, Michael, Gesetzliche Vergütungsansprüche für Kreative, ZUM 4 (2017), 265.
- Heldt, Amélie, TikTok, a kaleidoscope of visuals, data and legal questions, Digital Society Blog, 17.12.2019, <https://www.hiig.de/en/tiktok-a-kaleidoscope-of-visuals-data-and-legal-questions/> (zuletzt abgerufen am 13.05.2020).
- Hoppenstedt, Max, TikTok: Soziales Netzwerk plant NetzDG-Funktion, Tagesspiegel.de/digitalisierung/tiktok-soziales-netzwerk-plant-netzdg-funktion (zuletzt abgerufen am 13.05.2020).
- Huang, Zbeping / Shaw, Lucas, TikTok Owner Is Testing Music App, Bloomberg, 11.12.2019, <https://bloom.bg/2tvomdM> (zuletzt abgerufen am 13.05.2020).
- Klass, Nadine, RE-USE: Kompilation, Parodie, Doku-Fiction – Rechtliche Rahmenbedingungen abhängigen Werkschaffens im Film, ZUM 10 (2016), 801.
- Laufer, Daniel / Köver, Chris, TikTok löscht und sperrt am häufigsten politische Inhalte, netzpolitik.org, 31.01.2020, <https://netzpolitik.org/2020/tiktok-loescht-und-d-sperrt-am-haeufigsten-politische-inhalte/#spendenleiste> (zuletzt abgerufen am 13.05.2020).
- Leistner, Matthias, „Ende gut, alles gut“ ... oder „Vorhang zu und alle Fragen offen“?, GRUR 10 (2019), 1008.
- Lobigs, Frank / Neuberger, Christoph, Meinungsmacht im Internet und die Digitalstrategien von Medienunternehmen, Gutachten für die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), Band 51, Leipzig 2018.
- Loewenheim, Ulrich, Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht, GRUR 11 (1987), 761.
- Lunden, Ingrid, TikTok inks licensing deal with Merlin, TechCrunch, 23.01.2020, <https://tcrn.ch/2ucPJKa> (zuletzt abgerufen am 13.05.2020).
- Maier, Henrike, Remixe auf Hosting-Plattformen: eine urheberrechtliche Untersuchung filmischer Remixe zwischen grundrechtsrelevanten Schranken und Inhaltfiltern, Tübingen 2018.
- Meineck, Sebastian, TikTok: Wir haben Videos von Polizeigewalt hochgeladen, dann wurden sie gelöscht, Vice, 18.12.2019, <https://www.vice.com/de/article/9395we/tiktok-wir-haben-videos-von-polizeigewalt-hochgeladen-dann-wurden-sie-ge-loescht> (zuletzt abgerufen am 13.05.2020).
- Nicolaou, Anna, How to become TikTok famous, Financial Times, 09.11.2019, <https://www.ft.com/content/dd7234e8-fcb9-11e9-98fd-4d6c20050229> (zuletzt abgerufen am 13.05.2020).
- Obergfell, Eva Inés, Tanz als Gegenwartskunstform im 21. Jahrhundert, ZUM 8–9 (2005), 621.
- Peifer, Karl-Nikolaus, Parodie, Mashup, Medienkritik: Das urheberrechtlich geschützte Werk als Gegenstand und Beiwerk der filmischen Auseinandersetzung – Möglichkeiten und Grenzen im Lichte des aktuellen Urheberrechtsgesetz, ZUM 10 (2016), 805.

- Pell, M.B. / Wang, Echo*, U.S. Navy bans TikTok from government-issued mobile devices, Reuters, 21.12.2019, <https://reut.rs/2RZjGWT> (zuletzt abgerufen am 13.05.2020).
- Peukert, Alexander*, Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation, GRUR-Beil. 1 (2014), 77.
- Pötzlberger, Florian*, Pastiche 2.0: Remixing im Lichte des Unionsrechts, GRUR 7 (2018), 675.
- Rack, Fabian / Gräfe, Hans-Christian*, Uploadfilter als letztes Mittel: Stufenkonzept gegen Overblocking, telemedicus.info, 27.03.2020, <https://www.telemedicus.info/article/3490-Uploadfilter-als-letztes-Mittel-Stufenkonzept-gegen-Overblocking.html> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).
- Reinemann, Susanne/Remmertz, Frank*, Urheberrechte an User-generated Content, ZUM 3 (2012), 216.
- Reuter, Markus / Köver, Chris*, Gute Laune und Zensur, netzpolitik.org, 23.11.2019, <https://netzpolitik.org/2019/gute-laune-und-zensur/> (zuletzt abgerufen am 13.05.2020).
- Rixecker, Kim*, Tiktok hat weltweit 800 Millionen Nutzer, t3n Magazin, 13.10.2019, <https://t3n.de/news/tiktok-hat-weltweit-800-millionen-1206404/> (zuletzt abgerufen am 13.05.2020).
- Schonhofen, Sven*, Die unendliche Geschichte um „Metall auf Metall“: Urheberrechtliche Zulässigkeit von Sampling vor dem EuGH, GRUR-Prax 19 (2019), 432.
- Schulze, Gernot*, Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht, GRUR 11 (1987), 769.
- Schulze, Gernot*, Die freie Benutzung im Lichte des EuGH-Urteils „Pelham“, GRUR 2 (2020), 128.
- Shaw, Lucas*, Record Labels Demand More Money for Songs on TikTok App, Bloomberg, 06.04.2019, <https://bloom.bg/2SoOwaq> (zuletzt abgerufen am 13.05.2020).
- Sokolov, Daniel*, Kein Datenschutz für Kinder: Millionenstrafe für Musical.ly, heise.de, 28.02.2019, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Kein-Datenschutz-fuer-Kinder-Millionenstrafe-fuer-Musical-ly-4322211.html> (zuletzt abgerufen am 13.05.2020).
- Spindler, Gerald*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere „Upload-Filter“ – Bittersweet?, CR 5 (2019), 277.
- Stauffacher, Reto/Plaga, Corinne*, Vom Meme zum Nummer-1-Hit: Wie Tiktok die Pop-Kultur verändert, NZZ, 13.08.2019, <https://www.nzz.ch/panorama/old-town-road-der-erste-tiktok-welthit-der-musikgeschichte-ld.1500889> (zuletzt abgerufen am 01.05.2020).
- Stieper, Malte*, Die Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt: Keynote auf der Konferenz »Perspektiven des Urheberrechts im Informationszeitalter«, ZUM 3 (2019), 211.
- Stieper, Malte*, Fan Fiction als moderne Form der Pastiche, AfP 4 (2015), 301.

- v. Ungern-Sternberg, Joachim*, Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahr 2019, GRUR 2 (2020), 113.
- v. Ungern-Sternberg, Joachim*, Verwendungen des Werkes in veränderter Gestalt im Lichte des Unionsrechts, GRUR 6 (2015), 533.
- Wagner, Gerhard*, Haftung von Plattformen für Rechtsverletzungen (Teil 2), GRUR 5 (2020), 447.
- Wandtke, Artur-Axel*, Urheberrecht, 7. Auflage, 2019, doi: 10.1515:9783110631852.
- Wiebe, Jan-Henrik*, TikTok: Tausende Videos zu Magersucht-Challenge, tagesschau.de, 12.12.2019, <https://www.tagesschau.de/investigativ/funk/tiktok-115.html> (zuletzt abgerufen am 13.05.2020).
- Zhong, Raymond*, How China Walled Off the Internet, New York Times, 18.11.2018, <https://www.nytimes.com/interactive/2018/11/18/world/asia/china-internet.html> (zuletzt abgerufen am 13.05.2020).

# Crowdfunding und Crowdsourcing in der Praxis: Neue Geschäfts- und Rechtsmodelle der Netzliteratur

Thomas Ernst\*

In der Literaturwissenschaft ist der disruptive Charakter des Schreibens für digitale und soziale Medien sowie für die Nutzung historisch gewachsener Kategorien wie ‚Autor‘, ‚Werk‘ und ‚geistiges Eigentum‘<sup>1</sup> noch nicht umfassend zur Kenntnis genommen worden. Breit rezipierte literatur- oder medienwissenschaftliche Werke wie jene von Philipp Theisohn oder Monika Dommann verstehen sich entweder als Verteidigungsschriften eines ‚literarischen Eigentums‘ oder schrecken noch vor einordnenden Bewertungen der Digitalisierung zurück.<sup>2</sup> Da das Konstrukt des ‚geistigen Eigentums‘ für das heutige Urheberrecht jedoch fundamental ist und historisch auf Konstruktionen von Autorschaft und Werk-Begriffen im literarischen wie im philosophischen Diskurs Ende des 18. Jahrhunderts zurückgeht, ist es eine Aufgabe der Literaturwissenschaft, den aktuellen medialen Entwicklungen kritisch nachzuspüren.

Dabei ist an anderer Stelle ausführlicher rekonstruiert worden, wie literarische Werk- und Autorschaftsbegriffe sowie die Existenz des Gegenstands ‚gedrucktes Buch‘ historisch zur Entwicklung des Konstrukts ‚geisti-

---

\* Prof. Dr. Thomas Ernst ist Germanist und Literaturwissenschaftler an der Universität Antwerpen sowie an der Universität van Amsterdam. Seine Forschungsschwerpunkte sind unter anderem das Geistige Eigentum in der Buch- und der digitalen Kultur sowie subversive, interkulturelle und mehrsprachige Literaturen.

\*\* Ich danke den Teilnehmern des ENVIV-Buchlauchs am 11. Mai 2013 in der Evangelischen Akademie Tutzing, den Teilnehmern der Konferenz *Managing Popular Culture* in Karlsruhe vom 1. Februar 2014, Krystian Woznicki und der *Berliner Gazette*, den Diskutierenden der *Tipping Points*-Konferenz in Berlin sowie Lioba Foit für wertvolle Hinweise.

1 Kategorien wie ‚Autor‘, ‚Leser‘, ‚Werk‘ und ‚geistiges Eigentum‘ werden in diesem Beitrag regelmäßig durch einfache Anführungszeichen markiert, damit ihr konstruktiver Charakter und ihr historischer Bedeutungswandel deutlicher wird. Ein ähnliches Verfahren findet sich auch in: *Woodmansee*, *On the Author Effect*, 15 ff.  
2 Vgl. *Dommann*, *Geschichte des Copyrights*, 296; *Theisohn*, *Literarisches Eigentum*, 121–124.

ges Eigentum‘ beigetragen haben.<sup>3</sup> Dieser Beitrag greift dieses literaturwissenschaftliche Wissen kurz auf und verknüpft es mit rechtswissenschaftlichen Perspektiven auf den digitalen Medienwandel. Dabei formuliert er die Notwendigkeit, die *Vorstellungen des ‚geistigen Eigentums‘ und seine urheberrechtlichen Implikationen in Frage zu stellen* und zudem *Standards für die kulturelle Produktion in Sozialen Medien* zu bestimmen und rechtlich abzusichern (1.).

Anschließend legt er eine Fallstudie aus dem weiten Feld der Netzliteratur vor. *Eine neue Version ist verfügbar* von Dirk von Gehlen war 2012 das erste größere Buchprojekt, das im deutschsprachigen Raum über die Web-Plattform *Startnext* ein erfolgreiches *Crowdfunding* durchführte und zugleich Elemente des *Crowdsourcing* in seinen Produktionsprozess einbeziehen wollte (2.). Die Analyse will untersuchen, inwiefern dieses Projekt tatsächlich als ein Tipping Point für die Entwicklung neuer Geschäfts- und Rechtsmodelle der Literatur zu bewerten und seinen selbst formulierten Ansprüchen gerecht geworden ist (3.).

### 1. Das ‚geistige Eigentum‘: Autorschafts- und Werkbegriffe, die Netzliteratur und neue ästhetische und juridische Standards

Es dauerte etwa drei Jahrhunderte, bis sich nach der Etablierung der Druckerpresse mit beweglichen Lettern ein differenzierter Literaturmarkt etablierte. Gegen die Praxen der 1770er Jahre, die Reinhard Wittmann als „Nachdruckzeitalter“<sup>4</sup> bezeichnet, wurde die Vorstellung des ‚freien Schriftstellers‘ gesetzt, der ein ‚geistiges Eigentum‘ an seinen Texten besitze. Im Hintergrund dieser Konstruktion eines ‚geistigen Eigentums‘ stehen die Subjektphilosophie von Denkern wie Immanuel Kant und Johann Gottlieb Fichte und die genieästhetische Vorstellung, ein ‚Autor‘ schöpfe aus sich selbst heraus ein ‚Werk‘.

Damit wird der Wert individueller Textschöpfung besonders hoch angesetzt und eine Herrschaft des Autors über sein Werk begründet: Autorschaft wird Werkherrschaft.<sup>5</sup> Diese Konzentration auf den Schutz des Urhebers aus der spezifischen Vorstellung kultureller Produktion wirkt bis heute fort im deutschen Urheberrecht: „Werke im Sinne dieses Gesetzes

---

3 Vgl. dazu u.a. *Ernst*, Autor-Leser-Texte, in: Böck et al., Lesen X.0, 145; *Ernst*, Kritik des Werkbegriffs, in: Jannidis, Digitale Literaturwissenschaft. Das folgende Kapitel ist eine stark komprimierte Zusammenfassung von Teilen dieser Aufsätze.

4 *Wittmann*, Geschichte des deutschen Buchhandels, 131 f.

5 Vgl. *Bosse*, Autorschaft ist Werkherrschaft.

sind nur persönliche geistige Schöpfungen.“<sup>6</sup> Im literarästhetischen Diskurs werden solche Werke primär als abgeschlossenes Buch gedacht, das als materieller Gegenstand zugleich auch literaturtheoretisch dieses juristische und buchökonomische Geschäftsmodell garantiert.

Schon in der Moderne wurden diese Modelle starker Autorschafts- und Werkbegriffe jedoch ästhetisch (u.a. historische Avantgarde, Kollaborationen, Intertextualität) sowie literaturtheoretisch (u.a. durch Michel Foucault, Roland Barthes oder die Rezeptionsästhetik) problematisiert. Nun etablieren die Potentiale der digitalen Kopie und insbesondere die kommunikative Vernetzung auf den Plattformen der Sozialen Medien im World Wide Web neue Medienverhältnisse, die eine große Herausforderung für die etablierten journalistischen, literarischen und künstlerischen Wertschöpfungsketten darstellen.

Dieser Medienwandel wird einerseits als eine neue „Kultur der Digitalität“ begrüßt und andererseits als ein Medienzeitalter der „Hypnose“ diffamiert; verpönte Kulturtechniken wie die ‚Kopie‘ werden unter dem Begriff des „Mashup“ gegen die ‚Originalität‘ in Stellung gebracht: eine Umwertung der Begriffe und bestehender Konzepte.<sup>7</sup> Jenseits dieser großen kulturtheoretischen Debatten und ihrer Schlagworte zwischen Digitaleuphorie und der Verteidigung des Druckzeitalters ist es fundamental, differenzierte Analysen konkreter Phänomene vorzulegen. Insbesondere sollten die Folgen des digitalen Wandels für Begriffe der Autorschaft, des Werkcharakters und des ‚geistigen Eigentums‘ auf unterschiedlichen ästhetischen Feldern wie Film, Fernsehen, Radio oder Musik untersucht werden. Im Bereich der digitalen Literatur rückt dabei insbesondere die ‚Netzliteratur‘ in den Fokus.

Simone Winko grenzt die Netzliteratur dezidiert von einer ‚digitalisierten (Buch-)Literatur‘ und einer ‚digitalen Literatur‘ ab, die beide auch ohne Online-Kommunikation funktionieren könnten. Eine Netzliteratur jedoch ist auf die vernetzte Kommunikation im World Wide Web angewiesen und könne daher „neue Möglichkeiten der Interaktion zwischen Text und Leser, aber auch der Kommunikation von Lesern miteinander“ hervorbringen.<sup>8</sup> Damit vollzieht sich im literarischen Kommunikationsmodell ein fundamentaler Wandel: von einer individuellen Buchautorschaft zur *Autor-Leser-Interaktion in Sozialen Medien* und von der Zentrierung des

---

6 § 2 Abs. 2 S. 1 UrhG.

7 Vgl. *Stalder*, Kultur der Digitalität; *Reuß*, Ende der Hypnose; *von Gehlen*, Mashup.

8 *Winko*, Digitale Literatur, in: *Arnold/Beilein*, Literaturbetrieb, 292, 294.

Werks als dem genuinen (Verkaufs-)Gegenstand des Buchmarkts hin zu *literarischen Kommunikationsnetzwerken auf Webplattformen*.

Als Netzliteratur können sehr unterschiedliche Formen bezeichnet werden. Dazu zählen literarische Weblogs, also *Litblogs*; die netzliterarische Leser-Leser-Kommunikation in den Bereichen der *Fan-Fiction* und der *Social Reading-Plattformen*, die eine Form der Leser-Online-Literaturkritik darstellt. Schließlich können auch Kürzestnarrationen in interaktiven Netzwerken als Netzliteratur gelesen werden: *Twitteratur* oder *Instapoesie*. Für diese vernetzte Produktion, Distribution und Modifikation von kulturellen Werken erweisen sich jedoch die historisch gewachsenen Vorstellungen des ‚abgeschlossenen Werks‘, der ‚genialischen Autorschaft‘ und des ‚geistigen Eigentums‘ eher als hinderlich denn als produktiv.

Yochai Benkler hat in *The Wealth of Networks* schon 2006 die Spannung zwischen den bestehenden (urheber-)rechtlichen Regelungen einerseits und den Erfordernissen einer digitalen Kultur andererseits beschrieben.<sup>9</sup> Tatsächlich benötigen die Netzliteratur und generell die Formen der vernetzten kulturellen Produktion andere rechtliche Standards. Erstens sollten sie im Idealfall *im Sinne des Open Access frei verfügbar, nachnutzbar und modifizierbar* sein (beispielsweise unter einer Creative Commons-Lizenz wie CC BY),<sup>10</sup> um überhaupt eine breite netzliterarische bzw. kulturelle Kommunikation zu ermöglichen. Zweitens wäre im Sinne einer Kommunikation, die dem offenen Verhältnis von Autoren bzw. Kulturproduzenten und Lesern angemessen wäre und dem Ideal eines souveränen Datenmanagements entspräche, eine weitgehende *Offenlegung der erhobenen Lese-daten und ihrer Nutzung* geboten. Hierzu gehört zudem die *offenere Gestaltung von Schnittstellen und Zugriffsmöglichkeiten* sowie die *Transparenz von Algorithmen*.

Auch im rechtswissenschaftlichen Diskurs werden die „Unzulänglichkeiten des urheberzentrierten Individualitätskonzepts“<sup>11</sup> zunehmend hervorgehoben. Malek Barudi zeigt in *Autor und Werk*, dass die vom Urheberrecht zentral gesetzte ‚Prägetheorie‘, der zufolge sich in einem literarischen Werk die individuelle Autorschaft erweise, nicht angemessen überprüfbar sei. Anstelle dessen plädiert er für den Bezug auf das Werk selbst und seine Differenz von anderen Werken.<sup>12</sup>

---

9 Benkler, *The Wealth of Networks*, 469 f.

10 Vgl. *Creative Commons*, Creative Commons, <https://creativecommons.org/> (zuletzt abgerufen am 30.5.2020).

11 Barudi, *Autor und Werk*, 199.

12 Vgl. *ibd.*, 200.

Für den spezifischen Bereich der Netzliteratur sind auch die Arbeiten von Axel Metzger relevant, der das Urheberrecht und die Freie oder Open Source Software (FOSS) miteinander in ein Verhältnis setzt. Eine Vergleichbarkeit der Phänomene ist gegeben, da beide auf die kollaborative Produktion sowie die offene Verfüg- und Nachnutzbarkeit angelegt sind. Schon 2011 konstatierte Metzger eine starke Differenz zwischen „dem im Gesetz mit Nachdruck betonten Schöpferprinzip und der weniger prinzipientreuen Rechtsrealität“,<sup>13</sup> insbesondere für „dezentrale Urheberkollektive“<sup>14</sup> sei das Urheberrecht wenig hilfreich. In einem späteren Beitrag untersucht er diese Frage genauer am Beispiel der Wikimedia-Foundation und stellt fest, dass die (offene) Lizenzierung von Inhalten die führende Tendenz sei. Allerdings fordert er zugleich ein, dass insbesondere „die verschiedenen Funktionen und Vorrechte, die Akteure [...] wahrnehmen“, genauer untersucht werden müssten, auch fehle es „an einer umfassenden Kartographie der internen Community-Regularien“ sowie einer Analyse der „Auswirkungen dieser Regularien auf die kreativen Prozesse“.<sup>15</sup>

Es ist eine transdisziplinäre Aufgabe, diese Multiplikation von Autorchaftsrollen und die Differenzierung kollaborativer Produktionsprozesse zu analysieren. Die Literaturwissenschaft kann hierzu einen wichtigen Beitrag leisten. Nun könnte man sich an dieser Stelle auf die *Fan-Fiction* als einer wuchernden Produktionsform auf Leser-Leser-Plattformen oder die *Twitteratur* als Beispiel der literarischen Produktion in einem großen Sozialen Medium konzentrieren, dazu gibt es jedoch bereits andere Studien.<sup>16</sup> Dieser Beitrag wird sich exemplarisch einem Buchprojekt widmen, das sich als *Crowdfunding- und Crowdsourcing-Projekt* verstanden hat und in besonderer Weise und als Erstes netzliterarische Modelle der Produktion, Distribution, Lizenzierung und Buchökonomie ausprobiert hat. Damit eignet es sich in besonderer Weise als Analysegegenstand, an dessen Beispiel man nach einem Tipping Point für die Entwicklung netzliterarischer Geschäfts- und Rechtsmodelle fragen kann.

---

13 Metzger, Erosion des Schöpferprinzips, in: Leible/Ohly/Zech, Wissen – Märkte – Geistiges Eigentum, 79, 82.

14 *Ebd.*, 92.

15 Metzger, Open Source, in: Grünberger/Leible, Urheberrecht und Nutzerverhalten, 115, 127.

16 Vgl. Summerer, ‚Illegale Fans‘; Reißmann/Klass/Hoffmann POP. Kultur & Kritik 2017, 156.

## 2. Crowdfunding und Crowdsourcing des Buchprojekts *Eine neue Version ist verfügbar*

Im Anschluss an internationale Crowdfunding-Plattformen wie *Kickstarter* oder *Unbound*,<sup>17</sup> das mit dem Slogan „Authors pitch their ideas. You choose which books get written.“ antrat, haben sich auch in Deutschland Plattformen etabliert, die erfolgreich Buchprojekte unterstützen konnten. Über *Startnext – Crowdfunding für Projekte und Startups*<sup>18</sup> sind bereits mehrere Buchprojekte erfolgreich gefördert worden, u.a. der Facebook-Roman *Zwirbler* (mit 15.380 € von 144 Unterstützern) und die Sachbücher *Das neue Spiel – Nach dem Kontrollverlust* (20.467 €/668 Unterstützer), *Drachenväter. Die Geschichte des Rollenspiels* (20.511 €/428 Unterstützer) sowie – als erstes Projekt mit einem solch großen Erfolg – *Eine neue Version ist verfügbar* (14.182 €/350 Unterstützer).<sup>19</sup>

Im Folgenden soll exemplarisch das Projekt *Eine neue Version ist verfügbar* (ENVIV) von Dirk von Gehlen analysiert werden, das zwar – im Gegensatz beispielsweise zu *Zwirbler* – kein literarisches Werk, sondern ein Sachbuch ist, allerdings dezidiert den Anspruch formuliert, „in einem Experiment *gemeinsam mit den Lesern* die Idee von *Kultur als Software* auszuarbeiten. Wie funktioniert ein Buch, das in Versionen entsteht und *diese Versionen dokumentiert und diskutiert?*“<sup>20</sup> Damit formuliert das Projekt selbst den Anspruch, in vierfacher Weise als Tipping Point zu fungieren: Erstens, indem es die frühere Subskription literarischer Werke als Crowdfunding in den digitalen Raum überführen möchte; zweitens, indem es dieses Crowdfunding mit dem über die bloße Subskription hinausgehenden Anspruch verknüpft, die Förderer auch am Schreibprozess teilhaben zu lassen (Crowdsourcing); drittens, indem das Werk inhaltlich diesen Wandel als eine neue Form kultureller Produktivität reflektiert; und schließlich viertens, indem es seinem Titel gemäß für seine eigene Fort- und Umschreibung nachnutzbar sein möchte.

---

17 *Kickstarter*, <https://www.kickstarter.com/>; *Unbound*, <https://unbound.com> (beide zuletzt abgerufen am 30.5.2020).

18 *Startnext*, <https://www.startnext.com> (zuletzt abgerufen am 30.5.2020).

19 Vgl. *Hillenbrand/Lischka*, *Drachenväter*, <https://www.startnext.com/drachenvaeter>; *Seemann*, *Das neue Spiel*, <https://www.startnext.com/ctrlverlust/>; *Teglaszy*, *Zwirbler*, <https://www.startnext.com/zwirbler>; *von Gehlen/Dreyßig*, *Eine neue Version ist verfügbar*, <https://www.startnext.com/neueversion>, folgend nur „ENVIV (Startnext)“ (alle zuletzt abgerufen am 30.5.2020).

20 *Von Gehlen/Dreyßig*, ENVIV (Startnext); Hervorh. im Orig. (allerdings von Fettdruck auf Kursivierung umgestellt).

Dirk von Gehlen arbeitet als Journalist bei der Süddeutschen Zeitung und hat 2011 mit *Mashup. Lob der Kopie* beim Suhrkamp Verlag ein Sachbuch vorgelegt. Sein Plädoyer für einen neuen Begriff des Originals und dafür, dass die digitale Gesellschaft „ihren Mitgliedern die Möglichkeiten der Teilhabe und Partizipation (...) und (...) auf das Kopieren“ einräumen müsse, denn „[w]ir können nicht nicht kopieren“,<sup>21</sup> ist in vielen Medien besprochen worden. Insbesondere der Widerspruch, somit ein Plädoyer gegen traditionelle Rechtsmodelle der Buchkultur urheberrechtlich geschützt bei einem der wichtigsten deutschen Verlagshäuser veröffentlicht zu haben, habe sein Nachfolgeprojekt prädestiniert für ein anderes Vorgehen. Dass er die ‚Verflüssigung bzw. Versionierung von Texten‘ nicht nur inhaltlich reflektieren, sondern auch buchökonomisch und rechtlich umsetzen möchte, habe ihn zum Crowdfunding gebracht: „Ich habe festgestellt, dass ich das nicht in einem klassischen Verlag veröffentlichen kann, sondern als Projekt auf eigene Faust machen muss. So bin ich zum Crowdfunding gekommen.“<sup>22</sup> Zunächst soll im Folgenden dargestellt werden, welche Ansprüche das Projekt an sich selbst formuliert, um anschließend zu überprüfen, welche Ansprüche es tatsächlich eingelöst hat.

Am 22. Oktober 2012 startet der zweimonatige Finanzierungszeitraum für das Crowdfunding-Projekt *Eine neue Version ist verfügbar* auf der Plattform *Startnext*, als Fundingziel werden 5.000 € avisiert, das Buch soll bei einer erfolgreichen Förderung schon im Mai 2013 vorliegen. Inhaltlich solle es „[u]m eine neue Art, Bücher zu schreiben“, gehen, Kunst und Kultur sollten in der digitalen Welt „[a]ls Prozess, nicht als Produkt“ verstanden werden, und genau dies solle das Buchprojekt „mit Ihrer Hilfe in die Tat umsetzen.“<sup>23</sup> In einem zweiminütigen Pitchvideo von Tim Klimeš nobilitiert sich der Autor zunächst, indem er auf seine Arbeit bei der Süddeutschen Zeitung und seine Buchveröffentlichung beim Suhrkamp Verlag verweist. Dann präsentiert er seine Projektidee und schließlich acht namhafte Unterstützer des Projekts, die allesamt selbst im Kontext oder über Fragen des digitalen Medienwandels arbeiten. Dazu gehören unter anderem die Professoren Urs Gasser (Harvard), Felix Stalder (Zürich) und Caja Thimm (Bonn) oder die Autoren Peter Glaser und Kathrin Passig (Berlin), die fast alle sichtbar das *Mashup*-Buch in ihren Händen halten. Auf diese

---

21 Von Gehlen, *Mashup*, 175, 179.

22 Von Gehlen, zit. n. *Brückner*, Digitalisierung von Kunst und Kultur, 53.

23 Von Gehlen/Dreyßig, ENVIV (Startnext).

Weise verleihen sie mit den Insignien der ‚Gutenberg-Galaxis‘ dem Digitalprojekt symbolisches Kapital.<sup>24</sup>



LITERATUR



EINE NEUE VERSION IST VERFÜGBAR

Nehmen Sie teil an diesem besonderen Buchexperiment, das zeigt, wie die Digitalisierung Kunst und Kultur verflüssigt.

Das neue Buchprojekt des SZ-Redakteurs und Suhrkamp-Autors Dirk von Gehlen sucht Antworten auf die Frage: Wie verändert die Digitalisierung Kunst und Kultur? Meine These: Sie taut sie auf. Sie verflüssigt sie! „Eine neue Version ist verfügbar“ will beschreiben und selber zeigen, wie das die Denk- und Geschäftsmodelle von Filmen, Musik und Büchern verändern kann. Helfen Sie mit, eine neue Version verfügbar zu machen!



Neue Version

 **14.182 €**  
5.000 € Fundingziel

 **350**  
Unterstützer\*innen

 **Projekt**  
erfolgreich

Das Projekt *Eine neue Version ist verfügbar* auf Startnext.<sup>25</sup>

Für die Unterstützer sind zwölf verschiedene ‚Dankeschöns‘ vorgesehen, die von einer Basis-Unterstützung für 5 € (namentliche Nennung im Buch und Erhalt eines ENVIV-Bildschirmhintergrunds) bis zu einer Sponsoring-Unterstützung in Höhe von 2.500 € (die tatsächlich einmal erworben wird) reichen. Die meisten Unterstützer entscheiden sich für die Pakete ‚Basis-eBook‘ (12 €/85 Personen), ‚Basis-Buch‘ (20 €/98) und ‚Premium-Buch‘ (30 €/135) – wobei bemerkenswert ist, dass sich die Mehrheit der Unterstützer bei diesem Digitalprojekt für ein gedrucktes Buch als ‚Danke schön‘ entscheiden und darunter wiederum eine Mehrheit für eine um

24 Vgl. von Gehlen/Klimes, ENVIV (Video).

25 Von Gehlen/Dreyßig, ENVIV (Startnext), Auszug.

50 % teurere Variante mit einem individuellen Cover (das ist die einzige Differenz zwischen Basis- und Premium-Buch). Ein großer Teil der an innovativen digitalen Buchprojekten Interessierten bleibt also eigentlich bibliophil in einem ganz haptischen Sinne. Das Finanzierungssetting erweist sich jedenfalls als sehr erfolgreich, denn letztendlich haben 350 Unterstützer das Projekt erfolgreich mit insgesamt 14.182 € gefördert, das Crowdfunding dieses Buchprojekts ist somit gelungen.<sup>26</sup>

Wie aber gestaltet sich das fertige Buchprojekt und wie verlief das angekündigte Crowdsourcing? Die erstveröffentlichte Textversion konstatiert, dass sie vor dem Hintergrund des digitalen Medienwandels zeigen wolle, „wie das Ablösen der Daten von ihrem Träger auch ihre Form verändert. Sie tauen dadurch auf, verflüssigen sich. [...] Ein Film, ein Song, ein Text (und alle digitalisierten Werkstücke) können ihren besonderen Zauber künftig immer mehr aus dem Prozess ihres Entstehens ziehen denn einzig aus dessen Resultat. Diesem Prozess der Verflüssigung widmet sich dieses Buch.“<sup>27</sup> Strukturell lässt sich das Buch zum Thema ‚digitale Verflüssigung der Kultur‘ als ein Hybrid aus der durchgängigen Argumentation eines Autors einerseits sowie von verschiedenen Gesprächen des Autors mit Expertinnen und Experten zum Thema andererseits bezeichnen. Diese Mischung aus linearer Argumentation und vielstimmiger Reflexion ermöglicht, sowohl die Kernthese des Buches theoretisch zu reflektieren als auch anhand verschiedener Beispiele zu untermauern.

Daneben treten traditionelle Buchelemente wie ein Glossar und ein Vorwort, jedoch auch ungewöhnliche Elemente: ein *Post Scriptum: Ein Blick zwischen die Zeilen*, das die Einwände des mit dem Erlös des Crowdfundings bezahlten externen Lektors gegen einzelne Thesen und Verfahrensweisen des Buches offenlegt, sowie eine Übersicht über die Unterstützer.<sup>28</sup> Diese beiden Kapitel können als direkter Einfluss des Crowdfundings auf die Buchinhalte bewertet werden: Durch die Offenlegung der Lektoreneinwände werden Schwächen und die Konstruiertheit des Textes transparent gemacht, was wiederum zur kritischen Diskussion und Fort-

---

26 Der Verfasser dieses Aufsatzes hat die ‚Basis-Buch‘-Variante für 20 € erworben, um als Teil des 350-köpfigen Unterstützerkreises das Projekt und insbesondere seine Produktionsphase im Sinne einer teilnehmenden Beobachtung begleiten zu können. Zudem sollte darauf hingewiesen werden, dass der Verfasser bereits seit langer Zeit mit Dirk von Gehlen bekannt ist. Die folgenden kritischen Ausführungen mögen jedoch zeigen, dass der Verfasser trotz dieser Nähe eine angemessene analytische Distanz eingenommen hat.

27 Von Gehlen, ENVIV (Buch), 9 und 15 f.

28 Vgl. *ebd.* 191–217.

schreibung des Textes einlädt; durch die 356-köpfige Namensliste und die achtzig Fotoportraits der Unterstützerinnen und Unterstützer wird transparent gemacht, wer das Buchprojekt überhaupt materiell ermöglicht hat.

Inwiefern wurden diese Unterstützer und die 25 namentlich genannten besonders wichtigen Projektmitarbeiter oder -unterstützer<sup>29</sup> jedoch tatsächlich in einen kollaborativen Produktionsprozess eingebunden? Letztlich wurden die digitalen Möglichkeiten zur kollaborativen Produktion des Buches nur sehr eingeschränkt genutzt, das Buch ist eher als das Werk eines singulären Autors denn als das Ergebnis eines kollaborativen Schreibprozesses zu bewerten. Zwar informierte der Autor seine Unterstützer regelmäßig per Email über den Stand seines Schreibprozesses, er stellte PDFs der gerade entstandenen Kapitel und Audiodateien der Lektoratsgespräche zur Verfügung, auf die seine Unterstützer per Email mit Anregungen und Hinweisen reagieren konnten. Nur einmal fand ein Live-Schreib-Experiment statt, das allerdings eher eine Diskussion über die Textproduktion als über den entstehenden Text selbst war.<sup>30</sup> Somit gab es keinen kontinuierlichen gemeinsamen Schreibprozess und auch die Nutzung der per Email eingereichten Anregungen durch den Autor blieb intransparent (in einem Interview erklärt von Gehlen allerdings, dass sich bis zu zehn Prozent der Unterstützer „mit Hinweisen und Kommentaren“ beteiligt hätten).<sup>31</sup>

---

29 Vgl. *ibd.*, 223.

30 Vgl. von Gehlen, ENVIV (Live-Schreib-Experiment).

31 Vgl. Brückner, Digitalisierung von Kunst und Kultur, 53. Am 21.12.2012 wurden die Unterstützer über die erfolgreiche Finanzierung des Projekts informiert. Der Autor schickte dann die jeweils entstandenen (Erstversionen der) Kapitel und Interviews sowie Audiodateien der Lektoratsgespräche am 8.1., 20.1., 28.1., 3.2., 6.2., 17.2., 7.3. und 22.3.2013 an die Unterstützer. Am 26.3. erhielten sie erstmals das gesamte Buchprojekt, am 6.4. und 21.4. Informationen zum finalen Lektorat und am 23.4. und 1.5.2013 Nachrichten zum Stand der Druckfahnen und zur Finaldatei. Der Launch des Buchprojekts fand am 10.-12.5.2013 bei einer Konferenz zum Buchprojekt in der Evangelischen Akademie Tutzing statt, auf der Unterstützer wie u.a. Udo Hahn, Stefan Plöching, Felix Stalder, Leander Wattig und Nicola Wessinghage das Projekt mit dem Autor reflektierten und diskutierten.

ERMÖGLICHT DURCH DIE UNTERSTÜTZER DES PROJEKTS  
„EINE NEUE VERSION IST VERFÜGBAR“  
AUF STARTNEXT.DE/NEUEVERSION IM WINTER 2012

exklusive Erstauflage

*München, 2013*

Schriften: *Adobe Garamond Pro, Advent*

Papier: *Target*

Druck: *DMHM Druckerei & Medienhaus Maier*

Lektorat: *Bernd Klöckener*

Gestaltung und Satz: *SQUIECH Design*

„Verlagsangabe“ der gedruckten Unterstützerversion von  
*Eine neue Version ist verfügbar.*<sup>32</sup>

Die Besonderheit des Projekts wäre somit nicht ein kollaborativer Schreibprozess, sondern vielmehr, dass sich ein starkes Autorsubjekt zugleich die Verlagsfunktionen angeeignet hat, da die traditionellen Buchverlage sich weigerten, produktiv mit den Potenzialen des digitalen Publizierens umzugehen. Die zusätzliche Übernahme bzw. Organisation von Verlagsaufgaben (Lektorat, Gestaltung, Satz, Druck) durch den Autor, der somit als hauptberuflicher Journalist auch noch Buchautor und Kleinverleger in Personalunion war, wurde von ihm allerdings als sehr belastend beschrieben. Bereits im Live-Schreib-Experiment gesteht von Gehlen: „Ich will – glaube ich – kein Buch mehr ganz allein schreiben. Also ohne die Unterstützung eines Verlags in den ganzen organisatorischen Fragen.“<sup>33</sup> Diese Selbsterkenntnis ist zwar nachvollziehbar, widerspricht allerdings den Ausgangsprämissen des Projekts, das gerade Schreib- und Veröffentlichungsprozesse jenseits traditioneller Verlagsstrukturen experimentell erproben wollte. Konsequenterweise ist es allerdings, dass das Buch unter der Creative

---

32 Von Gehlen, ENVIV (Buch), 1 (Auszug).

33 Von Gehlen/Unterstützer, ENVIV (Live-Schreib-Experiment; unv., erh. b. Verf.), 7.

Commons-Lizenz BY-NC-SA veröffentlicht wird, die es ermöglicht, das Buch zu verbreiten und zu bearbeiten, sogar zu neuen Versionen. Dabei muss allerdings der Name des Autors genannt, die Nichtkommerzialität eingehalten und die Weitergabe unter gleichen Bedingungen beachtet werden.

Eine massenhafte Produktion neuer Versionen aus dem Buch *Eine neue Version ist verfügbar* hat es jedoch nicht gegeben, wenngleich das Buch in Fernsehen, Radio, Zeitungen und digitalen Medien intensiv besprochen wurde. Überraschenderweise hat der Autor dem Metrolit Verlag erlaubt, im September 2013 ein Update des Buches als gedruckte Version und als E-Book (für 12,99 € bzw. 7,99 €) zu veröffentlichen, in der u.a. das kritische Lektoratskapitel fehlt. Auf diese Weise ist das gelungene Crowdfunding- und das problematische Crowdsourcing-Projekt *Eine neue Version ist verfügbar* allerdings wieder von den traditionellen Verlagsstrukturen absorbiert worden und der Autor erhielt einen üblichen Verlagsvertrag.

### 3. *Nach dem geistigen Eigentum: Geschäfts- und Rechtsmodelle der Netzliteratur*

Die *Konstruktion des ‚geistigen Eigentums‘* ist historisch auf spezifische ästhetische und philosophische Vorstellungen ‚starker Autorschaft‘, ‚innerlicher Produktivität‘ und ‚abgeschlossener Werke‘ aufgebaut. Diese Vorstellungen sind künstlerisch und literaturtheoretisch bereits in vielfältiger Weise in Frage gestellt worden, der digitale Medienwandel und seine neuen Kopier- und Kommunikationspotenziale delegitimiert diese Vorstellungen zusätzlich.

Im Bereich der Literatur etablieren sich gegenwärtig mit der *Netzliteratur* literarische Formen, die die Kommunikationsmöglichkeiten der Sozialen Medien produktiv nutzen. Klare Unterscheidungen wie ‚Autor‘ vs. ‚Leser‘ sowie die Vorstellung ‚abgeschlossener Werke‘ lassen sich medientheoretisch nicht mehr in der Form halten, wie sie noch in der Gutenberg-Galaxis für die Produktion, Distribution und Rezeption gedruckter Bücher fundamental waren. Dabei zeigt sich, dass das bestehende *Urheberrecht* die Praxen der Netzliteratur in problematischer Weise behindert (z.B. die Fortschreibung bestehender Werke in der Fan-Fiction). Im Gegensatz dazu wäre es wichtig, andere *rechtliche und kulturelle Standards für die netzliterarische Produktivität* zu etablieren, die die Leser-Autoren als Nutzer Sozialer Medien gegenüber den Plattformanbietern emanzipieren (wie auch die Einführung des ‚geistigen Eigentums‘ historisch eine Emanzipation der Autoren ermöglichte).

Als netzliterarisches Fallbeispiel für diesen Umschlag in eine Medien-epoche nach dem geistigen Eigentum haben wir ein Buchprojekt untersucht, das auf gleich vier Ebenen diesen Tipping Point markieren möchte. Tatsächlich hat das Crowdfunding- und Crowdsourcing-Projekt *Eine neue Version ist verfügbar* von Dirk von Gehlen 2012 und 2013 in herausragender Weise gezeigt, dass *buchökonomisch* die Subskription von Buchprojekten auch auf digitalen Plattformen erfolgreich durchgeführt werden kann. Die drei weiteren selbst formulierten Ansprüche des Projekts konnten jedoch nur in Teilen oder in einer inkonsistenten Weise eingelöst werden.

*Produktionsästhetisch* ist das geplante Crowdsourcing nur teilweise umgesetzt worden: Zwar konnten die 350 Unterstützer den Produktionsprozess aus der Nähe verfolgen, ein echter Mitschreibeprozess hat sich jedoch nur bedingt ergeben. Damit reflektiert das Buch zwar *inhaltlich* die kollaborative und verflüssigte Produktionsweise in einer digitalen Kultur, bezieht aber nur partiell die von den Unterstützern in diesem Sinne gemachten Beiträge ein (allerdings gibt es ein Kapitel, das die Einwände des ins Projekt eingebundenen Lektors transparent macht). Schließlich ist auch die *rechtliche Form* des Buches ambivalent: Zwar steht die am Projektende finalisierte Buchversion unter der Creative Commons-Lizenz CC BY-NC-SA, jedoch gab es erstens keine Vielfalt neuer Versionen von *Eine neue Version ist verfügbar*, zweitens hat der Autor seine Tätigkeit als Selbstverleger im Nachhinein problematisiert und das Buch auch in einem traditionellen Sinne beim Metrolit Verlag lizenziert (und seine folgenden Buchprojekte wieder mit Verlagen wie Matthes & Seitz und Piper realisiert).

Aus diesen Analyseergebnissen lässt sich konkludieren, dass im Bereich der Literatur dieser literaturbetriebliche Tipping Point um 2012/13 zwar einerseits zeigt, welche buchökonomischen Potenziale die digitale Netzwerkkommunikation hervorbringt, wie verhaftet Autoren und Leser jedoch produktionsästhetisch, inhaltlich und rechtlich noch immer dem Literaturmarkt der gedruckten Bücher sind. Dennoch hat dieses Projekt gezeigt, dass auch renommierte Autoren heute nicht mehr auf Verlage angewiesen sind, um Buchprojekte erfolgreich zu finanzieren und zu realisieren. Die Plattform *Startnext* ist inzwischen etabliert und wird beispielsweise von Verlagen wie Hanser genutzt, um hybride Formate zu produzieren.<sup>34</sup>

Somit zeigt das Fallbeispiel *Eine neue Version ist verfügbar*, dass neben dem traditionellen Buchmarkt und seinem Wertschöpfungsmodell auch andere Modelle der Buchproduktion, -distribution und -rezeption möglich

---

34 Vgl. *Ernst*, Autor-Leser-Texte, in: Böck et al., Lesen X.0, 160–163.

sind, die von veränderten Werkbegriffen und einer fundamental anderen Autor-Leser-Kommunikation ausgehen. Zudem verschiebt sich der Ansatzpunkt für monetäre Erlöse vom fertigen Produkt hin zum kulturellen Produktionsprozess. Es ist wichtig, diese neuen Modelle neben bzw. nach dem geistigen Eigentum durch eine produktive Zusammenarbeit von Rechts- und Literatur- sowie Medienwissenschaft zu begleiten und dabei weitere Fallstudien zu anderen Feldern der Netzliteratur anzufertigen. Nur so können Rechtsdiskurs und kulturelle Praxen in einer ausgewogenen Verbindung gehalten werden.

## Literatur

### Primärliteratur

Hillenbrand, Tom / Lischka, Konrad, Drachenväter. Die Geschichte des Rollenspiels und die Geburt der virtuellen Welt, <https://www.startnext.com/drachenvaeter> (alle Webseiten zuletzt abgerufen am 30.5.2020).

Kickstarter, <https://www.kickstarter.com/>.

Seemann, Michael, Das neue Spiel. Nach dem Kontrollverlust, <https://www.startnext.com/ctrlverlust/>.

Startnext, Crowdfunding Plattform für Projekte und Startups, <https://www.startnext.com>.

Teglas, Gergely, Zwirbler, <https://www.startnext.com/zwirbler>.

Unbound, Breaking barriers through crowdfunded books, <https://unbound.com/>.

Von Gehlen, Dirk, Eine neue Version ist verfügbar, München 2013 (= ENVIV (Buch)).

Von Gehlen, Dirk, Eine neue Version ist verfügbar – das neue Buch von Dirk von Gehlen, <http://www.enviv.de> (= ENVIV (Webseite)).

Von Gehlen, Dirk / Dreyßig, Florian, Eine neue Version ist verfügbar (online seit dem 22.10.2012, <https://www.startnext.com/neueversion> (= ENVIV (Startnext))).

Von Gehlen, Dirk / Klimeš, Tim, Eine neue Version ist verfügbar. Das Pitch-Video zum neuen Buchprojekt von Dirk von Gehlen (online seit dem 16.10.2012), <https://vimeo.com/51523977> (= ENVIV (Video)).

Von Gehlen, Dirk / Unterstützer, Live-Schreib-Experiment (unveröffentlichte PDF, erhältlich beim Autor; = ENVIV (Live-Schreib-Experiment)).

*Sekundärliteratur*

- Barudi, Malek*, Autor und Werk – eine prägende Beziehung. Die urheberrechtliche Prägetheorie im Spiegel der Literaturwissenschaft, Tübingen 2013.
- Benkler, Yochai*, *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*, New Haven; London 2006.
- Bosse, Heinrich*, *Autorschaft ist Werkherrschaft. Über die Entstehung des Urheberrechts aus dem Geist der Goethezeit*, Paderborn 1981.
- Brückner, Claudia*, Die Digitalisierung von Kunst und Kultur. Ein Interview mit Dirk von Gehlen zum Thema Self-Publishing, in: Gebhard, Andreas (Hrsg.), *Open Everything. Zehn Jahre newthinking. Ein Magazin über digitale Kultur, Netzpolitik und neue Arbeitswelten*, Berlin 2013, S. 52–55.
- Creative Commons*, Creative Commons, <https://creativecommons.org/>.
- Dommann, Monika*, *Autoren und Apparate. Die Geschichte des Copyrights im Medienwandel*, Frankfurt am Main 2014.
- Ernst, Thomas*, Wem gehören Autor-Leser-Texte? Das geistige Eigentum, netzliterarische Standards, die Twitteratur von @tiny\_tales und das Online-Schreibprojekt *morgen-mehr.de* von Tilman Rammstedt, in: Böck, Sebastian et al. (Hrsg.): *Lesen X.0. Rezeptionsprozesse in der digitalen Gegenwart*, Göttingen 2017, S. 145–167, <https://www.vr-elibrary.de/doi/pdf/10.14220/9783737007450.145>.
- Ernst, Thomas*, Netzliteratur als Soziales Medium. Zur Kritik des Werkbegriffs, in: Jannidis, Fotis (Hrsg.), *Digitale Literaturwissenschaft. Proceedings des literaturwissenschaftlichen DFG-Symposiums Digitale Literaturwissenschaft*, Villa Vigoni, 9.-13.10.2017, Stuttgart 2020 (im Erscheinen).
- Fichte, Johann Gottlieb*, Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks. Ein Rasonnement und eine Parabel, in: von Fichte, Immanuel Hermann (Hrsg.), *Johann Gottlieb Fichtes Sämtliche Werke. Band VIII: Vermischte Schriften und Aufsätze*, Berlin 1846, S. 223–244.
- Von Gehlen, Dirk*, *Mashup. Lob der Kopie*, Berlin 2011.
- Metzger, Axel*, Vom Einzelurheber zu Teams und Netzwerken: Erosion des Schöpferprinzips?, in: Leible, Stefan / Ohly, Ansgar / Zech, Herbert (Hrsg.), *Wissen – Märkte – Geistiges Eigentum*, Tübingen 2010, S. 79–92.
- Metzger, Axel*, Open Source und andere alternative Lizenzmodelle. Nutzung des Urheberrechts als Mittel zur Sicherung freier Kommunikation, in: Grünberger, Michael / Leible, Stefan (Hrsg.), *Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten*, Tübingen 2014, S. 115–129.
- Reißmann, Wolfgang / Klass, Nadine / Hoffmann, Dagmar*: Fan Fiction, Urheberrecht und Empirical Legal Studies, *POP. Kultur & Kritik*, 6 (2017), S. 156–172.
- Reuß, Roland*, *Ende der Hypnose. Vom Netz und zum Buch*, Frankfurt am Main; Basel 2012.
- Stalder, Felix*, *Kultur der Digitalität*, 3. Aufl., Berlin 2017.
- Summerer, Claudia*, *„Illegale Fans“*. Die urheberrechtliche Zulässigkeit von Fan Art, Berlin; Boston 2015.

- Theisohn, Philipp*, Literarisches Eigentum. Zur Ethik geistiger Arbeit im digitalen Zeitalter. Essay, Stuttgart 2012.
- Winko, Simone*, Am Rande des Literaturbetriebs. Digitale Literatur im Internet, in: Arnold, Heinz-Ludwig / Beilein, Matthias (Hrsg.), Literaturbetrieb in Deutschland, 3. Aufl., München 2009, S. 292–303.
- Wittmann, Reinhard*, Geschichte des deutschen Buchhandels, 3. Aufl., München 2011.
- Woodmansee, Martha*, On the Author Effect: Recovering Collectivity, in: Woodmansee, Martha / Jaszi, Peter (Hrsg.), The Construction of Authorship. Textual Appropriation in Law and Literature, Duke 1994, S. 15–28.

# 1933/1945/2012 – Konflikte zwischen „Musikverbrauchern“ und Verwertungsgesellschaften im historischen Kontext

Malte Zill\*

## 1. 2012 – die GEMA und das „Clubsterben“

Die ökonomische Vertretung von Urheberrechten durch Verwertungsgesellschaften sorgt immer wieder für gesellschaftlichen Unmut. Zuletzt formierte sich 2012 lautstarker Protest gegen die GEMA, nachdem diese ihre Tarifstruktur grundlegend umgestaltet hatte. Nach Gerüchten, dass diese neue Gebührenordnung eine Schließung des traditionsreichen Berliner Clubs Berghain zur Folge haben könnte, vereinten sich DJs, Gastronom:innen und Lobbyist:innen zu einer bundesweiten Protestaktion. Am 25. Juni fanden sich im Berliner Club Franz mehr als 5.000 Menschen zu einer Demonstration zusammen und warnten mit Transparenten vor einem großangelegten „Clubsterben“<sup>1</sup>, am 30. Juni stellten Clubs im gesamten Bundesgebiet um 23.55 Uhr für fünf Minuten die Musik ab.<sup>2</sup> Eine entsprechende Online-Petition wurde in kurzer Zeit mehr als 300.000 Mal unterschrieben.<sup>3</sup>

Die finanzielle Überlastung der Clubs durch Urheberrechtsgebühren und die Sorge vor einem Verlust an kultureller Vielfalt waren meist nur Ausgangspunkte für eine umfassendere Kritik an der GEMA. Überhaupt nützte die Verwertungsgesellschaft nur einer Elite, wahlweise dem „E-Musik-Komponist“ oder dem „Schlagermillionär“, in deren Interesse die GEMA ihre Monopolstellung missbrauche und willkürlich oder zumin-

---

\* Malte Zill, (M.A.) ist Musikwissenschaftler und promoviert an der Universität Hamburg. Sein Forschungsschwerpunkt ist das Urheberrecht Europas zur Zeit des Nationalsozialismus.

1 *Twickel*, Kalter Krieg im Club, <https://www.spiegel.de/kultur/musik/aufruhr-um-neue-gema-tarife-und-angst-vor-clubsterben-a-846312.html> (zuletzt abgerufen am 4.5.2020).

2 *Anonym*, Fünf Minuten Saturday Night Stille, <https://www.spiegel.de/kultur/musik/neue-gema-tarife-discotheken-fuerchten-clubsterben-und-protestieren-a-841067.html> (zuletzt abgerufen am 4.5.2020).

3 *Disselhoff*, GEMA: breiter Protest gegen Tarifreform, <https://meedia.de/2012/06/27/gema-breiter-protest-gegen-tarifreform/> (zuletzt abgerufen am 4.5.2020).

dest intransparent festgelegte Tarife kompromisslos durchsetze. Zudem könne die Verwertungsgesellschaft mit ihren veralteten Methoden im digitalen Zeitalter nicht Schritt halten. Sie sei schlicht nicht kompatibel mit dem um sie herum gewachsenen kulturellen Ökosystem und reagiere darauf mit Repression.<sup>4</sup>

Proteste gegen die Praktiken einer Verwertungsgesellschaft sind keine neue Erscheinung, sondern verweisen auf ein wiederkehrendes gesellschaftliches Akzeptanzproblem des Urheberrechts<sup>5</sup> und seiner institutionellen Verkörperung. Die GEMA-Tarifreform traf 2012 auf diese generelle Ablehnung, die zudem durch die Wirtschaftskrise und den Veränderungsdruck der Digitalisierung verstärkt wurde. Gerade in gesellschaftlichen und politischen Umbruchszeiten, die meist von wirtschaftlicher Anspannung und rechtlicher Unsicherheit begleitet werden, scheinen das Urheberrecht und seine Verwertung unter besonderen Rechtfertigungszwang zu geraten.

Diese These möchte ich im Folgenden anhand stichprobenartiger Tiefenbohrungen an zwei historischen Zäsuren untersuchen, die auch für die Struktur der Verwertungsgesellschaften prägend waren: die nationalsozialistische Machtübernahme 1933 sowie das Ende des Zweiten Weltkriegs

---

4 S. *Anonym*, Gegen die Tarifreform 2013 – GEMA verliert Augenmaß, <https://www.openpetition.de/petition/online/gegen-die-tarifreform-2013-gema-verliert-auge-nma-ss#petition-main> (zuletzt abgerufen am 4.5.2020). Vereinzelt finden sich auch von biologistischen Vorstellungen geleitete und deshalb an einen nationalsozialistischen Sprachduktus erinnernde Kommentare (bspw. die GEMA als „unersättliche Zecke am Kulturkörper unserer Zeit“). S. zum Hintergrund *Geiger*, Musik, 164–170. Auch der im Netz viel kommentierte Streit der GEMA mit dem Video-Portal YouTube, der zum Zeitpunkt der GEMA-Protteste von 2012 bereits in vollem Gange war, wurde in den sozialen Medien in ähnlich scharfer Form und mit vergleichbaren Argumenten diskutiert, s. *Wragge*, Worüber GEMA und YouTube streiten, <https://irights.info/artikel/worber-gema-und-youtube-streiten/7182> (zuletzt abgerufen am 4.5.2020), *Anonym*, Wie geht der Streit zwischen YouTube und Gema weiter?, <https://www.cicero.de/innenpolitik/wie-geht-der-streit-zwischen-youtube-und-gema-weiter/49049> (zuletzt abgerufen am 4.5.2020).

5 Die fehlende Akzeptanz des Urheberrechts auf Seite der Konsumierenden ist vielfach besprochen worden. Bemerkenswert ist, dass laut einer Studie der Universität Amsterdam im Auftrag der EU-Kommission von 2006 dies nicht auf unzureichende Kenntnis zurückzuführen ist. *Hugenholtz*, Amsterdam Law School Research Paper 2012. Auch der Digital-Branchenverband Bitkom diagnostizierte dem Urheberrecht ein solches Akzeptanzproblem. S. *BITKOM*, Whitepaper: Urheberrecht, <https://www.bitkom.org/sites/default/files/file/import/BITKOM-Whitepaper-Urheberrecht.pdf> (zuletzt abgerufen am 4.5.2020). Zur Legitimationskrise urheberrechtlicher Verwertungsgesellschaften aus rechtswissenschaftlicher Perspektive: *Denga*, Legitimität.

1945.<sup>6</sup> Damit möchte ich die Kontinuitäten aufzeigen, die sich ungeachtet dieser historischen Zäsuren in den Argumentationsstrukturen von „Musikverbrauchern“ gegenüber den urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaften finden lassen. Herauskommen kann dabei selbstverständlich nur ein erster Problemaufriss einer Historisierung gesellschaftlicher Urheberrechtsdebatten. Ausdrücklich möchte ich den Fokus dabei auf die Kontinuitäten des Diskurses zwischen Musiknutzer:innen und der Verwertungsgesellschaft lenken. Weder soll die Frage nach der Berechtigung der Proteste beantwortet, noch die Perspektive der vielfach ebenfalls kritischen Mitglieder eingenommen werden.

Ausgangspunkt der Fallstudie sind historische Beschwerdeschreiben von Gastwirt:innen<sup>7</sup>, regionalen Verbänden und Vereinen gegenüber staatlichen Behörden, die im Bundesarchiv in Berlin sowie im Bayerischen Hauptstaatsarchiv in München überliefert sind.<sup>8</sup> Diese zeigen deutlich die Rolle von Wirtshäusern und Vereinen bei der politischen Willensbildung<sup>9</sup> und ein sich daraus ableitendes Mobilisierungspotential, das in unterschiedlichen historischen Konstellationen zu Tage tritt. Gerade in Bezug auf den Aufstieg des Nationalsozialismus und der politischen Sozialisation Hitlers in den Schankkellern Münchens ist diese Funktion als Diskursraum oftmals herausgestellt worden.<sup>10</sup> Die Grenzen dieser „in Raum und

---

6 Selbstverständlich würden sich weitere Zäsuren für den Vergleich anbieten. Zu nennen wäre beispielsweise das Ende der deutsch-deutschen Teilung 1990. Hier müsste allerdings die Geschichte der Verwertungsgesellschaft der DDR, der Anstalt zur Wahrung der Aufführungs- und Vervielfältigungsrechte auf dem Gebiet der Musik (AWA), miteinbezogen werden, was an dieser Stelle zu weit führen würde. Weitere mögliche Ansatzpunkte für Recherchen könnten die Ölpreiskrisen der 1970er Jahre, die Terroranschläge der RAF, die Katastrophe von Tschernobyl 1986 oder die Anschläge des 11. Septembers 2001 bieten.

7 Die hier verwendeten Quellen stammen vor 1933 mit einer Ausnahme von männlichen Gastwirten. Die geschlechterspezifische Betonung des Gasthauses als „männlichem Raum“ ist beschrieben worden von *Beneder*, Männerort Gasthaus. Um die Lesbarkeit und Einheitlichkeit des Textes zu erhalten, sehe ich von der Verwendung des generischen Maskulinums nur für diesen Teil der Quellen ab.

8 Die Dokumente habe ich bei Recherchen gefunden, die ich im Rahmen meines an der Universität Hamburg angesiedelten Dissertationsprojekts *Die STAGMA im „Dritten Reich“ – Instrumentalisierung des musikalischen Urheberrechts im europäischen Kontext* durchführte.

9 In Bezug auf die frühe Neuzeit *Dürr*, Politische Kultur, 15 f.; *Holzem*, Kirche, in: *Rau*, Zwischen Gotteshaus und Taverne, 447; *Thusty*, Bacchus; *Kümin*, The World of the Tavern; aus theoretischer Perspektive *Löw*, Raumsoziologie, 158 ff.; *Günzel*, Raum, 97 f.

10 *Piper*, Geschichte, 27.

Zeit begrenzte[n] Kontaktwelt“<sup>11</sup> sind von der Rahmensetzung sowohl durch die Gastgeber:innen, als auch durch ordnende Rechtsregelungen abhängig. In den meisten Fällen wird die Rahmensetzung des Rechts durch die Wirt:innen übernommen, etwa hinsichtlich des Besitzes einer Schanklizenz oder der Einhaltung von Hygienevorschriften. Bei einem Verstoß gegen diese rechtliche Rahmensetzung ist mindestens mit dem Wissen und der Akzeptanz der Wirt:innen zu rechnen. Im Falle des Urheberrechts ist jedoch fraglich, ob es in gleicher Weise als eine rechtliche Ordnungsgröße für die Setzung des Diskursrahmens durch die Gastwirt:innen anerkannt oder wie 2012 als Belastung oder Gefahr für den Diskursraum abgelehnt wurde.

## 2. 1933 – Kritik am Musikschutzverband und die „Machtergreifung“

Die Wahrnehmung der Urheberrechte übernehmen seit dem Ende des 19. Jahrhunderts die Verwertungsgesellschaften.<sup>12</sup> Bereits 1898 hatte sich – beeinflusst von der Verabschiedung der Berner Übereinkunft zwei Jahre zuvor<sup>13</sup> – die Genossenschaft Deutscher Komponisten (später Genossenschaft Deutscher Tonsetzer, kurz GDT) gegründet. 1903 richtete diese mit der Anstalt für musikalisches Aufführungsrecht (AFMA) eine erste Verwertungsgesellschaft ein. Entlang der für die deutschen Verwertungsgesellschaften spezifischen Einteilung von E- und U-Musik zerbrach die Solidaritätsgemeinschaft der GDT während des Ersten Weltkriegs. Die Folge war 1915 die Gründung der Genossenschaft zur Verwertung musikalischer Aufführungsrechte (GEMA [alt]), die sich teilweise heftige Konkurrenzkämpfe mit der GDT und der ebenfalls im Deutschen Reich aktiven österreichischen AKM lieferte. Diese unübersichtliche Situation fand 1930 in der Gründung des Verbandes zum Schutze musikalischer Aufführungsrechte für Deutschland, kurz Musikschutzverband (MV), ein vorläufiges Ende, der den drei Gesellschaften einen gemeinsamen Inkassoapparat überstülpte.<sup>14</sup> Der MV baute ein Netzwerk von Bezirksniederlassungen auf, das Kontrollen in Regionen ermöglichte, die bisher davon ausgenommen waren. Viele der „Musikverbraucher“ kamen auf diese Weise zum ersten Mal

---

11 Wierlacher, *Das Gasthaus*, in: Wierlacher, *Gastlichkeit*, 137, 137.

12 *Dümling*, *Musik*; *Schmidt*, *Anfänge*; *Dommann*, *Autoren*, 107–134.

13 *Löhr*, *Globalisierung*.

14 S. *Dümling*, *Musik*, 164 ff.

mit der Gebührenforderung einer Verwertungsgesellschaft und meist auch dem Urheberrecht in Berührung.

Vertreten wurden die Gastwirt:innen durch das 1928 gegründete Reichskartell der Musikveranstalter. Dieses mischte sich in den Konflikt der Verwertungsgesellschaften ein und nutzte interne Skandale der GEMA [alt], um die Gesellschaft bei den Musikveranstaltern als unmoralisch abzustempeln.<sup>15</sup> Nach der Vereinigung der Gesellschaften übertrug sich diese generelle Missgunst gegenüber den Urheberrechtsverwertern auf den MV.

Die Machtübernahme der Nationalsozialisten am 30. Januar 1933 wirkte wie ein Katalysator und veranlasste die hoch politisierten Gastwirt:innen zur Agitation gegen den Verband. Der Nationalsozialismus bot die Projektionsfläche für eine erhoffte Erlösung von den Praktiken des MV. Es verwundert daher nicht, dass die Beschwerden in teils drastischer Sprache ideologisch überhöht wurden. Ein 1933 erschienener Artikel, der die Kontrollen des MV behandelte, führte aus, dass es meist Vereinsaufführungen, Standmusiken, Kirchenkonzerte, Volksfeste und Kirchweihen seien, die von den Geldforderungen betroffen waren. Die Aufzählung sollte veranschaulichen, wie weit der MV vom „einfachen Volk“ entfernt war. Die vom Verband „festgesetzten Tantiemen“ würden „rücksichtslos, oft mit Hilfe der Gerichte“ eingetrieben: „Wenn auch das Bestreben der Komponisten auf Erlangung des Lohns für ihre Arbeit anerkannt werden muss“, schloss der Artikel, „so ist doch die Art und Weise, mit der die Aufführungen beschnüffelt werden, unsympathisch.“<sup>16</sup> Immerhin wurde in dem Artikel nicht das Urheberrecht selbst in Frage gestellt, sondern lediglich das Geschäftsgebaren seiner institutionellen Ausprägung.

Diese Mäßigung – die im Wesentlichen der Position des Reichskartells entsprach – teilten die Gastwirt:innen selbst nicht. Sie übernahmen die antisemitischen Positionen der Nationalsozialisten und versuchten, die bestehende Gesellschaft als „nichtarisch“ bei den Behörden anzuschwärzen. Ein Auszug aus einem Schreiben des Gastwirts Willi Strübing vom Schützenhaus in Güstrow an das Wirtschaftsministerium kann dies verdeutlichen:

„Das unter der schweren Wirtschaftslage besonders leidende Gewerbe der Gastwirte und Saalbesitzer wird von einer Gesellschaft, die sich

---

15 Eine Buchhalterin hatte seit 1924 insgesamt 350.000 RM unterschlagen und nach ihrer Entdeckung Selbstmord begangen. Im Abschiedsbrief hatte sie zudem den Leiter des gemeinsamen Büros von AKM und GEMA Hugo Bryk der Mittäterschaft beschuldigt. S. *Dümling*, Musik 167 f.

16 S. Kontrollen des Musikschutzverbandes, Zeitungsnotiz, undatiert, BArch R 55/1151, 27.

Musikschutzverband betitelt, in einer Weise ausgebeutet, die wohl nicht im Sinne des heutigen Wiederaufbaues liegt [...]. Diese Gesellschaft, die durchaus jüdisch geleitet wird, zwingt uns, an den Musikschutzverband Sonderbeträge für Konzerte u.s.w. zu zahlen [...] Dies sind Lasten [,] die in keiner Weise umzulegen sind und durch die das Gewerbe ruiniert wird. [...] Schließt nun der Saalbesitzer den Vertrag mit der Gesellschaft nicht, weil es ihm gar nicht möglich ist diese Sonderbesteuerung aufzubringen, so wird er durch Kontrolleure besucht. Diese Herren notieren eine jede gespielte [,] noch nicht 30 Jahre alte Komposition und melden dies dem Verband. Derselbe verlangt sodann pro gespieltes Stck [sic] M. 10,- und schreitet sofort zur Klage [...]. Der Endesunterzeichnete<sup>17</sup> erlaubt sich daher die Anfrage, ob der heutigen nationalen Regierung dieser Überstand bekannt ist und in welcher Weise sie gegen diese, noch aus sozialistischen Zeiten stammende Schöpfung einzuschreiten gedenkt.“<sup>18</sup>

Die Beschwerde ging von einer konkreten Gebührenforderung aus, die als zu hoch und oft als existenzbedrohend bezeichnet wurde. Die Wirt:innen brachten daher in der Regel ihre prekäre wirtschaftliche Lage ins Spiel. In vielen Fällen bedienten sie sich zudem des antisemitisch konnotierten Wucher-Vorwurfs oder bezeichneten die Gebührenforderung als Strafe.<sup>19</sup>

Das zweite Beispiel ist ein Ausschnitt aus einem Schreiben des mecklenburgischen Wirtes Wilhelm Toense, der ebenfalls aus finanziellen Gründen seinen Vertrag mit dem MV gekündigt hatte und nun mit Nachforderungen konfrontiert wurde. Dieser brachte einen weiteren bekannten Vorwurf in einer antisemitischen Variante vor – mangelhafte Transparenz und dürftiger Nutzen der Verwertungsgesellschaft für die Urheber:innen:

„Da dieser Konzern vollkommen in jüdischer Hand steckt, wäre ich sehr interessiert zu hören, wieviel die Komponisten für jedes Musikstück erhalten, und wie hoch der Verdienst der Judenbonzen ist. Ich sehe diese ganze Sache als eine reine Erpressung an. Ich bin fest der Meinung, dass Sie auch auf diesem Gebiet Abhilfe schaffen werden.“<sup>20</sup>

---

17 Veraltete Bezeichnung für Unterzeichner.

18 Willi Strübing (Schützenhaus Güstrow) an Min.f. Handel und Wirtschaft, 26.3.1933, BArch R 55/1153, 46.

19 S. GEMA/GDT an Robert Rother, 22.8.1933, BArch R 55/1152, 82; GEMA/GDT an Kathrinchen Niles, 23.8.1933, BArch R 55/1152, 79.

20 Wilhelm Toense an Reichsminister Göring, 30.3.1933, BArch R 55/1152, 124.

Es wird deutlich, dass die Gastwirt:innen mit der „nationalsozialistischen Revolution“ die Hoffnung verbanden, von den als unbillig empfundenen Methoden des MV befreit zu werden.<sup>21</sup> Mehr als alle anderen Ideologeme des Nationalsozialismus setzte der Antisemitismus den Gesprächsrahmen, in dem die finanziellen Probleme der Gastwirt:innen ausgefochten wurden. Da die Arbeit der Verwertungsgesellschaft die Rolle der Wirtshäuser als Diskursraum gefährdete, verstieß sie gegen den nationalsozialistischen Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ – ein Konflikt, der die Debatten um das Urheberrecht im Nationalsozialismus fortwährend prägte.<sup>22</sup> Der MV galt daher vielen als Überbleibsel der „Systemzeit“, das es zu beseitigen galt.

Der MV blieb in der Regel unempfindlich für solche Beschwerden und ging konsequent gegen die „Schwarzspieler“ vor. Ein Zug vor Gericht war dabei offenbar die Regel, was bis zu Pfändungen eskalieren konnte.<sup>23</sup> Dieses Verhalten war für die Betroffenen frustrierend und half keineswegs, die Akzeptanz des juristisch gerechtfertigten Anspruchs des MV zu steigern. Im Gegenteil wirkte die Klageerhebung auf die Beklagten bürokratisch und unangemessen<sup>24</sup>, besonders dann, wenn sich die Wirte kooperativ verhielten.<sup>25</sup>

- 
- 21 Entsprechend schlossen sich auch Parteiorganisationen wie der Kampfbund für deutsche Kultur (KfdK) den Angriffen gegen den MV an und kritisierten die marktwirtschaftliche Ausrichtung der Verwertungsgesellschaft. KfdK an RMVP, 24.8.1933, BArch R 55/1152, 70 f. Dagegen betonte das Propagandaministerium die nationalsozialistische Führung des MV, s. RMVP an KfdK, 1.9.1933, BArch R 55/1152, 72.
  - 22 S. die anonyme Beschwerde eines NSDAP-Mitglieds über die GEMA, 12. 7.1933, BArch R 55/1153, 30. Zur Urheberrechtsdebatte im Nationalsozialismus s. *Apel*, ZJS 2010, 141; *Baldwin*, The Copyright Wars, 170–178; *Hefli*, Das Urheberrecht, in: Dittrich, Woher kommt das Urheberrecht, 165.
  - 23 So im Falle Ferdinand Veiths, Wirt des Gasthauses zum Brockenhof in Eberbach, der den Verband mit einer Gegenklage und anhaltenden Urheberrechtsverletzungen provozierte. S. GEMA/GDT an Ferdinand Veith, 7.8.1933, BArch R 55/1152, 102.
  - 24 Es gibt keine verlässlichen Zahlen über die durch den MV geführten Prozesse. In seiner Autobiographie berichtet der ehemalige Direktor der GDT und spätere Leiter der STAGMA-Vermittlungsabteilung Max Butting von einer Senkung von 22.000 auf 1.200 Prozesse jährlich. S. *Butting*, Musikgeschichte, 216. Der veröffentlichte Bericht spricht von einer Senkung von 20.000 auf 2.500 Prozesse für das Geschäftsjahr 1933. S. *Ritter*, Stagma-Nachrichten 1934, 59.
  - 25 Bspw. hatte der Wirt des Schützenhauses in Gössnitz, Rudolf May, zwar mehrmals den Willen zum Vertragsabschluss mit dem MV signalisiert, der diesem jedoch nicht entgegen kam. GEMA/GDT an Rudolf May, 19.8.1933, BArch R 55/1152, 92.

Das NS-Regime nutzte die Ablehnung des MV, um die Verwertungsgesellschaften „gleichzuschalten“. Resultat dieser als „Befriedung des Musiklebens“ bezeichneten Vereinnahmung war die Gründung der Staatlich genehmigten Gesellschaft zur Verwertung musikalischer Urheberrechte (STAGMA) im September 1933 nach der Verabschiedung des *Gesetzes zur Vermittlung von Musikaufführungsrechten* vom 4. Juli 1933 („Stagma-Gesetz“). Die Ansprüche der Verwertungsgesellschaft wurden dadurch – anders als es sich die Gastwirt:innen von der „Machtergreifung“ gewünscht hatten – durch das nun zuständige Propagandaministerium gestärkt und die Tantiemen-Verwaltung unter dessen Kontrolle gebracht.<sup>26</sup>

Um die Gemein-/Eigennutzdebatte nicht noch weiter zu verschärfen, versuchte man die Kontinuität, mit der das Verwertungsgesellschaftswesen weitergeführt wurde, zu vertuschen. Dies stellte sich bereits vor der Gründung heraus, als der designierte STAGMA-Direktor Leo Ritter die eingelaufenen Beschwerden damit zurückwies, dass „sich zwar die Situation infolge der Umstellung und Gleichschaltung geändert“ habe, „dass aber die Rechtslage durchaus die gleiche geblieben“ sei. Zusätzlich drehte er die ideologische Argumentation der Beschwerdeführer:innen am Ende des Schreibens um und bemerkte, dass „gerade der neue Staat [...] keine Missachtung gesetzlicher Rechte“, dulde, „weshalb er auch das Urheberrecht in jeder Weise gewahrt wissen will“.<sup>27</sup> Wohlgermerkt dementierte Ritter den Vorwurf einer Unvereinbarkeit des MV mit dem nationalsozialistischen Regime keineswegs. Vielmehr versuchte auch die STAGMA sich von den Vorgängerorganisationen der „Systemzeit“ abzugrenzen.

Hingegen änderte sich aus der Perspektive der Gastwirt:innen kaum etwas am Status Quo. Es verwundert daher nicht, dass einerseits die Beschwerden trotz der STAGMA-Gründung hinaus bis 1935 anhielten<sup>28</sup> und andererseits im Verlauf des Zweiten Weltkriegs als Folge einer erneut an-

---

26 Zur „Gleichschaltung“ des MV s. *Dümling*, Musik, 178–190.

27 GEMA/GDT an Frieda Vehse, 21.8.1933, BArch R 55/1152, 87. Mit derartigen Floskeln arbeitete Ritter eine Vielzahl der hier genannten Beschwerden ab, jeweils inhaltlich und in der Schärfe der Formulierung der Ausgangsbeschwerde angepasst. Ebenfalls wehrte er antisemitische Vorwürfe ab (S. GEMA/GDT an Otto Blome, 16.8.1933, BArch R 55/1152, 98) und verwies auf die „Säuberungen“ des STAGMA-Betriebs: „Was unsere Generalvertretung in Breslau anbetrifft, so können wir Ihnen mitteilen, dass wir bereits die nötigen Maßnahmen zu einer Umorganisation und Gleichschaltung getroffen haben“ (S. GEMA/GDT an Robert Rother, 22.8.1933, BArch R 55/1152, 82).

28 S. verschiedene Anfragen bayerischer Behörden bei vorgesetzten Dienststellen, insbesondere: Bayer. Kultusministerium an RMVP, 26.2.1935, BArch R 55/1154, 208; Bezirksamt Landshut an Regierung von Niederbayern, 28.1.1935, BArch R

gespannten wirtschaftlichen Situation der Gastwirte zumindest hinter vorgehaltener Hand wieder einsetzten.<sup>29</sup> Die „Befriedung des Musiklebens“, mit der sich prominente Urheberrechts-Funktionäre wie Richard Strauss und Max Butting schmückten und damit auch ihr Engagement bei der „Gleichschaltung“ der Verwertungsgesellschaften rechtfertigten<sup>30</sup>, ist damit als eine Illusion zu entlarven.

### *3. Nach 1945 – Kritik an der Wiederaufnahme der Tätigkeit der STAGMA/ GEMA*

Der Nationalsozialismus lieferte ein Argumentationsgerüst, das je nach den individuellen Interessen der lokalen Akteur:innen gefüllt werden konnte und ganz und gar nicht mit den Vorstellungen in der Hauptstadt übereinstimmen musste. Die genannten Fälle haben deutlich gemacht, dass es stets darum ging, einen ökonomischen Konflikt auf ideologischer Ebene auszutragen. Diese Dynamik wiederholte sich sowohl während des Kriegs als auch nach dessen Ende – nun jedoch unter umgekehrten Vorzeichen.

Auch nach dem Untergang des Nationalsozialismus blieb die Kontinuität zwischen den Verwertungskollektiven gewahrt. Bereits im November 1945 hatte die STAGMA durch den Alliierten Kontrollrat die Genehmigung erhalten, mit dem Einzug von Tantiemen fortzufahren. 1947 nannte sie sich in GEMA um, versah ihre Schreiben jedoch noch mit dem Zusatz „vormals STAGMA“.

Die Kontaktaufnahme der GEMA mit Veranstalter:innen führte wie schon 1933 zu Beschwerden. Generell wurde die Rechtmäßigkeit der Gebührenforderung in Frage gestellt, da die Gastwirt:innen, bisweilen sogar die zuständigen Ministerien selbst, über die Genehmigung durch die Alli-

---

55/1154, 211. Die STAGMA verfasste daraufhin eine ausführliche Stellungnahme: s. STAGMA an RMVP, 14.3.1935, BArch R 55/1154, 213. Auch die Kontrollen wurden weiter fortgeführt, stachen nur zwischen der stark zunehmenden Überwachung durch Reichsmusikkammer-Vertreter und anderer Akteure des NS-Überwachungsstaates nicht mehr heraus. Zu den Kontrollen der RMK: *Fetthauer*, „Unerlaubtes“ Musizieren, in: Riethmüller, Reichsmusikkammer, 47; *Knickmann* Musikforschung 2018, 33.

29 *Rößner, Hans*, Kritische Äußerungen zur Tätigkeit der Stagma, in: SD-Berichte zu Inlandsfragen, hrsg. v. Chef der Sicherheitspolizei und des SD, Amt III, Berlin, 19.8.1943.

30 *S. Butting*, Musikgeschichte, 216; *Strauss*, Späte Aufzeichnungen, 275.

ierten Kontrollbehörden nicht informiert waren.<sup>31</sup> Entsprechend waren viele Beschwerdeführer davon ausgegangen, dass die STAGMA ihren Anspruch nach wie vor auf das „Stagma-Gesetz“ von 1933 stützen würde. Die Ablehnung von NS-Kontinuitäten und das Argument finanzieller Überlastung wurden jedoch meist vermischt.

Als Beispiel kann eine Eingabe des Leiters der Musikkapelle Simbach<sup>32</sup> beim Bayerischen Kultusministerium dienen, die die an die GEMA herangetragenen Vorwürfe besonders anschaulich versammelt:

„Die Stagma wurde in den Zeiten des dritten Reiches ins Leben gerufen. Es handelt sich von jeher um ein Institut, welches einem Finanzamt gleichkommt und alle kulturellen Veranstaltungen schwer hindert, wenn nicht oft ganz unmöglich macht. [...] Man verdammt heute allgemein die Nazi-Diktatur, findet aber daher nicht begreiflich, warum man noch solche vom dritten Reiche errichtete Stellen beibehält. [...] Es ist doch auch jedem klar, dass von den eingehenden Beträgen genau so wie bei manchen anderen Stellen das hauptsächlichste der Verwaltungsapparat aufsaugt. [...] Wann werden einmal die Schlusslichter der Nazi-Diktatur erlischen [sic]? Es wäre wohl höchste Zeit, diese Gehma [sic] genau so wie die Wirtschaftsämter auszublasen.“<sup>33</sup>

Die Parallelen zu den 1933/34 entstandenen Beschwerden über den MV bzw. die frisch gegründete STAGMA sind kaum zu übersehen. Zunächst

---

31 Zumindest in Bayern lagen entsprechende Schriftstücke seit dem November 1945 vor. S. die Dokumentensammlung GEMA, November 1945, BayHStA MK 51355; Aldenhoff an Bayerisches Finanzministerium, 23.7.1946, BayHStA MK 51355.

32 Der Widerstand war dabei nicht auf Gastwirte beschränkt. Der Gegenwind für die STAGMA war gerade aus öffentlichen Einrichtungen erheblich. Die Münchener Philharmoniker strebten im Oktober 1946 ein gemeinsames Auftreten mit Radio München und der Generalintendanz der Bayerischen Staatstheater gegenüber der STAGMA an (S. Münchener Philharmoniker an Radio München und Bayerisches Staatstheater, 18.10.1946, BayHStA MK 50807/II). Dort kritisierte man das „bisherige Verhalten der STAGMA“. Da sowieso „fast keine Bühne Zahlungen an die STAGMA leistet“, sollten „auch die Bayer. Staatstheater ihre Zahlungen an die STAGMA einstellen und den Tantiemenbetrag, der auf die STAGMA entfällt, zunächst in Verwahrung nehmen, damit der Betrag haushaltsmäßig später jederzeit zur Verfügung steht“ (S. Vormerkung, An Generaldirektor Dr. Diess, 25.11.1946, BayHStA MK 50807/II). Die Stadt Hannover versuchte noch 1950 mit Hilfe eines Rechtsgutachtens die GEMA-Gebühren für ein Benefizkonzert erstattet zu bekommen. (S. Rechtsgutachten, Stadt Hannover, 19.12.1950, BayHStA MK 50808/I).

33 Hans Wenninger (Leiter der Musikkapelle Simbach b. Landau) an Bayer. Kultusministerium, 17.3.1950, BayHStA MK 51356.

machte der Entstehungskontext der Institutionen in den jeweils vorangegangenen und nun als verpönt geltenden Zeiten – sei es die „Systemzeit“ der Weimarer Republik oder die NS-Diktatur – ein Weiterbestehen höchst fragwürdig. Darüber hinaus galt die Verwertungsgesellschaft als Gefahr für das Musikleben, da die „einseitig“ durchgesetzten Tarife als zu hoch angesehen wurden.

Der Landesverein des Bayerischen Gastgewerbes – dessen Schreiben stellvertretend für viele andere Einzelbeschwerden stehen kann<sup>34</sup> – warf daher nicht nur die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Gebührenanspruchs auf, sondern problematisierte auch den Verbleib jüdischer Tantiemen sowie der Gebühren während des Kriegs besetzter Länder. Weiter forderte man Transparenz bezüglich der seit Kriegsende eingesammelten Gelder.<sup>35</sup> Auch die Kritik an der behördlichen Struktur<sup>36</sup>, die zudem noch unwirtschaftlich sei, wurde erneut laut. Der Vorwurf der Intransparenz, der 1933 in der Kritik des bürokratischen Verhaltens und mangelnder Aufklärung geäußert wurde, findet sich ebenfalls wieder. Der „Tonkünstler und Vortragsmeister am Flügel“ Leo Vogt-Stolzing aus Rothenburg ob der Tauber warf der STAGMA vor, dass sie ihre Geschäftsbedingungen nicht veröffentlichen und es daher für Interpreten unmöglich sei, zu wissen, ob ein Werk bereits gemeinfrei sei. Entsprechend habe die „STAGMA [...] bei vielen, ob Unternehmer oder Künstler nur wenig Freunde“ und das Ministerium sei nun gefordert diese „Missstände aus der Welt zu schaffen“.<sup>37</sup> Die

---

34 Weitere Beschwerden sammelte der Landrat von Ebersberg, der sich im Übrigen die Position der Reklamant:innen zu eigen machte (S. Erschbaumer (Landratsamt Ebersberg) an Regierungspräsident München, 25.3.1946, BayHStA MK 51355). Auch der Oberbürgermeister von Augsburg ersuchte das Ministerium nach Auskunft über die Rechtmäßigkeit der STAGMA-Forderungen gegenüber der Wirtin Anni Michel (s. Oberbürgermeister Augsburg an Bayer. Kultusministerium, 12.6.1946, BayHStA MK 51355; STAGMA an Anni Michel (Hartmannskeller), 3.4.1946, BayHStA MK 51355).

35 S. Landesverband des Bay. Gaststättengewerbes an Bayer. Kultusministerium, 19.7.1946, BayHStA MK 51355.

36 Dieser Vorwurf wurde auch durch das Finanzreferat der Landeshauptstadt München erhoben. Neben der zu verurteilenden Abschöpfung großer Summen durch das Propagandaministerium habe sich die STAGMA nach dem Erlass des Gesetzes vom 4. Juli 1933 wie eine Behörde aufgeführt und von den Finanz- und Steuerbehörden Auskünfte eingefordert. S. Finanzreferat der Landeshauptstadt München an den Oberfinanzpräsident München, 15.4.1947, BayHStA MK 51355.

37 Leo Vogt-Stolzing (Tonkünstler und Vortragsmeister am Flügel, Rothenburg ob der Tauber) an Kulturabteilung der Landesregierung, 5.2.1947, BayHStA MK 51355.

STAGMA bzw. GEMA sei nach der Überwindung des NS-Regimes genau wie seinerseits der MV abzuschaffen.

Das Bayerische Kultusministerium sah sich wegen dieser Beschwerden zu einer Untersuchung des Sachverhalts gezwungen.<sup>38</sup> Trotz der Ablehnung der Gesellschaft und ihrer Praktiken stützte das Ministerium die GEMA<sup>39</sup> und übernahm sogar deren Argumentation, die STAGMA habe lediglich wirtschaftliche Interessen wahrgenommen, ohne sich in Ideologie zu verstricken.<sup>40</sup> Das nationalsozialistische Wesen des „Stagma-Gesetzes“ wurde dabei ebenso verneint wie jegliche Verantwortung für die Benachteiligung jüdischer Urheber:innen abgewiesen wurde.<sup>41</sup> Wie 1933 versuchte man, sich schnell von der vergangenen „Systemzeit“ abzugrenzen.

Tatsächlich zeigte die Regierung der BRD durchaus Handlungsbereitschaft zugunsten der Beschwerdeführer:innen. Im März 1952 reichte die Unions-Fraktion im Bundestag eine große Anfrage ein, die sich mit dem Geschäftsgebaren der Verwertungsgesellschaft beschäftigte. Auf der zugehörigen Bundestagsdebatte am 23. April 1952 traten die Vorwürfe noch einmal gebündelt auf. Dem CDU-Abgeordneten Hermann Ehren war vor allem die ungebührliche Tarifierhebung von Vereinen ein Dorn im Auge. Ein Kinderfest des Ostvertriebenenvereins Bottrop, dem er selbst vorstand, diene als Beispiel. Zwar bezeichnete er diesen nicht als in seiner Existenz bedroht. Es war ihm aber wichtig, „die großen Organisationen unseres Volkes, die gemeinnützigen Zwecken dienen [...] von einer unhaltbaren Fessel zu befreien“.<sup>42</sup> Aus den anderen Fraktionen kam wenig Widerspruch. Die Ansicht, die GEMA sei bürokratisch, monopolistisch und schade der Kulturvielfalt, wurde von einem breiten Konsens getragen.<sup>43</sup> Als Er-

---

38 Bayer. Kultusministerium an Landtagsamt München, 20.1.1950, BayHStA MK 51356.

39 Die einzige Einschränkung des bayerischen Ministeriums bestand in der schwammig formulierten Auflage an die GEMA, dass „bei der Wahrnehmung der an die GEMA übertragenen Inkassorechte ein Verfahren zur Anwendung kommt, das nicht immer wieder zu Klagen Veranlassung gibt“. Bayer. Kultusministerium an Landtagsamt München, 20.1.1950, BayHStA MK 51356.

40 GEMA (vormals STAGMA), Rundschreiben Nr. 3, 15.11.1947, BayHStA MK 51355.

41 GEMA (vormals STAGMA) an Bayer. Kultusministerium, 6.11.1947, BayHStA MK 51355.

42 Plenarprotokoll des Deutschen Bundestages, Nr.: 01/205 vom 23.4.1952 <http://dip.bt.bundestag.de/doc/btp/01/01205.pdf> (zuletzt abgerufen am 4.5.2020).

43 *Dommann*, Autoren, 215.

gebnis wurde die Staatsaufsicht über Verwertungsgesellschaften ins Auge gefasst, die heute das Deutsche Patent- und Markenamt ausübt.<sup>44</sup>

Die GEMA reagierte auf diese Einschränkung mit einer weiteren rhetorischen Zuspitzung. Sie setzte die Aufführung ohne Lizenz mit dem Tatbestand des Diebstahls gleich<sup>45</sup> und drehte so an der Eskalationsschraube, die vor dem Hintergrund heutiger Digitalisierungsprozesse in der Kriminalisierung von Filesharing und YouTube und der stillschweigenden Akzeptanz von Abmahnwellen auf der einen Seite und von alarmierender bis apokalyptischer Rhetorik getragenen Protesten gegen ein „Clubsterben“ auf der anderen Seite weiterrotiert.

#### *4. Die GEMA – ein anpassungsfähiges Feindbild*

Sowohl bei der „Machtergreifung“ 1933, als auch in der Nachkriegszeit – in Zeiten ökonomischer und politischer Spannungen – haben urheberrechtliche Verwertungsgesellschaften mit Gegenwind zu kämpfen gehabt. Die dezentralen Protestwellen 1933 und 1945 verweisen dabei auf die politisierende Funktion von Gasträumen und Vereinen als kulturelle Diskursräume und Echokammern der angenommenen Krise, die wiederum konstituierendes Element der populistisch geführten Debatte um die Verwertungsgesellschaften darstellten.

Die Argumente blieben stets ähnlich und beinhalteten eine Kombination aus Vorwürfen der Intransparenz, Willkür, Kompromisslosigkeit bzw. unlauterem Geschäftsgebaren. Dabei kommt es im Falle der Verwertungsgesellschaften zu einer bemerkenswerten Umkehrung der Zuweisung von Staatlichkeit. Statt gegen den Staat, seine Gesetze und seine Institutionen richtet sich der Protest gegen eine private Organisation, der aber negativ konnotierte staatliche Attribute zugeschrieben werden. Dies findet sich in den genannten Beispielen, in denen der Vorwurf der „Bürokratie“ und der „Willkür“ erhoben wird oder Gebührenforderungen als „Strafe“ oder „Steuer“ bezeichnet werden.

Diese Angriffe stellen zudem meist die Vereinbarkeit der Verwertungsgesellschaft mit dem gegenwärtigen Ordnungssystem in Frage, zwischen denen in der Regel ein innerer Widerspruch angenommen wird – also weniger das Urheberrecht selbst als vielmehr dessen Umsetzung in seiner

---

44 Die Staatsaufsicht wurde durch das Urheberrechtswahrnehmungsgesetz vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1294) eingeführt.

45 *Dommann*, Autoren, 215 f.

Rechtsstaatlichkeit angezweifelt wird. In den hier vorgestellten Fällen war dies eine überwunden geglaubte politische Ordnung, wie die „Systemzeit“ Weimarer Republik oder das NS-Regime. Die Kritik an der Verwertungsgesellschaft erscheint dann in einem jeweils dem Zeitkontext angepassten ideologischen Gewand und dient der Moralisierung einer populistisch geführten Debatte. In diesem Sinne zeigt die Bundestagsdebatte von 1952 als „Kulturkritik von rechts“<sup>46</sup> die Anpassungsfähigkeit des Feindbildes GEMA.

So auch bei den Protesten um die GEMA-Tarifreform von 2012. Auch wenn sich die historische Konstellation offensichtlich von 1933 und 1945 unterscheidet, lassen sich im Konfliktverhalten gegenüber der Verwertungsgesellschaft deutliche Parallelen feststellen. Wieder wurde eine wirtschaftlich als existentiell bezeichnete Bedrohung zum Ausgangspunkt einer polemisch geführten Debatte mit ähnlichen Strukturmerkmalen. Die Vorwürfe der Willkür, der überbordenden Bürokratie und des elitären Duktus wurden erneut genutzt, um der GEMA die Existenzberechtigung abzuspochen. Freilich wurden 2012 demokratische Werte von den Kritiker:innen nicht abgelehnt, im Gegenteil wurde der GEMA ihre elitäre Struktur als ihrerseits undemokratisch angelastet. Die Debatte erfuhr dadurch wiederum eine Moralisierung, die sich in der Anklage wiederfand, die Verwertungsgesellschaft nehme mindestens fahrlässig, wenn nicht mutwillig, die Zerstörung von Kulturvielfalt in Kauf.

Die Frage, ob die Sorgen der Betreiber:innen und Demonstrant:innen gerechtfertigt waren oder nicht, kann an dieser Stelle nicht beantwortet werden. Es sei lediglich darauf hingewiesen, dass der geäußerte Verdacht, die beteiligten Branchenverbände hätten die Proteste mit apokalyptischer Rhetorik angeheizt, um die GEMA in den anstehenden Verhandlungen in Bedrängnis zu bringen<sup>47</sup>, in der Öffentlichkeitsarbeit des Reichskartells der Musikveranstalter und der GDT Ende der 1920er Jahre durchaus einen historischen Vorläufer hatte.

Die Verbände haben jedoch heute – im digitalen Zeitalter – Werkzeuge zur Hand, das Mobilisierungspotential gegenüber den Verwertungsgesellschaften auszuschöpfen. Dies zeigte auch die Auseinandersetzung zwischen der GEMA und YouTube, die parallel zu den Berghain-Protesten ausgefochten wurde. Hier eine finanzielle Überbelastung der beteiligten

---

46 Ebda.

47 *Twickel*, Kalter Krieg im Club, <https://www.spiegel.de/kultur/musik/aufbruch-um-n-eue-gema-tarife-und-angst-vor-clubsterben-a-846312.html> (zuletzt abgerufen am 4.5.2020).

Akteure durch Tarife anzunehmen ist in Anbetracht ihrer Finanzkraft zumindest fragwürdig. Und auch wenn es zunächst weithergeholt wirken mag, einen multinational agierenden Milliardenkonzern wie Google mit dem Berghain oder gar einem Gasthaus in der deutschen Provinz zu vergleichen, so haben diese dennoch ihre Funktion als Diskursraum gemein, der sich zudem in die Sphäre der sozialen Netzwerke geweitet hat. Die Furcht vor dem Verlust oder der Veränderung dieses Raumes in Verbindung mit den Kommunikationsmöglichkeiten von Social Media gestattet das Wachsen des Protests zu einer Bewegung. Es ist aber auffällig, dass die den Diskursraum bereitstellende Entität oftmals das Urheberrecht als Recht der Künstler:innen auf Vergütung nicht generell ablehnt. Bei der Setzung des Diskursrahmens wird dem Urheberrecht jedoch der Status als ordnende Rechtsregelung abgesprochen.

Diese Beobachtungen sollten nicht dazu führen, die GEMA als Opfer eines generellen Akzeptanzproblems von jeder Verantwortung für die Beständigkeit ihrer Ablehnung freizusprechen. Die historische Einordnung zeigt jedoch, dass die wiederkehrenden Vorwürfe gegenüber der Verwertungsgesellschaft in ihrer polemischen Natur nicht zu einer Übertragung auf praktische Probleme der Verwertungsgesellschaft taugen. Es scheint vielmehr geboten, berechtigte Kritik von politisch motivierten und überspitzten Angriffen zu trennen.<sup>48</sup> Schon deshalb verlangt der komplexe Gegenstand Verwertungsgesellschaft und deren Wechselwirkungen mit Politik und Gesellschaft eine historisch fundierte wissenschaftliche Beschäftigung.

---

48 Als Beispiel sei *Heinemann*, Verteilungspraxis, genannt, dessen Untersuchung über einen rein rechtswissenschaftlichen Blick hinausgeht.

Literatur

- Anonym*, Fünf Minuten Saturday Night Stille, <https://www.spiegel.de/kultur/musik/neue-gema-tarife-discotheken-fuerchten-clubsterben-und-protestieren-a-841067.html> (zuletzt abgerufen am 4.5.2020).
- Anonym*, Wie geht der Streit zwischen YouTube und Gema weiter?, <https://www.cicero.de/innenpolitik/wie-geht-der-streit-zwischen-youtube-und-gema-weiter/49049> (zuletzt abgerufen am 4.5.2020).
- Apel, Simon*, Das Reichsgericht, das Urheberrecht und das Parteiprogramm der NSDAP, ZJS 1 (2010), S. 141 ff.
- Baldwin, Peter*, The Copyright Wars. Three Centuries of Transatlantic Battle, Princeton 2014.
- Beneder, Beatrix*, Männerort Gasthaus? Öffentlichkeit als sexualisierter Raum, Frankfurt am Main, 1997.
- BITKOM*, Whitepaper: Urheberrecht, <https://www.bitkom.org/sites/default/files/file/import/BITKOM-Whitepaper-Urheberrecht.pdf> (zuletzt abgerufen am 4.5.2020).
- Butting, Max*, Musikgeschichte, die ich miterlebte, Berlin 1955.
- Denga, Michael*, Legitimität und Krise urheberrechtlicher Verwertungsgesellschaften: kollektive Rechtswahrnehmung zwischen Utilitarismus und Demokratie, Baden-Baden 2015.
- Disselhoff, Felix*, GEMA: breiter Protest gegen Tarifreform, <https://meedia.de/2012/06/27/gema-breiter-protest-gegen-tarifreform/> (zuletzt abgerufen am 4.5.2020).
- Dommann, Monika*, Autoren und Apparate. Die Geschichte des Copyrights im Medienwandel, Frankfurt am Main 2014.
- Dümling, Albrecht*, Musik hat ihren Wert, Regensburg 2003.
- Dürr, Renate*, Politische Kultur in der Frühen Neuzeit: Kirchenräume in Hildesheimer Stadt- und Landgemeinden 1550–1750, Heidelberg 2006.
- Fetthauer, Sophie*, „Unerlaubtes“ Musizieren und Unterrichten: die Ordnungsstrafverfahren der Reichsmusikkammer nach Paragraph 28 der „Ersten Durchführungsverordnung des Reichskulturkammergesetzes“, in: Riethmüller, Albrecht/Custodis, Michael (Hrsg.), Die Reichsmusikkammer. Kunst im Bann der Nazi-Diktatur, Köln 2015, S. 47–68.
- Geiger, Friedrich*, Musik in Zwei Diktaturen. Verfolgung von Komponisten unter Hitler und Stalin, Kassel 2004.
- Werlen, Benno*, Spatial Turn. Rezeption. Alltägliche Regionalisierung, in: Günzel, Stephan (Hrsg.), Raum. Ein interdisziplinäres Handbuch, Stuttgart 2010, S. 97 f.
- Hefi, Ernst*, Das Urheberrecht im Nationalsozialismus, in: Dittrich, Robert (Hrsg.), Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es?, Wien 1988, S. 165–180.
- Heinemann, Tobias*, Die Verteilungspraxis der Verwertungsgesellschaften: Verteilungsmechanismen und wahrnehmungsrechtliche Problemfelder aus einer rechtlichen, ökonomischen, kulturellen und sozialen Sichtweise, Tübingen 2017.

- Holzem, Andreas*, Kirche – Kirchhof – Gasthaus. Konflikte um öffentliche Kommunikationsräume in westfälischen Dörfern der Frühen Neuzeit, in: Rau, Susanne (Hrsg.), *Zwischen Gotteshaus und Taverne. Öffentliche Räume in Spätmittelalter und Früher Neuzeit*, Köln 2003, S. 447–462.
- Hugenholz, P. Bernt et al.*, The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy, Amsterdam Law School Research Paper 44 (2012).
- Knickmann, Tobias*, Die ‚Strolche‘ der Reichsmusikkammer – Entstehung, Entwicklung und Personal der Berliner Kontrollabteilung 1933–1940“, *Die Musikforschung* 1 (2018), S. 33 ff.
- Kümin, Beat* (Hrsg.), *The World of the Tavern*, London 2002.
- Löhr, Isabella*, *Die Globalisierung geistiger Eigentumsrechte: neue Strukturen internationaler Zusammenarbeit, 1886–1952*, Göttingen 2010.
- Löw, Martina*, *Raumsoziologie*, 1. Aufl., Frankfurt am Main 2001.
- Piper, Ernst*, *Geschichte des Nationalsozialismus*, 1. Aufl., Bonn 2018.
- Ritter, Leo*, Bericht über das erste Arbeitsjahr der Vermittlungsabteilung der STAGMA, *Stagma-Nachrichten* 4 (1934), S. 59.
- Schmidt, Manuela*, *Die Anfänge der musikalischen Tantiemenbewegung in Deutschland*, Berlin 2005.
- Strauss, Richard*, *Späte Aufzeichnungen*, Beyer, Marion/May, Jürgen/Werbeck, Walter (Hrsg.), Mainz 2016.
- Thusty, Ann B.*, *Bacchus and Civic Order*, Charlottesville 2001.
- Twickel, Christoph*, *Kalter Krieg im Club*, <https://www.spiegel.de/kultur/musik/aufuhr-um-neue-gema-tarife-und-angst-vor-clubsterben-a-846312.html> (zuletzt abgerufen am 4.5.2020).
- Wierlacher, Alois*, *Das Gasthaus als kulturelle Zwischenwelt*, in: Wierlacher, Alois (Hrsg.), *Gastlichkeit. Rahmenthema der Kulinaristik*, Berlin 2011, S. 137–155.
- Wragge, Alexander*, *Worüber GEMA und Youtube streiten*, <https://irights.info/artikel/worber-gema-und-youtube-streiten/7182> (zuletzt abgerufen am 4.5.2020).



*Teil 2*  
*Referentialität und Urheberrecht*



# Kleine Münze, große Fragen. Musikalische Schöpfungshöhe aus der Perspektive empirischer Musikforschung

Klaus Frieler\*, Daniel Müllensiefen\*\*

## 1 Einleitung

Das deutsche Urheberrecht schützt persönliche geistige Schöpfungen in verschiedenen kreativen Bereichen. Im Fall der Musik gilt der Urheberrechtsschutz auch für relative geringe schöpferische Leistungen, was in der Rechtspraxis unter dem Begriff der Kleinen Münze beschrieben wird<sup>1</sup>. Für Melodien gilt ein besonderer gesetzlicher Schutz (§ 24, 2), wobei im Gesetz offengelassen wird, was genau eine Melodie konstituiert. Wiedererkennbarkeit und Individualität bzw. Originalität werden in der Rechtsprechung oft als Kriterien für die Schutzfähigkeit herangezogen<sup>2</sup>, aber Erkenntnisse der aktuellen empirischen musikpsychologischen Forschung, die wir hier präsentieren, stellen in Frage, ob kurze Melodien, die unter den rigiden stilistischen Vorgaben kommerzieller Musikproduktion generiert werden, in jedem Fall als persönliche geistige Schöpfungen gelten sollten.

In der folgenden Diskussion argumentieren wir, dass der starre Melodienschutz für heutige Popmusik nicht mehr angemessen sein könnte und die musikalische Massenproduktion zusammen mit neuesten technologischen Entwicklungen in den Bereichen Big Data und künstlicher Intelligenz die Bewertung von musikalischer Schöpfungshöhe und musikalischer Urheberrechtsverletzung bei Melodien an einen „Tipping Point“ geführt

---

\* Dr. Klaus Frieler ist freiberuflicher Musikwissenschaftler. Seine Forschungsschwerpunkte sind rechnergestützte Musikforschung als Methode in der Musikpsychologie und Jazzforschung mit Schwerpunkt auf dem kreativen Prozess. Unter anderem ist er als Musikgutachter tätig.

\*\* Prof. Dr. Daniel Müllensiefen ist Musikpsychologe an der Goldsmiths University of London sowie an der Hochschule für Musik, Medien und Theater in Hannover. Seine Forschungsschwerpunkte sind unter anderem neue Ansätze der Musikalitätsforschung und musikalisches Urheberrecht aus kognitionspsychologischer Perspektive.

1 BGH, Urt. v. 3.2.1988 – I ZR 142/86, Ein bisschen Frieden; *Bisges*, Kleine Münze.

2 BGH, Urt. v. 24.1.1991 – I ZR 72/89, Brown Girl in the Ring; *Hanser-Strecker*, Plagiat.

hat, der eine Änderung der traditionellen Rechtspraxis in diesem Bereich nahelegt. Die Argumentationslinie stützt sich auf die Erkenntnis, dass 1. stilistische Einschränkungen in kommerziell erfolgreichen Popmusikstilen die Verwendung nur bestimmter melodischer Patterns zulassen und 2. in der Produktionspraxis Melodien als Rekombination dieser kurzen Patterns entstehen. Der empirische Nachweis dieser Mechanismen wird durch Analysemethoden aus dem Bereich Big Data ermöglicht, mit Hilfe derer sich vorbestehende melodische Elemente in Popsongs systematisch identifizieren lassen.

Dieser Tipping Point macht es notwendig, den starren Melodienschutz durch differenziertere Beurteilungsverfahren zu ersetzen. Diese Verfahren verwenden melodische Schöpfungshöhe und melodischen Schutzfähigkeit als kontinuierliche Parameter und legen zudem nahe, die Messlatte für melodische Urheberrechtsverletzungen deutlich höher anzusetzen als es in der gegenwärtigen Rechtspraxis der Fall ist.

## 2 Generierung melodischer Patterns unter stilistischen Einschränkungen

Westliche kommerzielle Popmusik ist stark kodifiziert<sup>3</sup>. Kodifizierung bedeutet, dass auf allen musikalischen Ebenen Elemente (relativ) unverändert in vielen Werken zu finden sind. Die Kodifizierung ist kein Alleinstellungsmerkmal von Popmusik, sondern findet sich auch in ähnlicher Weise in der Barockmusik oder der sogenannten „Common Practice“ Kunstmusik. Die starke Kodifizierung kommerzieller Popmusik kommt u. a. dadurch zustande, dass der Druck auf Popkomponisten hoch ist, Werke zu erschaffen, die am Markt bestehen können<sup>4</sup>. Allerdings sind valide explizite Regeln für Markttauglichkeit im Allgemeinen auch den Popmusikkomponisten und -produzenten nicht bekannt, sondern es wird vielfach implizit geurteilt und oft auf „musikalische Intuition“ und Erfahrung verwiesen<sup>5</sup>.

Die intuitive Beurteilung neuer Popkompositionen wird durch kognitions- und wahrnehmungspsychologische Mechanismen realisiert, die für eine schnelle und erfolgreiche Verarbeitung des musikalischen Materials sorgen. Zu diesen Mechanismen gehören der *mere exposure effect*<sup>6</sup>, der vor-

---

3 Kramarz, Hits; Schmidt/Terbag, Songwriting.

4 Vgl. Bennet, Popular songwriting, in: Collins, The act of musical composition; de Laat, Work and Occupations 2015 225ff.; Seabrook, Songmachine.

5 Vgl. Seabrook, Songmachine.

6 Zajonc JPSP 1968, 1.

hersagt, dass ästhetische Stimuli bei wiederholter Präsentation als angenehmer empfunden und mit besseren Gefallensurteilen bewertet werden. Ein anderer Mechanismus ist die *availability heuristic*<sup>7</sup>, die erklärt, warum Konzepte und Stimuli, die besonders einfach aus dem Gedächtnis abgerufen werden können, Urteilsprozesse beeinflussen können. Die Verwendung von bestehendem Material stellt zudem geringere Ansprüche an die Informationsverarbeitung beim Hörer, da beim Hören auf implizit gelernte Strukturen zurückgegriffen werden kann, die das *chunking*<sup>8</sup>, d. h. die Aufteilung in kürzere Sinneinheiten, im Arbeitsgedächtnis erleichtern<sup>9</sup>. Bei der (intuitiven) Beurteilung von Popsongs kommen also universelle psychologische Mechanismen zum Tragen, die alle eine Tendenz aufweisen, vorbestehendes musikalisches Material als angenehm und ästhetisch positiv zu evaluieren. Das gilt für Konsumenten und Produzenten gleichermaßen, da Produzenten natürlich auch Konsumenten sind, und erfolgreich Schaffende durch ihren Marktbestand gezeigt haben, dass sie die ästhetischen Urteile der Hörer antizipieren können<sup>10</sup>.

Die verschiedenen musikalischen Parameter (z. B. Harmonie, Melodie, Rhythmik) werden dabei nicht einzeln bewertet, sondern im Verbund miteinander. Dies trägt assoziativen statistischen Lernprozessen Rechnung, bei denen musikalische Regeln implizit, d. h. unbewusst, beim Musikhören gelernt werden. Diese assoziativ und unbewusst durch das Hören von Popmusik gelernten Regeln stellen stilistische Grenzen dar, die bedeutsam sind, um den Raum der melodischen Möglichkeiten einzuschränken und sicherzustellen, dass eine Melodie als Popmelodie wahrgenommen wird und zum gewählten harmonischen und rhythmischen Material passt. Für die Sensitivität von Hörern, für die musikalisch-statistischen Regeln und Grenzen musikalischer Genres liegen empirische Nachweise vor. So konnten Müllensiefen, Egermann und Burrows<sup>11</sup> in einem psychologischen Experiment zeigen, dass Versuchspersonen aus Deutschland und Großbritannien die musikalisch-statistischen Regeln von Radiostationsjingles sehr genau im impliziten Gedächtnis gespeichert haben. Im Experiment wurden

---

7 *Tversky/Kahneman Cognitive Psychology* 1973, 207ff.

8 *Miller Psychological Review* 1956, 81ff.

9 *Baddeley, Working Memory*.

10 Dabei bleibt allerdings die Frage offen, ob ein Popmusikproduzent erfolgreich sein kann, ohne zumindest teilweise den Geschmack seines Publikums zu teilen. Uns ist aber keine empirische Forschung dazu bekannt, so dass dies erst mal unbeantwortet bleiben muss.

11 *Müllensiefen et al., Radio Station Singles*, in: Bronner/Ringe/Hirt, *Audio Branding Yearbook*, 53ff.

Jingles mit leichten melodischen Manipulationen, die eine Verletzung der Regeln darstellten, als nicht zum Genre gehörig identifiziert.

Die intuitive Beurteilungs- und Produktionspraxis neuer popmusikalischer Schöpfungen hat zur Folge, dass bestimmte kompositorische Elemente (z. B. Harmoniefolgen und Melodiefloskeln) sich fast unverändert über einen langen Zeitraum in der Popmusikgeschichte erhalten, was insbesondere für den Teilbereich der charttauglichen Musik zutrifft<sup>12</sup>. Gleichzeitig finden die eigentlichen musikalischen Innovationen eher in den Bereichen Interpretation, Arrangement, Sound und Aufnahmetechnik statt<sup>13</sup>, die jedoch nicht als schützbares Werkteile im Sinne des Urheberrechts gelten, sondern in den Bereich von Leistungsschutzrechten fallen. Insgesamt bedeutet dies, dass bei Popmusikwerken in der Regel im Vergleich mit der Kunstmusik geringe Anforderungen an die kompositorische Originalität und Individualität gestellt werden. Die Rechtspraxis trägt diesem Umstand mit der sogenannten „Kleinen Münze“ Rechnung, mit der die untere Grenze von gerade noch urheberrechtlich schutzfähigen Werken bezeichnet wird. Dabei werden aber harte, überprüfbare Kriterien nicht gegeben, so dass die hinreichende Schöpfungshöhe in jedem Einzelfall einzeln bestimmt werden muss, was durchaus Quelle für Rechtsunsicherheiten ist.

Wie Musiker haben auch musikalische Laien statistische stilspezifische Regeln im impliziten Gedächtnis abgelegt und können mit Hilfe dieser Regeln unter geeigneten Umständen stilkonforme Musik produzieren. Eine geeignete experimentelle Prozedur zur Untersuchung impliziten stilspezifischen Wissens stellt das „Kreativ-Karaoke-Paradigma“ dar. Die von Frieler und Riedemann<sup>14</sup> mit diesem Paradigma durchgeführten Experimente belegen, dass auch musikalisch nicht speziell vorgebildete Personen in der Lage sind, stilkonforme Popmelodien zu einer vorgegebenen Begleitmusik in kürzester Zeit (20–30 min) zu erfinden. Die zentrale Frage der Experimente von Frieler und Riedemann zielte auf Häufigkeit und Erklärbarkeit unabhängiger Doppelschöpfungen bzw. unbewusste Übernahmen unter Vorgabe typischer Harmoniefolgen, wie sie in der Popmusik oft vorkommen. Als Stimulusmaterial wurde eine kurze Begleitmusik produziert, die auf einer der gängigsten Popakkordfolgen (I-vi-IV-V) beruhte und im Stil westlicher kommerzieller Popmusik instrumentiert und eingespielt wurde. Die Aufgabe der Versuchsteilnehmer mit unterschiedlicher musikalischer Vorbildung – vom kompletten Laien bis hin zum semi-

---

12 Vgl. *Frith et al.*, Cambridge Companion; *Moore*, Analyzing pop music.

13 Vgl. *Jörger*, Plagiat; *Moore*, Analyzing pop music.

14 *Frieler/Riedemann* *Musicae Scientiae* 2011, S. 17ff.

professionellen Musiker – bestand darin, zur vorgegebenen Begleitmusik eine Melodie zu erfinden und schließlich einzusingen. Die von den Versuchsteilnehmern produzierten Melodien wurden anschließend musikanalytisch ausgewertet und mit den Melodien von fünf bekannten Popsongs, die dieselbe Akkordfolge zur Grundlage haben, phrasenweise auf Ähnlichkeiten verglichen. In der Tat zeigte sich, dass einer der 30 Versuchsteilnehmer seine Melodie (ohne dessen sich bewusst zu sein) aus zwei melodischen Phrasen zusammengesetzt hatte, die sich jeweils fast identisch in den verwendeten Vergleichssongs wiederfinden („Just like a pill“ von Pink und „What a wonderful world“ von Sam Cooke). Auch bei einer Replikation des Experimentes im Zuge einer Public-Science-Veranstaltung wurde von einer Teilnehmerin ohne formale musikalische Vorbildung „What a wonderful world“ fast in Originalgestalt reproduziert. Die Tatsache, dass sich unbewusste Übernahmen von großen Melodienteilen selbst bei Laborexperimenten mit wenigen Versuchsteilnehmern und einer kleinen Zahl an Vergleichsmelodien beobachten lassen, sind ein klarer Hinweis dafür, dass die Verwendung von vorbestehendem melodischen Material in der Praxis häufig vorkommt. Zwar ist es schwierig, die Ergebnisse von Stichproben, die vor allem musikalische Laien, Amateure und Semi-Profis umfassten, auf die Praxis unter professionellen Musikern zu generalisieren, da bei Profimusikern das musikalische Gedächtnis in der Regel noch umfassender und genauer ausgeprägt ist<sup>15</sup>. Es ist aber denkbar, dass die Verwendung von vorbestehendem Material unter Profimusikern mindestens ebenso wahrscheinlich, wenn nicht sogar wahrscheinlicher ist. Allerdings können in professionellen Kontexten, gerade beim modernen Songwriting in Teams Kontrollmechanismen greifen, die unbewusste Übernahmen vorbestehenden Materials abfangen, indem etwa jemand, der an der Produktion des Songs beteiligt ist, auf urheberrechtlich relevante Übereinstimmungen mit bereits veröffentlichtem musikalischen Material hinweist. Allerdings greift dieser Mechanismus nicht immer, wie etwa der prominente Fall von George Harrisons Song „Sweet Lord“ zeigt, bei dem bedeutsame melodische Teile sich im vorbestehenden Song „He’s So Fine“ der Chiffons finden lassen.

---

15 Halpern & Bartlett, Memory, in: Riess Jones, Fay, Popper, Music perception, 234ff.

## 2.1 Melodien als Rekombination vorbestehender melodischer Patterns

Es ist möglich, Melodien in der Popmusik, wie auch in anderen Stilen, als Sequenz von kurzen melodischen Patterns (d. h. Motiven, melodischen Wendungen) zu verstehen und analytisch zu untersuchen. Wenn man sich z. B. die Töne einer Melodie als Folge von Symbolen vorstellt, dann kann man diese Folge in kurze, sich überlappende „Schnipsel“ einer bestimmten Länge aufteilen, die man dann weiter untersuchen kann. Hat man etwa eine Melodie mit den Tönen C-D-E-F-G, dann kann man dies in drei Schnipsel der Länge drei aufteilen, d. h. C-D-E, D-E-F, E-F-G. Anstatt der Tonhöhen kann man aber auch abgeleitete Darstellungsformen untersuchen, z. B. Notenlängen oder Intervalle, d. h. den Unterschied zwischen zwei Tönen. Im vorherigen Beispiel wäre die Intervallfolge +2 +2 +1 +2, die man in zwei drei-elementige Schnipsel zerlegen kann: +2 +2 +1 und +2 +1 +2. Da Intervalle Unterschiede sind, sind Intervallsequenzen immer ein Element kürzer als die originalen Tonhöhenfolgen, da man für das letzte Element keinen Unterschied mehr angeben kann.

Betrachtet man beispielsweise Jazzimprovisationen, so kann man dort die Produktion von langen Melodielinien in Echtzeit beobachten, deren Komplexität die von Popsongs in der Regel um einiges übersteigt. Aus der Jazzforschung und -pädagogik ist bekannt, dass Jazzmusiker sich beim Improvisieren – zumindest teilweise – vorgefertigter Bausteine bedienen, die Patterns oder Licks genannt werden. So bestehen die Soli von Charlie Parker ausschließlich aus geschickt zusammengesetzten und vorbereiteten melodischen Bausteinen<sup>16</sup>. Analog dazu belegen Analysen eines Corpus von 450 Volksliedern ebenfalls, dass alle Lieder des Corpus komplett aus kurzen Patterns melodischer Intervalle bestehen, die häufig vorkommen<sup>17</sup>. So konnte für diesen Corpus von 50 irischen, 200 polnischen Volkslieder sowie 200 deutschen Kinderlieder nachgewiesen werden, dass diese zu 100 % aus viertönigen Intervallmustern bestehen, die in mindestens drei verschiedenen Melodien vorkommen. Das heißt, dass keines der Volkslieder der Korpora auch nur ein einziges viertöniges Intervallmuster beinhaltet, das nicht auch in mindestens zwei weiteren Liedern zu finden ist.

---

16 Frieler, *Patternology*, <https://medias.ircam.fr/x54b408> (zuletzt abgerufen am 15.07.2020); *Norgaard Music Perception* 2014, 271ff.; *Owens*, Charlie Parker.

17 Frieler, Rhythmen- und Tonhöhenmuster.

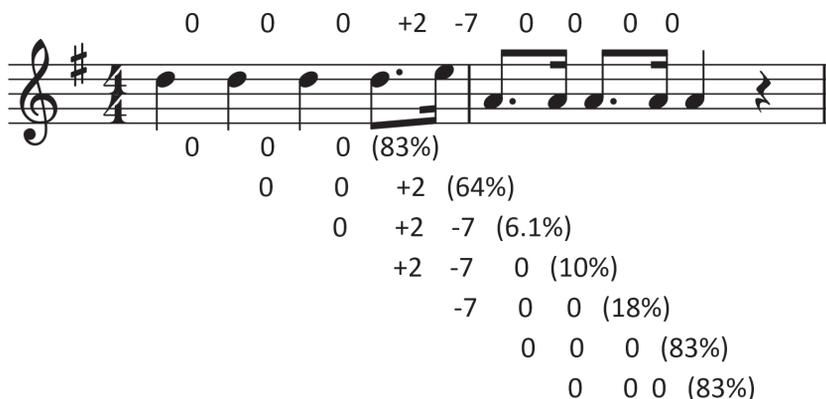


Abbildung 1. Anfang des Refrains von „Yellow Submarine“ (The Beatles). Oberhalb der Noten: Abfolge der Halbtonintervallen. Unterhalb der Noten: Die aufeinanderfolgenden Intervall-3-gramme. In Klammern der Anteil der Songmelodien im Popkorpus, die dieses 3-gramm enthalten.

Ähnliches gilt auch für Popmusikmelodien. Um dies zu zeigen, haben wir eine Sammlung von 12.000 Popsongmelodien<sup>18</sup> in Hinsicht auf deren melodischen Bestandteile analysiert. Dazu haben wir alle Melodien mit Hilfe eines Computerprogramms in kurze Intervallfolgen („n-grams“) von 3 bis 6 Elementen (4 bis 7 Tonereignissen) zerlegt und analysiert, welcher Anteil einer Melodie aus melodischen Bausteinen („Patterns“) besteht, die auch in weiteren Songs des Korpus vorkommen. Dabei kann man verschiedene Kriterien an die Bausteine stellen, z. B. wie oft diese in der gesamten Sammlung vorkommen oder in wie vielen verschiedenen Melodien. In Abb. 1 kann man ein Beispiel sehen. Dort ist eine kurze Folge von 10 Tönen zuerst in eine 9-elementige Intervallfolge übersetzt worden (oberhalb der Noten). Daraus wurde dann eine Folge von 3-grammen abgeleitet, deren Anfangspunkt sich jeweils um ein Element nach rechts verschiebt. Für jedes Intervall-3-gramm ist dort der Anteil der Songs im Korpus angegeben, die dieses 3-gramm enthalten, z. B. kommt die dreifache Tonwieder-

18 s. Beschreibung dieses Korpus kommerzieller westlicher Popmusik in *Müllensiefen et al.*, High-Level Feature Descriptors, in: Schneider, Hamburger Jahrbuch, 133ff.

holung 0 0 0, die in der Tonfolge selbst dreimal auftaucht, in 83 % aller Songs vor.

Die Tonfolgen haben wir zum einen nur durch die Intervalle, wie im Beispiel, zum anderen durch eine Kombination von Intervallen, zeitlichen Abstand (*interonset-interval*, IOI) und metrischer Startposition dargestellt. Für die Intervalldarstellung der Melodien ergibt sich, dass eine typische Popsongmelodie komplett aus Folgen von 5 Tönen (d. h. vier Intervallen) bestehen, die in mindestens 100 weiteren Songs des Corpus vorkommen. Das erklärt sich vor allem aus der hohen Häufigkeit von Tonwiederholungen: im Schnitt sind 25 % einer Popsongmelodie rhythmisierte Tonwiederholungen. Dies lässt sich u. a. dadurch erklären, dass viele Teile von Popsongmelodien ihren Ursprung in rhythmisierter Sprache haben, vor allem in den Strophen der Songs. Der hohe Anteil an melodischen Tonwiederholungen lässt die rhythmische und metrische Dimension der Gesangslinien hervortreten, was sich auch am hohen Anteil von Synkopen (Betonung von eigentlich „unbetonten“ Zeitpunkten im Takt) zeigt. Der Synkopenanteil liegt bei den Melodien des Popkorpus ebenfalls bei 25–30 %.

Die Repräsentation von Popmelodien als kombinierte Sequenzen aus Tonhöhen, Tondauern und metrischer Startposition hat den Vorteil, dass verschiedene Rhythmen bei identischer Tonhöhenfolge als unterschiedliche melodische Bausteine behandelt werden. Verwendet man diese kombinierte Repräsentationsform, zeigen Popsongmelodien eine wesentlich geringere Redundanz in Hinsicht auf die Verwendung melodischer Bausteine. Im Mittel kann man 46 % eines Popsongs mit Viertonmustern abdecken, die in mindestens 50 verschiedenen Melodien vorkommen. Senkt man die Anforderungen an die Häufigkeiten, so findet sich eine Abdeckung mit 91 % (bzw. 71 % oder 57 %) durch viertönige Bausteine, die in mindestens 2 (bzw. 10 oder 25) verschiedenen Melodien vorkommen. Sechstönige Bausteine, die in mindestens 2 (bzw. 10 oder 25) Popsong vorkommen, machen im Schnitt immer noch 40 % (bzw. 12 % oder 7 %) einer Melodie aus.

Wie viel spezifisches Material Popmelodien enthalten, d. h. wie groß der Anteil von melodischen Bausteinen ist, den sich Popsongs nicht mit anderen Popsongs teilen, die also spezifisch für eine Songmelodie sind, ist grafisch in Abb. 2 dargestellt. In der kombinierten Repräsentationsform (linke Seite der Grafik) sieht man, dass im Schnitt weniger als 10 % der verwendeten melodischen Bausteine der Länge 3 (d. h. 3 Intervalle, also 4 Töne) einer Popmelodie nur in diesem einem Song vorkommen. In der Tendenz bestehen also mehr als 90 % einer Popmelodie aus melodischem Material, das auch in anderen Songs vorkommt. Wie die linke Seite von Abb. 2 zeigt, nimmt der Anteil von originären melodischen Bausteinen

mit der betrachteten Bausteinlänge deutlich zu und liegt bei Länge 6 (d. h. 7 Töne) bei etwa 85 %.

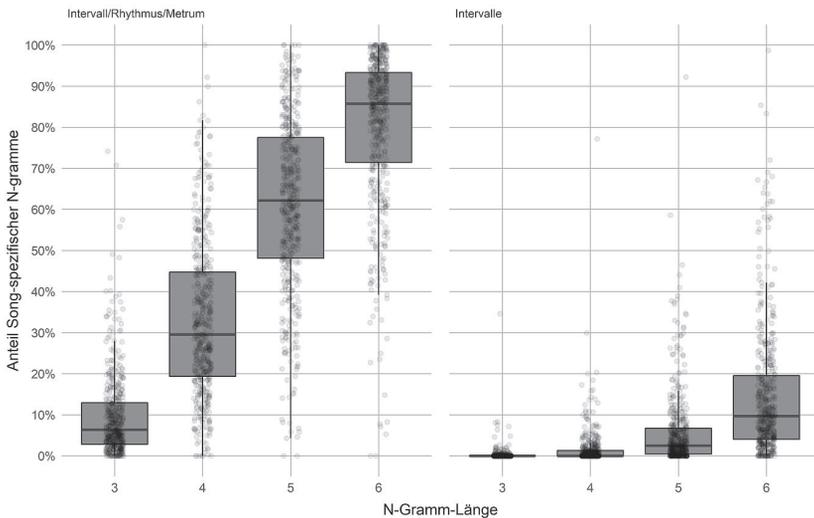


Abbildung 2. Anteil von kurzen Melodiebausteinen, die spezifisch für eine Popsongmelodie ist (aufgeschlüsselt nach Darstellungsform und Länge der Bausteine). Links: Bezogen auf eine Darstellung von Bausteinen mit einer Kombination von Intervallen, Dauern und metrischen Startpositionen; rechts: als Tonhöhenintervalle. Man beachte, dass es sich hier um Differenzdarstellungen handelt, d. h. ein melodischer Baustein mit N Intervallen entspricht N-1 Tönen (Darstellung einer Stichprobe von 1246 Songs).

Betrachtet man allerdings Bausteine in der Tonhöhenintervalldarstellungsform (rechte Seite der Abbildung), dann ist der Anteil der originären Bausteine weitaus geringer. Selbst bei einer Bausteinlänge von 6 besteht ein Popsong im Schnitt noch aus 90 % Material, dass sich auch in anderen Popsongs findet. Auch dies ist der hohen Prävalenz von Tonwiederholungen und kleinen Intervallen geschuldet.

Zusammenfassend zeigt diese kleine Korpusanalyse erstens, dass die Bewertung von melodischen Ähnlichkeiten zwischen Popsongs sich auf eine mehrdimensionale Repräsentationsform stützen sollten, die nicht alleine Informationen zum Tonhöhenverlauf, sondern auch rhythmische und metrische Informationen enthält. Andernfalls ist es kaum möglich, spezifische

Charakteristika von Popmelodien zu identifizieren, die nicht auch in vielen anderen Popmelodien vorkommen. Dies zeigt überdies die allgemein sehr große Bedeutung der rhythmischen Komponente von Popsongmelodien.

Zweitens legt die Korpusanalyse offen, dass Popmelodien in der Tendenz erst dann wirklich individuelle melodische Bausteine enthalten, wenn man melodisch-rhythmisch-metrische Sequenzen von 5 und mehr Tönen betrachtet. Für die Übernahme kürzerer Motive gilt, dass diese mit großer Wahrscheinlichkeit auch in vielen anderen Songs auftauchen und somit als gemeinfrei gelten können.

Die Verwendung großer Musikdatenbanken und entsprechender Mustererkennungs-Algorithmen findet sich mittlerweile auch in konkreten Urheberrechtsfällen, wie z. B. im Streit um den Katy Perry Song „Dark Horse“. Ein von 15 internationalen Musikwissenschaftlern gezeichneter Amicus Curiae Brief<sup>19</sup> fordert die Verwendung objektiver Vergleichsmethoden für melodischen Übernahmen ein. Im konkreten Fall wird die große Zahl vorbestehender Werke angeführt, die den streitgegenständlichen melodischen Baustein ebenfalls enthalten. Die vorbestehenden Werke wurden mithilfe von frei zugänglichen Melodiendatenbanken (*themefinder.org* für Volkslieder und klassische Themen und die RISM Datenbank für musikalische Inzippets klassischer und vorklassischer Themen) identifiziert.

Das Prinzip der Rekombination von bekannten Bausteinen ist nicht auf Melodien beschränkt, sondern lässt sich in allen musikalischen Dimensionen finden. So ist wohlbekannt, dass etwa bestimmte Akkordfolgen immer wieder in der Popmusik verwendet werden<sup>20</sup>. Dasselbe kann man für andere musikalische Einzeldimensionen (z. B. rhythmische Begleitfiguren, Basslinien, Drumgrooves etc.) feststellen, auch wenn für diese Dimensionen detaillierte empirische Korpusstudien noch fehlen. Elemente nicht-melodischer musikalischer Dimensionen gelten aber in der Regel als Gemeingut und ihre Verwendung ist somit keine persönliche geistige Schöpfung, die Urheberrechtsschutz genießt, sondern wird als Ergebnis reinen

---

19 *Friendly*, Brief of Amicus Curiae, [https://www.digitalmusicnews.com/wp-content/uploads/2020/01/Katy\\_Perry\\_Flame\\_514\\_Amici\\_Brief\\_Filed.pdf](https://www.digitalmusicnews.com/wp-content/uploads/2020/01/Katy_Perry_Flame_514_Amici_Brief_Filed.pdf) (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).

20 *Axis of Awesome*, 4 Chords, <https://www.youtube.com/watch?v=oOIdewpCfZQ> (zuletzt abgerufen am 15.07.2020); Frieler/Müllensiefen, Song and Harmonic Templates, in: Tillesen/Prill, Whatever.

musikalischen Handwerks angesehen<sup>21</sup>. In Angesicht der obigen Erkenntnisse in Bezug auf die Entstehung von Popsongmelodien müsste man dann *a fortiori* ähnliches auch für Melodien annehmen, d. h. Melodiekomposition ist demnach ebenfalls als musikalisches Handwerk anzusehen. Die im Grunde industriellen Produktionsverfahren im modernen Popmusikbetrieb<sup>22</sup> sind ein weiteres Indiz dafür, dass es sich dabei nicht um persönliche Schöpfungen *sui generis* handelt, sondern um quasi-industriell hergestellte Massenprodukte (was aber wohlgemerkt nichts über deren ästhetischen Qualität aussagt).

## 2.2 Melodiekomposition als musikalisches Handwerk

Die vorangegangenen empirischen Ergebnisse zeigen, dass die schöpferische Leistung bei der Komposition von Popmelodien vor allem in der Zusammenstellung von bekanntem Material besteht, das aber selbst nicht schützenswert ist. Dies ist keine prinzipiell neue Erkenntnis, denn Melodien bestehen aus Einzeltönen (und deren zeitliche Relation), die für sich genommen nicht schützenswert sind. Die angeführten Belege zeigen aber, dass das Prinzip der Rekombination von vorbestehendem und noch schutzfähigen Material auch auf der nächsthöheren Ebene gilt; der Ebene von kurzen Tonfolgen. Allerdings gibt es einen entscheidenden Unterschied. Kurze Tonphrasen können eigenständige Werkteile im Sinne des Urheberrechts und der Kleinen Münze sein. Es lässt sich eben nicht ausschließen, dass eine kurze melodische Phrase neues originäres Material im Kontext von Popmusik darstellt, trotz der oben angeführten statistischen, psychologischen und produktionstechnischen Argumente, dass die meisten Popsongs vorrangig bekannte melodische Bausteine verwenden.

Während der Einzeltone in der Tat vollkommen neutrales und gemeinfreies Material ist, kann man dies für kurze Tonfolgen nicht mehr in voller

---

21 Allerdings kann die Kombination mehrerer nicht schützenswerter Elemente im Ergebnis zu einem schutzfähigen musikalischen Objekt führen. So stellte etwa das Landgericht München im Fall *Still got the Blues* fest, dass die einzelnen streitgegenständlichen Dimensionen, d. h. Melodik, Rhythmik, Harmonik, Sound, nur Elemente enthalten, die für sich genommen zum musikalischen Allgemeingut gerechnet werden müssen, dass aber die spezifische Kombination dieser Elemente den musikalischen Gesamteindruck beeinflusst und urheberrechtlichen Schutz genießt. LG München, Urt. v. 3.12.2008 – 21 O 23120/00, *Still got the Blues*; vgl. auch *Döhl*, Substantially Similar, in: Bung/Gruber/Kühn, *Plagiate*.

22 *Seabrook*, Songmaschine.

Allgemeinheit aufrechterhalten. Die Frage ist dann, wo man sinnvoll Grenzen ansetzen kann, die die Gemeinfreiheit des musikalischen Materials von der Schutzfähigkeit eines originären Werkteils abgrenzen. Dies können aber, wie man leicht feststellt, keine absoluten Grenzen sein. Denn man kann zu jeder Tonfolge einen weiteren Ton hinzufügen, was nur eine geringfügige Änderung bedeute, also einen graduellen Wandel. Dann hat man aber das Paradox, dass eine Menge für sich genommen nicht schutzwürdiger Änderungen an nicht geschütztem Material auf einmal am Ende eine schutzwürdige Schöpfung erzeugt, ohne dass man eine feste Schwelle angeben kann, wann dieser Umschlag von Material zur geistigen Schöpfung passiert<sup>23</sup>.

Aus diesem Grund ist es nicht möglich, melodische Bausteine formal eindeutig zu identifizieren und gegeneinander abzugrenzen. Dies macht es nötig, Bausteine in variable Längen zu betrachten, wie in Abb. 2 geschehen. Zudem gibt es gewisse triviale Veränderungen (z. B. die Aufspaltung einer Viertelnote in zwei Achtelnote derselben Tonhöhe, um z. B. einer Textanpassung vorzunehmen), die perzeptiv nichts an der Identität einer Melodie ändern, und damit in der gängigen Praxis (von Musikgutachtern) als gegenstandslos angesehen werden. Gleichzeitig erschweren diese trivialen Veränderungen die formale Identifizierung von melodischen Bausteinen, und es gilt auch hier, dass eine größere Menge von an sich trivialen Änderungen irgendwann in eine andere Melodie umschlagen kann.

Die einzigen natürliche Einheiten, in die sich Melodien segmentieren lassen, sind perzeptueller Natur und folgen den Prinzipien der *auditory scene analysis*<sup>24</sup>. So führen z. B. lange Pausen, sehr lange Tondauern oder der Wechsel in eine andere Oktave dazu, dass eine melodische Linie in Phrasen aufgeteilt erscheint. Eine typische Popsongphrase besteht aus 8–10 Tönen, was in etwa zwei viertönigen melodischen Bausteinen entspricht, die als Motiv eine eigene wiedererkennbare melodische Gestalt haben (können). Ausgehend von den Ergebnissen der obigen Korpusanalyse kommen

---

23 Die einzige logisch ausgezeichnete Schwelle ist die von einem Ton zu zwei Tönen, denn es braucht mindestens zwei Töne, um eine intervallische und rhythmische Relation zu definieren, die ja letztlich das Wesen einer Melodie ausmachen. Allerdings hat die Korpusanalyse ergeben, dass man auch bei Verwendung einer kombinierten Darstellungsform mehr als nur zwei Töne betrachten muss, um originäre melodische Muster in Popmusik identifizieren zu können. Insofern ist die Grenze zwischen einem und zwei Tönen für die Bewertung von Popmelodien kein brauchbares Kriterium.

24 Bregman, Auditory Scene Analysis.

diese melodischen Bausteine nicht nur in einer einzigen Popmelodie vor, sondern lassen sich auch in vielen anderen Melodien finden (vgl. Abb. 1).

Angesichts dieser empirischen Ergebnisse lässt sich der starre Melodien-schutz des deutschen Urheberrechts wie auch die Praxis der Kleinen Münze kaum rechtfertigen. Zumindest muss die Maßgabe, dass auch die Übernahme von (Melodie-)Teilen aus anderen Werken nicht gestattet ist, fallen gelassen oder modifiziert werden, da kurze Teile von Melodien (Phrasen, Motive) als allgemein verfügbarer Bausteine angesehen werden müssen. Einzig längere Konfigurationen von Motiven und Phrasen könnten überhaupt als originäre, d. h. hinreichend differenzierte Rekombinationen von Bausteinen dann noch in Frage kommen<sup>25</sup>.

### 2.3 Konsequenzen

Die vorangegangene Argumentation impliziert eine Reihe von Konsequenzen für die Bewertung von melodischen Übereinstimmungen in der Rechtspraxis. Es sollte offensichtlich sein, dass etwaige Urheberrechtsverletzungen bei Melodien umfassender bewertet werden müssen als dies gegenwärtig der Fall ist, wo oft der Vergleich von kurzen Sequenzen von Tonhöhenfolgen im Fokus steht<sup>26</sup>. Zusätzlich braucht die Identifizierung von Übereinstimmungen und die Ermittlung möglicher Vorbekanntheit melodischen Materials strengere und objektiv nachvollziehbare Maßstäbe. Dabei kann der Einsatz spezialisierter Software<sup>27</sup> und großer Musikdatenbanken (z. B. die Weimar Jazz DB, [themefinder.org](http://themefinder.org)) helfen. Die eingesetzte Technologie muss aber auf (musik-)psychologischen Grundlagen stehen, wie z. B. auf Tverskys Theorie zur Ähnlichkeitswahrnehmung<sup>28</sup>, oder über das statistische Lernen von musikalischen Sequenzen<sup>29</sup>. Dazu bedarf es aber auch menschlicher Gutachter mit hinreichendem technischem und psychologischem Sachverstand, um musikalische Korpora und die dazuge-

---

25 Allerdings argumentiert Fishman (2018), dass die klaren gesetzlichen und rechtspraktischen Vorgaben in Hinsicht auf Melodie zumindest für etwas Rechtssicherheit bei den Produzenten sorgen. Ein Urheberrecht, das auf komplexe Kombinationen und den Gesamteindruck abgestellt ist, wäre vielleicht dem Sachverhalt angemessener, aber würde mögliche Rechtsverletzungen noch schwieriger abschätzbar machen.

26 *Döhl*, Substantially Similar, in: Bung/Gruber/Kühn, *Plagiate*.

27 Z.B. *Cason/Müllensiefen* International Review of Law, Computer & Technology 2012, 25ff.; *Müllensiefen/Frieler* Computing in Musicology 2004, o.S.

28 *Müllensiefen/Pendzich* Music Scientiae 2009, 257ff.

29 *Pearce/Wiggins* Music Perception 2006, 377ff.

hörigen Algorithmen sinnvoll für urheberrechtliche Fragen einsetzen zu können. In einem kürzlich erfolgten Urteil in dem prominenten Urheberrechtsfall „You Raise Me Up“ (Josh Groban) vs. „Into the Light“ (Jóhann Helgason) zeigt sich eine interessante neue Entwicklung in diese Richtung<sup>30</sup>. Dort ließ der Richter André Birotte Jr. das Gutachten für die Klage-seite der Musikwissenschaften Judith Finell als „unreliable, unhelpful, and inadmissible“ nicht zu, da ihm keine zuverlässige Methodologie zugrunde liege. Dieser Vorwurf wird vor allem damit begründet, dass das Gutachten von Finell gemeinsame Ähnlichkeiten der beiden streitgegenständlichen Songs zum gemeinfreien Song „Londonderry Air“ („Danny Boy“) nicht berücksichtigt hatte – im Gegensatz zum Gutachten der Gegenseite von Lawrence Ferrara. Dies führte dann zur Abweisung der Klage.

Zusätzlich zu diesen Änderungen in der praktischen Beurteilung von musikalischen Urheberrechtsverletzungen können die hier präsentierten Ergebnisse aber auch Implikationen für das musikalische Urheberrecht selbst haben. Aus der Tatsache, dass Popsongmelodien aus kleinen wohlbe-kannten melodischen Bausteinen bestehen, könnte gefolgert werden, dass die Kleine Münze keine adäquate Praxis darstellt, da sie die nötige Schöp-fungshöhe zu niedrig ansetzt. Das bedeutet, dass Schutz nur für größere melodische Komplexe, z. B. ganze Strophen und Refrains mit mehreren Phrasen und Motiven gelten sollte, nicht aber für die Bestandteile (und Va-rianten davon). Diese Bestandteile wären gemeinfrei und könnten frei ver-wendet werden. Das würde einem großen Anteil von Urheberrechtsstreitigkeiten die Grundlage entziehen. Es wäre aber weiterhin nicht möglich, ganze Songs oder substantielle Songteile, wie Strophen und Refrains, in ein neues Werk zu übernehmen, wenn die ursprünglichen Werkteile ein-deutig wiederkennbar bleiben.

Wenn man den Umstand der Rekombination von Melodiebausteinen zusammen mit der Tatsache sieht, dass auch Laien problemlos in der Lage sind, Popsongmelodien zu erfinden, man also der Argumentation folgt, dass Melodiekomposition im Wesentlichen musikalisches Handwerk ist, würde dies eine Abschaffung des starren Melodienschutzes nahelegen, was damit fast einer Abschaffung des Urheberrechts für Popsongs gleichkom-men würde, denn die anderen Elemente, wie Akkordfolgen, Drumgrooves, Begleitfiguren, Sounds etc. sind bereits als solche nicht schutzwürdig. Die Frage wäre, was dann überhaupt noch geschützt ist? Es blieben weiter-

---

30 N.N., Court throws out musicologist, <https://musicinfringement.art.blog/2020/04/24/court-throws-out-musicologist-judith-finells-expert-report-and-finds-no-infringement-by-raise-me-up-josh-groban/> (zuletzt abgerufen am 24.05.2020).

hin künstlerisch sinnvolle Kombinationen aus an sich nicht schützba- ren Elementen schützbar, was teilweise im Sinne eines „Gesamteindrucks“ in der Rechtsprechung auch jetzt schon Anwendung findet<sup>31</sup>. Folgte man zu- dem dem Argument, dass Innovation und Originalität in der Popmusik vor allem in der „Interpretation“, also der konkreten Ausführung eines Songs zu finden ist, dann sollten zumindest konkrete Aufnahmen Urhe- berrechtsschutz genießen. Das würde eine interessante Verschiebung be- deuten, da das, was vorher nur unter das Leistungsschutzrecht fiel (ein- schließlich *samplings* aus Audioaufnahmen), nun genuin urheberrechtlich geschützt wäre.

Es ist aber klar, dass derlei Überlegungen nur den Charakter eines Ged- ankenexperiments haben, denn es steht nicht zu erwarten, dass sich in ab- sehbarer Zukunft bedeutende Änderungen an der Formulierung des Ge- setzestextes oder auch nur der Rechtspraxis der Kleinen Münze ergeben werden, dies käme einer Revolution gleich, an denen die Beteiligten kaum ein (finanzielles) Interesse haben könnten und zudem alle bisherigen Prä- zedenzfälle invalidieren würde. Aber jüngste Urheberechtsprozesse wie das „Blurred Lines“-Urteil<sup>32</sup> oder der Fall von Katy Perry vs. Flame, haben neue Präzedenzen geschaffen haben, die aus der Sicht von vielen Künst- lern und der Musikindustrie Anlass zu Sorge geben. So hat der Fall Katy Perry vs. Flame dazu geführt, dass Perry mit dem Argument der Trivialität und Vorbekanntheit der gegenständlichen Melodie verteidigt wurde, was aber im Wesentlichen ein Argument gegen die Kleine Münze darstellt. Dies könnte in der langfristigen Perspektive dazu führen, dass einige der hier aufgebrachten Argumente in die Diskussion miteinfließen. In der Tat hat sich im Fall von Katy Perry vs. Flame kurz vor Drucklegung eine über- raschende Wendung ergeben, da die Richterin Christina A. Snyder das Ur- teil der Jury gegen Perry aufhob.<sup>33</sup> Begründet wurde dies von Snyder da- mit, dass die streitgegenständlichen Melodien für sich genommen nicht hinreichend substantielle Originalität aufweisen würden, um den Prozess überhaupt zu rechtfertigen, was im Wesentlichen der hier dargelegten Ar- gumentation folgt. Die Anwälte von Flame haben aber bereits angekün- digt, gegen diese Entscheidung Berufung einzulegen.

---

31 LG München, Urt. v. 3.12.2008 – 21 O 23120/00, Still got the Blues.

32 US Court of Appeal for the Ninth Circuit, Urt. v. 21.3.2018 – Nr. 15–56880, Williams vs. Gaye.

33 *Sisario*, Katy Perry Prevails, <https://www.nytimes.com/2020/03/17/arts/music/katy-perry-dark-horse.html> (zuletzt abgerufen am 24.05.2020).

### 3 Fazit

Wir haben in diesem Beitrag auf Grundlage neuerer musikwissenschaftlicher Erkenntnisse gezeigt, dass der starre Melodienschutz und die Kleine Münze sich weder mit der popmusikalischen Produktionspraxis noch mit den für Popmusik relevanten wahrnehmungspsychologischen Grundlagen noch mit statistischen Analysen von melodischen Bausteinen in Popmusik-korpora gut vereinbaren lassen. Zusätzlich haben wir versucht deutlich zu machen, dass es für die Erfindung von stilkonformen Popmelodien keines musikalischen Genies bedarf, sondern i. d. R. durch die Rekombination vorbestehender melodischer Bausteine erklärt werden kann. Zusammengekommen führt dies zum Argument, dass die Schaffung von Melodien *de facto* dem musikalischen Handwerk zuzuordnen ist. Dies würde dann nach gängiger Praxis aber sowohl die Kleine Münze als auch den starren Melodienschutz obsolet machen (oder den Melodienbegriff verschärfen bzw. einschränken). Zumindest sollte die Bestimmung, dass auch Teile aus fremden Werken nicht übernommen werden können, fallen gelassen oder stark eingeschränkt werden. Wenn die Schaffung von Melodien als persönliche geistige Schöpfung anzusehen ist, dann kann dies in unseren Augen nur für größere musikalische Strukturen gelten, was keine Änderungen der Gesetze, sondern nur der Rechtspraxis bedürfte.

Zusätzlich sei noch darauf verwiesen, dass auch Algorithmen der künstlichen Intelligenz teilweise jetzt schon in der Lage sind, hinreichend valide Melodien zu generieren<sup>34</sup>, auch wenn dies derzeit i. d. R. noch menschlicher Auswahl und Nachbearbeitung bedarf. Das hat aber weitreichende Implikationen für das Urheberrecht, z. B., ob Computer-generierte Werke überhaupt schützbar sind, wer diesen Schutz erhält und ob man ein Computer-generiertes Werk der Urheberrechtsverletzung beschuldigen kann. Darüber hinaus unterminiert die Fähigkeit von Algorithmen zur Komposition von musikalischen Werken die Idee, dass ein Musikwerk immer eine persönliche geistige Schöpfung sein *muss*, dies ist dann nicht mehr – wie bisher – als selbstverständlich vorauszusetzen, was unseres Erachtens höhere Ansprüche an die zu fordernde Schöpfungshöhe menschlich geschaffener Musikwerke legen würde.

Schließlich sei noch angemerkt, dass bei einer Reform des musikalischen Urheberrechts die Funktion als Schutzinstrument von Künstlern er-

---

34 Colton *et al.*, Beyond the Fence, in: Proceedings ICCG, o.S.; Cope, Computer Models; Papadopoulos *et al.*, Assisted Lead Sheet Compositions, in: Proceedings ICP-PCP, o.S.

halten bleiben muss, die in ihrer Arbeit unterstützt und angemessen entlohnt werden sollen. Die Frage steht aber im Raum, welche Leistungen von wem in der Popmusik wie geschützt werden sollen, so dass ein gerechter Ausgleich unter allen Beteiligten hergestellt werden kann und Popmusikultur auch weiterhin auf einer professionellen und kommerziellen Basis existieren kann.

### *Literatur*

*Axis of Awesome*. 4 Chords, <https://www.youtube.com/watch?v=oOldewpCfZQ> (zuletzt abgerufen am 15.7.2020).

*Baddeley, Alan*, Working memory, Oxford 1986.

*Bennet, Joe*, Constraint, collaboration and creativity in popular songwriting teams. The act of musical composition: Studies in the creative process, in: D. Collins (Hrsg.), The act of musical composition: Studies in the creative process, Aldershot 2012, S. 139ff.

*Bisges, Marcel*, Die kleine Münze im Urheberrecht: Analyse des ökonomischen Aspekts des Werkbegriffs, Baden-Baden 2014.

*Bregman, Albert S.*, Auditory Scene Analysis: The Perceptual Organization of Sound, Cambridge, Massachusetts 1990.

*Cason, Robert J. S. / Müllensiefen, Daniel*: Singing from the same sheet: Computational melodic similarity measurement and copyright law, International Review of Law, Computers & Technology 26/1 2012, 25ff. doi:10.1080/13600869.2012.646786

*Colton, S. / Llano, M. T. / Hepworth, R. / Charnley, J. / Gale, C. V. / Baron, A. / Pachet, F. / Roy, P. / Gervás, P. / Collins, N. / Sturm, B. / Weyde, T. / Wolff, D. / Lloyd, J.*, The Beyond the Fence Musical and Computer Says Show Documentary, in: Proceedings of the 7th International Conference on Computational Creativity. ICC 2016, Paris 2016.

*Cope, David*. Computer Models of Musical Creativity. Cambridge, Massachusetts 2005.

*de Laat, Kim*: „Write a Word, Get a Third“: Managing Conflict and Rewards in Professional Songwriting Teams. Work and Occupations 42/2 (2015), 225ff. doi:10.1177/0730888414562073

*Döhl, Frédéric*, Substantially Similar? Das Plagiat aus Sicht des Verhältnisses von Musik und Recht, in: Bung, Jochen / Gruber, Malte-Christian / Kühn, Sebastian (Hrsg.), Plagiate: Fälschungen, Imitate und andere Strategien aus zweiter Hand, Berlin 2011, S. 201ff.

- Freundlich, Kenneth. D.* Brief of Amicus Curiae Musicologists in Support of Defendant's Renewed Motion For Judgement as a Matter of Law or Alternatively For a New Trial, [https://www.digitalmusicnews.com/wp-content/uploads/2020/01/Katy\\_Perry\\_Flame\\_514\\_Amici\\_Brief\\_Filed.pdf](https://www.digitalmusicnews.com/wp-content/uploads/2020/01/Katy_Perry_Flame_514_Amici_Brief_Filed.pdf) (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).
- Frieler, Klaus,* Rhythmus- und Tonhöhenmuster im europäischen Volkslied, Vortrag auf Arbeitstagung der Fachgruppe Systematische Musikwissenschaft. der Gesellschaft für Musikforschung, Köln, 2016.
- Frieler, Klaus,* Patternology. Melodic Pattern Usage in Charlie Parker's Solos, <https://medias.ircam.fr/x54b408> (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).
- Frieler, Klaus / Müllensiefen, Daniel,* Song and Harmonic Templates in Popular Music, in: Tillesen, P. / Prill, T. (Hrsg.), *Whatever*. Leipzig 2020, o.S.
- Frieler, Klaus / Riedemann, Frank:* Is Independent (Re)creation Likely to Happen in Pop Music? *Musicae Scientiae* 15/1 (2011), S. 17ff.
- Frith, S., Straw, W., & Street, J. (Hrsg.). *The Cambridge companion to pop and rock*. Cambridge 2001.
- Halpern, Andrea R. / Bartlett, J. C.,* Memory for melodies, in: Riess Jones, M. / Fay, R. R. / Popper, A. N. (Hrsg.), *Music perception*, Heidelberg 2010, S. 234ff.
- Hanser-Strecker, Carl-Peter,* Das Plagiat in der Musik: Ein Beitrag zur Frage des urheberrechtlichen Schutzes von Werken der Musik, Frankfurt a. M. 1968.
- Jörger, Thomas M.,* Das Plagiat in der Populärmusik, 1. Aufl., Baden-Baden 1992.
- Kramarz, Volker,* Warum Hits Hits werden: Erfolgsfaktoren der Popmusik: eine Untersuchung erfolgreicher Songs und exemplarischer Eigenproduktionen, Bielefeld 2014.
- Miller, George A.:* The magical number seven, plus minus two Some limits on our capacity for processing information, *Psychological Review* 63 (1956), S. 81ff.
- Moore, Alan. F.,* Analyzing popular music, Cambridge 2003.
- Müllensiefen, Daniel / Egermann, Hauke / Burrows, Sean,* Radio Station Jingles: How statistical learning applies to a special genre of audio logos, in: Bronner, K. / Ringe, C. / Hirt, R. (Hrsg.), *Audio Branding Yearbook 2014/2015*, Baden-Baden 2015, S. 53ff.
- Müllensiefen, Daniel / Frieler, Klaus:* Cognitive Adequacy in the Measurement of Melodic Similarity: Algorithmic vs. Human Judgments, *Computing in Musicology* 13 (2004), o.S.
- Müllensiefen, Daniel / Pendzich, Marc:* Court decisions on music plagiarism and the predictive value of similarity algorithms. *Musicae Scientiae Discussion Forum* 4B (2009), S. 257ff.
- Müllensiefen, Daniel / Wiggins, Geraint / Lewis, David,* High-Level Feature Descriptors and Corpus-Based Musicology: Techniques for modelling Music Cognition, in: Schneider, A. (Hrsg.), *Hamburger Jahrbuch für Musikwissenschaft: Vol. 25. Systematic and Comparative Musicology*, Frankfurt a. M. 2008, S. 133ff.
- Norgaard, Martin:* How Jazz Musicians Improvise: The Central Role of Auditory and Motor Patterns, *Music Perception: An Interdisciplinary Journal*, 31/3 (2014), S. 271ff. doi:10.1525/mp.2014.31.3.271.

- Owens, Thomas.* Charlie Parker. Techniques of Improvisation. University of California 1974.
- Papadopoulos, Alexandre / Roy, Pierre / Pachet, Francois,* Assisted Lead Sheet Composition using FlowComposer, in: Proceedings of the 22nd International Conference on Principles and Practice of Constraint Programming. CP 2016, Toulouse, France 2016.
- Pearce, Marcus T. / Wiggins, Geraint A.:* Expectation in Melody: The Influence of Context and Learning, *Music Perception* 23/5 (2006), S.377ff. doi:10.1525/mp.2006.23.5.377
- Schmidt, Andre / Terhag, Jürgen,* Songwriting: 40 Wege zum eigenen Song, 1. Aufl., Mainz 2010.
- Seabrook, John,* Songmachine: Inside the Hit Factory. New York City 2015.
- Sisario, Ben,* Katy Perry Prevails, <https://www.nytimes.com/2020/03/17/arts/music/katy-perry-dark-horse.html> (zuletzt abgerufen am 24.05.2020).
- Tversky, Amos / Kahneman, Daniel:* Availability: A heuristic for judging frequency and probability, *Cognitive Psychology*, 5/2 (1973), S. 207ff. doi:10.1016/0010-0285(73)90033-9.
- Zajonc, Robert B.:* Attitudinal effects of mere exposure, *Journal of Personality and Social Psychology* 9/2, Pt. 2 (1968), S. 1ff. doi:10.1037/h0025848.



# Metallene Klänge als Wendepunkt der Urheberrechtsdebatte? Zur Frage der Freiheit der digitalen Kultur und Zukunft des Urheberrechts\*

*Dario Henri Haux\*\**

Vier Jahre nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG),<sup>1</sup> wenige Monate nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH)<sup>2</sup> und Tage nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH)<sup>3</sup> zu „Metall auf Metall“ bleibt die Frage bestehen, wie zentralen Herausforderungen der Entstehung digitaler Kultur begegnet werden kann. Insbesondere das erstgenannte Urteil – ein Wendepunkt in der urheberrechtlichen Debatte um die (freie) Verwendbarkeit von Samples in der digitalen Musikproduktion – bietet vielversprechende Ansätze für eine ganzheitliche Betrachtung, welche der Interdisziplinarität der Materie Rechnung trägt. Das Urteil macht deutlich, dass den Schwierigkeiten zufriedenstellend begegnet werden kann, wenn diese in ihrer ganzen Bandbreite bearbeitet werden.

Im Folgenden werden anhand von ausgewählten Passagen aus dem Urteil des BVerfGs Ansätze entwickelt, die als Grundlage für die weitere Diskussion dienen sollen. In diesen für das Urteil exemplarischen Textstellen

---

\* Für anregende Diskussionen und kritische Einwände danke ich allen Teilnehmenden der interdisziplinären Fachtagung des Weizenbaum-Instituts für die vernetzte Gesellschaft und des Fachausschusses Urheberrecht der Gesellschaft für Musikwirtschafts- und Musikkulturforchung (GMM) am 20. und 21. Februar 2020 in Berlin sowie Fabienne Graf, MLaw, LL.M. (Duke). Die dieser Publikation zugrundeliegende rechtswissenschaftliche Forschung am Kernochan Center for Law, Media, and the Arts (Columbia University) wurde durch ein Doc.Mobility Stipendium des Schweizerischen Nationalfonds (SNF) ermöglicht, auch hierfür bin ich dankbar.

Ich freue mich stets über Feedback an [dario.haux@unilu.ch](mailto:dario.haux@unilu.ch).

\*\* Dario Henri Haux, LL.M. (Columbia) ist Rechtswissenschaftler und Mediator. Seit 2017 forscht er an der Universität Luzern zum Informations- und Immaterialgüterrecht mit Rechtsgrundlagenbezug. Er promoviert im Bereich des Urheberrechts und der Rechtsphilosophie.

1 BVerfG, Urt. v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13, NJW 2016, 2247 – Metall auf Metall.

2 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, NJW 2019, 2913.

3 BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16.

macht das Gericht deutlich, welche Bedeutung kollektiver Kreativität<sup>4</sup> und nicht rein ökonomisch basierten Austauschverhältnissen<sup>5</sup> bei der Entstehung digitaler Kultur zukommt. Ferner wird in dem vorliegenden Aufsatz versucht, eine Brücke zu bestehenden Überlegungen zu schlagen, indem das Modell des „Internets als Lebensraum“ von Malte-Christian Gruber vorgestellt wird.<sup>6</sup> Über die Berücksichtigung neuer Produktionsbedingungen in der Musikindustrie hinaus versucht dieser Ansatz die Bedeutung digitaler Technologien für den Lebensalltag nachzuvollziehen und schafft auf diese Weise Grundlagen, die sich für den Umgang mit digitaler Kultur nutzen lassen. Darauf aufbauend lässt sich zum einen die Bedeutung kommunikativer sowie referentieller Praktiken bei der Entstehung (digitaler) Musik herausarbeiten und zum anderen die in diesem Prozess erforderliche Berücksichtigung und Erfassung der Medien erörtern. Das übergeordnete Ziel ist es, die Entstehung digitaler Kultur und neuer Praktiken in ihrem Zusammenhang mit technologischen Gegebenheiten nachzuvollziehen. Daran anknüpfend liegt diesem Beitrag die These zugrunde, dass eine interdisziplinär ausgerichtete Rechtswissenschaft das Urteil zum Anlass nehmen sollte, neue Kulturpraktiken und Verhältnisse in einem ersten Schritt nachzuvollziehen, um sodann in einem zweiten Schritt eine überfällige Anpassung des Rechts einzuleiten. Während im ersten Teil (1.) des Beitrags das Urteil des BVerfG zu „Metall auf Metall“ vorgestellt wird, zeigt der zweite Teil (2.) mögliche Anknüpfungspunkte für eine weitergehende, interdisziplinär zu führende Diskussion auf, die u.a. während der *tipping points*-Tagung ihren Anfang genommen hat.

### 1. „Metall auf Metall“ im Recht

Seit jeher ist das Verhältnis zwischen der Musik und dem Urheberrecht von zahlreichen Spannungen geprägt.<sup>7</sup> Diese betreffen nicht nur die Musikproduktion, sondern auch die Verbreitung musikalischer Werke. Digitale Netzwerke multiplizieren hierbei die Möglichkeiten des Austauschs und der Zusammenarbeit,<sup>8</sup> was neue Herausforderungen mit sich bringt. Diese kulminieren im nachstehend dargestellten Fall. Die Problemstellung

---

4 Siehe dazu unter 2.1.

5 Siehe dazu unter 2.2.

6 Siehe dazu unter 2.3.

7 Vgl. *Döhl*, Substantially similar?, in: Bung/Gruber/Kühn, Plagiate, 201 ff.

8 Aus (rechts-)soziologischer Sicht dazu *Schrör*, Die Auswirkungen rechtlicher Unsicherheit auf Produktions-konventionen in der Low-Budget Musikindustrie, <http://>

gen, welche die Frage der Anerkennung neuer kultureller Praktiken, die Stellung der Urheberin<sup>9</sup> oder umfassender das Verhältnis von Recht und Technologie betreffen, bleiben auch nach der jüngsten Entscheidung des EuGH<sup>10</sup> und des BGH<sup>11</sup> bestehen.

### 1.1 Der Sachverhalt

In der Auseinandersetzung um eine Musiksequenz stehen sich personell die Band Kraftwerk und der Musikproduzent Moses Pelham gegenüber. Letzterer hatte auf das von Kraftwerk im Jahr 1977 komponierte Werk „Metall auf Metall“ zurückgegriffen und ein zweisekündiges Sample als sog. *Loop*<sup>12</sup> in das Lied „Nur Mir“ eingefügt. Im Jahr 1997 wurde es auf dem Album „Die neue S-Klasse“ veröffentlicht. Nachdem außergerichtlich keine Lösung gefunden werden konnte, entschied sich Kraftwerk zur Klage und machte eine Verletzung ihrer Tonträgerherstellerrechte aus § 85 I UrhG geltend. Infolgedessen untersagte das LG Hamburg den Vertrieb des Titels und sprach der Klägerpartei Schadensersatz zu.<sup>13</sup> In den Folgejahren hatten sich sodann mehrere Gerichte mit der Frage der (analogen) Anwendbarkeit der in § 24 I UrhG normierten freien Benutzung auseinanderzusetzen.<sup>14</sup> Nach einer erneuten Revision zum BGH wurde die Klage schließlich zurückgewiesen.<sup>15</sup>

Pelham wandte sich mit einer Verfassungsbeschwerde an das BVerfG und rügte im Wesentlichen eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 5

---

[www.wiwiss.fu-berlin.de/forschung/organized-creativity/3\\_publications/DiscPaper/index.html](http://www.wiwiss.fu-berlin.de/forschung/organized-creativity/3_publications/DiscPaper/index.html) (zuletzt abgerufen am 08.07.2020), 1 ff.

- 9 Sofern nicht anders angegeben, ist im Folgenden stets auch die männliche Form gemeint.
- 10 So ist etwa unklar, wer über die „Nichterkennbarkeit“ entscheiden soll, vgl. *Heidrich/Maier*, c't 2019, 34 f.; vgl. zur Möglichkeit einer „fair use“ Regelung im deutschen Urheberrecht *Maier*, *Remixe*, 94 ff.
- 11 Auch nach dem BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16 bleibt das Sampling nur „halb legal“, so *Fischer*, Bundesgerichtshof stärkt Pressefreiheit gegenüber Urheberrecht – Sampling weiterhin nur halb legal, <https://irights.info/artikel/bundesgerichtshof-staerkt-pressefreiheit-gegenueber-urheberrecht-sampling-weiterhin-nur-halb-legal/30077> (zuletzt abgerufen am 08.07.2020).
- 12 Zum *Loop* vgl. *Canaris*, *Melodie*, 39; *Wagner*, MMR 2016, 513 ff.
- 13 LG Hamburg, Urt. v. 08.10.2004 – 308 O 90/99.
- 14 Bis dahin zuletzt BGH, Urt. v. 20.11.2008 – I ZR 112/06 (OLG Hamburg), NJW 2009, 770; zu § 24 Abs. 1 UrhG im Rahmen urheberrechtlicher Herausforderungen durch Samples, siehe *Döbl*, *Mashup*, 41 ff.
- 15 BGH, Urt. v. 13. 12. 2012 – I ZR 182/11, NJW 2013, 1885 ff.

Abs. 3 Satz 1 GG (Kunstfreiheit) und Art. 3 Abs. 1 GG (Gleichheitssatz).<sup>16</sup> Die Richterinnen versuchten zu klären, „inwieweit sich Musikschaffende bei der Übernahme von Ausschnitten aus fremden Tonträgern im Wege des sogenannten Sampling gegenüber leistungsschutzrechtlichen Ansprüchen der Tonträgerhersteller auf die Kunstfreiheit berufen können“.<sup>17</sup> In der Entscheidung betonte das Gericht, dass bei der Abwägung zwischen dem Grundrecht auf Eigentum und der Kunstfreiheit diejenige Option bevorzugt werden solle, welche die Grundrechte der Beteiligten in praktischer Konkordanz zur Geltung bringe.<sup>18</sup> Hierbei sei eine kunstspezifische Betrachtungsweise erforderlich.<sup>19</sup> Die Annahme, dass bereits die Übernahme kleinster Tonssequenzen einen unzulässigen Eingriff in das Recht der Tonträgerherstellerin darstelle, würde der Kunstfreiheit nicht hinreichend Rechnung tragen.<sup>20</sup> Infolgedessen wurde das Verfahren an den deutschen Bundesgerichtshof zurückverwiesen, der sich wiederum an den EuGH wandte.<sup>21</sup> Vorliegend liegt der Fokus indes auf der Entscheidung des BVerfG. Durch die Hinwendung des Blickes auf das gemeinsame Ziel der Weiterentwicklung von Kultur und kulturellen Praktiken in einem von neuen Technologien geprägten Zeitalter liefert es entscheidende Impulse für rechtswissenschaftliche Überlegungen im Bereich des Immaterialgüterrechts und darüber hinaus.

---

16 BVerfG, Urt. v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13, NJW 2016, 2247, 2247 – Metall auf Metall.

17 BVerfG, Urt. v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13, NJW 2016, 2247, 2247 – Metall auf Metall.

18 BVerfG, Urt. v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13, NJW 2016, 2247, 2248 – Metall auf Metall.

19 BVerfG, Urt. v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13, NJW 2016, 2247, 2250 – Metall auf Metall; nach *Wielsch*, Zugangsregeln, 78 statuiert das Gericht damit eine „kunstspezifische Zugangsregel.“

20 BVerfG, Urt. v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13, NJW 2016, 2247, 2251 – Metall auf Metall.

21 BGH, Vorlagebeschluss v. 01.06.2017 – I ZR 115/16, NJW 2017, 3472; zum weiteren Verlauf: Generalanwalt beim EuGH, Schlussanträge v. 12.12.2018 – C-476/17 – ZUM 2019, 237; EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, NJW 2019, 2913; BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16.

## 1.2 Der Mehrwert

Wenngleich das Urteil für einige Autorinnen verfassungsrechtlich „wenig spektakulär“ ausfällt,<sup>22</sup> bietet es Anlass, über zentrale Fragen jenseits der rein juristisch dogmatischen Auseinandersetzung<sup>23</sup> zu diskutieren. Das Ziel ist es somit nicht, starre Begriffszuweisungen und Vereinfachungen zu entwickeln, sondern vielmehr Teilbereiche einer Gesamtproblematik im Kontext der Entstehung digitaler Kultur zu identifizieren, um diese für fachübergreifende Diskussionen zu öffnen. Diese Teilbereiche treffen in erster Linie die Frage der Anerkennung neuer digitaler Kulturpraktiken, das Verhältnis zwischen ökonomischen und nicht ökonomisch basierten Verhältnissen im Kontext der Entstehung von Kultur sowie allgemeiner die Bedeutung des Internets für den Lebensalltag und mithin auch für die Produktionsbedingungen digitaler Kultur.

## 2. „Metall auf Metall“ im Kontext des digitalen (Lebens-)Raums

Sowohl die Verfahrensdauer von inzwischen über zwanzig Jahren, als auch die konträren Meinungen der verschiedenen juristischen Akteurinnen<sup>24</sup> zeigen exemplarisch auf, dass den bestehenden Unsicherheiten<sup>25</sup> nicht allein durch das Recht begegnet werden kann. Hinzu kommt, dass sich während der Laufzeit des Verfahrens die Produktionsbedingungen in der Musikindustrie weiter verändert haben, wodurch sich auch neue Erwartungen an das Recht ergeben.<sup>26</sup> Während das Urteil des EuGH zwar versucht einen Schlussstrich unter das Thema zu ziehen, bleibt der Status dieser di-

---

22 *Wielsch*, Kunst ist mehr als nur Investition: zum Sampling-Urteil des BVerfG, <https://verfassungsblog.de/kunst-ist-mehr-als-nur-investition-zum-sampling-urteil-des-bverfg/> (zuletzt abgerufen am 08.07.2020).

23 Siehe dazu *Ladeur*, ZGE/IPJ 2016, 447 ff., 447 ff.; *Wagner*, MMR 2016, 513 ff.

24 Siehe beispielhaft den Schlussantrag des Generalanwalts vom 12. Dezember 2018, Generalanwalt *Szpunar*, Schlussantrag, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2018:1002 sowie das Urteil des EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17.

25 Vgl. zu diesem Aspekt im Kontext des Musiksamplings *Schrör*, Die Auswirkungen rechtlicher Unsicherheit auf Produktionskonventionen in der Low-Budget Musikindustrie, [http://www.wiwiss.fu-berlin.de/forschung/organiz\\_ed-creativity/3\\_publications/Disc-Paper/index.html](http://www.wiwiss.fu-berlin.de/forschung/organiz_ed-creativity/3_publications/Disc-Paper/index.html) (zuletzt abgerufen am 08.07.2020), 2 ff.

26 Ob diese Erwartungen durch die Richtlinie (EU) 2019/790 (Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt) erfüllt werden, sei vorliegend dahingestellt.

gitalen Kulturpraktiken weitestgehend ungeklärt.<sup>27</sup> Diese Erkenntnis bezieht sich nicht nur auf den rechtlichen Status, sondern die gesellschaftliche Bewertung im Allgemeinen.<sup>28</sup>

Anhand richtungsweisender Zitate aus dem Urteil des BVerfG zu „Metall auf Metall“ wird im Folgenden aufgezeigt, dass über die rein rechtlichen Implikationen des Falls hinaus zentrale Punkte für die weitere wissenschaftliche Auseinandersetzung herausgearbeitet werden können. Das Ziel ist es, dass diese Diskussionsstränge wiederum Eingang in die erwartete gesellschaftliche Verhandlung der Implikationen digitaler Kultur finden können.

## 2.1 Die Anerkennung digitaler Kulturpraktiken

„Das eigene Nachspielen von Klängen stellt ebenfalls keinen gleichwertigen Ersatz dar. Der Einsatz von Samples ist eines der stilprägenden Elemente des Hip-Hop. Der direkte Zugriff auf das Originaltondokument ist – ähnlich wie bei der Kunstform der Collage – Mittel zur ‚ästhetischen Reformulierung des kollektiven Gedächtnisses kultureller Gemeinschaften‘ und wesentliches Element eines experimentell synthetisierenden Schaffensprozesses. Die erforderliche kunstspezifische Betrachtung verlangt, diese genrespezifischen Aspekte nicht unberücksichtigt zu lassen. Dass in anderen Bereichen Samples auch oder vorrangig zum Zweck der Kostenersparnis eingesetzt werden, darf nicht dazu führen, den Einsatz dieses Gestaltungsmittels auch dort unzulässig zu erschweren, wo es stilprägend ist.“<sup>29</sup>

Im Bereich des Immaterialgüterrechts wird eine strikte ontologische und semantische Trennung zwischen Recht und Kultur hinterfragt.<sup>30</sup> Bestärkt wird ein solches Verständnis durch den Umstand, dass „Kultur“ im Ergebnis stets auch das Produkt gesellschaftspolitischer Entscheidungen darstellt

---

27 Beispielhaft steht hierfür etwa auch die (urheber-)rechtliche Einstufung digitaler Fotografie im Museumsalltag, BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, NJW 2019, 757 – Museumsfotos.

28 Als Beispiel lässt sich in diesem Zusammenhang an die Diskussion um Helene Hegemann erinnern. Siehe dazu Gruber, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, Plagiate, 87 ff.

29 BVerfG, Urt. v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13, NJW 2016, 2247, 2251 – Metall auf Metall [Hervorh. d. Verf.].

30 Vgl. dazu auch Bruncevic, Commons, 52.

und als Reflexionsbegriff Verwendung findet.<sup>31</sup> Anhand des digitalen Musiksamplings wird deutlich, dass sich Kulturpraktiken im Wandel befinden,<sup>32</sup> neue Formen und Orte kultureller Produktion entstehen<sup>33</sup> und diese Veränderungen bisher unzureichend erfasst werden. Massenhaft und sekundenschnell wird zwischen den verschiedenen Medien und Formaten, zwischen alt und neu hin- und hergewechselt, wobei sich Fragen der erforderlichen Schöpfungshöhe und somit auch der Originalität stellen.<sup>34</sup> Zudem ist zum jetzigen Zeitpunkt offen, was Kultur im Zeitalter digitaler Medien ausmacht. Versucht man dieses Kriterium zu spezifizieren, spielen insbesondere Stilrichtungen eine maßgebliche Rolle. So argumentieren die Beschwerdeführer, dass die Musikkultur einen Rückgriff auf die Werke anderer bedinge, um eine kulturelle Fortentwicklung sicherzustellen.<sup>35</sup> Gleichwohl ist zu fragen, inwiefern sich diese Aussagen verallgemeinern lassen.<sup>36</sup> In diesem Zusammenhang erscheint insbesondere der folgende Auszug relevant:

„Der Verweis auf die Lizenzierungsmöglichkeit bietet *keinen gleichwertigen Schutz der künstlerischen Betätigungsfreiheit*: Auf die Einräumung einer Lizenz zur Übernahme des Sample besteht kein Anspruch; sie kann von dem Tonträgerhersteller aufgrund seines Verfügungsrechts ohne Angabe von Gründen und ungeachtet der Bereitschaft zur Zahlung eines Entgelts für die Lizenzierung verweigert werden. Für die Übernahme kann der Tonträgerhersteller die Zahlung einer Lizenzgebühr verlangen, deren Höhe er – innerhalb der allgemeinen rechtlichen Grenzen, also insbesondere des Wucherverbots des § 138 Abs. 2 BGB – frei festsetzen kann. Besonders schwierig gestaltet sich der Prozess der Rechteeinräumung bei Werken, die viele verschiedene Samples benutzen und diese collagenartig zusammenstellen. Die Existenz

---

31 *Quarta*, *Questione Giustizia* 2017, 72 ff.

32 Siehe dazu ebenfalls *Schrör*, Die Auswirkungen rechtlicher Unsicherheit auf Produktionskonventionen in der Low-Budget Musikindustrie, [https://www.wiwiw.fu-berlin.de/forschung/organized-creativity/media/OC\\_DiscPapSerie\\_Simon\\_Schroer.pdf](https://www.wiwiw.fu-berlin.de/forschung/organized-creativity/media/OC_DiscPapSerie_Simon_Schroer.pdf), (zuletzt abgerufen am 08.07.2020), 1 ff.

33 *Febling*, Open Access, in: Hoffmann-Riem, *Innovationen*, 339.

34 Besonders aktuell erscheint in diesem Zusammenhang der Rechtsstreit um die „New Portraits“ Instagram Bilderserie des Künstlers Richard Prince in den USA, *Graham v. Prince*, 265 F Supp 3d 366 (SDNY 2017).

35 BVerfG, Urt. v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13, NJW 2016, 2247, 2252 – Metall auf Metall.

36 Vergleiche zu diesem Aspekt im Kontext des Urteils des BVerfG etwa *Maier*, *Remixe*, 54 ff.

von Sampledatenbanken, auf denen Samples samt den Nutzungsrechten erworben werden können, sowie von Dienstleistern, die Musikschaffende beim Sampleclearing unterstützen, beseitigen diese Schwierigkeiten nur teilweise, da bei deren Inanspruchnahme unter Umständen erhebliche Transaktionskosten und größerer Rechercheaufwand entstehen. *Außerdem schränkt die Verweisung hierauf die Samplingmöglichkeiten erheblich – nämlich auf das jeweils vorhandene Angebot – ein.*<sup>37</sup>

Deutlich wird, dass sich die Richterinnen nicht mehr nur auf das musikalische Genre des Hip-Hop beziehen, sondern ökonomische Erwägungen dem Ziel einer kulturellen Weiterentwicklung im Allgemeinen unterordnen. Beim künstlerischen Schaffen kommt es demnach entscheidend darauf an, dass auf eine große Bandbreite an Werken zurückgegriffen werden kann.<sup>38</sup> Dies steht in einer Linie mit Entwicklungen etwa im Wissenschaftsbereich – Stichwort Open Science und Open Access – in denen der offene Zugang zu den Werken anderer Wissenschaftlerinnen gefordert wird, um den Forschungsdiskurs zu verfestigen und eine Fortentwicklung zu vereinfachen. Zwar treten hierbei insbesondere in der Rechtswissenschaft starke Beharrungskräfte zutage,<sup>39</sup> gleichzeitig formieren sich auch zunehmend Initiativen, die sich für eine Öffnung aussprechen.<sup>40</sup> Insbesondere das vom BVerfG erwartete Urteil zur Open-Access Strategie an der Universität Konstanz wird hierbei hoffentlich für weitere Klarheit und Rechtssicherheit sorgen.<sup>41</sup>

In diesem Sinne erfreut es, dass das BVerfG im Fall „Metall auf Metall“ die sich im Wandel befindlichen, veränderten Produktionsbedingungen digitaler Kultur grundsätzlich anerkennt.<sup>42</sup> Hierbei lässt sich hinterfragen, ob der Rückgriff auf fremde Werke tatsächlich eine fundamentale Änderung einiger kultureller Praktiken darstellt oder ob das Urheberrecht diese

---

37 BVerfG, Urt. v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13, NJW 2016, 2247, 2251 – Metall auf Metall [Hervorh. d. Verf.].

38 „[E]ntnommene Teile (werden) wie ein neues Instrument genutzt.“ BVerfG, Urt. v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 26 – Metall auf Metall; *Döhl*, Mashup, 88 ff.

39 *Graf/Haux*, sui-generis 2017, 229, 243.

40 Siehe beispielhaft die jurOA Tagung am 19. Oktober 2018 in Frankfurt/M., Open Access für die Rechtswissenschaft (jurOA), [www.juroa.de](http://www.juroa.de), (zuletzt abgerufen am 08.07.2020).

41 VGH Baden-Württemberg – 9 S 2056/16 (anhängig).

42 Vgl. *Maier*, Remixe, 54 m.w.N.

Praxis bis dato schlichtweg nicht anerkennen wollte.<sup>43</sup> Gleichwohl ist anzuerkennen, dass neue Möglichkeiten im digitalen Bereich, das Aufkommen von kulturell relevanten *Posts* und einer massenhaften Digitalisierung,<sup>44</sup> in jedem Fall eine quantitative Herausforderung darstellen. Hierbei spielt auch die Laufzeit des vorliegenden Falles eine maßgebliche Rolle: die Auseinandersetzung um „Metall auf Metall“ fällt in eine Zeit, in der Veränderungen unserer Lebenswelten stattfinden, wovon auch die Musik und andere Kulturpraktiken nicht unberührt bleiben.

## 2.2 *Digitale Kultur und monetäre Anreize*

„Soweit die Kläger des Ausgangsverfahrens die Untersagung der Verwendung des Sample nicht zur ökonomischen Verwertung ihrer Leistung erstreben, sondern damit verhindern wollen, dass ihr Musikwerk in anderen Zusammenhängen erscheint, fällt ihr Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG nicht erheblich ins Gewicht. Zudem sind sie durch die Entscheidungen im Ausgangsverfahren ausschließlich in ihren Interessen als Tonträgerhersteller und damit in ihrer Mittlerfunktion zwischen Künstlern und Publikum betroffen, nicht dagegen in ihrer Rolle als Künstler und Urheber.“

*Danach steht hier ein geringfügiger Eingriff in das Tonträgerherstellerecht ohne erhebliche wirtschaftliche Nachteile einer erheblichen Beeinträchtigung der künstlerischen Betätigungs- und Entfaltungsfreiheit gegenüber.*<sup>45</sup>

Einhergehend mit der Frage der Zulässigkeit eines Rückgriffs auf die Werke anderer stellt sich die Frage, ob im Falle der Verwendung auch eine monetäre Vergütung entrichtet werden muss. Das Gericht trifft hierbei zwar keine abschließende Entscheidung, äußert sich jedoch deutlich im Sinne der Weiterentwicklung der (digitalen) Kultur,<sup>46</sup> welche oftmals auf anders gelagerten Austauschverhältnissen aufbaut. Kraftwerk widersetzt sich dieser Argumentation und betont, dass sie ansonsten erhebliche finanzielle

---

43 Siehe dazu *Gruber*, Anfechtungen des Plagiats, in: *Bung/Gruber/Kühn*, Plagiate, 87 ff.

44 Siehe zur Anerkennung dieser digitalen Inhalte als Kulturerbe die UNESCO Charta zur Bewahrung des digitalen Kulturerbes, 32. Generalkonferenz, Paris, 17. Oktober 2003.

45 BVerfG, Urt. v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13, NJW 2016, 2247, 2252 – Metall auf Metall [Hervorh. d. Verf.].

46 BVerfG, Urt. v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13, NJW 2016, 2247, 2252 – Metall auf Metall.

Einbußen zu befürchten hätten. Die Einnahmen durch Samplings spielten eine erhebliche Rolle, zumal die Tonfetzen insbesondere aus dem Ausland regelmäßig angefragt würden. Unterstützt wird eine solche Sichtweise durch die grundlegenden Entscheidungen innerhalb des Urheberrechts, innerhalb dessen das Bestehen einer „Vergütungsfunktion“ weiterhin als maßgeblich erachtet wird.<sup>47</sup>

Doch wie kommt das Gericht zu den dazu eher konträr stehenden Schlussfolgerungen? Liegt es an dem Umstand, dass das Sampling in das Zeitgefühl passt?<sup>48</sup> Aus einer Gesamtbetrachtung fügt sich die Argumentation des Gerichts in allgemeine Entwicklungen im digitalen Bereich ein. So spielen im digitalen Raum „Kompensationen“ in Form von Anerkennung und Referenzen eine nicht unbedeutende Rolle.<sup>49</sup> Gleichzeitig nehmen jedoch auch Phänomene der „Massenkultur“ zu, in denen Vorhandenes kopiert und geteilt wird, um ökonomische Ziele zu erreichen. Zwischen diesen zwei Polen versucht das Gericht zu vermitteln und betont, dass zum jetzigen Zeitpunkt die Freiheit im digitalen Kontext der Kultur überwiegt.<sup>50</sup> Inwiefern diese Entscheidung auch in Zukunft Bestand haben wird, bleibt abzuwarten.

### 2.3 *Das Internet als „sozialer Lebensraum“*

*„[E]in Werk (steht) mit der Veröffentlichung nicht mehr allein seinem Inhaber zur Verfügung, sondern tritt bestimmungsgemäß in den gesellschaftlichen Raum und kann damit zu einem eigenständigen, das kulturelle und geistige Bild der Zeit mitbestimmenden Faktor werden. Da es sich mit der Zeit von der privatrechtlichen Verfügbarkeit löst und geistiges und kulturelles Allgemeingut wird, muss der Urheber hinnehmen, dass es stärker als Anknüpfungspunkt für eine künstlerische Auseinandersetzung dient.“<sup>51</sup>*

---

47 Vgl. im Kontext digitaler Musik insbesondere *Michalik*, Digitale Musikwelt, 121 ff.

48 So ist auch von einer bestehenden „Remix-Kultur“ die Rede, vgl. *Michalik*, Digitale Musikwelt, 132; nach *Pötzlberger*, Pastiche 2.0, 675 wurde dieser Begriff entscheidend von *Lessig*, Remix, passim geprägt.

49 Zum Aspekt der Anerkennung bzw. Hommage im Rahmen der Metall auf Metall Rechtsprechung, aus dem Blickwinkel des „Pastiche“, *Pötzlberger*, Pastiche 2.0, insb. 679; vgl. auch *Summerer*, Fan Art, 2.

50 Vgl. auch BVerfG, Urt. v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13, NJW 2016, 2247, 2252 – Metall auf Metall.

51 BVerfG, Urt. v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13, NJW 2016, 2247, 2250 – Metall auf Metall. [Hervorh. d. Verf.].

Das Gericht betont, dass § 85 Abs. 1 UrhG zwar eine Schranke der Kunstfreiheit darstellen könne, daraus jedoch keine umfassende wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit folge.<sup>52</sup> Im selben Kontext wird das undefinierte Konzept eines „gesellschaftlichen Raums“ erwähnt. Diese Hinweise sind gleichwohl sehr offen und abstrakt gefasst. Können sie trotzdem zur Diskussion um das Entstehen und Verbreiten digitaler Kultur beitragen? Es zeichnet sich ab, dass die Offenheit keinen Mangel darstellt, sondern vielmehr Gelegenheit bietet sich mit zeitgemäßen Ansätzen bezüglich eines digital-gesellschaftlichen „Raumes“ auseinander zu setzen. Insbesondere in den Rechtswissenschaften, in denen es weiterhin an theoretisch fundierten Auseinandersetzungen mit Raumbegriffen fehlt<sup>53</sup> ist dies von Bedeutung, um die Grenzen, Akteure und (juristischen) Verhältnisse innerhalb derselben zu identifizieren. Gleichzeitig steht fest, dass dies eine interdisziplinäre Dimension betrifft,<sup>54</sup> wobei auch in anderen Fachbereichen vieles ungeklärt bleibt.<sup>55</sup>

Vorliegend soll anhand des von Malte-Christian Gruber vertretenen Ansatzes „Internet als Lebensraum“<sup>56</sup> versucht werden, Konkretisierungen vorzunehmen. Seine Überlegungen zielen auf den technologisierten Menschen ab, dessen Stellung sich im Wandel befindet.<sup>57</sup> In Zeiten moderner informationstechnischer Systeme entstehen Gruber zufolge neue bioartifizielle Verbindungen, die es erforderlich machen, das Internet mitsamt seiner „sinnhafte[n] und technische[n] Kommunikation“<sup>58</sup> zu beschreiben. Mithin ist eine technisiert-rechtssoziologische Perspektive einzunehmen.

---

52 BVerfG, Urt. v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13, NJW 2016, 2247, 2250 – Metall auf Metall.

53 Dreier/Wittreck, Rechtswissenschaft, in: Günzel, Raumwissenschaften, 338, 339 ff.; eine Ausnahme stellt indes *Philippopoulos-Mihalopoulos*, Spatial Justice, passim dar; siehe auch *Piras*, Virtuelles Hausrecht?, 38 ff.

54 Umfassend dazu *Günzel*, Raumphilosophie, passim.

55 Vgl. überblicksartig *Abedinpour*, Digitale Gesellschaft, 218 ff.; siehe auch die weiterführenden Hinweise bei *Schörghumer*, Virtuelle Räume, 15.

56 *Gruber*, Digitaler Lebensraum, in: Lomfeld, Die Fälle der Gesellschaft, 115 ff.; in diese Richtung auch *Schörghumer*, Virtuelle Räume, 119 ff.; *Schroer*, Räume, 17 ff.; 259 ff.; kritisch zum Begriff des Lebensraums *Dreier/Wittreck*, Rechtswissenschaft, in: Günzel, Raumwissenschaften, 338, 344 f.; *Löw*, Raumsoziologie, 9 ff.

57 „Es ist die besondere bioartifizielle Verbindung zwischen informationstechnischen und psychophysischen Systemen, zwischen vernetzten Computern und menschlichen Bewusstseinen wie auch lebendigen Körpern, welche die neue Konstruktion des Grundrechts [...] notwendig gemacht hat“, *Gruber*, Bioinformati-  
onsrecht, 136.

58 *Gruber*, Digitaler Lebensraum, in: Lomfeld, Die Fälle der Gesellschaft, 115, 122.; *Ders.*, Bioinformati-  
onsrecht, 137 ff. und 232 ff.

Als Ausgangspunkt seiner Analyse dient ein Urteil des BGH, in dem es dem Kläger für einen längeren Zeitraum unmöglich war, den vertraglich zugesicherten Internetanschluss zu nutzen. Gerichtlich machte er gegenüber dem Telekommunikationsunternehmen als Vertragspartnerin deshalb unter anderem Schadensersatz für den Fortfall der Nutzungsmöglichkeit des DSL-Anschlusses für das Festnetztelefon, das Telefaxgerät und den Internetverkehr geltend. Einerseits hielt das Gericht mit Bezug auf das Faxgerät fest, dass sich die unterbrochene Faxverbindung kaum auf die „materiale Grundlage der Lebenshaltung“<sup>59</sup> auswirke. Andererseits betonten die Richterinnen, dass der Ausfall des Internetanschlusses durchaus einen ersatzfähigen Vermögensschaden darstellen kann.<sup>60</sup> Gruber greift diese Entscheidung auf und vertritt die Meinung, dass der Fall tiefergehender vom „Ausfall der technisierten Gesellschaft“ bzw. vom „Entzug des kommunikativen Zugangs“<sup>61</sup> handelt. Im Rahmen dessen versucht er den ursprünglichen Leitzatz umzuformulieren, um die ihm zufolge rechtlich wenig überzeugende Konstruktion eines „abstrakten Nutzungsausfalls“ im Rahmen rechtstheoretischer Erwägungen überzeugender zu begründen:

„Wird dem Inhaber eines Internetanschlusses die Möglichkeit genommen, seinen Zugang zum Internet zu nutzen, so ist ihm auch wegen eines hierdurch hervorgerufenen immateriellen Schadens eine billige Entschädigung in Geld zu gewähren.“<sup>62</sup>

Sein offenkundiges Ziel ist es die soziale Bedeutung des Internets als Erfahrungsraum zu unterstreichen. Während das Gericht einen Vergleich zwischen der Nutzung eines PKW und des Internets zieht,<sup>63</sup> spricht sich Gruber für eine Anerkennung als Lebensgrundlage aus.<sup>64</sup> Er begründet dies unter anderem damit, dass verschiedene Informationstechnologien inzwischen einen eigenen Bereich des gesellschaftlichen Lebens abbilden würden.<sup>65</sup>

Doch wie trägt dieses Modell zur Diskussion um den urheberrechtlichen Umgang mit digitalen Samples bei? Gruber wirbt für ein Verständnis des Internets als elementaren Lebensraum, welcher bisweilen die „Bedeu-

---

59 BGH, 24.01.2013 – III ZR 98/12 – BGHZ 196, 101, Rn. 12.

60 BGH, 24.01.2013 – III ZR 98/12 – BGHZ 196, 101, Rubrum.

61 Gruber, Digitaler Lebensraum, in: Lomfeld, Die Fälle der Gesellschaft, 115, 116.

62 Gruber, Digitaler Lebensraum in: Lomfeld, Die Fälle der Gesellschaft, 115.

63 BGH, 24.01.2013 – III ZR 98/12 – BGHZ 196, 101, Rn. 9, 17; kritisch dazu Gruber, Digitaler Lebensraum in: Lomfeld, Die Fälle der Gesellschaft, 115, 119.

64 Gruber, Digitaler Lebensraum in: Lomfeld, Die Fälle der Gesellschaft, 115, 123.

65 Gruber, Digitaler Lebensraum in: Lomfeld, Die Fälle der Gesellschaft, 115, 122.

tung einer körpergleichen Basis der Persönlichkeit annehmen kann.“<sup>66</sup> Seine Überlegungen zeigen die psychosozialen Verbindungen im digitalen Raum auf, die über rein ökonomische Beziehungen hinausgehen. Gerade in der juristisch bis dato unzulänglichen Herleitung von Normierungen im Bereich digitaler Technologien und Netzwerke<sup>67</sup> geraten solche Verbindungen bisweilen in Vergessenheit. Umso wichtiger ist es, die jeweilige Bedeutung der Technologie zu hinterfragen und die Funktionen der „Sozialisierung“ und „Personalisierung“ zu unterstreichen.<sup>68</sup> Mit Bezug auf die Praktik des digitalen Musiksamplings sollte es mithin gelingen, nicht nur die einzelnen Autorinnen mit ihren Werken, sondern darüber hinaus auch die Verknüpfungen zwischen den verschiedenen Autorinnen und den Werken in unterschiedlichen Kontexten, sozusagen den „Stammbaum“<sup>69</sup> der Werke kontextualisiert abzubilden. So geht es darum, die Entstehung, Veränderung und Verbreitung nachzuvollziehen, anstatt Diskussionen erst nach dem Bestehen des „finalen“ Werkes zu führen. Zu fragen ist nach der faktischen Genese von „Autorschaft“ und „Originalität.“<sup>70</sup>

Für die Bearbeitung dieses Forschungsfeldes bietet sich eine Auseinandersetzung mit verschiedenen Raumkonzepten an. Diese ermöglichen die Etablierung eines notwendigen Rahmens, um die genannten Interdependenzen nachzuvollziehen. Zunächst ist somit ein einheitliches Raumverständnis notwendig,<sup>71</sup> das den relationalen Kontext zwischen den Beteiligten sowie der digitalen Kultur abbildet. Auf diese Weise können sich neue Beziehungen stabilisieren<sup>72</sup> und Zusammenhänge herausbilden.<sup>73</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass durch die Weiterentwicklung der Technologie und dem zunehmenden Einfluss künstlicher Intelligenzen bei der Entstehung digitaler Kultur der vorherrschende Anthropozentrismus<sup>74</sup> sowie die Rolle der einzelnen Autorin hinterfragt wird. Die menschlichen Beteiligten rücken aus dem Zentrum.<sup>75</sup> Mit herkömmlichen juristischen Ansätzen

---

66 Gruber, Digitaler Lebensraum in: Lomfeld, Die Fälle der Gesellschaft, 115, 124.

67 Gruber, Digitaler Lebensraum in: Lomfeld, Die Fälle der Gesellschaft, 115, 121.

68 Gruber, Digitaler Lebensraum in: Lomfeld, Die Fälle der Gesellschaft, 115, 123.

69 Gruber, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, Plagiate, 87, 93 f.

70 Vgl. dazu Doll, Plagiat und Fälschung in: Bung/Gruber/Kühn, Plagiate, 35 ff.; sowie Gruber, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, Plagiate, 87 ff.

71 Umfassend dazu Schmidt, Virtueller lokaler Raum, insb. 89 ff.

72 Vgl. Bruncevic, Commons, 129.

73 Vgl. anhand des Beispiels des Sounds *Brøvig-Hanssen/Danielsen*, Digital Signatures, 22 ff.

74 Bruncevic, Commons, 133.

75 Philippopoulos-Mihalopoulos, Spatial Justice, 40; vgl. auch Peukert, Kritik der Ontologie, 154 ff.

scheinen diese Fragen kaum beantwortbar,<sup>76</sup> was die Notwendigkeit einer fachübergreifenden Untersuchung abermals verdeutlicht. Darüber hinaus erfordern es Überlegungen zu einer „Raumqualität des Virtuellen“<sup>77</sup> den Blick weg von den Daten,<sup>78</sup> hin zu den Verhältnissen zu lenken.<sup>79</sup> Neben der Berücksichtigung neuer Subjekte geht es mithin darum, die sozialen Gegebenheiten und Funktionsweisen bei der Entstehung digitaler Kultur nachzuvollziehen. Zentral ist hierbei ein Verständnis des Raumes als „erlebt und gelebt“, wobei das Erleben explizit auch das Aneignen, Interagieren und Gestalten mit einbezieht.<sup>80</sup> Diese Beschreibungen können nicht isoliert und aus der Ferne erfolgen,<sup>81</sup> sondern fordern Interaktion ein.

### 3. Ausblick

Insgesamt manifestieren sich drei Forschungsbereiche, die das BVerfG in den Textabschnitten entweder direkt oder indirekt anspricht: die (fehlende) Anerkennung neuer digitaler Kulturpraktiken, die Bedeutung von Austauschverhältnissen bei der Entstehung digitaler Kultur sowie das relational geprägte Verständnis des digitalen Kulturraums. Die damit einhergehenden Herausforderungen eint, dass sie grundlegende Annahmen des Urheberrechts, namentlich der Autorschaft, der Gestaltungshöhe sowie der Vergütung hinterfragen. Gleichzeitig bedeutet dies nicht, dass die kreative Leistung der Urheberin als solche angezweifelt wird. Vielmehr ist darauf aufbauend das Aufkommen neuer Praktiken und Formen innerhalb der digitalen Kultur als Entwicklung vom Recht positiv anzuerkennen, im Austausch mit den angrenzenden Fachgebieten inhaltlich zu begleiten und – sofern notwendig – positivrechtlich zu implementieren. Dass das BVerfG diese Aspekte sieht, vorsichtig in Abwägung bringt und dabei stets die übergeordnete Bedeutung der nachhaltigen Weiterentwicklung der digitalen Kultur betont, ist in diesem Sinne zu begrüßen.

---

76 Dazu *Bruncevic*, Commons, 67 ff.; weitergehend *Abedinpour*, Digitale Gesellschaft, 228 ff.

77 *Schörgenhuber*, Virtuelle Räume, 12.

78 Zum Verständnis des Bestehens eines Raums aus Daten, *Piras*, Virtuelles Hausrecht?, 40 ff. m.w.N.

79 *Ahrens*, Weltstädte, 17; vgl. auch *Schörgenhuber*, Virtuelle Räume, passim.

80 *Schörgenhuber*, Virtuelle Räume, 17 f.

81 *Schörgenhuber*, Virtuelle Räume, 18.

*Literatur*

- Abedinpour, Reza-Nima*, Digitale Gesellschaft und Urheberrecht: Leistungsschutzrechte und Verwertungsrechte im digitalen Raum, Berlin 2013 -zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2013.
- Abrens, Daniela*, Grenzen der Enträumlichung: Weltstädte, Cyberspace und transnationale Räume in der globalisierten Moderne, Wiesbaden 2001 – zugl.: Aachen, Techn. Hochschule, Diss., 2000.
- Brøvig-Hanssen, Ragnhild/Danielsen, Anne*, Digital Signatures: The Impact of Digitization on Popular Music Sound, Cambridge/London 2016.
- Bruncevic, Merima*, Law, Art and the Commons, Abingdon, Oxon–New York, 2018 – zugl.: Göteborg, Univ., Diss., 2014.
- Canaris, Afra*, Melodie, Klangfarbe und Rhythmus im Urheberrecht. Der Schutz musikalischer Werke und Darbietungen, Baden-Baden 2012 – zugl.: Dresden, TU, Diss., 2011.
- Döhl, Frédéric*, Mashup in der Musik: Fremdreferenzielles Komponieren, Sound Sampling und Urheberrecht, Bielefeld 2016 – zugl.: Berlin, Freie Univ., Habil., 2015.
- Ders.*, Substantially Similar? Das Plagiat aus Sicht des Verhältnisses von Musik und Recht, in: Bung, Jochen/Gruber, Malte/Kühn, Sebastian (Hrsg.), Plagiate. Fälschungen, Imitate und andere Strategien aus zweiter Hand, Berlin 2011, S. 201–215.
- Doll, Martin*, Plagiat und Fälschung: Filiationen von Originalität und Autorschaft, in: Bung Jochen/Gruber, Malte/Kühn, Sebastian (Hrsg.), Plagiate. Fälschungen, Imitate und andere Strategien aus zweiter Hand, Berlin 2011, S. 35–51.
- Dreier, Horst/Wittreck, Fabian*, Rechtswissenschaft, in: Günzel, Stephan (Hrsg.), Raumwissenschaften, Frankfurt M. 2010, S. 338–353.
- Fehling, Michael*, Von der kommerziellen Verlagsproduktion zum Open Access – zur Rolle des Rechts beim Wandel wissenschaftlicher Publikationskanäle, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Innovationen im Recht, Baden-Baden 2016, S. 337–366.
- Graf, Fabienne Sarab/Haux, Dario Henri*: Verpflichtung zu Open Access – universitäres Publizieren der Zukunft?, sui-generis (2017), S. 229 ff.
- Gruber, Malte-Christian*, Fall 9: Digitaler Lebensraum, in: Lomfeld, Bertram (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft – Praxis einer soziologischen Jurisprudenz, Berlin 2017, S. 115–124.
- Ders.*, Bioinformatonsrecht – Zur Persönlichkeitsentfaltung des Menschen in technisierter Verfassung, Tübingen 2015 – zugl.: Frankfurt, Univ., Habil., 2013.
- Ders.*, Anfechtungen des Plagiats: Herausforderung des Rechts am ‚Geistigen Eigentum‘, in: Bung Jochen/Gruber, Malte/Kühn, Sebastian (Hrsg.), Plagiate. Fälschungen, Imitate und andere Strategien aus zweiter Hand, Berlin 2011, S. 87–108.
- Günzel, Stephan*, Lexikon der Raumphilosophie, Darmstadt 2012.

- Heidrich, Joerg/Maier, Henrike*, Sampling-Streit ohne Ende, Was das Urteil des EuGH für die Produktion von Musik bedeutet, c't 18 (2019), S. 34 f.
- Ladeur, Karl-Heinz*, Kunstfreiheit und geistiges Eigentum in digitalen Netzwerken. Zur Entscheidung des BVerfG v. 31.5.2016, 1 BvR 1585/13, ZGE/IPJ 2016, S. 447 ff.
- Lessig, Lawrence*, Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy, New York 2008.
- Löw, Martina*, Raumsoziologie, Frankfurt M. 2001.
- Maier, Henrike*, Remixe auf Hosting-Plattformen: Eine urheberrechtliche Untersuchung filmischer Remixe zwischen grundrechtsrelevanten Schranken und Inhaltfiltern, Tübingen 2018 – zugl.: Berlin, Univ., Diss., 2018.
- Michalik, Joanna von Polen*, Lösungsansätze für das Urheberrecht in der digitalen Musikwelt, Zürich 2013 – zugl.: Zürich, Univ., Diss., 2013.
- Peukert, Alexander*, Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts, Tübingen 2018.
- Philippopoulos-Mihalopoulos, Andreas*, Spatial Justice: Body, Lawscape, Atmosphere, Abingdon/Oxon/New York 2015.
- Piras, Gabrielle*, Virtuelles Hausrecht? Kritik am Versuch der Beschränkung der Internetfreiheit, Tübingen 2016 – zugl.: Potsdam, Univ., Diss., 2015.
- Pötzlberger, Florian*, Pastiche 2.0: Remixing im Lichte des Unionsrechts, GRUR 2018, S. 675 ff.
- Quarta, Alessandra*, Le cose che abbiamo in comune. Una riflessione su beni comuni ed economia collaborativa, Questione Giustizia 2017, S. 72 ff.
- Schmidt, Jan*, Der virtuelle lokale Raum: zur Institutionalisierung lokalbezogener Online-Nutzungsepisoden, München 2005 – Zugl.: Bamberg, Univ., Diss., 2004.
- Schörgenhuber, Maria*, Wie bewohnt man virtuelle Räume? Mit der Philosophie des Wohnens zu einer Phänomenologie des virtuellen Raums, Nordhausen 2011 – zugl. Diss., Universität Wien 2011.
- Schroer, Markus*, Räume, Orte, Grenzen: Auf dem Weg zu einer Soziologie des Raums, Frankfurt M. 2006.
- Schrör, Simon*, Die Auswirkungen rechtlicher Unsicherheit auf Produktionskonventionen in der Low-Budget Musikindustrie, Organized Creativity Discussion Paper No. 19/1, Berlin 2019, [http://www.wiwiss.fu-berlin.de/forschung/organized-creativity/3\\_publications/Disc-Paper/index.html](http://www.wiwiss.fu-berlin.de/forschung/organized-creativity/3_publications/Disc-Paper/index.html) (zuletzt abgerufen am 08.07.2020).
- Summerer, Claudia*, „Illegale Fans“. Die urheberrechtliche Zulässigkeit von Fan Art, Berlin/Boston 2015 – Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2014.
- Wagner, Kristina*, Sampling als Kunstform und die Interessen der Tonträgerhersteller – Auswirkungen der BVerfG-Rechtsprechung auf die Kunstfreiheit, MMR 2016, S. 513 ff.

*Wielsch, Dan*, Kunst ist mehr als nur Investition: zum Sampling Urteil des BVerfG, Fachinformationsdienst für internationale und interdisziplinäre Rechtsforschung 2016, <https://verfassungsblog.de/kunst-ist-mehr-als-nur-investition-zum-sampling-urteil-des-bverfg/> (zuletzt abgerufen am 08.07.2020), doi: 10.17176/20160601-134453.

*Ders.*, Zugangsregeln – Die Rechtsverfassung der Wissensteilung, Tübingen 2008 – zugl. Frankfurt M., Univ., Habil., 2007.



# Onlinemärkte für Musiksamples und die Fixierung flüchtiger Waren

Konstantin Hondros \*

## 1 Samples als flüchtige Waren

Digitalisierung beeinflusst wirtschaftliche und künstlerische Praktiken auf vielfältige Weise. Während aus wirtschaftlicher Sicht die Schaffung neuer Märkte Bedeutung hat<sup>1</sup>, zeichnen sich künstlerische Praktiken im Digitalen hinsichtlich des erweiterten Möglichkeitsraumes aus, Neues aus Vorbestehendem zu schaffen<sup>2</sup> – ein trügerischer *perfect match*, wie ich am Beispiel der Onlinemärkte für Musiksamples bespreche. Vor dem Hintergrund der Vereinheitlichung digitaler Märkte durch die Richtlinienreform der EU über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt untersuche ich, ob und inwiefern es sich bei Musiksamples um Waren handelt und wie sie online dazu gemacht werden. Samples verstehe ich dabei als Musikfragmente, die hergestellt worden sind, um in Musikproduktionen verwendet zu werden.

In meiner Untersuchung nehme ich einen heuristischen Blickwinkel auf Samples ein und untersuche sie als potentiell *flüchtige Waren*. Mit dem Konzept der *Flüchtigkeit* greife ich auf eine Begrifflichkeit zurück, die bisher weder in der Analyse von Waren, noch in der Literatur zu Sampling eine ausgewiesene Rolle gespielt hat. Ich verspreche mir davon, eine rechtliche mit einer ästhetischen Dimension von Samples zu verbinden, die beide für Musiksamples und ebenso für weitere Waren in einer an Remix ausgerichteten, digitalen Ökonomie von Bedeutung sind. Für Onlinemärkte möchte ich mit meinem Beitrag zeigen, dass Musiksamples auf diesen zumeist fixiert werden und damit als *entflüchtigt* zu betrachten sind. Der *per-*

---

\* Konstantin Hondros (M.A, Mag.) ist Soziologe und Theaterwissenschaftler und arbeitet als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Duisburg-Essen. Er forscht zu kreativen Prozessen, Praktiken musikalischer Ähnlichkeit und regulatorischen Unsicherheiten mit Urheberrechtsbezug.

1 Goodman Berkeley Technology Law Journal 2004, 1389.

2 Knobel und Lankshear Journal of adolescent & adult literacy 2008, 22.

*fect match* zwischen neuen Märkten und erweitertem Möglichkeitsraum erfüllt sich häufig nicht.

Mit *Flüchtigkeit* orientiere ich mich zunächst allgemein an der Analyse der Moderne von Bauman<sup>3</sup>. Bauman beschreibt Flüchtigkeit als eine gesellschaftliche Verfasstheit, in der überkommene Ordnungen durch Fragmentierungen abgelöst werden. Wo zuvor voneinander räumlich und zeitlich Abgegrenztes, Bauman spricht von „solids“<sup>4</sup>, Handlungssicherheit versprochen hat, führt Flüchtigkeit zu Übergängen zwischen vormals Getrenntem, was von weitreichenden Unsicherheiten begleitet ist. Baumans Verständnis von Flüchtigkeit ist für Musiksamples insofern anschlussfähig, als es auf ihre Herstellungspraktik verweist, die im Auswählen und Kuratieren von Musikfragmenten liegt, und mit Unsicherheiten verbunden ist<sup>5</sup>. Das Mixen von Fragmenten durch Remix stellt eine mögliche Überwindung ästhetischer und ebenso rechtlicher Ordnungen dar, durch die sich zuvor klar gezogene Trennungen zwischen musikalischen Werken, wie sie das Urheberrecht vornimmt, als räumlich und zeitlich aufgebrochen erweisen.

Ausgehend von dieser zeitdiagnostischen Einbettung nehme ich mit Flüchtigkeit eine vorübergehende Zeitlichkeit in den Blick, die ich für die ästhetische Herstellung von Musiksamples konstatiere. Dabei beziehe ich mich auf die Untersuchung der Performativität theatraler Ästhetik. Für diese ist eine „Flüchtigkeit von Aufführungen“ ausgearbeitet worden, mit der die Bedeutung des Ephemeren in der Kunstproduktion unterstrichen wird<sup>6</sup>. Flüchtigkeit ist aus dieser Perspektive eine eigene ästhetische Qualität, der durch Fixierung, bspw. der digitalen Aufzeichnung einer Aufführung am Theater, nur teilweise beizukommen ist<sup>7</sup>. Auf diese Flüchtigkeit in der Kunstproduktion möchte ich hinaus, wenn ich Musiksamples als Waren verstehe, die in performativen Akten der Herstellung, Auswahl und damit des Kuratierens von Musikfragmenten entstehen.

Im Unterschied zu anderen Waren, aus kreativpraktischer Sicht etwa Pinsel und Farben, sind Samples flüchtig, weil sie – zumindest idealtypisch – erst im Zusammenhang ihrer ästhetischen Nutzung hergestellt werden und davor ein Teil eines anderen Musikstückes, und nicht primär als Musiksamples angelegt waren. Literatur zu Musiksamples weist auf die „einzig-

---

3 Bauman, *Liquid modernity*, 2.

4 *Ibid.*

5 Hondros, *Organized Creativity Working Paper Series*, 20/1 2020, 1.

6 Fischer-Lichte, *Ästhetik des Performativen*, 127.

7 Zanetti und Heine, *Transaktualität*, 9.

artige Momentaufnahme<sup>8</sup> konservierter Klänge, das auf einem Datenträger fixierte „unique sound event“<sup>9</sup> hin. Im Unterschied dazu fokussiere ich mit meinen Überlegungen zur Flüchtigkeit den Prozess der Dekontextualisierung, in dem ein Musiksample hergestellt und ausgewählt wird. Auf der einen Seite erschwert die Flüchtigkeit von Samples es, einen Markt um diese Waren zu entwickeln, der den Praktiken von Musikschaffenden entspricht. Auf der anderen Seite sind es aber gerade diese Praktiken, die kreative Nutzungen von Samples auszeichnen<sup>10</sup>. Bei diesen Nutzungen von Samples handelt es sich um Sampling, also die kreativen Praktiken, die mit Musiksamples in Verbindung stehen.<sup>11</sup> Die Herstellung von Musiksamples kann, muss aber nicht mit Sampling als musikalischer Praktik einhergehen.

Im Mittelpunkt meiner Betrachtung stehen Onlinemärkte für Musiksamples, auf denen ich eine *Entflüchtigung* der potentiell flüchtigen Musiksamples bemerke. Dieses Argument führe ich in meinem Beitrag aus, indem ich zunächst wirtschaftssoziologische Überlegungen zu Waren und Märkten vorstelle und ihre Probleme bespreche, Musiksamples zu fassen. Daraufhin entwickle ich eine Typologie von Musiksamples, die sich ihrer Flüchtigkeit annimmt, und gehe auf die Rolle des Sample-Clearings genauer ein, mit dessen Hilfe Musiksamples im Musikgeschäft als flüchtige Waren gehandelt werden können. Empirisch analysiere ich aber Onlinemärkte, die den Vertrieb von Samples online organisieren. Mich interessiert, wie diese Märkte mit der flüchtigen Ware Musiksample umgehen und inwiefern das künstlerischen Praktiken entspricht. Dabei zeigt sich, dass Onlineangebote Samples fixieren, um sie als Ware handhabbar zu machen, mit Tracklib aber eine Anbieterin gezielt Praktiken der Samplingkultur integriert, um Samples in gewisser Weise flüchtig zu halten.

Mit Bezug auf die Richtlinie bleibt offen, inwiefern ein Markt harmonisiert werden kann, dessen Waren nur zum Teil verstanden werden. Zwar setzt auch die Richtlinie, basierend auf nationalstaatlichen Rechten, auf temporäre Monopolisierung kultureller Produkte wie Musikaufnahmen. Bis wohin die Monopolbefugnisse reichen, ist allerdings umstritten. Dieser Unsicherheit spüre ich nach und charakterisiere Lizenzierungen, einer der zentralen Bausteine der Reform, als *Tipping Point* im Urheberrecht, die den flüchtigen Warencharakter von Musiksamples als Stellschraube so-

---

8 Klammt, Samples 2010, 1, 5.

9 Katz, Capturing Sound, 149.

10 Schumacher Media, Culture & Society 1995, 253, 261.

11 Katz, Capturing Sound, 148.

wohl in Richtung einer erweiterten Ermöglichung oder aber vergrößerten Einschränkung verändern kann.

## 2. Märkte und Waren

Um die Organisation von Märkten für die flüchtige Ware Musiksample zu untersuchen, sind Perspektiven der Wirtschaftssoziologie hilfreich. Märkte dienen für diese dazu, Rechte auszutauschen, Angebote zu evaluieren und mit Preisen zu versehen<sup>12</sup>. Das Interesse der Käuferinnen<sup>13</sup> und Verkäuferinnen zu handeln ist entscheidend für die Konstitution von Märkten<sup>14</sup>, wobei diese Akteurinnen immer die Wahl haben „to trade, sell or buy at the price they are offered, but they do not have to“<sup>15</sup>. Während die klassische Wirtschaftswissenschaft von einem Markt ausgeht, spricht sich die soziologische Analyse für ein Nebeneinander von Märkten aus. Ökonomischer Wert wird auf Märkten in Preisen angegeben, durch die Produkte miteinander vergleichbar werden. Märkte sind geordnet, wenn sie es erlauben, Vorhersagen über einen Preis zu treffen.<sup>16</sup> Um Waren einen Preis zuzuordnen, müssen diese kalkulierbar sein. Die Effektivität eines Marktes basiert darauf, inwiefern er in der Lage ist, Kalkulationen im weiten Sinn möglich zu machen:

Calculation starts by establishing distinctions between things or states of the world, and by imagining and estimating courses of action associated with those things or with those states as well as their consequences.<sup>17</sup>

Um Waren kalkulierbar zu machen, müssen diese in eine Objektform gebracht werden und von anderen Objekten abgelöst wahrnehmbar sein. Dazu werden sie gegenüber anderen Objekten vereinzelt, um sie vergleichen und unterscheiden zu können. Prozesse wie „classification, clustering and sorting“<sup>18</sup> bringen Waren in Zusammenhang mit anderen Waren und ermöglichen Vergleiche sowie eine Zuordnung eines Preises.

---

12 *Aspers*, Markets, 4.

13 Aus Gründen der Lesbarkeit verwende ich durchgehend die weibliche Form.

14 *Swedberg* Theory and Society 2003, 1, 6.

15 *Aspers* MPIfG Working Paper 2009, 1, 7.

16 ebd.

17 *Callon/Muniesa* Organization Studies 2005, 1229, 1231.

18 A.a.O., 1235.

Auf Märkten der Kreativindustrien sträuben sich Waren, auf diese Weise kalkulierbar zu sein. Waren wie Musikstücke können als inkommensurabel, also prinzipiell unvergleichbar angesehen werden.<sup>19</sup> Diese Unvergleichbarkeit rührt aus ihrer essentiellen Einzigartigkeit, weshalb wirtschafts- aber auch kultursoziologische Forschung von *Singularitäten* spricht<sup>20</sup>. Mit Singularität geht Qualitätsunsicherheit einher, die sich in Unsicherheit über Preise widerspiegelt. Sogenannte „judgement devices“<sup>21</sup> dienen dazu, Unsicherheiten zu reduzieren. Das sind Technologien wie Rankings oder Kritikerinnen, die gewisse Ordnungen in prinzipiell Unvergleichbares bringen. Mit Hilfe dieser Bewertungspraktiken werden Singularitäten auf Märkten gehandelt. Unvergleichbarkeit und Preisunsicherheit zeichnen auch flüchtige Musiksamples aus, weshalb diese durchaus als Singularitäten angesehen werden können. Bei Samples kommt allerdings hinzu, dass sie häufig erst in kreativen Akten der Auswahl aus vorherbestehendem Musikmaterial hergestellt werden, was sie von typischen Singularitäten unterscheidet. Für Musiksamples können zudem *Clearing Agents* als *judgment devices* angesehen werden, auf die ich im nächsten Kapitel zu sprechen komme.

Polanyis Konzept fiktiver Waren trägt zur Analyse einen weiteren Aspekt bei, da dieses darauf aufmerksam macht, dass Grenzbereiche dessen existieren, was wir als Waren auffassen.<sup>22</sup> Bei fiktiven Waren handelt es sich um Güter wie Land, Arbeit oder Geld, die nie als Waren für Märkte produziert wurden und doch auf solchen zu finden sind. Ähnliches lässt sich über Musiksamples sagen, die als Teil eines singulären Musikstücks und nicht als flüchtiges Sample produziert worden sind.

Märkte dienen zusammengefasst dazu, Waren kalkulier- und damit vergleichbar zu machen. Bestimmte Waren entziehen sich einer Kalkulierbarkeit und werden über Bewertungstechnologien und nur unvollständig vergleichbar gemacht. Andere Waren machen den Eindruck, gar keine Waren zu sein, und werden dennoch auf Märkten gehandelt, manche Objekte können über Zeit einen Warencharakter entwickeln, den sie ursprünglich nicht hatten. Musiksamples können als Kombination aus fiktiven Waren und Singularitäten verstanden werden. Dabei kommen allerdings in der Analyse sowohl die Fragmentierung, und die aus ihr erwachsende Unsicherheit, als auch der ästhetische Moment der Herstellung von Musiksam-

---

19 Karpik, Valuing the Unique, 3.

20 Reckwitz, Die Gesellschaft der Singularitäten, 12, Karpik, Valuing the Unique, 3.

21 Karpik, Valuing the Unique, 44.

22 Polanyi, The Great Transformation, 71.

ples zu kurz, weshalb ich vorziehe, mit Bezug auf Samples von flüchtigen Waren zu sprechen.

### 3 Musiksamples und Praktiken des Samplings

Sampling, und damit die Nutzung von Samples in Musikproduktionen, hat sich als eine wesentliche Kreativpraktik kontemporärer Musik etabliert.<sup>23</sup> Musiksamples verstehe ich als Teile zuvor fixierter Musik, die in neue Musikstücke integriert werden. Samples können durch Auswahl und Kuratierung einzigartiger Teile vorherbestehender Musik hergestellt werden. Sampling-Künstlerinnen nutzen dafür u.a. das *crate digging* als kreative Praktik und wühlen sich nicht nur bildlich gesprochen durch Massen an vorbestehender Musik.<sup>24</sup> Mittels Praktiken des *cutting* und *mixing*<sup>25</sup> und ebenso digitaler Transformationstechniken, kreieren sie aus Samples neue Musiken.

Im Gegensatz zu den ästhetischen Praktiken sind die rechtlichen Rahmenbedingungen für diese Nutzung vorherbestehender Musik seit Jahrzehnten unsicher. Rechtliche Unsicherheit wird als Hindernis für kreative Prozesse<sup>26</sup> oder als Möglichkeitsraum für kreative Umgehungsstrategien beschrieben<sup>27</sup>. Unklar ist, wie man an Samples gelangen kann, ohne Rechte Dritter zu verletzen. Akte der rechtssicheren Aneignung in Form von Lizenzierungen sind unübersichtlich.<sup>28</sup> Um an eine Lizenz zu kommen, müssen die Rechte aller an der Komposition Beteiligten sowie der Rechteinhaberinnen der Tonträgerherstellungsrechte geklärt werden, da ein Sample sowohl die konkrete Aufnahme nutzt als auch potentiell die Komposition. Zahlreiche Gerichtsurteile haben sich – meist in restriktiver Weise – mit Sampling befasst, ohne im Ergebnis Recht und Musikpraktik in Einklang zu bringen. Zwar liegt für den Sampling-Fall *Metall auf Metall* zum ersten Mal ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vor. Ob das eingeführte Kriterium der „beim Hören nicht wiedererkennbare[n] Form“<sup>29</sup> tatsächlich zu mehr Rechtssicherheit oder einer Anerkennung ästhetischer Praktiken führt, bleibt abzuwarten.

---

23 Fischer, Sampling, 13.

24 Ahmed/Benford/Crabtree Digging in the crates 2012, 1805, 1805.

25 Hebdige, Cutn'Mix, 10.

26 Schumacher Media, Culture & Society 1995, 253, 266.

27 Fischer, Sampling, 297.

28 McLeod/DiCola, Creative license, 75.

29 EuGH, 29.07.2019 – C-476/17, 56 – Metall auf Metall.

### 3.1 Typologien von Musiksamples

Um Samples zu differenzieren und in welcher Form diese auf Onlinemärkten angeboten werden, sind Typologien hilfreich. Sewell<sup>30</sup> kategorisiert Musiksamples hinsichtlich ihrer instrumentellen Nutzung und zeigt, wie sich Sampling im Licht restriktiver Rechtsprechung über Zeit verändert hat. Sie unterscheidet unter anderem zwischen strukturellen Samples, die als Patterns einen Song unterlegen, und Surface-Samples, die der Betonung oder Ausschmückung dienen. Ihre Analyse zeigt, dass Surface-Samples aufgrund der rechtlichen Situation seltener genutzt werden. Fischer hingegen analysiert, inwiefern ein Musiksample in einem neuen Musikstück erkennbar bleibt und bezeichnet die kontinuierliche Abstufung der Erkennbarkeit als „50 shades of referentiality“<sup>31</sup>. Auch das Urteil des EuGH unterstreicht die allgemeine Bedeutung dieser Dimension für Musiksamples. Andere Autorinnen schlagen ein ästhetisches, aber auch ethisches Kontinuum bei der Betrachtung von Samples vor<sup>32</sup>. Ich möchte ergänzen, Musiksamples dahingehend zu befragen, auf welche Weise sie hergestellt und zu Samples gemacht worden sind und unterscheidet vier Szenarien, die ich hinsichtlich ihrer Referentialität und Flüchtigkeit anordne. Flüchtigkeit bezieht sich wiederum auf die Fragmentierung sowie die Performativität der Herstellung eines Samples, Referentialität hingegen darauf, ob ein Musiksample mit Bezug zu einer vorherbestehenden Referenz hergestellt worden ist oder unabhängig von einer solchen.

	Flüchtigkeit	niedrig	hoch
Referentialität	niedrig	<i>vorgefertigtes Sample</i>	<i>eingespieltes Sample</i>
	hoch	<i>replayed Sample</i>	<i>kuratiertes Sample</i>

Abbildung 1: Typen von Samples

Zumeist ist von *kuratierten Samples* die Rede, wenn es um rechtliche Unsicherheiten geht. Ebenso finden kreative Praktiken des Samplings häufig im Zusammenhang kuratierter Samples statt. Kuratierte Samples entstehen, wenn eine Musikerin sie aus vorherbestehendem Material hervorbringt. Sie sind deshalb sowohl besonders flüchtig und weisen ebenso

30 Sewell *Journal of Popular Music Studies* 2014, 295, 304.

31 Fischer, *Sampling*, 25.

32 *Bebr/Negus/Street Journal of Cultural Research* 2017, 223, 227.

einen hohen Grad an Referentialität auf. Zwei Musikerinnen können aus demselben Musikstück zwei (und grundsätzlich unzählige mehr) unterschiedliche Musiksamples kreieren. Kuratierte Samples müssen für gewöhnlich lizenziert und rechtlich geklärt werden.

Es ist auch möglich, *vorgefertigte Samples* zu erwerben. Sample Packs oder Sample Libraries bestehen aus tausenden kurzen Samples, Loops oder One-Shots, die in Musikstücken genutzt werden dürfen. Diese Samples sind in großer Zahl auf digitalen Märkten anzutreffen und mit Nutzungslizenzen ausgestattet. Vorgefertigte Samples weisen nur in Ausnahmefällen Referenzialität auf und sind kaum als flüchtig anzusehen, da sie kein Fragment darstellen. Diese beiden Typen sind für Sample-Märkte entscheidend und ich werde mich im Folgenden hauptsächlich auf sie beziehen.

Darüber hinaus kommen selbst *eingespielte Samples* häufig zum Einsatz. So können Multiinstrumentalistinnen mit ihrer Hilfe komplexe Musiken alleine produzieren. Eingespielte Samples können schließlich in Form von *replayed Samples* dazu verwendet werden, Tonträgerrechte zu umgehen. Das passiert, wenn ein Sample nicht geklärt, aber nachgespielt werden kann. Bei diesen ist die Referentialität wiederum hoch, sollen sie ja klingen wie das Original, sie sind aber in geringerem Maße flüchtig, da für ihre Produktion schon ein spezifischer Ausschnitt vorgegeben sein muss, sie also nicht mehr performativ entstehen.

### 3.2 *Sample-Clearing und rechtliche Unsicherheit*

Um das Problemfeld der Märkte für Musiksamples als flüchtige Waren abzustecken und damit auf ihre Onlinemärkte hinzuführen, stütze ich mich auf Aussagen aus Gerichtsurteilen und Interviews mit Clearing-Agents. Diese sind Branchenkennerinnen, die aufgrund ihrer Spezialisierung Einschätzungen zu Marktpraktiken beisteuern und aufzeigen, wie mit den flüchtigen Waren im Musikgeschäft umgegangen wird. In ihren Ausführungen nimmt eine Expertin für das Klären von Musiksamples fast ausschließlich Bezug auf kuratierte Samples und fasst die Situation am Markt zusammen:

I've been doing it for 25 years (...). Back then we used to be able to do it for a lot less. When Common did an album, like his first album, he would have four or five samples in a song and it would be a challenge, but we would be able to make it happen. You just can't do it anymore because everyone's so greedy and they [the publishers] want a minimum of 10 or 15 percent. So, it makes it very difficult to be able to

take a song and sprinkle it in, which is what producers like DJ Premier used to do.<sup>33</sup>

Zwar meint die Agentin, Sampling solle keine Praktik für finanzkräftige Künstlerinnen sein, gibt aber an, dass für Albumproduktionen mit Samples sechsstellige Summen für deren Klärung nötig sind. In seltenen Fällen werden einzelne Samples für derartige Beträge gehandelt. Allgemein nimmt die Agentin einen Anstieg der Preise für Samples wahr. Sie erklärt das damit, dass große Teile des Musikrepertoires sich durch das Aufkaufen von Katalogen in der Hand weniger Major Labels befinden. Früher standen viele kleine Rechteinhaberinnen sampelnden Künstlerinnen gegenüber. Das gab auch beim Clearing mehr Verhandlungsspielraum. Neben der Gier von Verlagen und Labels, spielt die freie Entscheidung jeder Rechteinhaberin eine Rolle, Sampling ohne Nennung von Gründen abzulehnen. Die Expertin betont dennoch ihre hohe Klärungsquote, die auf Feldwissen basiert:

I'll give free advice to my clients so they have an idea of if what they want to sample is feasible. I'll say "that copyright holder isn't clearable," (...), it's going to be costly or time consuming. After 25 years, I know who clears and who doesn't, who's quick, who's difficult, all that kind of stuff.<sup>34</sup>

Wenn sich ein Sample klären lässt, müssen Musikerinnen ihre fertigen Stücke vorlegen, um eine monetäre Bewertung des Samples zu ermöglichen. Eine nachträgliche Veränderung mit geklärten Samples ist nur durch eine erneute Klärung möglich. Zwar soll die Bekanntheit einer Musikerin nicht auf den Preis eines Samples Einfluss nehmen, wenig bekannte Musikerinnen verfügen aber über eine schlechtere Position, um an Samples zu gelangen. Die Agentin schlägt Musikerinnen mit geringen finanziellen Mitteln vor, nachgespielte Samples zu produzieren, um keine Aufnahmerechte klären zu müssen und den Gesamtpreis zu reduzieren. Diese Annahmen über den Markt für Musiksamples stehen in Diskrepanz zu Äußerungen des berühmten „Get a license or do not sample“-Urteils:

---

33 *Garrison*, This Woman Clears the Samples on Your Favorite Albums, Here's How, <https://djbooth.net/features/2015-05-24-how-sample-clearance-works>, (zuletzt abgerufen am 18.04.2020).

34 ebd.

The market will control the license price and keep it within bounds. The sound recording copyright holder cannot exact a license fee greater than what it would cost the person seeking the license to just duplicate the sample in the course of making the new recording.<sup>35</sup>

Für die Annahme, dass Lizenzierungen nicht teurer sein würden als das Nachspielen einer Aufnahme, gibt es keine Anzeichen. Vielmehr ist die Singularität eines Originals bestimmend für seinen Wert, sowohl für Sampling-Künstlerinnen als auch für Rechteinhaberinnen. Während die einen einzigartige Samples verwenden wollen, sehen die anderen in ihren alten Aufnahmen Schätze verborgen, deren Wert auch auf der Rarheit von Pressungen basieren kann. Auch in anderen Gerichtsurteilen zeigt sich, dass rechtliche Akteurinnen mit vereinfachten Annahmen über den Markt für Samples urteilen:

Dagegen ist die Freiheit der Künstler meines Erachtens weit weniger umfangreich, was den Erwerb der für ihr Schaffen benötigten Mittel betrifft. Jeder Künstler muss sich mit den Bedingungen des Lebens in der Gesellschaft und des Marktes, auf dem er tätig ist, abfinden. Die Freiheit der Kunst befreit die Künstler nicht von den Zwängen des Alltags. Wäre es vorstellbar, dass ein Künstler sich auf seine schöpferische Freiheit berufen könnte, um seine Farben und Pinsel nicht bezahlen zu müssen.<sup>36</sup>

Eine Malerin muss Pinsel und Farbe kaufen, um malen zu können. Nach dieser Analogie muss eine Musikerin Samples kaufen, um Musik zu machen. Dabei wird ignoriert, dass Pinsel und Farben zu festen Preisen erworben werden können, die sich kaum zwischen Anbietenden unterscheiden. Vor allem für kuratierte Samples gibt es aber keine Geschäfte, sie existieren nicht einmal in Form einer Ware, bevor sie eine Musikerin auswählt und damit herstellt, was sie den fiktiven Waren Polanyis annähert. Erschwerend kommt hinzu, dass es bei einem Sample rechtlich unsicher ist, ob es sich dabei um ein künstlerisches Werkzeug wie einen Pinsel, ein künstlerisches Material wie Farbe oder doch eigentlich um ein – trotz Fragmentierung – musikalisches Produkt handelt, dessen potentiell urheberrechtlich geschützter Status als Werk unklar ist<sup>37</sup>.

---

35 Court of Appeals 6th Circuit, 28.04.2004 – 383 F. 3d 390, 399 – Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films.

36 Generalanwalt beim EuGH, 12.12.2018 – C-476/17, 92, ZUM 2019, 237, Rn. 92 – Metall auf Metall.

37 *Sinnreich*, Mashed Up, 171.

Auf die wirtschaftliche Bedeutung von Samples weisen auch die Rechteinhaberinnen hin. So erwähnen die Klägerinnen des *Metall auf Metall*-Falls, dass der Markt für Samples vormals nicht wichtig erschien, doch heute große Bedeutung hat.<sup>38</sup> Musikpraktiken verändern sich und mit ihnen die Waren, die auf Musikmärkten gehandelt werden. Aus Musikstücken, die auf Langspielplatten oder im Radio als singuläre, abgrenzbare Waren zirkulierten, sind heute solche geworden, die sich auch als potentielle Reservoirs für kreative Lizenzierungen durch Musiksamples verstehen. Neben den zahlreichen Zweit- und Drittnutzungen wie Synchronisationen oder die Produktion von Cover-Versionen, die das Musikgeschäft schon kennt, entwickelt sich in der Fragmentierung von Musikstücken ein Markt für Musiksamples als flüchtige Waren.

Die Schlaglichter aus dem Feld zeigen, dass Märkte für Musiksamples existieren und sie in gewisser Weise dem entsprechen, was die wirtschaftssoziologische Analyse von Märkten erwartet. Allerdings unterstreichen Eigenheiten des Sample Clearings, wie schwierig Samples für viele Musikschaffende zu handhaben sind. Ihre Flüchtigkeit verhindert eine eindeutige Bewertung, da der konkrete Preis eines Samples erst nach Verwendung ermittelt wird. Ein und dasselbe Sample kann in zwei musikalischen Zusammenhängen andere Preise haben. Da Musiksamples erst als Waren existieren, nachdem sie von einer Musikerin als ein Musiksample identifiziert und verwendet worden sind, zeichnen sie sich besonders dadurch aus, dass erschaffende und kaufende Akteurin in eine Person fällt. Niemand auf dem Markt für Musiksamples weiß mit Sicherheit, wie es denn tatsächlich um ein Sample steht. Aber es bestehen Erfahrungswerte, die eine Einschätzung erleichtern, wie die Agentin ausgeführt hat. Dennoch wissen die Besitzenden bzw. potentiell Verkaufenden nicht genau, im Besitz welcher flüchtigen Waren sie sind, denn diese müssten zunächst von den Sampling-Künstlerinnen ausgewählt und genutzt werden. Die Samplernutzerinnen wissen nicht genau, was ein Sample kosten wird oder ob es geklärt werden kann. Das wissen, wenn überhaupt, nur Expertinnen mit langjähriger Felderfahrung. Gewissheit steuern Akteurinnen bei, die sich definitiv gegen jedes Sampleclearing stellen. Unter anderem Prince ist dafür bekannt.

---

38 BVerfG, 31.05.2016 – 1 BvR 1585/13, Rn. 55 – Metall auf Metall.

#### 4 Mapping digitaler Märkte für Musiksamples

Nachdem ich die Probleme insbesondere kuratierter Samples auf dem allgemeinen Musikmarkt beschrieben habe, analysiere ich im Folgenden Onlinemärkte für Samples. Mit Hilfe eines Mappings untersuche ich, wie diese mit Samples als Ware und ihrer potentiellen Flüchtigkeit umgehen. Im Frühjahr 2019 habe ich 24 digitale Marktplätze ausgemacht, auf denen Samples angeboten werden. Über Blogbeiträge habe ich mich über Onlinemärkte informiert. Ergänzend habe ich Schlagwortsuchen mit Suchbegriffen wie „buy music samples“ oder „get music samples“ durchgeführt. Auf den Marktplätzen selbst habe ich Beschreibungen, Lizenzbedingungen, Preislisten bzw. Praktiken der Preisbildungen gesammelt.

Um einen Überblick über die Marktplätze zu erhalten, habe ich aus meinen Daten induktiv vier Typen von Onlinemärkten differenziert, die sich nicht an der oben vorgestellten Typologie von Samples, sondern an ihrer wirtschaftlichen Organisation orientieren. Das hat damit zu tun, dass die überwiegende Mehrheit der Onlinemärkte für Musiksamples ausschließlich vorgefertigte Samples anbietet und die weiteren differenzierten Sampling-Typen eine untergeordnete Rolle spielen. Ich unterscheide zwischen *Onlineshops für Samples & Samplepacks*, *Abo Onlineshops*, *Digitale Sharing-Communities* und *Digitale Audioproduktionsumgebungen*. Diese Einteilungen sind nicht immer trennscharf, es kommt zu Hybriden. Die Trennung von kommerziellem und nicht-kommerziellem Angebot ist mitunter schwammig (*Freemium*-Angebote). Der Onlinemarkt für Samples befindet sich in Bewegung und ein Mapping bietet immer nur eine Momentaufnahme.

Markttypen	Beispiele Marktplätze
<i>Onlineshops für Samples &amp; Samplepacks</i>	Primeloops; Tracklib
<i>Abo Onlineshops</i>	Sounds; Noiiz
<i>Digitale Sharing-Communities</i>	Looperman; Sampleswap
<i>Digitale Audioproduktionsumgebungen</i>	Splice; Looplabs

Abbildung 2: Onlinemärkte und Marktplatzbeispiele<sup>39</sup>

---

39 Eine Liste aller im Mapping untersuchten Marktplätze findet sich im Appendix.

*Onlineshops für Samples & Samplepacks* verkaufen vorgefertigte Samples bzw. auch Loops, Sounds oder *One-Shots*. Diese Samples sind in der Regel kurz, selbst eine einzelne Kick-Drum kann ein Sample sein. Viele der Sample-Packs werden quantitativ mit Argumenten des Überflusses und der Masse beworben, indem die Anzahl der inkludierten Samples hervorgehoben wird, und damit Packs vergleich- und in gewisser Weise kalkulierbar gemacht werden. Andere Anbieterinnen setzen auf die qualitative Einzigartigkeit der Samples in ihren Packages, die von bekannten Produzentinnen stammen. Preise variieren zwar, bewegen sich aber in wenigen, einander ähnlichen Preissegmenten. Häufig sind Samplepacks in thematische Schwerpunkte eingebettet, die bspw. Hinweise auf Genres geben, aus denen Samples stammen. Mit dem käuflichen Erwerb geht eine Nutzungslizenz einher, die den Musikerinnen erlaubt, die Samples in eigenen kommerziellen oder nicht-kommerziellen Produktionen zu verwenden, ohne Rechtereklärungen vornehmen zu müssen. Verboten ist es, Samples außerhalb neuer Musikstücke weiter zu verkaufen.

*Abo Onlineshops* unterscheiden sich in der Art, wie die angebotenen Samples erworben werden. Anstelle einmaliger Käufe, schließen die Kundinnen Abonnements mit den Marktplätzen ab. Gewöhnlich gibt es mehrere Abo-Möglichkeiten, die sich durch den Preis und die Anzahl der Samples differenzieren, die pro Monat heruntergeladen werden dürfen.

Auf *Digitalen Sharing Communities* können Samples gratis unter den Teilnehmenden getauscht werden. Häufig geht das mit einer Creative Commons-Lizenzierung einher, wobei die Produzentinnen der Samples über den CC-Lizenztyp entscheiden. Im Unterschied zu den beiden zuvor behandelten Markttypen können die Nutzerinnen des Marktes auch die Produzentinnen der Samples sein.

In *Digitalen Audioproduktionsumgebungen* haben Samples den Charakter von „Goodies“, die einen fixierten Abo-Preis rechtfertigen. Diese Umgebungen sind nicht hauptsächlich mit der Verbreitung von Samples befasst, sondern stellen sich als digitale Kollaborationsplattformen für Musikschaufende dar. Auf diesen Plattformen dürfen Nutzerinnen Samples hochladen, damit sich über Samples Kollaborationen entwickeln oder andere Musikerinnen diese in ihren Produktionen nutzen. Daneben wird mit einzigartigen Samples geworben, die im Abo enthalten und von professionellen Produzentinnen geschaffen worden sind.

Während die kreative Praktik des kuratierten Samples im Auswählen und Herstellen der Samples selbst zu suchen ist und das Zusammensetzen unterschiedlicher Fundstücke einen kreativen Mix ergibt, verändert sich der Diskurs rund um kreatives Sampling auf Onlinemärkten. Kreativität liegt in diesen Märkten auf der Transformation von Samples. Die Anbiete-

rinnen verweisen darauf, dass sie mit ihren vorgefertigten Samples und Sounds Musikschaffende *inspirieren* wollen und die Aufforderung zur Transformativität dringt bis in die Lizenzbedingungen vor:

(...) you use the Sound Product(s) only within your own newly-created sound recording(s) in a manner that renders the Sound Product substantially dissimilar to the original sound of the Sound Product in each case. (Noiiz\_Terms and Conditions, Pos. 21)

Diese Aufforderung erinnert frappierend an die Formulierung des EuGHs zu rechtskonformem Sampling, der *Nicht-Wiedererkennbarkeit*. Dieses zeichnet sich offenbar durch eine niedrige Referentialität aus. Das Sample hat fast ausschließlich eine Material-Konnotation, muss in breitem Umfang transformiert werden, um genutzt werden zu dürfen und gleichsam zum eigenen Werk zu werden.

Eine Ausnahme zu diesen Onlinemärkten stellt *Tracklib* dar. Tracklib ist ein Onlineshop für Samples, der sich an Praktiken kuratierter Samples orientiert und auf vorgefertigte Samples verzichtet. Denn auf Tracklib können aus vollständigen Musikstücken in Form eines digitalen *crate diggings* Musiksamples kreiert und im Anschluss daran lizenziert werden. Eine kategoriale Einteilung in A, B und C der Musikstücke zeigt an, wieviel die Lizenz für ein Sample aus dem jeweiligen Musikstück kostet. Kategorie A kostet 1500\$, B 500\$ und C 50\$. Nach eigenen Angaben befinden sich 99 % aller Musikstücke in Kategorie C. Darüber hinaus wird ein prozentualer Anteil an den Revenues eines Songs fällig, der nach der Länge eines Samples im Original variiert. Ein Lizenzierungsschema hilft, den Überblick zu behalten. Die Kategorien beziehen sich auf die originalen Musikstücke, aus denen die Samples kreiert werden können. Wiederum unterscheidet sich der hier prozentuale Preis zwischen den Kategorien deutlich. Die Sekundenangabe bezieht sich auf das Originalstück, Loops können aus Samples gebildet und müssen nicht extra verrechnet werden.

SAMPLE LENGTH	≤ 2 SEC	≤ 15 SEC	≤ 60 SEC
<b>CATEGORY C</b>	2%	10%	20%
<b>CATEGORY B</b>	5%	15%	25%
<b>CATEGORY A</b>	10%	25%	35%

Abbildung 3: Tracklib Lizenzierungsschema<sup>40</sup>

Musikerinnen können sich über diese Tabelle ausrechnen, wie viele Samples sie verwenden wollen. So könnten in Kategorie C 50 kurze Samples in einem Musikstück integriert werden, bevor 100 % der Rechte eines Songs abzutreten wären. Dazu kommen 2500\$ an Lizenzgebühren. Aus einem Zwei-Sekunden-Sample kann aber der Loop für ein ganzes Lied kreiert werden, es würden weiterhin alleine 2 % der Revenues anfallen. Songs der Kategorie A ausschweifend zu nutzen ist nicht im selben Ausmaß möglich. Hier sind die Rechte an einem neuen Song nach 10 Samples an andere Rechteinhabende aufgeteilt. Auch die Lizenzgebühren von 15.000\$ müssten aufgebracht werden.

Tracklib überführt das kuratierte Sample unter vereinfachten und standardisierten, sowie vor allem kalkulierbaren Bedingungen in digitale Märkte. Mit wenigen, einfachen Kalkulationen kann eine Musikerin berechnen, ob sie sich die Nutzung von Samples finanziell leisten kann bzw. einen bestimmten Anteil ihres möglichen eigenen Verdienstes am Song abtreten möchte. Die Anzahl und Länge der Samples sowie eine nicht wei-

40 *Anonym*, Licensing, [www.tracklib.com/licensing/](http://www.tracklib.com/licensing/), (zuletzt abgerufen am 27.06.2020).

Als eine empirische Randnotiz: während bei der Erstellung der ursprünglichen Version des Artikels die Lizenzen für Kategorie A Songs bei 2500\$ und die prozentuale Beteiligung bei Samples zwischen 15 und 60 Sekunden 20/30/50 % je nach Kategorie lag, haben sich offensichtlich der Preis der Kategorie A, sowie die Revenue Anteile der Kategorie A und B in den letzten Monaten zum Teil deutlich reduziert.

ter explizierte qualitative kategoriale Einteilung entscheidet über den Preis. Die additive Kumulation von Revenue-Anteilen führt wiederum dazu, der Flüchtigkeit von Sampling fixierte Grenzen aufzuerlegen. Während die Onlineshops ihren vorgefertigten Samples eine Materialfunktion zuzuordnen, bewertet Tracklib Samples aus einer Produktsicht. Beides kann zu einer *Entflüchtigung* von Samplingpraktiken führen.

## 5 Die Fixierung flüchtiger Waren

In meinem Beitrag analysiere ich Samples als *flüchtige Waren*. Ich beschreibe, welche Probleme auf Märkten damit einhergehen und welche Onlinemärkte sich um den Vertrieb von Samples gebildet haben. Vor dem Hintergrund der Richtlinienreform des digitalen Binnenmarktes in der EU untersuche ich, wie Onlinemärkte mit der potentiellen Flüchtigkeit von Samples umgehen. Musiksamples habe ich dafür hinsichtlich ihrer Herstellungsart differenziert und auf die Unterscheidung zwischen vorgefertigten und kuratierten Samples. Vorgefertigte Samples verfügen über geringe Flüchtigkeit und geringe Referentialität. Kuratierte Samples zeichnen hingegen Flüchtigkeit und Referentialität in hohem Maß aus.

Vordergründig zeigt sich auf den Onlinemärkten für Musiksamples ein vielfältiges Angebot. Es gibt insbesondere aus einer wirtschaftlich-organisationalen Sicht unterschiedliche Möglichkeiten online an Samples zu kommen. Um die flüchtigen Waren allerdings handhaben zu können, kommt es auf Onlinemärkten fast ausschließlich zur Fixierung der Samples in Form von *vorgefertigten Samples*. Einzelne Angebote bemühen sich zwar darum, den Kreativpraktiken *kuratierter Samples* zu entsprechen. So simuliert die Plattform Tracklib ein online *crate digging*, reduziert dabei aber die maximale Samplingkapazität eines Songs und verknüpft die ästhetische Nutzung von Samples mit wirtschaftlichen Grenzziehungen. Dadurch fixiert dieses flüchtigere Angebot auf einer formalen, wirtschaftlichen Ebene die Flüchtigkeit der Sampling-Nutzung. Mit den Fixierungen einher gehen allgemein standardisierte Lizenzierungen bzw. kalkulierbare Bedingungen, die rechtliche Unsicherheiten auf Onlinemärkten für Samples reduzieren. Damit unterscheiden sich Onlinemärkte von dem Markt für Musiksamples im Musikgeschäft, die auf individuelle Rechtklärung setzen und in denen rechtliche Unsicherheit allgegenwärtig ist.

Das Konzept der *flüchtigen Waren* kann als durchaus tauglich angesehen werden, die Ware Musiksample genauer zu analysieren. Es zeigt, wie und dass der Herstellungsprozess eines Samples, die Auswahl und Kuratierung musikalischer Fragmente, eine Rolle spielt und verknüpft das mit dem

Umgang mit Samples als Waren auf verschiedenen Märkten. In der Flüchtigkeit von Samples liegt eine wesentliche performative und ästhetische Dimension, die aber zu rechtlichen und wirtschaftlichen Unsicherheiten führt. Allerdings haben sich auch Grenzen der Nützlichkeit des Konzepts gezeigt. So müsste noch genauer untersucht werden, wie das Musiksamples als flüchtige Ware mit anderen, etablierten Zweit- und Drittnutzungen im Musikgeschäft in Verbindung steht. Das habe ich in diesem Beitrag nicht ausreichend geklärt.

Die digitalen Märkte bringen zwar eine Vielzahl an Möglichkeiten hervor, an potentiell *flüchtige Waren* wie Samples zu kommen, tatsächlich flüchtig werden die Waren bisher aber noch nicht. Die potentielle Performativität digitaler Inhalte und ihre Möglichkeiten zu Formen von Remix sind mit Musiksamples sicherlich nicht ausgeschöpft. Während es möglich ist, dass in Zukunft vermehrt visuelle Samples für Remix bedeutsam werden, denke ich ebenso an die Performativität von Programmiercode. Im Musikgeschäft tauchen vermehrt Hologramme auf, die für Unterhaltung sorgen.<sup>41</sup> Diese synästhetischen Kulturprodukte machen *flüchtige Waren* denkbar, die zum Material äußerst spannender Kulturprodukte werden könnten. Auch hier werden Lizenzierungen ermöglichend oder doch einschränkend wirken.

---

41 *Anonym*, Productions, <https://basehologram.com/productions> (zuletzt abgerufen am 27.06.2020).

Literatur

- Ahmed, Ahmed/Benford, Steve/Crabtree, Andy*: Digging in the crates: an ethnographic study of DJs' work, Proceedings of the SIGCHI conference on human factors in computing systems (2012), S. 1805 ff., doi:10.1145/2207676.2208314.
- Anonym*, Licensing, w [www.tracklib.com/licensing/](http://www.tracklib.com/licensing/), (zuletzt abgerufen am 27.06.2020).
- Anonym*, Productions, <https://basehologram.com/productions> (zuletzt abgerufen am 27.06.2020).
- Aspers, Patrik*: How are markets made?, MPIfG Working Paper 2 (2009), S. 5 ff.
- Aspers, Patrik*, Markets, Cambridge 2011.
- Bauman, Zygmunt*, Liquid modernity, Chichester 2013.
- Behr, Adam/Negus, Keith/Street, John*: The sampling continuum: musical aesthetics and ethics in the age of digital production, Journal of Cultural Research 21 (2017), S. 223 ff., doi: 10.1080/14797585.2017.1338277.
- Boltanski, Luc/Esquerre, Arnaud*, Bereicherung: Eine Kritik Der Ware. Frankfurt a. M. 2019.
- Callon, Michel/Muniesa, Fabian*: Peripheral vision: Economic markets as calculative collective devices, Organization Studies 26 (2005), S. 1229 ff., doi: 10.1177/0170840605056393.
- Caves, Richard E.*, Creative industries: Contracts between art and commerce, Cambridge 2000.
- Fischer, Georg*, Sampling in der Musikproduktion. Das Spannungsfeld zwischen Urheberrecht und Kreativität, Marburg 2020.
- Fischer-Lichte, Erika*, Ästhetik des Performativen. Frankfurt a. M. 2012.
- Goodman, Ellen P.*: Media policy out of the box: Content abundance, attention scarcity, and the failures of digital markets, Berkeley Technology Law Journal 19 (2004), S. 1389 ff., doi: dx.doi.org/10.2139/ssrn.590425.
- Garrison, Lucas*, This Woman Clears the Samples on Your Favorite Albums, Here's How, <https://djbooth.net/features/2015-05-24-how-sample-clearance-works>, (zuletzt abgerufen am 18.04.2020).
- Hebdige, Dick*, Cutn'Mix: Culture, Identity and Caribbean Music, London 2003 [1987].
- Hondros, Konstantin*, Justifying music practices under regulatory uncertainty over time: Analyzing the 'never-ending' court case "Metall auf Metall", Organized Creativity Discussion Paper 20 no. 1 (2020): S. 1 ff., [https://www.wiwiss.fu-berlin.de/forschung/organized-creativity/3\\_publications/Disc-Paper/Hondros\\_2020\\_Jujustifying-music-practices-under-regulatory-uncertainty\\_final.pdf](https://www.wiwiss.fu-berlin.de/forschung/organized-creativity/3_publications/Disc-Paper/Hondros_2020_Jujustifying-music-practices-under-regulatory-uncertainty_final.pdf).
- Karpik, Lucien*, Valuing the Unique. The Economics of Singularities, Princeton 2011.
- Katz, Mark*, Capturing sound: how technology has changed music, Berkeley 2010.

- Klammt, Sascha*: Das Sample. Eine einzigartige Momentaufnahme als Basis für eine neue Komposition, *Samples*. Online-Publikation der Gesellschaft für Populärmusikforschung 9 (2010), S. 1 ff.
- Knobel, Michele/Lankshear, Colin*: Remix: The art and craft of endless hybridization, *Journal of adolescent & adult literacy*, 52 (2008), S. 22 ff., doi: 10.1598/JAAL.52.1.3.
- McLeod, Kembrew/DiCola, Peter*, *Creative license: The law and culture of digital sampling*, Durham and London 2011.
- Polanyi, Karl*, *The Great Transformation. The Political and Economic Origins of Our Time*, Boston 2001 [1944].
- Reckwitz, Andreas*, *Die Gesellschaft der Singularitäten. Zum Strukturwandel der Moderne*, Frankfurt a. M. 2018.
- Schumacher, Thomas G*: 'This is a sampling sport':<sup>1</sup> digital sampling, rap music and the law in cultural production, *Media, Culture & Society* 17 (1995), S. 253 ff., doi: 10.1177/016344395017002006.
- Sewell, Amanda*: How Copyright Affected the Musical Style and Critical Reception of Sample-Based Hip-Hop, *Journal of Popular Music Studies* 26 (2014), S. 295 ff., doi: 10.1111/jpms.12078.
- Sinnreich, Aram*, *Mashed up: Music, technology, and the rise of configurable culture*. Amherst 2010.
- Swedberg, Richard*: The case for an economic sociology of law, *Theory and Society* 32 (2003), S. 1 ff.
- Zanetti, Sandro/Heine, Stefanie*, *Transaktualität. Ästhetische Dauerhaftigkeit und Flüchtigkeit*, München 2017.

Appendix

Alphabetische Liste des Mappings von Onlinemärkten für Musiksamples; Kürzel: Onlineshop für Samples & Samplepacks (OS); Abo Onlineshop (AO); Digitale Sharing-Community (DC); Digitale Audioproduktionsumgebung (DA):

<i>Marktplatz</i>	<i>Markt</i>
www.audiotool.com	DA
www.bigfishaudio.com	OS
www.freesound.org	DC
www.freetousesounds.com	OS
www.ghosthack.de	OS
www.landr.com	DA
www.looplabs.com	DA
www.looperman.com	DC
www.loopmasters.com	OS
www.magix.com	DA
www.noiiz.com	AO
www.primeloops.com	OS
www.producerloops.com	OS
www.riemannkollektion.com	OS
www.sampleism.com	OS
www.sampleswap.org	DC
www.samplephonics.com	OS
www.sampulator.com	DA
www.soundation.com	DA
www.sounds.com	AO
www.soulsurplus.com	OS
www.splice.com	DA
www.tracklib.com	OS
www.vsl.co.at (Vienna Symphonic Library)	OS

# Tipping Points in der Rechtsentwicklung: Zur Situation von Low-Budget Musiker:innen im Spannungsfeld von Verwertungsinteresse und Drittnutzung

Sophie Beaucamp\*, Simon Schrör\*\*

## 1 Einleitung

Die gegenwärtigen Entwicklungen im Europäischen Urheberrecht machen einmal mehr deutlich, dass mit den digitalen Möglichkeiten des Schaffens und Veröffentlichens von Musik, Videos, Texten und anderen Formen des kreativen Ausdrucks das Urheberrecht von einem branchenspezifischen zu einem alltagsrelevanten Rechtsgebiet geworden ist. Fragen der rechtssicheren Nutzung von bestehendem Material stellen sich nicht nur professionellen Künstler:innen oder der Medienindustrie, sondern vor allem durch den Austausch auf Plattformen<sup>1</sup> auch Privatpersonen und Kreativen, die zum Beispiel fremdreferenzielle Musik schaffen und veröffentlichen. Gleichzeitig sind die Grenzen zwischen Berufs- und Hobbymusiker:innen und zwischen gewerblich und nicht-gewerblich Agierenden nicht leicht zu bestimmen. Verdienstverhältnisse sind fluide und reine Privatnutzung ist bei einem potenziell globalen Publikum schwer zu bestimmen oder zu planen.

Während die professionelle Musikindustrie mit dem Sample-Clearing eine Möglichkeit gefunden zu haben scheint, Sampling durch individuelle Vertragsabschlüsse einigermaßen rechtssicher zu gestalten, bleibt die Situa-

---

\* Sophie Beaucamp, LL.M. (LSE) ist Volljuristin und arbeitet als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Weizenbaum-Institut in der Forschungsgruppe *Vertrauen in verteilten Umgebungen*. Ihr Forschungsschwerpunkt liegt auf dem Gebiet des Rechts des geistigen Eigentums sowie des Informationstechnologierechts.

\*\* Simon Schrör, (M.A) ist Soziologe und Leiter der Forschungsgruppe *Verlagerungen in der Normsetzung* am Weizenbaum-Institut. Forschungsschwerpunkte sind die Rolle immaterieller Güter bei der Entwicklung von Kultur und Wirtschaft sowie sozio-normative Verlagerungsprozesse im Zuge der Digitalisierung.

1 Der Begriff ‚Plattform‘ wird in diesem Beitrag verwendet im Sinne von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten entsprechend der Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt vom 17. April 2019.

tion in Gänze doch unklar und prekär. Das Feld der fremdreferenziell Arbeitenden beschränkt sich eben nicht nur auf Berufsmusiker:innen. Neben frei von jedem Verdienstinteresse musizierenden Privatpersonen gibt es besonders im Hip-Hop<sup>2</sup> eine dritte Akteur:innengruppe: Low-Budget Musiker:innen, die am *strukturellen Tipping Point* zwischen Hobbymusik mit geringem Verwertungsinteresse und gewerblicher Musikproduktion zu verorten sind.

Die Untersuchung dieser Gruppe eignet sich analytisch besonders, um die rechtlichen Freiheiten und Grenzen, die bei fremdreferenzieller Musik von großer Wirkmächtigkeit sind, auszuloten. Am *Tipping Point* der Gewerblichkeit lassen sich die Logiken und Anforderungen der professionellen sowie der hobbyhaften Musikproduktion zugleich illustrieren.

In diesem Beitrag werden vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen in Rechtsprechung und Rechtsetzung die Spannungen untersucht, die zwischen der kulturellen Notwendigkeit des Sampelns, der unsicheren Rechtslage und dem exkludierenden System<sup>3</sup> des professionellen Sample-Clearings auftreten. Anhand dieser Analyse wird schließlich gezeigt, dass das rechtliche System anders als das der Kunst oder der Wirtschaft an dieser Stelle eine funktionale und politisch gut beeinflussbare Stellschraube darstellt. Wenn sie mit Bedacht und mit Blick auf das multisystemische Gleichgewicht von Wirtschaft, Kunst und Recht vorgenommen werden, verheißen Anpassungen der rechtlichen Rahmung des Samplingregimes einen Ausweg aus der exkludierenden und bisweilen dysfunktionalen Gemengelage, die sich heute beim Soundsampling findet.

## 2 *Soundsampling als allgemeine Kulturtechnik im Hip-Hop*

Sampling kann definiert werden als die direkte Nutzung von kurzen, digital kopierten Ton- oder Musikstücken aus Werken Dritter.<sup>4</sup> Besonders ver-

---

2 Sampling spielt insbesondere auch in elektronischer Musik eine Rolle. Hinsichtlich des Low-Budget Sektors lassen sich einige der strukturellen Überlegungen potenziell übertragen. Exemplarisch und aufgrund der kulturellen Genrespezifika konzentriert sich dieser Artikel jedoch auf das Genre des Hip-Hop.

3 Wie unter 2.2 zu zeigen sein wird.

4 Sampling kann auch nicht-digital etwa durch das Abspielen einer Schallplatte oder eines Tonbandes im Hintergrund einer Tonaufnahme stattfinden. In den Frühzeiten des Hip-Hops war dies gang und gäbe (vgl. *Mikos*, Interpolation and sampling, in: Androutopoulos, HipHop, 65 f.). Heute findet Sampling jedoch fast ausschließlich digital statt (vgl. *Stange-Elbe/Bronner*, Musikinstrumentenindustrie, in:

breitet ist Sampling im Hip-Hop und bei elektronischer Musik. Sampling als direkte Form der Fremdreferenzialität ist im Hip-Hop bereits in der Entstehung des Genres angelegt,<sup>5</sup> und kann als eine „Standardtechnologie der Musikproduktion“<sup>6</sup> begriffen werden. Weder aus hochprofessionellen, noch aus amateurhaften oder semi-professionellen Produktionen ist Sampling als Form des Aufgreifens von und des Auseinandersetzens mit Bestehendem – sei es auf inhaltlicher oder auf klanglicher Ebene – wegzudenken.<sup>7</sup>

Erkennt man Sampling als eine kulturelle Anforderung des Genres an, so wird die Frage relevant, ob, wie und von wem diese Kulturtechnik unter den realen Bedingungen und Strukturen des Musikmarktes überhaupt angewandt werden kann. Um dieser Frage nachzugehen, konzentriert sich die Betrachtung wie beschrieben auf eine Akteur:innengruppe, die am *strukturellen Tipping Point*<sup>8</sup> zwischen gewerblicher und nicht gewerblicher Musikproduktion agiert: Musiker:innen im Low-Budget Hip-Hop.

## 2.1 Low-Budget Hip-Hop

Unter Akteur:innen im Low-Budget Sektor können Musiker:innen verstanden werden, die Musikprodukte schaffen und verwerten, dabei aber nicht in die Labelstrukturen der professionell organisierten Musikindustrie eingebettet sind. Zugleich verfügen die Akteur:innen dieses Sektors über äußerst begrenzte finanzielle Mittel, was wiederum maßgeblich zu deren Sonderstellung beiträgt. So können zum Beispiel physische Tonträger nicht oder nur in geringem Umfang hergestellt und vertrieben und an-

---

Stöckler/Tschmuck, Musikrezeption, Musikdistribution und Musikproduktion, 323).

5 Mikos, Interpolation and sampling, in: Androutsopoulos, HipHop, 66.

6 Kawohl/Kretschmer, Von Tondichtern und DJs, in: Hofmann, Wissen und Eigentum, 204.

7 Das Genre des Hip-Hop setzt hier ebenso wie kontemporäre elektronische Musik die der westlichen Musikgeschichte inhärente Fremdreferenzialität fort (vgl. Carroll U. Cin. L. Rev. 2004, 1405). Dies geschieht aufgrund der bei der Entstehung des Genres vorhandenen technischen Möglichkeiten direkt und heute zumeist digital. Die damit verbundenen Haftungsfragen treten beispielsweise in der Klassik, die ebenfalls oft fremdreferenziell ist, aufgrund der nur mittelbaren Übernahme nicht auf, vgl. Arewa N.C. L. Rev. 2006, 547, 601ff.

8 Wie gezeigt wird, ist dieser Kippunkt keinesfalls als dichotome Grenze zu verstehen. Fälle können zwischen gewerblichen und nicht-gewerblichen Logiken oszillieren, oder sich im Zeitverlauf unintendiert wandeln.

waltliche Beratung nicht oder nur in Notfällen in Anspruch genommen werden. Zentral ist aber, wie gezeigt wird, der Mangel an ökonomischer wie kommunikativer Anschlussfähigkeit, wenn es um die vertragliche Absicherung der Samplennutzung geht.

Dies bedeutet aber keineswegs, dass es sich bei Low-Budget Produktionen um amateurhaft klingende Musik handeln muss. Digitale Aufnahme- und Produktionsmöglichkeiten erlauben es heute mit einem geringen finanziellen Mitteleinsatz äußerst professionell klingende Musik herzustellen.<sup>9</sup> Zugleich stehen Akteur:innen im Low-Budget Sektor internetbasierte Vermarktungs- und Verkaufsmöglichkeiten zur Verfügung, die im Vergleich zu klassischen Musiklabels nur geringe Einstiegschürden aufweisen.<sup>10</sup>

Das Gros der einschlägigen Plattformen bietet Möglichkeiten, mit hochgeladener Musik Einnahmen zu erzielen. Mit einem gewissen Bekanntheitsgrad sind Low-Budget Musiker:innen somit in der Lage, frei von etablierten Labelstrukturen Musik zu produzieren, zu bewerben, zu verkaufen und durch Abrufe Geld zu verdienen. Diese Unabhängigkeit von etablierten Prozessen der Musikindustrie ist aber nicht allumfassend, sondern stößt an ihre Grenzen, wenn es um die Nutzung fremder Werkteile im Rahmen des Sampling geht. Sampling von Werkteilen kann das Vervielfältigungsrecht sowie das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung der Tonträgerhersteller nach § 85 UrhG bzw. Art. 2 lit. c und Art. 3 InfoSoc-RL<sup>11</sup> berühren. Da es sich bei Samples in der Regel um kleinste Werkteile handelt, denen für sich genommen keine Werkqualität zukommt, spielt hier die Frage der Verletzung der Rechte der Urheber eine untergeordnete Rolle.<sup>12</sup>

---

9 *Smudits*, Soziologie der Musikproduktion, in: Gensch/Stöckler/Tschmuck, Musikrezeption, Musikdistribution und Musikproduktion, 262.

10 Zu nennen sind hier niederschwellige Angebote wie YouTube, SoundCloud, Instagram oder Vimeo. Auch Streaminganbieter wie Spotify, Deezer oder Apple Music sind keineswegs nur professionellen Musiker:innen vorbehalten. Mit geringem Aufwand lassen sich durch Online-Distributionsdienste im Rahmen des *Self-Publishing* wie Distrokid, Tunecore oder AWAL (Artists Without A Label) eigene Musikwerke veröffentlichen.

11 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vom 22. Mai 2001.

12 Dies mag als Wertungswiderspruch gesehen werden, entstammt aber den unterschiedlichen Schutzziele der Rechte der Urheber und der Rechte der Tonträgerhersteller.

Der Einfluss, den die komplexe rechtliche Situation auf die betrachtete Akteur:innengruppe hat, ist allerdings enorm. Die formalrechtliche Absicherung eines Musikstücks entscheidet maßgeblich über seine Verwertbarkeit, seine Publizierbarkeit und dadurch mitunter auch über die ökonomische Situation der Musiker:innen.

## 2.2 *Sample-Clearing – Ein exkludierendes System*

Da digitales Soundsampling dem Hip-Hop künstlerisch inhärent ist, die Freiheiten, die das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte lassen, jedoch eher eng sind, hat sich in der Musikindustrie das Verfahren des Sample-Clearing etabliert, das rechtssichere und umfassend verwertbare Produkte garantieren soll.<sup>13</sup> Grundsätzlich beschreibt Sample-Clearing einen schlichten Vertragsabschluss über die Einräumung einer Nutzungserlaubnis. Faktisch ist die Zugänglichkeit zu oder Aushandlung von einem solchen Vertrag jedoch eingebettet in komplexe Machtstrukturen. Zumeist liegen die Rechte, insbesondere die Tonträgerherstellerrechte bei den großen oligopolen Musikverlagen (*Major-Labels*). Innerhalb, aber auch zwischen verschiedenen Verlagen scheint sich mit der zunehmenden Relevanz von Sampling ein System entwickelt zu haben, dass das gegenseitige Sample-Clearing, zumeist gegen Bezahlung, sicherstellt.<sup>14</sup>

Somit besteht mit dem Sample-Clearing theoretisch durchaus eine Möglichkeit, sich der rechtlichen Probleme und Haftungsfragen zu entledigen, die die Nutzung fremder Werksstücke oft mit sich bringt. Sozioökonomisch ist das Verfahren jedoch vielschichtiger und muss im Gesamtkontext der Musikproduktion und deren sozialer Struktur betrachtet werden.

Begreift man die großen Organisationen der Musikindustrie als differenziertes System im Sinne der Theorie funktionaler Differenzierung<sup>15</sup> wird deutlich, dass sich mit dem internen Differenzierungsgrad der Organisationen der Musikindustrie die Komplexität der Anforderungen an das

---

13 vgl. *Hawkins Music Lett.* 2012, 446, 446.

14 Mit Blick auf Erfolgsaussichten und Bekanntheit von Künstler:innen werden Samplennutzungen bisweilen für einen Festpreis, bisweilen für eine Verdienstbeteiligung bzw. Rechtaufteilung über Verwertungsgesellschaften (*split*) vertraglich zugestanden. Da das Ermitteln der Rechteinhaber:innen nicht immer leicht ist, haben sich im Umfeld der Musikindustrie ganze Sample-Clearing-Agenturen etabliert, die Unterstützung bei der Ermittlung und Klärung von Samples anbieten.

15 vgl. *Lubmann*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 50 ff.

Endprodukt erhöht. Große Musiklabels funktionieren arbeitsteilig. Produzent:innen und Musiker:innen verantworten die künstlerisch-technische Dimension des Produktes, das Labelmanagement taxiert die Verdienstziele eines Produktes und reguliert den Mitteleinsatz für die Produktion. Hier werden auch die Preise für Samples ausgehandelt.<sup>16</sup> Die Rechtsabteilungen erarbeiten entsprechende Vertragswerke und sind für etwaige Haftungsfragen, Regressansprüche oder Klagen zuständig.<sup>17</sup> Hiermit bedienen Musiklabels die Logiken dreier gesellschaftlicher Subsysteme wie sie in der Luhmann'schen Systemtheorie der Gesellschaft<sup>18</sup> beschrieben sind: der *Kunst*, der *Wirtschaft* und des *Rechts*.<sup>19</sup>

---

16 vgl. *Hawkins Music Lett.* 2012, 446, 446. Siehe hierzu auch *Hondros* in diesem Band.

17 vgl. *Fischer*, Urheberrecht und Kreativität, in: Schwetter/Neubauer/Mathei, *Musikkulturen*, 232; *Döhl*, Ästhetische Selbstständigkeit, in: Schwetter/Neubauer/Mathei, *Musikkulturen*, 277.

18 vgl. *Luhmann*, *Wirtschaft und Gesellschaft*; *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*; *Luhmann*, *Die Kunst der Gesellschaft*.

19 Dieser Artikel argumentiert aus einer systemtheoretischen Perspektive, da sich hiermit analytisch sehr sauber die verschiedenen Anforderungen trennen lassen, die den Produkten der Musik entgegengebracht werden. Die Theoriebeschreibung bleibt an dieser Stelle bewusst kursorisch, da es mehr um eine soziologisch und empirisch informierte Analyse der rechtlichen Verfasstheit des Feldes geht als um eine sozialtheoretische. Wie in Abb. 1 gezeigt bestehen zwischen den drei relevanten Subsystemen strukturelle Verbindungen, die sog. *strukturellen Koppelungen* (vgl. *Luhmann*, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, 50 f.). Ausführlicher siehe hierzu *Schrör*, *Organized Creativity Discussion Paper 19/1 2019*, 1, 13.



auch *rechtlich legal* ist<sup>22</sup>, bzw. ob juristische Risiken bestehen, die die Verwertung einschränken können.

Zusammenfassend lässt sich das klassische Sample-Clearing als ein von und in der Musikindustrie etabliertes System begreifen, das sowohl gewisse Rechtskenntnisse und finanzielle Mittel, allem voran aber eine organisationale Einbettung voraussetzt, um an diesem System partizipieren zu können. Aus funktionslogischer Sicht des Kunstsystems ist es zugleich aber ein kulturelles und genretypisches Erfordernis, in Form von Sampling auf die Musik Dritter zurückzugreifen.

Empirische Forschung<sup>23</sup> indiziert, dass Akteur:innen des Low-Budget Sektors das klassische Sample-Clearing als Verfahren aufgrund der ökonomischen und systemmäßigen Marginalisierung schlicht nicht offensteht. Die Untersuchung illustriert jedoch ebenso, wie sehr Sampling trotz möglicher rechtlicher Probleme eine allgegenwärtige Kulturtechnik ist. Bisweilen werden komplexe Strategien des Verdeckens und Verfremdens angewandt, zum Teil wird auch einfach gehofft, nicht entdeckt zu werden.<sup>24</sup>

Da Low-Budget Musiker:innen sich mit ihrer Musik oft ein Zubrot verdienen, werden ihre Lieder und Alben zumeist auch verwertet. Bei Musiker:innen, die planen, mit ihrer Musik eines Tages ihren gesamten Lebensunterhalt bestreiten zu können, kommt hinzu, dass schon an der Schwelle zum beruflichen Musizieren eine möglichst große Professionalität erreicht werden will und muss. Die bisweilen große technische und musikalische Professionalität, mit der etwa Amateurturniere (sog. *Battle*, *Cypher*) auf Plattformen wie YouTube abgehalten werden, führt dazu, dass die ästhetische Produktqualität sich auf den ersten Blick oft kaum von Majorproduktionen unterscheidet.

---

22 *Luhmann*, Systemtheorie der Gesellschaft, 467 ff.

23 *Schrör*, Organized Creativity Discussion Paper 19/1 2019.

24 Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle auf Sample-Datenbanken verwiesen, die meist gegen einen Festpreis, bisweilen aber auch frei verfügbar Samples zur Nutzung anbieten. Solche Samples stehen in einem gewissen Spannungsverhältnis zur beschriebenen Samplingkultur im Hip-Hop. Umfassendere Ausführungen zu solchen präkommodifizierten Soundteilen finden sich bei *Hondros* in diesem Band.

### 3 Recht als systemisches Gestaltungsinstrument

Die Analyse des Sample-Clearings aus einer funktionalen Perspektive hat drei wichtige Punkte zutage gebracht. (1) Die Kunstform des Samplings ist im Hip Hop historisch gewachsen und funktional relevant. (2) Die wirtschaftlichen Verwertungslogiken sind vorrangig an Zahlungs- und Verhandlungsmacht gebunden. (3) Das (Urheber-)Recht ist maßgeblich für die empirische Ausgestaltung und die Handlungsmöglichkeiten im Samplingregime.<sup>25</sup>

Besonders letzteres legt nahe, dass es vor allem das Rechtssystem ist, in dem es Stellschrauben gibt, um politisch aktiv auf die Freiheitsgrade in den Subsystemen der Kunst und der Wirtschaft einzuwirken. Die inhärenten Funktionslogiken von Kunst (Streben nach *Passung*) und Wirtschaft (Streben nach *Profit*) lassen sich nicht unmittelbar politisch beeinflussen.<sup>26</sup> Anders ist das bei der regulativen Ausgestaltung, die (neben den autopoietischen Kohärenzbestrebungen des Rechts selbst) immer auch ein politisches Mittel sein kann.<sup>27</sup>

Diese Arbeit verfolgt den Anspruch, Optionen zu eruieren, die zu einem besseren Gleichgewicht im konfliktären systemischen Gefüge beitragen können. Im Folgenden wird deshalb dezidiert auf die Feinheiten und aktuellen Änderungen des formalrechtlichen Regimes im Sampling

---

25 Die Punkte (1–3) illustrieren den an dieser Stelle nicht weiter ausgearbeiteten Befund, dass neue gesellschaftliche Konfigurationen wie eben eine digitale Kultursphäre von diversen Systemen logisch eingehegt werden, was zu Reibungen, Spannungen und sogar zu weiteren Binnendifferenzierungen der Subsysteme führen kann. Im Sinne einer Verselbstständigung der Systeme erschwert das mitunter die politischen Steuerungspotenziale, besonders in Kunst und Wirtschaft (vgl. *Rosewitz/Schimank*, Verselbstständigung und politische Steuerbarkeit gesellschaftlicher Teilsysteme, in: Mayntz/Rosewitz/Schimank/Stichweh, Differenzierung und Verselbstständigung, 295 – 329). *Smudits*, Soziologie der Musikproduktion, in: Gensch/Stöckler/Tschmuck, Musikrezeption, Musikdistribution und Musikproduktion, 262.

26 Das gilt auch für die Funktionslogik des Rechts, an der sich nichts ändert, wenn die Regulierungen bestimmter Gegenstände angepasst werden.

27 *Rosewitz und Schimank* merken hierzu an, dass politische Eingriffe in Subsysteme maßgeblich abhängen von „[...]drei politischen Bedingungsfaktoren – politische Steuerungsansprüche, verfügbare politische Steuerungsinstrumente und verfügbares politisches Steuerungswissen[...]“. Das Rechtssystem ist somit im Vergleich zu Kunst und Wirtschaft für politische Steuerung geradezu prädestiniert. (*Rosewitz/Schimank* Verselbstständigung und politische Steuerbarkeit gesellschaftlicher Teilsysteme, in Mayntz/Rosewitz/Schimank/Stichweh, Differenzierung und Verselbstständigung, 325, f.).

eingegangen, um zu prüfen, wie die in Bewegung befindliche Rechtslage das Sampling beeinflusst.

Vor allem die urheberrechtlichen Schrankenregelungen versprechen funktionale Änderungen aus dem beschriebenen systemischen Trilemma des Sample-Clearings. Im Folgenden werden daher die sich vor dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung des EuGH<sup>28</sup> und des BGH<sup>29</sup> zu fremdreferenzieller Musik abzeichnenden Entwicklungen diskutiert, bevor anhand der Grenzfrage einer etwaigen gewerblichen Nutzung der Blick auf die Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (DSM-RL)<sup>30</sup> gerichtet wird.

### 3.1 Spezifische Auswirkungen der Metall auf Metall Entscheidungen des EuGH und des BGH

Die rechtliche Lage hinsichtlich der Einordnung von Samples war stets von Unsicherheit geprägt. Bezeichnend hierfür ist der mittlerweile über 20 Jahre andauernde Rechtsstreit Pelham u.a./Hütter u.a.<sup>31</sup> (*Metall auf Metall*). Durch die in diesem Verfahren ergangene Entscheidung des EuGH und die neueste Entscheidung des BGH als auch durch die DSM-RL ist Bewegung in die Situation gekommen. Der EuGH stellt in seinem Urteil zu *Metall auf Metall* fest, dass, sofern das gesampelte Element in dem neuen Werk nicht erkennbar ist, keine Vervielfältigungshandlung angenommen werden kann.<sup>32</sup> Der BGH führt hierauf aufbauend aus, dass eine Vervielfältigungshandlung gegeben ist, wenn ein durchschnittlicher Musikhörer das

---

28 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929 – Metall auf Metall.

29 BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, GRUR 2020, 843 – Metall auf Metall IV.

30 Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt vom 17. April 2019.

31 Zuletzt: BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, GRUR 2020, 843; EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929 – Metall auf Metall; Vorangegangen: LG Hamburg, Urt. v. 08.10.2004 – 308 O 90/99, BeckRS 2013, 7726; OLG Hamburg, Urt. v. 07.06.2006 – 5 U 48/05, GRUR-RR 2007, 3; BGH, Urt. v. 20.11.2008 – I ZR 112/06, GRUR 2009, 403; OLG Hamburg, Urt. v. 17.08.2011 – 5 U 48/05, GRUR-RR 2011, 396; BGH, Urt. v. 13.12.2012 – I ZR 182/11, GRUR 2013, 614; BVerfG, Urt. v. 31.05.2016 – 1 BVR 1585/13, GRUR 2016, 690; BGH, Vorlagebeschluss v. 01.06.2017 – I ZR 115/16, NJW 2017, 3472.

32 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929 (Rn. 31) – Metall auf Metall.

übernommene Fragment im neuen Werk wiedererkennt.<sup>33</sup> Im konkreten Fall sei dies gegeben.<sup>34</sup> Der erkennende Senat des Berufungsgerichts habe die entsprechende Stelle bei mehrmaligem Hören beider Stücke wiedererkannt.<sup>35</sup>

### *3.1.1 Urheberrechtliche Schranken*

Auch wenn keine vertragliche Vereinbarung über die Nutzung von Werkteilen durch Sampling über das Sample-Clearing erzielt werden kann, so kann die Nutzung dennoch im Rahmen der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen auch ohne die Zustimmung der Rechteinhaber:innen zulässig sein. Im Zusammenhang mit Sampling bislang am bedeutendsten im deutschen Urheberrecht war das Recht der freien Benutzung nach § 24 UrhG.<sup>36</sup> Der EuGH stellt hierzu fest, dass Art. 5 InfoSoc-RL eine abschließende Regelung der Ausnahmen und Beschränkungen der durch das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte gewährten Ausschließlichkeitsrechte trifft. Da Art. 5 InfoSoc-RL ein Recht der freien Benutzung nicht vorsieht, ist dieses nach dem EuGH seit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der InfoSoc-RL nicht mehr mit dem Unionsrecht vereinbar. Auch eine dogmatische Einordnung der freien Benutzung als Bestimmung des Schutzbereichs des Urheberrechts und nicht als Schranke sieht der BGH als nach dem Urteil des EuGH nicht mit dem Unionsrecht vereinbar.<sup>37</sup> Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL sieht vor, dass Mitgliedstaaten Ausnahmen für Karikaturen, Parodien oder Pastiches vorsehen können. Diese Ausnahmen sind im deutschen Urheberrecht nicht explizit vorgesehen. Die Rechtsprechung hat Fälle, die unter Parodie und Karikatur subsumiert werden

---

33 BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, GRUR 2020, 843 (Rn. 30 f.) – Metall auf Metall IV.

34 BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, GRUR 2020, 843 (Rn. 30 f.) – Metall auf Metall IV.

35 BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, GRUR 2020, 843 (Rn. 30) – Metall auf Metall IV.

36 Der BGH Urt. v. 20.11.2008 – I ZR 112/06, GRUR 2009, 403 (Rn. 21) und das BVerfG Urt. v. 31.05.2016 – 1 BVR 1585/13, GRUR 2016, 690 (Rn. 94) erachten § 24 UrhG als analog anwendbar auf das im Zusammenhang mit Sampling in der Regel maßgebliche Recht des Tonträgerherstellers.

37 BGH Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, GRUR 2020, 843 (Rn. 32 ff.) – Metall auf Metall IV.

können, bislang über die freie Benutzung nach § 24 UrhG gelöst.<sup>38</sup> Der BGH stellt in seinem Urteil fest, dass die Schranke für Pastiches zugunsten des fraglichen Samples in dem Metall auf Metall-Rechtsstreit nicht in Betracht kommt, da diese Schranke im deutschen Urheberrecht nicht umgesetzt und auch nicht durch die Rechtsprechung anerkannt wurde.<sup>39</sup> Definiert wird Pastiche als Werk, dessen Stil einem anderen Werk entlehnt ist.<sup>40</sup> In dem Urteil des BGH liegt die Andeutung, dass im Fall einer Umsetzung der Schranke für Pastiches eine Subsumtion von Samples hierunter in Betracht kommen könnte. Hier sieht der BGH die Gesetzgebung in der Pflicht.<sup>41</sup>

### 3.1.2 *Sample als Zitat?*

Als Schranke, auf die sampelnde Musiker:innen sich berufen könnten, bleibt das Zitatrecht nach Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-RL, welches über § 51 UrhG auch im deutschen Urheberrecht vorgesehen ist. Voraussetzung hierfür ist, dass ein besonderer Zweck das Zitat rechtfertigt und auch der Umfang durch den Zweck gerechtfertigt ist. Nach Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-RL muss das Zitat auch den „anständigen Gepflogenheiten“ entsprechen. Zudem müssen Entnahmekategorie und Urheber:in des Ursprungswerkes genannt werden, sofern dies nicht unmöglich ist. Diese Voraussetzung entspricht im deutschen Urheberrecht § 63 UrhG, welcher richtlinienkonform auszulegen ist.<sup>42</sup>

---

38 BGH Urt. v. 28.7.2016 – I ZR 9/15, GRUR 2016, 1157 (Rn. 28) – „auf fett getrimmt“, die Entscheidung bezieht sich auf Parodien, zu Pastiches gibt es bislang keine Rechtsprechung, zu der Erfassung von Pastiches über § 24 UrhG: *Schulze* GRUR 2020, 128, 128.

39 BGH Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, GRUR 2020, 843 (Rn. 65) – Metall auf Metall IV. Karikatur und Parodie erscheinen im Zusammenhang mit Musiksampling abwegig, auch wenn der BGH diese in Rn. 60 ff. diskutiert. Parodie oder Karikatur kämen hier als Schranken grundsätzlich in Betracht, da diese durch die Rechtsprechung bereits vor der Umsetzung der InfoSoc-RL anerkannt waren. Der BGH lehnt diese im Fall aber mit der Begründung ab, es gebe „keinen Anhaltspunkt dafür, dass das Musikstück „Nur mir“ einen Ausdruck von Humor oder eine Verspottung darstell[e]“ (Rn. 63).

40 Zur Definition des Pastiches siehe ausführlich: *Pötzberger* GRUR 2018, 675, 677 ff.

41 BGH Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, GRUR 2020, 843 (Rn. 65) – Metall auf Metall IV.

42 *Leistner* GRUR 2019, 1008, 1013; *Lüft*, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, Vor §§ 44a ff. (Rn. 5).

Als Zitat zweck muss die Übernahme nach dem EuGH der geistigen Auseinandersetzung mit dem Ursprungswerk dienen, was bedeutet, dass eine Interaktion stattfinden muss.<sup>43</sup> Eine Interaktion kann nach dem EuGH nur bei Erkennbarkeit des übernommenen Werkteils stattfinden.<sup>44</sup> Der Generalanwalt formuliert in seinem Schlussantrag, hierbei müsse die *Fremdheit* des übernommenen Werkteils zu erkennen sein.<sup>45</sup> Hierauf stützt sich der BGH nunmehr. Der BGH sieht es für ein Zitat als notwendig, dass für die Hörer:innen erkennbar ist, dass das übernommene Fragment einem anderen Werk entnommen ist.<sup>46</sup> Da hierfür im konkreten Fall kein Anhaltspunkt bestehe, lehnt der BGH die Annahme eines Zitates vorliegend ab.<sup>47</sup> Mit dieser Begründung schließt der BGH allerdings für das Sampling das Zitat als Schranke weitestgehend aus. Eine Herausstellung der übernommenen Fragmente als fremd widerspräche der genretypischen Nutzung. In dem vorangegangenen Urteil des EuGH bleibt hingegen offen, was genau erkennbar bedeutet, ob sich dies auf die *Fremdheit* des Elements bezieht oder ob es ausreicht, dass bei Kenntnis des Ursprungswerkes das Fragment in dem neuen Werk *wiedererkannt* werden kann<sup>48</sup> und aus wessen Sicht dies zu bewerten ist.<sup>49</sup> Hinsichtlich der Frage aus wessen Sicht dies zu bewerten ist, scheint hier naheliegend auf eine:n Durchschnittshörer:in abzustellen.<sup>50</sup> Hinsichtlich der Erkennbarkeit ist letztere Interpretation, wonach die Möglichkeit der Wiedererkennung bei einem Vergleich ausreichend ist, samplingfreundlich und den genretypischen Gepflogenheiten entgegenkommend. Gleichzeitig ist bei dieser Interpretation dann fraglich, ob der EuGH einerseits die Übernahme erkennbarer fremder Werkteile, die durch die Zitatschranke gerechtfertigt sein kann, und andererseits eine Nicht-Erkennbarkeit fremder Werkteile, die gar nicht erst

---

43 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929 (Rn. 71) – Metall auf Metall.

44 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929 (Rn. 73) – Metall auf Metall.

45 *Szpunar*, ZUM 2019, 237 (Rn. 67).

46 BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, GRUR 2020, 843 (Rn. 54) – Metall auf Metall IV.

47 BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, GRUR 2020, 843 (Rn. 55) – Metall auf Metall IV.

48 Wobei der BGH erstere Interpretation des EuGH annimmt.

49 *Thonemann/Farkas* ZUM 2019, 748, 751.

50 *Wagner* MMR 2019, 727, 729. So auch der BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, GRUR 2020, 843 (Rn. 29) – Metall auf Metall IV, der hinsichtlich der für die Annahme der Vervielfältigungshandlung erforderlichen Erkennbarkeit auf das „Hörverständnis eines durchschnittlichen Musikhörers“ abstellt.

als Vervielfältigungshandlung gilt, als „passgenaues Ineinandergreifen“<sup>51</sup> zweier Formen der erlaubten Nutzung intendiert. Durchaus zustimmungswürdig vertritt *Homar*, für eine Interaktion eines Musikstücks mit einem Sample könne bereits die bloße Erkennbarkeit genügen.<sup>52</sup> Historisch, wie anhand des Genres, scheint dies durchaus begründbar. Anders als die schriftkulturelle Herkunft des Europäischen Urheberrechts ist die moderne Schaffenskultur des Hip-Hop auf deutlich fluidere und weniger formelle Weise entstanden. Das bedeutet jedoch nicht, dass bei fehlender sprachlicher Nennung nicht von einer inhaltlichen Auseinandersetzung gesprochen werden kann. Das direkte<sup>53</sup> Aufgreifen und Nutzen der Musik Dritter ist als Stilmittel eng mit der Entstehung des Hip-Hop verknüpft. Das hintergründige Abspielen, *Mixen* und *Scratchen* von Schallplatten, begleitet von Rap und Gesang ist als Ursprung des Genres zu begreifen und zeigt, wie zentral die Auseinandersetzung, sei sie musikästhetischer oder textlicher Natur, im Hip-Hop ist. Dies entspricht der Wertung des BVerfG, wonach die kunstspezifische Betrachtung gebietet, dass es Künstler:innen offensteht, die Form der künstlerischen Auseinandersetzung frei zu wählen, sowie, dass Spezifika des Genres Berücksichtigung finden.<sup>54</sup>

Die Übernahme übermäßiger Werkteile wird von dem Zitatrecht über die Voraussetzung ausgenommen, dass die Nutzung den „anständigen Gepflogenheiten entsprechen und in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt“<sup>55</sup> sein muss. Nach der Definition des EuGH bedeutet dies, dass „[d]ie Nutzung [...] nicht die Grenzen dessen überschreiten [darf], was zur Erreichung des mit dem fraglichen Zitat verfolgten Ziels erforderlich ist“<sup>56</sup>. Die im Hip-Hop typische Auseinandersetzung mit Fremdmaterial besteht aus der Übernahme kurzer Teile, die zudem in der Regel nicht isoliert stehen, sondern in das neu entstandene Gesamtwerk eingebunden werden. Der Ausschluss langer, isoliert stehender und damit ohnehin untypischer Übernahmen aus der Privilegierung des Zitatrechts würde in diesem Fall der Samplingkultur im Hip-Hop keineswegs widersprechen.

---

51 *Leistner* GRUR 2019, 1008, 1012.

52 *Homar* ZUM 2019, 731, 737.

53 Indirekte Fremddreferenzialität ist musikgeschichtlich noch weiter verbreitet als direkte Samples oder Zitate. Das Orientieren an, das Nutzen oder Ausborgen von Bestehendem zieht sich durch die gesamte Musikgeschichte (vgl. *Carroll* U. Cin. L. Rev. 2004, 1405; *Meconi*, Early Musical Borrowing; *Carrell*, Bach the Borrower).

54 BVerfG, Urt. v. 31.05.2016 – 1 BVR 1585/13, GRUR 2016, 690 (Rn. 99); *Leistner* GRUR 2019, 1008, 1013.

55 So in Art. 5 Abs. 3 d InfoSoc-RL.

56 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929 (Rn. 69) – Metall auf Metall.

Nicht nur die Konkretisierung der Frage der Interaktion mit dem gesampelten Werkteil, auch die Quellenangabe wirft Probleme auf. Der EuGH setzt sich mit der Quellenangabe nicht genauer auseinander. Eine Unmöglichkeit der Quellenangabe kann wohl im sogenannten *Micro-Sampling*, also dem Sampeln von kleinsten Teilen, angenommen werden. Den Musizierenden scheint oft selbst nicht bewusst, aus welcher Quelle ein Soundschnipsel genau stammt.<sup>57</sup> Zu spontan und informell ist das Arrangieren und das kreative Arbeiten mit Studiosoftware und Ordern voller Musikteilen, die bisweilen bereits in anderen Projekten genutzt und dort mit Effekten verzerrt oder in komplexe *Beats* eingebaut wurden. Hier schafft die Schwelle der Erkennbarkeit im Unsicherheitsbereich des *Micro-Samplings* zumindest eine gewisse Entspannung. Bei größeren, mitunter offensichtlich erkennbaren Samples kann davon ausgegangen – oder als Sorgfaltspflicht gefordert – werden, dass deren Quellen bekannt sind. Insbesondere bei Verwertungen auf Plattformen steht einer Quellennennung nichts entgegen.<sup>58</sup>

Eine Interpretation der Entscheidung des EuGH dahingehend, dass Sampling unter den oben genannten Voraussetzungen künftig unter die Zitatschranke gefasst werden könnte, scheint dementsprechend mit den kunstspezifischen Anforderungen des Genres vereinbar. Zwar kann nach dem Urteil des BGH der konkrete Fall nicht unter die Zitatschranke subsumiert werden, für die Zukunft deutet sich aber an, dass wohl auch die Pastiche-Schranke in das deutsche Urheberrecht aufgenommen werden muss, sodass Sampling hierunter gefasst werden kann. Für den Ausgangsfall ist dies wenig hilfreich, doch ist die Andeutung der Lösung über eine im deutschen Urheberrecht einzuführende Pastiche-Schranke zu begrüßen, da dies grundsätzlich die Möglichkeit der künstlerischen Interaktion bietet.

### *3.2 Auswirkungen der DSM-RL auf die untersuchte Akteur:innengruppe*

Mit der Unsicherheit, der die Akteur:innen ausgesetzt sind, geht die Frage der Haftung für etwaige Rechtsverletzungen einher. Diesbezüglich sind die Auswirkungen der DSM-RL auf sampelnde Musiker:innen zu untersuchen. Art. 17 der DSM-RL führt zu einer Änderung im Haftungsregime

---

<sup>57</sup> Schrör, Organized Creativity Discussion Paper 19/1 2019, 25.

<sup>58</sup> Beim Upload von Musikdateien, die verwertbar sein sollen, fällt ohnehin ein gewisser administrativer Aufwand an. Der Mehraufwand einer Nennung im Sinne des Musikzitates gesampelter Werke oder Werkteile in den Metadaten eines Musikuploads erscheint auch praktisch zumutbar.

hinsichtlich der öffentlichen Wiedergabe und der öffentlichen Zugänglichmachung urheberrechtlich geschützter Werke oder sonstiger Schutzgegenstände.<sup>59</sup> Eine Rolle spielt dies dann, wenn die Übernahme erkennbar ist und gleichzeitig keine der Schranken des Urheberrechts greift. Die Norm schreibt die Verantwortlichkeit für die öffentliche Wiedergabe und das öffentliche Zugänglichmachen urheberrechtlich geschützter Werke oder sonstiger Schutzgegenstände den jeweiligen Plattformen zu. Offen ist, ob die Haftung der Plattform dazu führt, dass die Haftung der Nutzer:innen entfällt.<sup>60</sup> An der Haftung der Nutzer:innen für die Vervielfältigungshandlung ändert sich zudem durch die Richtlinie nichts.

### 3.2.1 Öffentliche Zugänglichmachung von Werkteilen durch Sampling

Nach Art. 3 Abs. 2 lit. b InfoSoc-RL und § 85 Abs. 1 UrhG kommt dem Tonträgerhersteller das ausschließliche Recht zu, zu erlauben oder zu verbieten, dass der Tonträger der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird.<sup>61</sup> In dem EuGH-Urteil *Metall auf Metall* ist die Frage des Verstoßes gegen das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nicht streitgegenständlich. Ist ein ein oder mehrere Samples enthaltendes Musikstück aber über das Internet abrufbar, ist dieses jedoch von Relevanz.<sup>62</sup> Für die betrachtete Gruppe der Sampilnden spielt die Frage der Verletzung des Rechtes der öffentlichen Zugänglichmachung durchaus eine bedeutende Rolle, da diese ihre Werke in der Regel über Plattformen einem Publikum darbieten. Wird ein fremdes Werk in ein Eigenes übernommen, so wird auch Ersteres öffentlich zugänglich gemacht.<sup>63</sup> Es ist anzunehmen, dass dies entsprechend dem hohen Schutzniveau der InfoSoc-RL und bezogen auf das Recht des Ton-

---

59 Die DSM- RL greift nach Art. 2 Nr. 6 und Art. 17 Abs. 6 nur für bestimmte Plattformen. Für eine Plattform wie YouTube greift die DSM-RL hiernach eindeutig, für eine Vielzahl anderer Plattformen, die insbesondere auch im Low Budget Bereich von Bedeutung sind, ist dies allerdings fraglich.

60 Dreier GRUR 2019, 771, 776. Nach Hofmann GRUR 2019, 1219, 1228 haften Nutzer:innen weiterhin unabhängig von der Haftung der Plattformen. Faktisch ist wohl zu erwarten, dass vorrangig die Plattform haftbar gemacht wird, da einzelne Nutzer:innen oft schwer zu erreichen sind.

61 Hinsichtlich des Rechts der öffentlichen Wiedergabe verfügt der Tonträgerhersteller über kein Ausschließlichkeitsrecht.

62 Hierzu auch Homar ZUM 2019, 731, 734 f.

63 Götting, in: Ahlberg/Götting, BeckOK Urheberrecht, § 19a Rn. 5; BGH, Urt. v. 12.11.2009 – I ZR 166/07, MMR 2010, 556 (Rn. 21) – marions-kochbuch.de.

trägerherstellers auch bei kleinsten Teilen gilt, die von diesem Recht bereits erfasst sind.<sup>64</sup>

### 3.2.2 *Gewerblichkeit als struktureller Tipping Point*

Nach Art. 17 Abs. 1 DSM-RL soll die Verantwortung für den Abschluss von Lizenzvereinbarungen nunmehr der Plattform obliegen. Durch die Plattform abgeschlossene Lizenzvereinbarungen sollen gleichzeitig auch als Vereinbarung zugunsten der Nutzer:innen der Plattform gelten.<sup>65</sup> Dies gilt nach Art. 17 Abs. 2 DSM-RL aber nur, „sofern diese Nutzer nicht auf der Grundlage einer gewerblichen Tätigkeit handeln oder mit ihrer Tätigkeit keine erheblichen Einnahmen erzielen“. Die beschriebene Gruppe der Low-Budget Musiker:innen bewegt sich im Grenzbereich zur gewerblichen Nutzung. Nach Erwägungsgrund 69 DSM-RL soll die der Plattform erteilte Lizenz nur dann auch Handlungen der Nutzer:innen erfassen, wenn diese Inhalte ohne Gewinnerzielungsabsicht teilen oder „die Gewinne, die die hochgeladenen Inhalte einbringen, im Verhältnis zu den abgedeckten urheberrechtlich relevanten Handlungen der von diesen Erlaubnissen abgedeckten Nutzer nicht erheblich sind“. Nach der Stellungnahme des GRUR Fachausschusses zur Urheberrechtsreform ist entscheidend,

„[...] ob die Handlungen nach ihrem Gesamtbild unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls typologisch schon der Tätigkeit eines professionellen YouTubers oder Influencers zuzuordnen sind, dessen Dienstleistung auch von einem durchschnittlichen Mitglied seines Besucherkreises nicht mehr als rein private Information zum sozialen Austausch wahrgenommen wird, sondern als professionelle Dienstleistung, die entweder gewerblicher Natur ist oder jedenfalls bewusst der Erzielung erheblicher Einnahmen dienen soll.“<sup>66</sup>

Blickt man auf die empirische Situation am *Tipping Point* des Gewerblichen, so wird deutlich, wie komplex die scheinbare Dichotomie in der Pra-

---

64 So auch *Homar ZUM* 2019, 731, 734f. Wobei hier kein rechtspolitisches Argument entwickelt werden soll, vielmehr erfordert die umfassende Analyse der Situation der betrachteten Akteur:innengruppe eine Analyse der geltenden Rechtslage.

65 Zu beachten ist, dass dies nur gilt, solange der übernommene Teil keine Werkqualität hat. Dem Urheber kommt nach § 23 UrhG ein Bearbeitungsrecht zu, welches dem Tonträgerhersteller nicht zukommt.

66 *Würtenberger/Freischem GRUR* 2019, 1140, 1157.

xis der Musizierenden ist. Das fängt damit an, dass die Gewerblichkeit nur zum Teil in der Entscheidung der Musiker:innen liegt. Bei grundlegendem Verdienstinteresse – welches oft genug nur einen kleinen Zuverdienst erwarten lässt – entscheidet allein der Erfolg der Musik über die erwirtschafteten Gewinne. Virale Dynamiken im Internet<sup>67</sup> illustrieren sehr gut wie fremdbestimmt Erfolg, gemessen an Aufrufzahlen, sein kann.<sup>68</sup> Bei Musiker:innen mit einer gewissen Etablierung im Feld und dadurch stabilen, aber nicht erheblichen Einkünften stellt sich die Frage, ob überhaupt der Schritt ins berufliche Musizieren beabsichtigt ist. Zugleich gibt es im Hip-Hop eine gewisse Rekrutierungskultur aus der Amateurszene, in der ein erarbeiteter Aufstieg vom metaphorischen Bordstein zur Skyline<sup>69</sup> gewürdigt wird.

### 3.2.3 Prüfpflichten der Plattformbetreiber

Die Haftung der Plattformbetreiber entfällt, wenn sie ihren Pflichten aus Art. 17 Abs. 4 DSM-RL nachgekommen sind, also unter anderem nach Abs. 4 lit. b „alle Anstrengungen unternommen haben, um sicherzustellen, dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber:innen den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, nicht verfügbar sind“, was gemeinhin als eine faktische Pflicht zum Einsatz von Filtertechnologien interpretiert wird.<sup>70</sup> Dies bedeutet aber auch, dass womöglich durch die Plattform eingesetzte (wirksame) Filtertechnologien das Hochladen des entsprechenden Werkes potentiell verhindern könnten. Sampelnde Musi-

---

67 Etwa die Rapper Soulja Boy, the Weeknd oder Charly Puth, Russ oder Lil Pump, die vor ihrem zum Teil enormen viralen Erfolg bereits längere Zeit Musik auf Plattformen veröffentlichten.

68 Monetarisierung und der damit erhoffte Verdienst müssen keineswegs mit dem Willen oder der Bereitschaft einhergehen, hauptberuflich zu musizieren. Besonders Musiker:innen und Beatproduzent:innen im untersuchten Feld arbeiten oft jahrelang neben einer anderen hauptberuflichen Erwerbstätigkeit oder einer Ausbildung in einem nicht-musikalischen Bereich (vgl. hierzu auch Schrör, Organized Creativity Discussion Paper 19/1 2019, 25 ff.).

69 „Von der Skyline zum Bordstein zurück“ ist der Titel eines Albums des Rappers Bushido. Dieses wird aufgrund von Verstößen gegen das Urheber- und Leistungsschutzrecht, auch im Rahmen des Samplings, nicht mehr vertrieben (LG Hamburg, Urt. v. 23.03.2010 – 310 O 155/08).

70 Spindler CR, 277 (Rn. 53); Specht NJW 2018, 3686, 3689; Pravemann GRUR 2019, 783, 786.

ker:innen sähen sich somit nicht mehr nur rechtlichen Beschränkungen gegenüber, die in der Praxis des Samplings häufig in der Hoffnung darauf, nicht entdeckt zu werden, ignoriert wurden, sondern Uploads würden gegebenenfalls von vornherein automatisiert verhindert werden.<sup>71</sup> Die DSM-RL manifestiert durch die strengen Prüfpflichten für Plattformbetreiber aber lediglich eine schon seit längerem etablierte Praxis. Aufgrund der Rechtsprechung zu den Prüfpflichten im Rahmen der Störerhaftung<sup>72</sup> werden seit Jahren Filtertechnologien eingesetzt.<sup>73</sup> Die rechtliche Lage diesbezüglich hat sich durch die explizite Nennung der Sicherstellung der Schrankenregelungen sowohl für Zitate als auch für Pastiche jedenfalls marginal verbessert. Für sampelnde Musiker:innen, die bereits unter die Definition einer gewerblichen Nutzung fallen, aber nicht bei einem großen Label sind, sodass die Einholung der Lizenz schwierig ist, ergeben sich aus der Urheberrechtsrichtlinie dementsprechend kaum Änderungen.<sup>74</sup>

#### 4 Fazit

Bezogen auf die komplexen systemischen Anforderungen, die verwertbare fremdreferenzielle Musikprodukte wie gezeigt erfüllen müssen, kann zwar nur von einer marginalen, doch durchaus von einer als positiv einzuordnenden Verschiebung gesprochen werden. Ohne den Logiken des Wirtschaftssystems und der legitimen Verwertung bestehender Musik zu widersprechen, besteht am *temporalen Tipping Point* der gegenwärtigen Rechtsentwicklung die Chance, die für künstlerische Funktionalität elementaren Freiheiten und Entfaltungsräume zu stärken. Auch wenn mit dem Urteil des BGH der Rechtsstreit noch nicht abgeschlossen ist, konnten diesem wichtige Erkenntnisse entnommen werden. Das vorangegangene Urteil des EuGH bietet Anlass zur Diskussion der Möglichkeit der Subsumtion von Samples unter das Zitatrecht. Sofern die Schwelle für eine Interaktion

---

71 Es ist allerdings fraglich, inwieweit Filtertechnologien nach aktuellem technischem Stand dazu in der Lage sind, Samples innerhalb von Stücken zu erkennen.

72 BGH, Urt. v. 12.07.2012 – I ZR 18/11, GRUR 2013, 370 (32 ff.); Urt. v. 15.08.2013 – I ZR 85/12, ZUM-RD 2013, 514 (59 ff.); Urt. v. 30.04.2008 – I ZR 73/05, NJW-RR 2008, 1136 (Rn. 53); Urt. v. 19.04.2007 – I ZR 35/04, NJW 2007, 2636 (Rn. 47).

73 So zum Beispiel das Content ID System von YouTube, <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=de>, (zuletzt abgerufen am 9.1.2020).

74 Es bleibt freilich die Haftung des Sampelnden, unabhängig von der Frage der Gewerblichkeit, für die Vervielfältigung, sofern weder eine Lizenz erworben wurde noch das Zitatrecht oder eine andere europarechtskonforme Schranke greift.

mit erkennbarem Fremdmaterial im Rahmen des Zitatrechts niedrig angesetzt wird, böte dies Freiräume für das Sampling. Der BGH sieht jedoch keine der im deutschen Urheberrecht aktuell bestehenden Schranken als einschlägig. Für die Zukunft deutet er aber die Notwendigkeit der Übernahme der Pastiche-Schranke in das deutsche Urheberrecht an. Hier sieht der BGH den Gesetzgeber in der Pflicht. Die DSM-RL führt zu einer Einbeziehung nicht-gewerblich handelnder Akteur:innen in durch Plattformen abgeschlossene Lizenzverträge. Dies dürfte rein rechtlich zu einer Erweiterung der Möglichkeiten des Samplings führen. Eine signifikante weitere Einschränkung sampelnder Musiker:innen durch Filtertechnologien über das bereits bestehende Maß hinaus ist kaum zu erwarten. Im Einzelnen bleibt die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie abzuwarten. In Gänze weisen die rechtlichen Veränderungen durchaus in Richtung einer vorsichtigen Modernisierung des Samplingregimes, das sowohl für private Hobbymusiker:innen, für Low-Budget Akteur:innen als auch für die Großen der Branche fairere Bedingungen bietet.

Dieser Beitrag hat zeigen können, wie scheinbar feingranulare Änderungen in der Rechtslage, sei es durch Rechtsprechung oder Rechtsetzung, im interdependenten, funktionalen Gefüge der fremdreferenziellen Musik Änderungen bewirken können. Dem Rechtssystem kommt in diesem Äquilibrium somit eine kritische Rolle zu. Es bietet sich in besonderer Weise an für politische Interventionen, muss jedoch zugleich seine eigene inhärente Funktionalität und Geschlossenheit bewahren<sup>75</sup>. *Teubner* und *Wilke* bringen dies wie folgt auf den Punkt:

„Versteht man Politik als gesellschaftsbezogene Intervention in komplexe Systeme, dann ist Recht als Interventionsinstrument nur dann geeignet, wenn es – gemessen an den zu regelnden Problemlagen – adäquat komplex gebaut ist und einen Steuerungsmodus zulässt, der die horizontale Koordination selbstreferentiell geschlossener Teilsysteme leistet.“<sup>76</sup>

Die unmittelbare Wirkung, die das Recht auf Kunst und Wirtschaft hat, scheint im kritischen Fall des Samplingregimes den sonst häufig voreiligen Ruf nach dem Gesetzgeber zu legitimieren. Die hier unternommene Darstellung der strukturellen Verbundenheit, der Funktionsweisen und Logi-

---

75 Es bleibt, wie Luhmann betont, autopoietisch und kommunikativ geschlossen, zugleich aber mit der Gesellschaft verbunden. „Es vollzieht mit jeder Operation auch Gesellschaft [...]“. *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 554.

76 *Teubner/Wilke* *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1/1984, 4.

ken in Recht, Wirtschaft und der Kunst zeigt aber auch, dass es nur geringer Anpassungen bedarf, um manifeste Änderungen im Verhältnis der Funktionssysteme zu erreichen. Etwaige politische Interventionen in das Samplingregime müssen sich zugleich an der Kohärenz und globalen Funktionalität des (Urheber-)Rechts sowie den Wirkungen auf die Kunst und ihrer Verwertungsmechanismen orientieren.

### *Literatur*

- Ahlberg, Hartwig/Götting, Horst-Peter (Hrsg.)*, BeckOK Urheberrecht. 26. Aufl. 2019 [zitiert als: *Bearbeiter* in: Ahlberg/Götting].
- Arewa, Olufunmilayo*: From J.C. Bach to Hip Hop: Musical Borrowing, Copyright and Cultural Context, *North Carolina Law Review* (2006), S. 547–645.
- Carrell, Norman*, *Bach the Borrower*, London 1967.
- Carroll, Michael*: Whose Music Is It Anyway? How We Came to View Musical Expression as a Form of Property, *University of Cincinnati Law Review* (2004), S. 1405 – 1496.
- Döhl, Frédéric*, Ästhetische Selbstständigkeit als urheberrechtliche Selbstständigkeit. Zur verlorenen Freiheit der freien Benutzung nach § 24 Abs.1 UrhG, in: Schwetter, Holger / Neubauer, Hendrik / Mathei, Dennis (Hrsg.), *Die Produktivität von Musikkulturen*, Wiesbaden 2018, S. 273–288.
- Dreier, Thomas*: Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick. Zum Ergebnis des Copyright Package der EU-Kommission, *GRUR* (2019), S. 771.
- Fischer, Georg*, Die Verwicklung von Urheberrecht und Kreativität in der digitalen Musikproduktion, in: Schwetter, Holger / Neubauer, Hendrik / Mathei, Dennis (Hrsg.), *Die Produktivität von Musikkulturen*. Wiesbaden 2018, S. 209–243.
- Hawkins, Roddy*: Review: Creative License: The Law and Culture of Digital Sampling, *Music and Letters* (2012), S. 446–448.
- Hieber, Thomas*: "Metall auf Metall" – doch ein Ende ohne Schrecken?, *ZUM* (2019), S. 746.
- Hofmann, Franz*: Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 der DSM-RL, *GRUR* (2019), S. 1219.
- Homar, Philipp*: Enge Handlungsspielräume für das Sampling, *ZUM* (2019), S. 731.
- Kawohl, Friedemann / Kretschmer, Martin*, Von Tondichtern und DJs – Urheberrecht zwischen Melodieneigentum und Musikpraxis, in: Hofmann, Jeanette (Hrsg.), *Wissen und Eigentum. Geschichte, Recht und Ökonomie stoffloser Güter*. Bonn 2006, S. 189–220.
- Leistner, Matthias*: "Ende gut, alles gut" ... oder "Vorhang zu und alle Fragen offen"? Das salomonische Urteil des EuGH in Sachen "Pelham [Metall auf Metall]", *GRUR* (2019), S. 1008.
- Lubmann, Niklas*, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1994.

- Luhmann, Niklas*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1995.
- Luhmann, Niklas*, Die Kunst der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1995.
- Luhmann, Niklas*, Systemtheorie der Gesellschaft (Hrsg. J. F. K. Schmidt & A. Kierling), Berlin 2017.
- Meconi, Honey*, Early Musical Borrowing, New York/London 2004.
- Mikos, Lothar*, »Interpolation and sampling«: Kulturelles Gedächtnis und Intertextualität im HipHop, in: Androutopoulos, Jannis (Hrsg.), HipHop. Globale Kultur – lokale Praktiken, Bielefeld 2015, S. 64–84.
- Pötzberger, Florian*: Pastiche 2.0: Remixing im Lichte des Unionsrechts – Zu § 24 UrhG und Art. 5 III k InfoSoc-RL im Kontext der „Metall auf Metall“-Rechtsprechung, GRUR (2018), S. 675.
- Pravemann, Timm*: Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt. Eine Analyse der neuen europäischen Haftungsregelung für Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten, GRUR (2019), S. 783.
- Rosewitz, Bernd / Schimank, Uwe*, Verselbständigung und politische Steuerbarkeit gesellschaftlicher Teilsysteme, in: Mayntz, Renate / Rosewitz, Bernd / Schimank, Uwe / Stichweh, Rudolf (Hrsg.), Differenzierung und Verselbständigung. Zur Entwicklung gesellschaftlicher Teilsysteme. Frankfurt / New York 1988, S. 295 – 329.
- Schrör, Simon*, Die Auswirkungen Rechtlicher Unsicherheit Auf Produktionskonventionen in der Low-Budget Musikindustrie, Organized Creativity Discussion Paper 19 no. 1 (2019): S. 1–46, [https://www.wiwiss.fu-berlin.de/forschung/organized-creativity/media/OC\\_DiscPapSerie\\_Simon\\_Schroer.pdf](https://www.wiwiss.fu-berlin.de/forschung/organized-creativity/media/OC_DiscPapSerie_Simon_Schroer.pdf).
- Schulze, Gernot*: Die freie Benutzung im Lichte des EuGH-Urteils "Pelham", GRUR (2020), S. 128.
- Smudits, Alfred*, Soziologie der Musikproduktion, in: Gensch, Gerhard / Stöckler, Eva Maria / Tschmuck, Peter (Hrsg.), Musikrezeption, Musikdistribution und Musikproduktion. Der Wandel des Wertschöpfungsnetzwerks in der Musikwirtschaft, Wiesbaden 2008, S. 241–265.
- Specht, Louisa*: Die Entwicklung des IT-Rechts im Jahr 2018, NJW (2018), S. 3686.
- 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, CR (2019), S. 277–291.
- Stange-Elbe, Joachim / Bronner, Kai*, Musikinstrumentenindustrie im digitalen Paradigmenwechsel, in: Gensch, Gerhard / Stöckler, Eva Maria / Tschmuck, Peter (Hrsg.), Musikrezeption, Musikdistribution und Musikproduktion. Der Wandel des Wertschöpfungsnetzwerks in der Musikwirtschaft. Wiesbaden 2008, S. 331–334.
- Teubner, Gunther / Wilke, Helmut*: Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, Zeitschrift für Rechtssoziologie (1985/1) S. 4–35.
- Thonemann, Jannick / Farkas, Thomas*: All Samples Cleared? – Oder gehört das Sample "Nur mir", ZUM (2019), S. 748.

- Wagner, Katharina: Entstehung eines neuen Urheberrechtswerks am Beispiel des Musiksampling. Spannungsverhältnis mit vorbestehenden Schutzrechten, MMR (2019), S. 727.
- Wandtke, Artur-Axel / Bullinger, Winfried (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht. 5. Aufl. München 2019 [zitiert als: *Bearbeiter* in: Wandtke/Bullinger].
- Württemberg, Gert / Freischem, Stephan: Stellungnahme des GRUR-Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zur Umsetzung der EU-RL im Urheberrecht (DSM-RL [EU] 2019/790 und Online-SatCab-RL [EU] 2019/789), GRUR (2019), S. 1140.



# Appropriation Art: In Zeiten von „Metall auf Metall“ und des Internets

Christian Czychowski\*, Niclas Düstersiek\*\*

## 1. Einleitung

*Gute Künstler kopieren, große Künstler stehlen.*<sup>1</sup> Was dieses Zitat mit Witz anspricht, steht im Mittelpunkt der Appropriation Art: Appropriation Art, also die bewusste und mit Überlegung vorgenommene Übernahme fremder Werke in eigene Werke, gibt es im Urheberrecht schon sehr lange. Durch die zunehmende Verbreitung von Fotokunst hat sie vor etlicher Zeit eine neue Bedeutung bekommen.

Konnte man mit dem Phänomen in Deutschland vor dem Hintergrund der *Germania 3*-Rechtsprechung<sup>2</sup> noch relativ gut umgehen, gerät die Diskussion durch die *Metall auf Metall*-Rechtsprechung<sup>3</sup> des EuGH – genauso wie das frische BGH-Urteil *Metall auf Metall IV*<sup>4</sup> – auch rechtlich in ein neues Fahrwasser. Dies vor dem Hintergrund, dass Appropriation Art in der Kunst zurzeit gerade auch aufgrund von digitalen Techniken im Internet eine Renaissance erlebt. Der Beitrag soll die Anwendbarkeit und Praxistauglichkeit der neuen EuGH- und BGH-Rechtsprechung am Beispiel von Appropriation Art überprüfen und möglicherweise Lösungen unterbreiten, wie damit in Zukunft in rechtlicher Hinsicht umgegangen werden kann.

---

\* Prof. Dr. RA, Christian Czychowski ist Fachanwalt für Informationstechnologierecht sowie für Urheber- und Medienrecht, und Honorarprofessor an der Universität Potsdam. Er arbeitet neben IT-, Urheber- und Medienrecht auch zu Softwarerecht und Technologievertragsrecht.

\*\* Niclas Düstersiek ist Rechtsreferendar und wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Nordemann Czychowski & Partner Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte mbB mit Schwerpunkten im Urheberrecht, Internetrecht und in Open Source Software.

1 Teilweise Pablo Picasso zugeschrieben, genaue Herkunft unklar, Good Artists Copy; Great Artists Steal, <https://quoteinvestigator.com/2013/03/06/artists-steal/> (zuletzt abgerufen am 17.07.2020).

2 BVerfG, Beschl. v. 29.06.2000 – 1 BVR 825/98 – *Germania 3*.

3 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, NJW 2019, 2913 Rn. 39 – *Metall auf Metall*.

4 BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16 – *Metall auf Metall IV*.

## 2. Was ist Appropriation Art?

Nach einem engen Verständnis handelt es sich um Appropriation Art, wenn Künstler bewusst und mit strategischer Überlegung Teile oder ganze Werke anderer Künstler kopieren, wobei der Akt des Kopierens und das Resultat selbst als Kunst verstanden werden sollten. Ein weiteres Verständnis hält jede Kunst für Appropriation Art, die sich mit vorgefundenem ästhetischen Material beschäftigt und dabei entweder nur kopiert oder in der Kopie Manipulationen vornimmt.<sup>5</sup> Wichtig ist: Appropriation Art setzt nicht Betrug oder Täuschung voraus.<sup>6</sup> Die Künstler orientieren sich in der Regel vielmehr offen an anderen Werken. Neben der möglichst identischen Übernahme fremder Werke in eigene Werke ist auch die teilweise Übernahme von juristischem Interesse, weswegen wir von einem weiten Verständnis ausgehen.

Appropriation Art als Prozess transzendiert Kunstrichtungen: In der Musik gibt es das „Musical Borrowing“<sup>7</sup> wie Sound Sampling und Mashups<sup>8</sup>. Aber schon Beethoven bediente sich in seiner Eroica bei Motiven von Mozart. Beispiele dieser Art gibt es zu Hauf. Ein ähnlicher Begriff, dessen Spektrum sich mit Appropriation Art überschneidet, ist referenzielles Schaffen, wozu *Kempfert* neben Ausstellungen und Appropriation Art auch Samplings, Mashups, Remixes, Collagen, Parodien, Memes oder Fanfiction in digitalen Räumen zählt.<sup>9</sup> Der Begriff Appropriation Art beschreibt damit den Prozess der Herstellung der Kunstwerke. Er verhängt, so wie wir ihn gebrauchen, kein Werturteil.

Appropriation Art ist in Zeiten des Internets und der zunehmenden Digitalisierung auch der Kunst ein Massenphänomen. Es wird zu klären sein,

---

5 Vgl. *Zuschlag*, „Die Kopie ist das Original“, in: Mensger, *Déjà-vu?*, 126, 127, 134; *Tate*, Art Term: Appropriation, <https://www.tate.org.uk/art/art-terms/a/appropriation> (zuletzt abgerufen am 17.07.2020); *MoMa Learning*, Appropriation, [https://www.moma.org/learn/moma\\_learning/themes/pop-art/appropriation/](https://www.moma.org/learn/moma_learning/themes/pop-art/appropriation/) (zuletzt abgerufen am 17.07.2020); [https://de.wikipedia.org/wiki/Appropriation\\_Art](https://de.wikipedia.org/wiki/Appropriation_Art) (zuletzt abgerufen am 17.07.2020); *Appropriation Art* ausführlich begrifflich eingengend: *Huttenlauch*, *Appropriation Art*, 22 ff.

6 *Huttenlauch*, *Appropriation Art*, 28.

7 *Burkholder* *The Journal of Musicology* 2018, 223; *Burkholder*, *Musical Borrowing and Reworking. An Annotated Bibliography*, <http://www.chmtl.indiana.edu/borrowing/> (zuletzt abgerufen am 17.07.2020).

8 Dazu *Döhl* *UFITA* 2019, 19, 20 ff.

9 *Kempfert* *UFITA* 2019, 123, 124; *Saiz-Garcia* *UFITA* 2019, 107, zu referenziellen Schaffenspraktiken nach spanischem Recht.

ob die urheberrechtlichen Lösungswerkzeuge einem solchen Massenphänomen gerecht werden.

### *3. Appropriation Art im Wandel der Zeit*

In Los Angeles wird jährlich das Film-„Festival of (In)Appropriation“ gefeiert – technisch reichen die Filme vom YouTube Supercut über analoge Eingriffe bis hin zu code-basierten digitalen Änderungen.<sup>10</sup> Prägnant beschreibt *Döhl* den technischen Wandel im Musikbereich: „Der heranwachsende prototypische Komponist unserer Zeit sitzt heute nicht mehr an einem Klavier oder einer Gitarre, sondern vor einem Laptop.“<sup>11</sup> Zum Streaming und Kauf stehen alleine in Deutschland 2,4 Millionen Musikalben zur Verfügung.<sup>12</sup> Dateien können am Computer erstellt, kopiert und bearbeitet werden. Im Musikbereich steht beispielsweise fähige Open-Source-Produktionssoftware in Gestalt von Rosegarden, Ardour und Audacity bereit.<sup>13</sup> Unabhängig von der rechtlichen Bewertung wird also deutlich: Appropriation wie z.B. Sound Sampling im Musikbereich ist durch die Digitalisierung in vielen Feldern deutlich einfacher geworden und weist eine niedrigere Zugangsschwelle auf.<sup>14</sup>

### *4. Rechtliche Grundlagen und Bewertung*

Zwei Sekunden reichen aus. Oder ein Foto, ein Gemälde, ein übernommenes Motiv. Wer Appropriation Art betreibt, kann als Plagiateur dastehen oder sich – so wie Moses Pelham – jahrelangen Rechtsstreitigkeiten ausgesetzt sehen. Doch auch angesehene Künstler wie Andy Warhol praktizieren Appropriation Art. Wo liegen die Grenzen? Was ist gesellschaftlich akzeptiert und ist es dann auch rechtlich erlaubt? In welchem Rahmen kön-

---

10 *Stromberg*, A Film Festival Illuminates the Experimental Edge of Appropriation Cinema, <https://hyperallergic.com/531520/festival-of-inappropriation-los-angeles-filmforum/> (zuletzt abgerufen am 17.07.2020).

11 *Döhl* UFITA 2019, 19, 20.

12 *Bundesverband Musikindustrie*, Musikindustrie in Zahlen 2018, S. 18, <http://miz.org/downloads/dokumente/950/BVMI-2018-jahrbuch-musikindustrie-in-zahlen.pdf> (zuletzt abgerufen am 17.07.2020).

13 Dazu *Döhl* UFITA 2019, 19, 20.

14 So zum Sound Sampling *Döhl* UFITA 2019, 19, 21: „Sound Sampling ist zu kompositorischer Alltagskultur mit niedriger Zugangsschwelle geworden.“

nen sich Künstler bewegen, deren Selbstverständnis es ist, altgediente Vorstellungen zu hinterfragen? Mit diesen Grenzen, sowohl juristischen als auch denen bekannter Kunst und gesellschaftlicher Wahrnehmung, spielt Appropriation Art.

Das rechtliche Fundament für Appropriation Art bilden das europäische und das deutsche Urheberrecht. Einerseits kann die Künstler:in durch Appropriation Art ein eigenes urheberrechtlich geschütztes Werk schaffen. Sie kann dabei aber auch Urheberrechte Dritter verletzen. Andere Rechte, die durch Appropriation Art unter Umständen betroffen sein können, zum Beispiel Marken- oder Persönlichkeitsrechte Dritter, nimmt der vorliegende Beitrag nicht in den Fokus.

#### 4.1 Die urheberrechtliche Prüfung im prototypischen Fall von Appropriation Art

Die urheberrechtliche Prüfung im prototypischen Fall von Appropriation Art sieht wie folgt aus: Die genutzte Vorlage ist urheberrechtlich geschützt. Sie hat entweder Werkcharakter oder ist durch ein Leistungsschutzrecht geschützt wie die Tonaufnahmen im Fall *Metall auf Metall* durch § 85 I 1 UrhG. Durch die Herstellung der Appropriation Art wird sodann in das jeweils betroffene Recht eingegriffen. Insbesondere können eine unerlaubte Bearbeitung, aber auch reine Vervielfältigungen vorliegen. Diese Handlung könnte aber gerechtfertigt sein – hier kommt v.a. § 51 UrhG, das Zitatrecht, oder andere Schranken in Betracht sowie – ohne an dieser Stelle die dogmatische Einordnung des § 24 UrhG zu diskutieren – eine erlaubte Nutzung i.S.d. § 24 I UrhG. Auch das Eingreifen weiterer Schranken ist denkbar.

#### 4.2 Die *Germania 3*-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Im Fall *Germania 3* ging es um das Theaterstück „GERMANIA 3 GESPENSTER AM TOTEN MANN“ von Heiner Müller. In einer Szene des Theaterstücks wurden, typisch für Appropriation Art, ohne Genehmigung Textpassagen aus Bühnenwerken Bertolt Brechts wiedergegeben, namentlich aus dem „Leben des Galilei“ und „Coriolan“.<sup>15</sup> Diese ungefähr zwei Textseiten wurden in der Buchausgabe kursiv gekennzeichnet, während

---

15 Zu diesen „Zwischentexten“ anschaulich Metzger ZUM 2000, 924 f. m.w.N.

der Anhang in allgemeiner Form auf die Quellen verwies.<sup>16</sup> Das OLG München hatte ursprünglich eine Urheberrechtsverletzung angenommen.<sup>17</sup>

Im Zentrum des Beschlusses steht die praktische Konkordanz zwischen der Kunstfreiheit und dem das Urheberrecht umfassenden Schutz des Eigentums, Art. 5 III 1 GG bzw. Art. 14 I GG. Das Bundesverfassungsgericht hob die Entscheidung des OLG München auf und betonte die Reichweite der Zitatfreiheit bei Appropriation Art. Das OLG München setze sich mit dem künstlerischen Anliegen nicht hinreichend auseinander und lasse die durch Art. 5 III 1 GG gebotene *kunstspezifische Betrachtung* des von Müller geschaffenen Werkes vermissen.<sup>18</sup> Dabei hob das Bundesverfassungsgericht insbesondere hervor, dass die Zitatfreiheit bei künstlerischen Sprachwerken einen weiteren Anwendungsbereich einnehme als bei nichtkünstlerischen.<sup>19</sup> Ihr komme keine bloße Belegfunktion zu.<sup>20</sup> In der notwendigen Gesamtbetrachtung erwähnte das Gericht die künstlerische und kritische Auseinandersetzung, das Interesse am Schaffensprozess im Dialog zu vorhandenen Werken, den eher geringen Eingriff in die Urheberrechte ohne Gefahr wirtschaftlicher Nachteile sowie den Charakter als Gestaltungsmittel.<sup>21</sup> Beachtlich ist, dass die Zulässigkeit der Verwendung des fremden Textes im Rahmen eines Kunstwerkes nicht davon abhängt, „ob der Künstler sich damit ‚auseinander setzt‘, maßgeblich ist vielmehr allein, ob es sich funktional in die künstlerische Gestaltung und Intention seines Werks einfügt und damit als integraler Bestandteil einer eigenständigen künstlerischen Aussage erscheint“<sup>22</sup>. Die Einordnung als Stilmittel oder formale Kategorien wie „Kollagetechnik“ oder „Technik der zitierenden Kombination“ würden nichts über die künstlerische Bedeutung des Zitats aussagen.<sup>23</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten: Das Bundesverfassungsgericht verlagerte die Abwägung der Grundrechtspositionen im *Germania 3*-Beschluss auf die Schrankenebene und flexibilisierte die Zitatfreiheit für künstleri-

---

16 Zum Sachverhalt s. BVerfG, Beschl. v. 29.06.2000 – 1 BVR 825/98, Rn. 2 – *Germania 3*.

17 OLG München, Urt. v. 26.03.1998 – 29 U 5758/97, juris Rn. 36 f.

18 BVerfG, Beschl. v. 29.06.2000 – 1 BVR 825/98, Rn. 21, 25 – *Germania 3*.

19 BVerfG, Beschl. v. 29.06.2000 – 1 BVR 825/98, Rn. 22 – *Germania 3*.

20 BVerfG, Beschl. v. 29.06.2000 – 1 BVR 825/98, Rn. 22 – *Germania 3*; ausführlich zu Zitzatzweck und -recht Metzger ZUM 2000, 924, 926 ff.

21 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.06.2000 – 1 BVR 825/98, Rn. 22 ff. – *Germania 3*.

22 BVerfG, Beschl. v. 29.06.2000 – 1 BVR 825/98, Rn. 27 – *Germania 3*.

23 BVerfG, Beschl. v. 29.06.2000 – 1 BVR 825/98, Rn. 27 – *Germania 3*.

sche Werke. Stehe ein geringfügiger Eingriff in die Urheberrechte ohne die Gefahr merklicher wirtschaftlicher Nachteile der künstlerischen Entfaltungsfreiheit gegenüber, so hätten die Verwertungsinteressen der Urheberrechtsinhaber im Vergleich zu den Nutzungsinteressen für eine künstlerische Auseinandersetzung zurückzutreten.<sup>24</sup>

#### 4.3 *EuGH Metall auf Metall, BGH Metall auf Metall IV und die Auswirkungen auf das (deutsche) Urheberrecht und Appropriation Art*

Die Entscheidungen des EuGH in *Metall auf Metall* und aktuell des BGH in *Metall auf Metall IV* im Bereich des Sound Sampling sind nicht nur öffentlichkeitswirksam und gesellschaftlich kontrovers, sondern stellen für das Sound Sampling und Appropriation allgemein eine wichtige Weichenstellung dar. Wie diese aussieht und wie weit diese reicht, behandeln wir im folgenden Abschnitt, und zwar beispielhaft an den wichtigsten betroffenen Verwertungsrechten.

##### 4.3.1 *Vervielfältigung*

Der EuGH stellt in seiner Entscheidung *Metall auf Metall* klar, dass die Übernahme von Audiofragmenten<sup>25</sup> einen Eingriff in das ausschließliche Recht des Tonträgerherstellers nach Art. 2 lit. c RL 2001/29 darstelle, es sei denn, dass das Fragment in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form eingefügt werde.<sup>26</sup> Nur dann keinen Eingriff anzunehmen, wenn das Fragment nicht wiedererkennbar ist, ist eine vergleichsweise strenge Grenzziehung.<sup>27</sup>

---

24 BVerfG, Beschl. v. 29.06.2000 – 1 BVR 825/98, Rn. 24 – Germania 3; krit. *Schack FS Nordemann*, 107, 109, der eine unmittelbare Berufung auf Art. 5 III 1 GG sieht und als dogmatisch verfehlt erachtet.

25 Kritisch gegenüber der weitgehend verwendeten Bezeichnung von Samples als Fragment durch den EuGH, da die Samplingkultur weit über die Verwendung kleinster Tonsequenzen hinausgeht: *Döhl UFITA* 2019, 19, 25.

26 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, NJW 2019, 2913 Rn. 39 – Metall auf Metall. Eine andere Lösung wäre eine Art *de minimis*-Kriterium gewesen, vgl. BVerfG, Urt. v. 31.05.2016 – 1 BvR 1585/13, Rn. 110 – Metall auf Metall; *Leistner JZ* 2014, 846, 849; *ders. GRUR* 2019, 1008, 1009.

27 S. *Leistner GRUR* 2019, 1008, 1010.

Dieser folgt auch der BGH und stellt für die Frage der Wiedererkennbarkeit auf das Hörverständnis eines durchschnittlichen Musikhörers ab.<sup>28</sup> Im Nachgang des Urteils die Wiedererkennbarkeit im Lichte der Grundrechte zu einem von Investitionsschutzgedanken getragenen Wesentlichkeitskriterium zu dehnen, hätte dem Bestreben des EuGH widersprochen.<sup>29</sup> Überzeugend entnimmt *Leistner* dem EuGH-Urteil, dass die Darlegungs- und Beweislast für die Wiedererkennbarkeit beim Anspruchssteller liegt, da diese eine immanente schutzrechtsbezogene Begrenzung des Verwertungsrechts ist. Wichtig ist, dass hier aufgrund der vollständigen Harmonisierung des materiellen Gehalts des Tonträgerherstellerrechts aus Art. 2 lit. c RL 2001/29 den Mitgliedstaaten kein Umsetzungsspielraum verbleibt. Das heißt auch, dass das Recht zur Vervielfältigung des § 85 I 1 Fall 1 UrhG richtlinienkonform auszulegen und alleine an den Grundrechten der EU-Grundrechtecharta, nicht an deutschen Grundrechten, zu messen ist.<sup>30</sup> Damit bleibt es bei einem objektiven und recht strengen Verständnis der Vervielfältigung, auch bei Übernahme von kleinen und veränderten, wiedererkennbaren Teilen eines urheberrechtlich geschützten Werks.

#### 4.3.2 Verbreitung

Eine andere Frage ist, ob der Tonträger, in den das Fragment übernommen wird, mit einer „Kopie“ i.S.v. Art. 9 I lit. b RL 2006/115 gleichzusetzen ist. Dabei geht es darum, ob neben dem Eingriff in das Vervielfältigungsrecht auch in das Verbreitungsrecht, also in ein weiteres Verwertungsrecht des Tonträgerherstellers, eingegriffen wird. Die Übernahme eines Fragments, das von einem Tonträger übernommen wurde, führt nach dem EuGH nicht zu einer „Kopie“ des Tonträgers, da weder der gesamte Tonträger noch ein wesentlicher Teil davon übernommen werden.<sup>31</sup> Im

---

28 BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, Rn. 25, 29 – Metall auf Metall IV m.w.N.; vgl. auch *Apel* MMR 2019, 601, 602; *Leistner* GRUR 2019, 1008, 1010; *Wagner* MMR 2019, 727, 729.

29 Überzeugend *Leistner* GRUR 2019, 1008, 1010.

30 BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, Rn. 23 f. – Metall auf Metall IV.

31 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, NJW 2019, 2913 Rn. 54 f. – Metall auf Metall; *Leistner* GRUR 2019, 1008, 1011; *Schulze* NJW 2019, 2918 scheint demgegenüber die Wesentlichkeit beim nachschaffenden Produkt zu prüfen. Wir verstehen EuGH und BGH hingegen so, dass sie – zurecht – die Wesentlichkeit auf das ursprüngliche Produkt beziehen.

Zuge von Appropriation Art mit Tonträgern könnte die Verbreitung jedoch zusätzlich relevant werden, solange die Übernahme die Hürde eines wesentlichen Teiles überschreitet.

Der BGH schloss sich dem Ergebnis des EuGH an.<sup>32</sup> Der BGH stellt ferner klar, dass auch § 96 I UrhG in diesem Fall nicht „durch die Hintertür“ zu einem Verbot der Verbreitung führen kann. § 96 I UrhG, wonach rechtswidrig hergestellte Vervielfältigungsstücke nicht verbreitet werden dürften, ist richtlinienwidrig und daher unanwendbar, soweit er trotz Nicht-Verletzung des Verbreitungsrechts zu einem Verbot der Handlungsmodalität der Verbreitung führen würde.<sup>33</sup>

#### 4.3.3 Abschließende Wirkung der Schranken des Art. 5 RL 2001/29

Weiterhin verdeutlicht der EuGH erneut, dass die Ausnahmen und Beschränkungen des Art. 5 RL 2001/29 abschließend sind.<sup>34</sup> Das heißt, für Ausnahmen und Beschränkungen – nach deutschem urheberrechtlichen Verständnis Schranken – neben den im Wortlaut des Art. 5 angelegten, besteht kein Raum. Der EuGH erwähnt hier auch § 24 I UrhG<sup>35</sup>, äußert jedoch nicht explizit, dass es sich dabei um eine nicht unionsrechtskonforme Ausweitung der Beschränkungen und Ausnahmen<sup>36</sup> oder um eine nicht in Art. 5 RL 2001/29 angelegte Ausnahme oder Beschränkung handelt. Der BGH entschied in der Folge mit einem Paukenschlag, dass § 24 I UrhG auf klassische Fallkonstellationen der freien Benutzung nicht (mehr) anwendbar ist.<sup>37</sup> Damit verbleibt nur eine Anwendung des § 24 I UrhG, soweit er

---

32 BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, Rn. 77 – Metall auf Metall IV.

33 BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, Rn. 80 – Metall auf Metall IV; *Grünberger* in *Schricker/Loewenheim* § 96 Rn. 9; a.A. *Schulze* NJW 2019, 2918; offen *J.B. Nordemann* in *Fromm/Nordemann* § 96 Rn. 3.

34 EuGH, Urt. v. 16.11.2016 – C-301/15, EuZW 2017, 238 Rn. 34 – Soulier und Doke; EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17, NJW 2018, 3501 Rn. 16 – Renckhoff; EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, NJW 2019, 2913 Rn. 58 – Metall auf Metall.

35 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, NJW 2019, 2913 Rn. 56 – Metall auf Metall.

36 Dazu EuGH, Urt. v. 10.04.2014 – C-435/12, GRUR 2014, 546 Rn. 27 – ACI Adam u.a.; EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, NJW 2019, 2913 Rn. 64 – Metall auf Metall.

37 BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, Rn. 32, 36 – Metall auf Metall IV, im Fall stand wegen der Benutzung eines Tonträgers eine entsprechende Anwendung im Raum, Rn. 35; zur entsprechenden Anwendung von § 24 UrhG auf verwandte Schutzrechte und krit. im Fall von § 85 UrhG A. *Nordemann* in *Fromm/Nordemann* § 24 Rn. 4b f.

die Ausnahmen und Beschränkungen zu Parodien und Karikaturen, Art. 5 III lit. k RL 2001/29, umgesetzt.<sup>38</sup>

#### 4.3.4 Zitatzfreiheit

Neben der zunehmenden Verlagerung der Diskussion hin zur Auslegung der Verwertungsrechte ist für Appropriation Art entscheidend, wie bereits die *Germania 3*-Rechtsprechung aufgezeigt hat, ob Ausnahmen oder Beschränkungen (bzw. Schranken) eingreifen, also die Frage, ob die Nutzung doch erlaubt ist. Die Zitatzfreiheit zählt zu den Ausnahmen und Beschränkungen, die in Art. 5 RL 2001/29 angelegt sind.

##### 4.3.4.1 Die Zitatzfreiheit in EuGH Metall auf Metall und BGH Metall auf Metall IV

Der EuGH definiert das Zitat als Nutzung eines Werkes oder ganz allgemein eines Auszugs aus einem Werk von einem Nutzer, der nicht dessen Urheber ist, „um Aussagen zu erläutern, eine Meinung zu verteidigen oder eine geistige Auseinandersetzung zwischen dem Werk und den Aussagen des Nutzers zu ermöglichen, so dass der Nutzer eines geschützten Werks, der sich auf die Ausnahme für Zitate berufen will, das Ziel verfolgen muss, mit diesem Werk zu interagieren.“<sup>39</sup> Im Vordergrund steht also die Zweckbestimmung („um“) und die geistige Interaktion mit dem ursprünglichen Werk. Interessanterweise kommt dieser geistigen Auseinandersetzung bei Appropriation für das Bundesverfassungsgericht im *Germania 3*-Beschluss nicht derselbe Stellenwert zu.<sup>40</sup> Ein Zitat sei aber ausgeschlossen in Situationen, in denen das potenziell zitierte Werk nicht erkennbar sei – dann könne es die erforderliche Interaktion nicht geben.<sup>41</sup>

Darüber hinaus muss das Zitat die weiteren Voraussetzungen des Art. 5 III lit. d RL 2001/29 erfüllen. Dafür muss die Nutzung insbesondere „den anständigen Gepflogenheiten“ entsprechen und „in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt“ sein. Ebenso muss ausweislich des

---

38 BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, Rn. 38, 61 f. – Metall auf Metall IV.

39 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, NJW 2019, 2913 Rn. 71 – Metall auf Metall.

40 S.o. Ziff. 4.2; BVerfG, Beschl. v. 29.06.2000 – 1 BVR 825/98, Rn. 27 – *Germania 3*.

41 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, NJW 2019, 2913 Rn. 73 f. – Metall auf Metall; ebenso BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, Rn. 54 – Metall auf Metall IV.

Wortlauts der Schutzgegenstand bereits rechtmäßig öffentlich zugänglich gemacht worden sein und, außer in Fällen, in denen sich dies als unmöglich erweist, die Quelle, einschließlich des Namens des Urhebers, angegeben werden.

Die Prüfung des BGH orientiert sich stark an der des EuGH. Auch für den BGH steht der Zweck der geistigen Auseinandersetzung und Interaktion mit dem zitierten Werk im Vordergrund seiner Prüfung von § 57 S. 1 und 2 Nr. 3 UrhG. Der BGH konstatiert in *Metall auf Metall IV*, dass das übernommene Audiofragment zwar wiedererkennbar, aber nicht *als fremd* erkennbar ist und lehnt deshalb mangels der Interaktion mit dem genutzten Werk ein Eingreifen des Zitatrechts ab.<sup>42</sup>

#### 4.3.4.2 Einordnung der Rechtsprechung zur Zitatzfreiheit

Es spricht viel dagegen, dass die Zitatzfreiheit zur Rechtfertigung der Übernahme des etwa 2-sekündigen Samples in *Metall auf Metall* heranzuziehen ist. Durch das schlichte Abspielen des Samples im Loop ist die erforderliche Zweckbestimmung für ein Zitat, die Interaktion mit dem ursprünglichen Schutzgegenstand, im vorliegenden Fall zweifelhaft. Ebenso scheint die Voraussetzung der Angabe der Quelle nicht erfüllt – „Metall auf Metall“ hätte auf dem Tonträger, auf dem „Nur mir“ veröffentlicht wurde, problemlos erwähnt werden können.<sup>43</sup>

Auch wenn der EuGH an dieser Stelle bei Sampling und Tonträgerherstellerrecht dazu zu tendieren scheint, die Rechtmäßigkeit vom Eingreifen des Zitatrechts abhängig zu machen, zeigt der Blick auf Appropriation Art im Allgemeinen: Das Zitatrecht allein vermag keine umfassende Antwort zu geben, sondern wirkt wie eine künstliche Verdichtung. So bezieht sich die „Lösung“ auf Basis von EuGH *Metall auf Metall* bisher auf die Übernahme von Fragmenten, die (1) erkennbar oder nicht erkennbar sind und deshalb in das Vervielfältigungsrecht des Tonträgerherstellers eingreifen oder nicht und (2) durch das Zitatrecht gerechtfertigt sind oder nicht. Dies spiegelt auch die Prüfung des BGH wider, wonach das Audiofragment nicht als fremd erkennbar gewesen sei und es daher an der geistigen Interaktion fehle.<sup>44</sup> Im Falle des Samplings kann dies als ausgewogene Lösung

---

42 BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, Rn. 53 ff. – Metall auf Metall IV.

43 Ebenso zur mangelnden geistigen Auseinandersetzung und Quellenangabe: *Schulze* NJW 2019, 2918.

44 BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, Rn. 53 ff. – Metall auf Metall IV.

betrachtet werden,<sup>45</sup> während Appropriation Art insgesamt nicht nur auf dem Bein des Zitatrechts stehen kann.<sup>46</sup> Zwar hat das Zitatrecht im künstlerischen Bereich einen weiteren Anwendungsbereich als bei nichtkünstlerischen (Sprach-)werken.<sup>47</sup>

Doch: § 24 I UrhG hätte aus unserer Sicht eine ausgewogene Grundlage und hinreichende Rechtssicherheit durch über Jahrzehnte gefestigte Rechtsprechung geboten. § 24 I UrhG ist die gesetzgewordene Form eines der wesentlichsten Grundgedanken in unserem Kulturschaffen, nämlich, dass kulturelles Schaffen nicht ohne ein Aufbauen auf früheren Leistungen anderer Urheber denkbar ist.<sup>48</sup> Regelungen wie § 24 UrhG finden sich im UrhG in ähnlicher oder abgewandelter Form seit dem preußischen Gesetz von 1837.<sup>49</sup> Vor allem aber – und das spielt auch bei der EU-rechtlichen Bewertung eine Rolle – stellt § 24 UrhG anders als § 51 UrhG nach unserer Auffassung gerade keine Begrenzung des Schutzbereichs des Urheberrechts dar, keine urheberrechtliche Schranke, sondern definiert den Schutzbereich des Urheberrechts.<sup>50</sup> Er ist – um in den berühmten Beispiel *Ulmers* vom urheberrechtlichen Baum zu bleiben – ein Ast oder ein Teil des Stammes, der gerade nicht in die beiden Äste der Persönlichkeitsrechte und Verwertungsrechte, die ggf. Schranken unterliegen, ausgreift. Damit unterfällt § 24 UrhG auch nicht dem unionsweit harmonisierten Teil des Urheberrechts.<sup>51</sup> Auch RBÜ und TRIPS überlassen Abgrenzung von Bearbeitung zu freier Benutzung dem Recht des Schutzlandes über Art. 5 II S. 2 RBÜ.<sup>52</sup> Dieses über Jahrzehnte entwickelte urheberrechtliche Institut scheint uns für Fälle wie Appropriation Art weit besser geeignet als das auf spezifische Zwecke gerichtete Zitatrecht.

Im umgekehrten Fall ist jedoch zumindest klar: Wann immer das Zitatrecht eingreift und die Appropriation rechtfertigt<sup>53</sup>, bedarf es hierfür keiner weiteren Grundlage.

---

45 So *Leistner* GRUR 2019, 1008, 1013 f.

46 Vgl. dazu *Döbl* UFITA 2019, 19, 26, der das „Verstecken“ des Microsamples und die Rechtfertigung wegen des Zitatrechts als „Ausnahmen von geringem praktischen Anwendungsbereich“ bezeichnet.

47 BVerfG, Beschl. v. 29.06.2000 – 1 BVR 825/98, Rn. 22 – *Germania 3*; BGH, Urt. v. 30.11.2011 – I ZR 212/10, juris Rn. 14 – *Blühende Landschaften*.

48 *Loewenbeim* in *Schricker/Löwenbeim* § 24 Rn. 2; so auch BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, Rn. 34 – *Metall auf Metall IV*.

49 *Chakraborty*, Das Rechtsinstitut der freien Benutzung im Urheberrecht, 15 ff.

50 Vgl. *Chakraborty*, a.a.O., 29.

51 *A. Nordemann* in *Fromm/Nordemann* § 24 Rn. 6.

52 *W. Nordemann/Vinck/Hertin* Art. 12 RBÜ Rn. 1.

53 Dazu auch *Dustmann* in *Fromm/Nordemann* § 51 Rn. 41.

#### 4.3.5 Die freie Benutzung nach § 24 I UrhG

Während Bearbeitung und Umgestaltung nach der Rechtsprechung des BGH besondere Fälle der „Verarbeitung“ ein und desselben Werkes sind, führt die in freier Benutzung eines Werkes geschaffene Gestaltung nach § 24 I UrhG zu einem selbstständigen neuen Werk.<sup>54</sup> Dieses neue Werk verletzt dann nicht die Rechte der Rechtsinhaber der Vorlage.

##### 4.3.5.1 Prüfungsmaßstab von § 24 I UrhG

Die freie Benutzung setzt einen Abstand des neuen Werks zu den entlehnten eigenpersönlichen Zügen des benutzten Werks voraus. Gerade die entlehnten eigenpersönlichen Züge müssen *verblassen*.<sup>55</sup> Ein Verblassen kann durch das Zurücktreten der eigenpersönlichen Züge im Gesamteindruck oder einen inneren Abstand zum älteren Werk eintreten. Dann handelt es sich um ein selbstständiges Werk, anderenfalls um eine bloße Vervielfältigung oder eine unfreie Bearbeitung i.S.v. § 23 UrhG. Bei einer möglichst identischen, nicht als solcher erkennbaren Kopie ohne Abstand bewegt sich die Künstler:in im Extremfall, wenn sie die Übernahme nicht angibt und unter dem Namen des Urhebers des Ausgangswerkes agiert, im Bereich von Plagiat und Fälschung, anstatt auf eine erlaubte Nutzung nach § 24 I UrhG hoffen zu können.<sup>56</sup> Dieser Maßstab war prädestiniert für eine flexible, interessengerechte Anwendung auf Appropriation Art.

Nennenswert ist außerdem, dass § 24 I UrhG für Parodien, Karikaturen und Pastiches nicht voraussetzt, dass die neue Gestaltung selber Werkcharakter hat.<sup>57</sup> Im Zuge der Parodie ist nach BGH und EuGH stattdessen ne-

---

54 BGH, Urt. v. 28.07.2016 – I ZR 9/15, juris Rn. 17 – auf fett getrimmt.

55 St. Rspr. BGH, Urt. v. 28.07.2016 – I ZR 9/15, juris Rn. 18 m.w.N. – auf fett getrimmt.

56 Dazu und mit Beispielen, die in diese Richtung tendieren *Schack* FS Nordemann, 107 ff.

57 BGH, Urt. v. 28.07.2016 – I ZR 9/15, juris Rn. 28 – auf fett getrimmt (nach Ansicht von BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, Rn. 65 – Metall auf Metall IV wurden Pastiches jedoch nie unter § 24 I UrhG gefasst); im Anschluss an EuGH, Urt. v. 03.09.2014 – C-201/13, juris Rn. 33 – Deckmyn und Vrijheidsfonds/Vandersteen u.a.

ben einem Ausdruck für Humor oder Verspottung erforderlich, dass *wahrnehmbare Unterschiede* zur Vorlage bestehen.<sup>58</sup>

#### 4.3.5.2 Ist § 24 I UrhG unionsrechtswidrig?

Nach EuGH *Metall auf Metall* stellte sich die Frage: Kann man sich überhaupt weiterhin auf § 24 UrhG beziehen? Ist § 24 UrhG für Appropriation Art überhaupt noch „nutzbar“?

Einerseits könnte § 24 I UrhG als Ausweitung der Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechts über Art. 5 I RL 2001/29 hinaus angesehen werden. Dann wäre § 24 I UrhG unionsrechtswidrig.<sup>59</sup> Im Einklang mit dieser Ansicht bedürfte es konsequenterweise einer Neuregelung der Schranken im deutschen Recht, die § 24 I UrhG in seiner jetzigen Gestalt entfallen lässt und auch als Reaktion auf Art. 17 VII Ua. 2 lit. a, b DSM-RL europarechtskonforme Schranken einführt.<sup>60</sup>

Andererseits könnte § 24 I als allgemeine Grundrechtsschranke außerhalb der in RL 2001/29 geregelten Schranken eingestuft werden.<sup>61</sup> Nach dieser Ansicht grenzt § 24 I UrhG den Schutzzumfang gegenüber einer unfreien Bearbeitung in einem bisher nicht harmonisierten Bereich<sup>62</sup> ab.<sup>63</sup> Danach könnte § 24 I UrhG in einem nicht harmonisierten Bereich die Benutzung erlauben. Das fremde Werk müsse nur als Anregung genutzt wer-

---

58 BGH, Urt. v. 28.07.2016 – I ZR 9/15, juris Rn. 29 f. – auf fett getrimmt; EuGH, Urt. v. 03.09.2014 – C-201/13, juris Rn. 33 – Deckmyn und Vrijheidsfonds/Vandersteen u.a.

59 So *Leistner* GRUR 2019, 1008, 1011, 1014 f.; einschränkend *Dreier* GRUR 2019, 1003, 1005, nur, soweit es sich bei § 24 UrhG nicht lediglich um eine Schutzbegrenzung handele.

60 Dazu *Leistner* GRUR 2019, 1008, 1015; Herauslösung und Neuregelung von Parodie und Pastiche: *Dreier* GRUR 2019, 1003, 1005; *BMJV*, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts, Diskussionsentwurf Stand 24.06.2020, S. 55 f., 64 f., [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE\\_II\\_Anpassung%20Urheberrecht\\_digitaler\\_Binnenmarkt.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 17.07.2020).

61 Vgl. *Schulze* NJW 2019, 2918; *ders.* in *Dreier/Schulze* § 24 Rn. 1; *ders.* FS Walter, 504, 507 ff.

62 Zur nur partiellen Harmonisierung des Bearbeitungsrechts: *Schulze* in *Dreier/Schulze* § 24 Rn. 1a; Zweifel äußernd angesichts der Vorlage zu *Metall auf Metall*: *A. Nordemann* in *Fromm/Nordemann* § 24 Rn. 6a.

63 *Schulze* NJW 2019, 2918.

den und hinter dem neuen Werk zurückbleiben.<sup>64</sup> Diese Ansicht bietet insofern eine Angriffsfläche, als sie mittelbar doch so verstanden werden könnte, zu einer über Art. 5 I RL 2001/29 hinausgehenden und damit gegen Unionsrecht verstoßenden Ausnahme oder Beschränkung zu führen. Faktisch ist zuzugeben: Durch § 24 I UrhG können Nutzungen erlaubt sein, die von Art. 5 I RL 2001/29 nicht erfasst sind. Nach unserer oben vertretenen Auffassung, dass es sich bei § 24 UrhG aber nur um eine Definition des Schutzbereichs des Urheberrechts handelt, keine Beschränkung, schadet das nicht.

Der EuGH bejaht in *Metall auf Metall* eine Vervielfältigung und führt aus, dass die Mitgliedstaaten keine Ausnahme oder Beschränkung des Rechts des Tonträgerherstellers über Art. 5 RL 2001/29 hinaus vorsehen dürfen.<sup>65</sup> Zudem nimmt der BGH mittlerweile an, dass Bearbeitung und Umgestaltung besondere Fälle der Vervielfältigung darstellen.<sup>66</sup> Davon auszugehen, dass trotz der Vervielfältigungshandlung,<sup>67</sup> die begrenzt wird durch in Art. 5 RL 2001/29 abgeschlossen geregelte Schranken, § 24 I UrhG die Benutzung in einem nicht harmonisierten Bereich gestattet, wäre nach EuGH *Metall auf Metall* zwar unter Umständen weiterhin möglich gewesen, aber dogmatisch klärungsbedürftig. Mit der von uns vertretenen Lösung einer Inhaltsregelung hätte dies allerdings gelingen können.<sup>68</sup>

Das sieht der BGH nun jedoch anders: Obwohl das Recht der freien Benutzung eine dem Urheberrecht immanente Beschränkung des Schutzbereichs bezeichne, sei es nicht mehr zulässig, anzunehmen, der Schutzbereich eines der Verwertungsrechte aus Art. 2 bis 4 RL 2001/29 werde durch § 24 I UrhG in der Weise (immanent) beschränkt, dass ein selbstständiges Werk, das in freier Benutzung des Werks oder der Leistung eines Rechteinhabers geschaffen worden ist, ohne seine Zustimmung verwertet werden darf.<sup>69</sup> Das heißt im Klartext: § 24 I UrhG kann nach der Rechtsprechung nicht mehr allgemein die freie Benutzung von Werken erlauben – eine allgemeine freie Benutzung hält der BGH für unionsrechtswidrig.

---

64 Schulze in Dreier/Schulze § 24 Rn. 1a.

65 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, NJW 2019, 2913 Rn. 65 – Metall auf Metall.

66 BGH, Urt. v. 28.07.2016 – I ZR 9/15, juris Rn. 17 – auf fett getrimmt; ähnlich bereits BGH, Urt. v. 16.05.2013 – I ZR 28/12, GRUR 2014, 65, 70 Rn. 36 – Beuys-Aktion; kritisch A. Nordemann in Fromm/Nordemann § 24 Rn. 9 f.

67 Die Harmonisierung des Vervielfältigungsbegriffs könnte sich auf den Schutzzumfang des Urheberrechts auswirken, Jan Bernd Nordemann FS Mathias Schwarz, 97, 99 ff.

68 Vgl. EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, NJW 2019, 2913 Rn. 56 ff. – Metall auf Metall.

69 BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, Rn. 36 – Metall auf Metall IV.

Diese Rechtsprechung ist nicht als auf das Tonträgerherstellerrecht begrenzt zu verstehen. Die abschließende Regelung der Ausnahmen und Beschränkungen in Art. 5 RL 2001/29 ist das tragende Argument für die Unionsrechtswidrigkeit des dort nicht angelegten § 24 I UrhG.<sup>70</sup> Dieser abschließende Charakter gilt nicht nur für das Tonträgerherstellerrecht, sondern allgemein für die Verwertungsrechte der Rechtsinhaber aus Art. 2 bis 4 RL 2001/29.<sup>71</sup>

#### 4.3.5.3 Die unionsrechtskonforme Auslegung von § 24 I UrhG

Nur insofern, als § 24 I UrhG eine der in Art. 5 RL 2001/29 abschließend geregelten Ausnahmen oder Beschränkungen umsetzt, verbleibt nach der neuen Rechtsprechung des BGH ein Anwendungsbereich für § 24 I UrhG. Dieser Restanwendungsbereich beschränkt sich auf Karikaturen und Parodien.<sup>72</sup> Schon vorher hatte der BGH trotz der EuGH-Rechtsprechung zum Satirebegriff<sup>73</sup> keinen Anlass gesehen, entsprechende Fallgestaltungen nicht mehr über § 24 I UrhG zu lösen. Vielmehr ging der BGH den Weg einer richtlinienkonformen Auslegung des § 24 I UrhG.<sup>74</sup>

Dabei erwähnte der BGH im Zusammenhang mit der unionsrechtskonformen Auslegung des § 24 I UrhG bereits ausdrücklich Pastiches.<sup>75</sup> Einer Anwendung von § 24 I UrhG als Pastiche-Schranke schob der BGH jetzt gleichsam einen Riegel vor. Es sei grundsätzlich allein eine Sache des Gesetzgebers und nicht der Gerichte, eine nach Art. 5 III lit. k RL 2001/29 mögliche Pastiche-Schranke in innerstaatliches Recht umzusetzen.<sup>76</sup>

---

70 BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, Rn. 36 – Metall auf Metall IV.

71 Vgl. EuGH, Urt. v. 16.11.2016 – C-301/15, EuZW 2017, 238 Rn. 34 – Soulier und Doke; EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17, NJW 2018, 3501 Rn. 16 – Renckhoff; BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, Rn. 36 – Metall auf Metall IV, „Rechtsinhaber“; ErwGr. 32 RL 2001/29.

72 Vgl. BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, Rn. 32, 61 f. – Metall auf Metall IV.

73 EuGH, Urt. v. 03.09.2014 – C-201/13 – Deckmyn und Vrijheidsfonds/Vandersteen u.a.

74 BGH, Urt. v. 28.07.2016 – I ZR 9/15, juris Rn. 24 – auf fett getrimmt; ebenso: *Unsel* EuZW 2014, 912, 915; *Lauber-Rönsberg* ZUM 2015, 658, 665; *Haedicke* GRUR Int. 2015, 664, 670; der Sache nach ebenso *Slopek* GRUR-Prax 2014, 442; *von Becker* GRUR 2015, 336, 339; vgl. auch *Peifer* jurisPR-WettbR 2015 Anm. 1 unter D.

75 BGH, Urt. v. 28.07.2016 – I ZR 9/15, juris Rn. 28 – auf fett getrimmt.

76 BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, Rn. 64 f. – Metall auf Metall IV.

Was genau ist aber ein Pastiche? Eine Beschäftigung damit ist nach dem Urteil des BGH weiter angezeigt, denn: Gerade aufgrund der Lücke, die die Aushöhlung von § 24 I UrhG hinterlässt, bedarf es gesetzgeberischer Neuregelungen, die künstlerisches Schaffen auffangen, welches nach der neuen Rechtsprechung ansonsten nicht mehr gestattet wäre. So schlägt bereits der neue Diskussionsentwurf des BMJV zur Umsetzung der DSM-Richtlinie die Schaffung einer Pastiche-Schranke in § 51a UrhG-E vor.<sup>77</sup> Obwohl der Begriff des Pastiches sich in den Ausnahmen und Beschränkungen in Art. 5 III lit. k der RL 2001/29 wiederfindet, ist der (unionsrechtliche) Bedeutungsgehalt alles andere als klar: weder nationenübergreifend noch kunstwissenschaftlich bzw. -historisch oder über verschiedene Kunstformen hinweg.<sup>78</sup>

Der Generalanwalt *Szpunar* schreibt in den Schlussanträgen zum Verfahren *Metall auf Metall*: „Was den Begriff des Pastiches betrifft, bezeichnet dieser eine Nachahmung des Stils eines Werkes oder eines Urhebers, ohne dass notwendigerweise Bestandteile dieses Werks übernommen werden.“<sup>79</sup> Würde diese Einschätzung als Definition herangezogen, ließe sich durch die Nachahmung des Stils eines Werkes oder Urhebers bei optionaler Übernahme von Werkbestandteilen ein nicht zu unterschätzender Bereich von Appropriation darunter fassen. Eine Schwäche dieses Verständnisses ist, dass der Stil grundsätzlich nicht urheberrechtlich geschützt<sup>80</sup> ist. *Szpunar* wollte den Begriff des Pastiches allerdings wohl selber nicht ausufernd verstanden wissen, indem er im Fall von *Metall auf Metall* kein Pastiche für möglich hielt. Aufgrund der Übernahme eines Tonträgers, um ein Werk in anderem Stil zu schaffen, verneinte er ein Pastiche.<sup>81</sup>

---

77 *BMJV*, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts, Diskussionsentwurf Stand 24.06.2020, S. 10, [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE\\_II\\_Anpassung%20Urheberrecht\\_digitaler\\_Binnenmarkt.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 17.07.2020).

78 Vgl. *Döhl* UFITA 2019, 19, 26 ff., insb. 30 ff. m.w.N.

79 *Szpunar*, Schlussanträge des Generalanwalts – C-476/17, Fn. 30 – Pelham u.a./Hütter u.a.

80 Dazu *BMJV*, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts, Diskussionsentwurf Stand 24.06.2020, S. 64, [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE\\_II\\_Anpassung%20Urheberrecht\\_digitaler\\_Binnenmarkt.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 17.07.2020).

81 *Szpunar*, Schlussanträge des Generalanwalts – C-476/17, Fn. 30 – Pelham u.a./Hütter u.a.

Eine durchaus weite Fassung klingt im Diskussionsentwurf des BMJV an, wonach Pastiche auch Ausdruck von „Wertschätzung oder Ehrerbietung für das Original enthalten“ können und insbesondere an Praktiken wie Remixes, Memes, GIFs, Mashups, Fan Art, Fan Fiction, Covers und Samplings zu denken sei.<sup>82</sup>

Ohne eine Klärung des Begriffs durch den EuGH wäre es wegen der Vielzahl an Definitionsmöglichkeiten kein verlässlicher Weg gewesen, Appropriation Art unter einen sehr weit verstandenen Pastiche-Begriff zu fassen, der in unionsrechtskonformer Auslegung des § 24 I UrhG angewendet worden wäre. Gleichwohl besteht nach dem BGH-Urteil nun gesetzlicher Handlungsbedarf in Bezug auf Pastiche. Art. 17 VII Ua. 2 lit. b DSM-RL erfordert in dessen Anwendungsbereich – Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten (DTOs), z.B. YouTube – zwingend, dass die Nutzer sich auf die Nutzung zum Zwecke von Pastiche berufen können. Weil der BGH den Weg über § 24 I UrhG versperrt hat, bleibt hierfür, eine unmittelbare Anwendbarkeit des Unionsrechts außen vor gelassen, nur der Weg über eine gesetzliche Neuregelung bei der Umsetzung der DSM-RL. Obwohl eine solche Pastiche-Schranke auf die Haftung von DTOs begrenzt werden könnte, wäre eine Lösung für das gesamte Urheberrecht überzeugender.

Angesichts der neuen EuGH- und BGH-Rechtsprechung bleibt in der Praxis für eine allgemeine Regelung zur freien Benutzung weder eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 24 I UrhG noch das Dach eines nicht harmonisierten Bereichs. Den Vorschlag, § 24 UrhG aufzuheben und gleichzeitig § 23 I UrhG-E so zu verändern, dass dieser vorherige Prüfungsmaßstäbe von § 24 I UrhG enthält (Abstand zum verwendeten Werk, Eigenart des neuen Werkes, Verblässen der entlehnten eigenpersönlichen Züge des alten Werkes),<sup>83</sup> halten wir für nicht zielführend. Eine Regelung solchen Inhalts widerspräche nach der aktuellen Rechtsprechung genauso dem abschließenden Charakter von Art. 5 RL 2001/29 wie § 24 I UrhG.

---

82 *BMJV*, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts, Diskussionsentwurf Stand 24.06.2020, S. 64, [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE\\_II\\_Anpassung%20Urheberrecht\\_digitaler\\_Binnenmarkt.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 17.07.2020).

83 *BMJV*, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts, Diskussionsentwurf Stand 24.06.2020, S. 7, 55, [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE\\_II\\_Anpassung%20Urheberrecht\\_digitaler\\_Binnenmarkt.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 17.07.2020).

Was dann jedoch fehlt, ist eine offenerere und damit wandlungsfähigere Lösung als die Zitatfreiheit und andere Schrankenregelungen, um sich auf zahlreiche Kunstbereiche einzustellen. Das zeigt nicht zuletzt die Systematik des § 51 S. 2 Nr. 1–3 UrhG, in dem als Regelbeispiele wissenschaftliche Werke, Sprachwerke und Werke der Musik angeführt werden. Die Allgemeinheit hat ein hohes Interesse daran, mit einem Institut wie der freien Benutzung die Kunst weiterzuentwickeln und auf vorbestehenden Werken aufzubauen, auch und gerade wenn dies nicht im Wege eines Zitates erfolgt.<sup>84</sup>

#### 4.3.5.4 Zwischenfazit

Es bedarf also einiger juristischer „Klimmzüge“, um den urheberrechtlichen Rahmen der Appropriation Art, gerade auch nach der neuen Rechtsprechung, darzustellen. Ist das eine gute Situation für ein Massenphänomen wie Appropriation Art?

Typische Konstellationen von Appropriation Art, aber auch generell das Aufbauen auf bisherigen Werken im Urheberrecht, können nicht mehr auf die generelle Grundlage des § 24 I UrhG gestützt werden. Konsequenterweise sieht der deutsche Gesetzgeber bei §§ 23, 24 UrhG und einer Pastiche-Schranke Handlungsbedarf.<sup>85</sup> Auch eine unionsweite Harmonisierung des Bearbeitungsrechts kommt in Betracht. Unabhängig davon, anhand welcher deutschen Norm die Schaffung von Appropriation Art gemessen werden soll, zeigen die *Germania 3*-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie das EuGH-Urteil *Metall auf Metall* deutlich: Die letztlich entscheidende Frage nach der Rechtfertigung bzw. erlaubnisfreien Nutzung erfordert eine Interessenabwägung der Grundrechte. Hierbei streiten auf beiden Seiten, im nationalen und im Unionsrecht, primär dieselben Grundrechtspositionen: Schutz des Eigentums und Kunstfreiheit. Jede Entscheidung über die Rechtmäßigkeit von Appropriation Art bildet den Ausgleich zwischen diesen Grundrechtspositionen ab. Eben dieser Ausgleich bildet den Reiz für das Urheberrecht, den gesellschaftlichen Diskurs, wirtschaftliche Überlegungen und nicht zuletzt auch die kritische

---

84 *Chakraborty*, Das Rechtsinstitut der freien Benutzung im Urheberrecht, 54 f.

85 *BMJV*, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts, Diskussionsentwurf Stand 24.06.2020, S. 7, 10, 44, 54 ff., 62 ff., [https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE\\_II\\_Anpassung%20Urheberrecht\\_digitaler\\_Binnenmarkt.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&cv=2](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&cv=2) (zuletzt abgerufen am 17.07.2020).

Hinterfragung sowie den künstlerischen Schaffensprozess. Insofern ist Appropriation Art in gewisser Hinsicht auch ein Bildnis für das Verhältnis vom deutschen zum europäischen Urheberrecht: Manches kommt neu hinzu, anderes wird übernommen und vielleicht sogar verbessert, wieder anderes bleibt beim Alten – und am Ende steht hoffentlich eine ästhetische Lösung.

Wir haben allerdings Bedenken, ob die hier gefundene Lösung oder auch die anderen, die diskutiert werden, wirklich massentauglich sind und zu weiterer Akzeptanz des Urheberrechts im digitalen Zeitalter beitragen oder ob nicht vielmehr aufgrund zu komplexer Lösungen und immer neuer rechtlicher „Klimmzüge“ die Akzeptanz geistiger Eigentumsrechte gerade schwindet.

## 5. Fazit

Appropriation Art ist in Zeiten zunehmender Digitalisierung auch der Kunst ein Massenphänomen. Dennoch gibt es noch keine massentaugliche urheberrechtliche Lösung für dieses Phänomen.

Was bleibt, ist: Deutlich mehr Klarheit durch EuGH und BGH, gleichzeitig auch nach der BGH-Entscheidung nur eingeschränkt definitive Antworten zur Behandlung von Appropriation Art im deutschen Recht. Dennoch wird die grundsätzliche Linie auch im Lichte der verfassungsrechtlichen Entscheidungen *Germania 3* und *Metall auf Metall* deutlich. Die entscheidenden urheberrechtlichen Weichenstellungen erfolgen auf Abwägungsebene. Dafür hätte § 24 I UrhG – entweder in unionsrechtskonformer Auslegung oder als nicht harmonisierte Inhaltsregelung – weiterhin die Chance geboten, künstlerischem Ausdruck durch Appropriation Art gerecht zu werden, auch und gerade in der digitalen Welt. Der Abgesang von § 24 I UrhG, bis auf Parodien und Karikaturen, hinterlässt ein Vakuum. Künstler:innen, die Appropriation Art betreiben und sich rechtssicher verhalten wollen, müssen sich nach der neuen Rechtsprechung zunächst auf ein Weniger an Rechten einstellen. Aus diesem Grund besteht für ein Institut, das Fälle der freien Benutzung gestattet, nun gesetzgeberischer, vor allem europarechtlicher, Handlungsbedarf.

Literatur

- Apel, Simon*: Anmerkung zu: EuGH, Urteil vom 29.07.2019 – C-476/17 – Pelham u.a., MMR 9 (2019), S. 601 ff.
- Von Becker, Bernhard*: Die entstellende Parodie. Das EuGH-Urteil „Vrijheidsfonds/ Vandersteen“ und die Folgen für das deutsche Recht, GRUR 4 (2015), S. 336 ff.
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*: Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des Digitalen Binnenmarktes, Diskussionsentwurf Stand 24. Juni 2020, [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE\\_II\\_Anpassung%20Urheberrecht\\_digitaler\\_Binnenmarkt.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 17.07.2020).
- Bundesverband Musikindustrie*: Musikindustrie in Zahlen 2018, <http://www.miz.org/downloads/dokumente/950/BVMI-2018-jahrbuch-musikindustrie-in-zahlen.pdf> (zuletzt abgerufen am 17.07.2020).
- Burkholder, J. Peter*: Musical Borrowing or Curious Coincidence? Testing the Evidence, *The Journal of Musicology* 35/2 (2018), S. 223 ff., doi: 10.1525/jm.2018.35.2.223.
- Burkholder, J. Peter*, *Musical Borrowing & Reworking. An Annotated Bibliography*, <http://www.chmtl.indiana.edu/borrowing/> (zuletzt abgerufen am 17.07.2020).
- Chakraborty, Martin*, *Das Rechtsinstitut der freien Benutzung im Urheberrecht*, Baden-Baden 1997.
- Döhl, Frédéric*: Nach § 24 Abs. 1 UrhG: Zum Pastichebegriff im Kontext der anstehenden Neuaufstellung der Spielregeln freier Benutzung, *UFITA* 1 (2019), S. 19 ff., doi: 10.5771/2568-9185-2019-1-19.
- Dreier, Thomas*: Grundrechte und die Schranken des Urheberrechts – Anmerkung zu EuGH „Funke Medien NRW“ und „Spiegel Online“, *GRUR* 10 (2019), S. 1003 ff.
- Dreier, Thomas / Schulze, Gernot*, *Urheberrechtsgesetz: Verwertungsgesellschaftengesetz, Kunsturhebergesetz: Kommentar*, 6. Aufl., München 2018.
- Haedicke, Maximilian*: Beschränkung der Parodiefreiheit durch europäisches Urheberrecht?, *GRUR Int.* 7–8 (2015), S. 664 ff.
- Huttenlauch, Anna Blume*, *Appropriation Art – Kunst an den Grenzen des Urheberrechts*, Baden-Baden 2010, doi: <https://doi.org/10.5771/9783845224947>.
- Kempfert, Kamila*: Referenzielles Schaffen im Lichte der Regulierung des polnischen Urheberrechtsgesetzes, *UFITA* 1 (2019), S. 123 ff., doi: 10.5771/2568-9185-2019-1-123.
- Lauber-Rönsberg, Anne*: Parodien urheberrechtlich geschützter Werke. Eine Bestandsaufnahme nach der »Deckmyn«-Entscheidung des EuGH, *ZUM* 8/9 (2015), S. 658 ff.
- Leistner, Matthias*: Urheberrecht in der digitalen Welt, *JZ* 17 (2014), S. 846 ff., doi: 10.1628/002268814X14060241209325.

- Leistner, Matthias*: „Ende gut, alles gut“ ... oder „Vorhang zu und alle Fragen offen“? Das salomonische Urteil des EuGH in Sachen „Pelham [Metall auf Metall]“, GRUR 10 (2019), S. 1008 ff.
- Metzger, Axel*: »Germania 3 Gespenster am toten Mann« oder Welchen Zweck darf ein Zitat gemäß § 51 Nr. 2 UrhG verfolgen?, ZUM 11 (2000), S. 924 ff.
- Nordemann, Axel / Nordemann, Jan Bernd / Czychowski, Christian* (Hrsg.), Fromm/Nordemann, Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Einigungsvertrag (Urheberrecht), neu: zur EU-Portabilitätsverordnung, 12. Aufl., Stuttgart 2018.
- Nordemann, Jan Bernd*, Bearbeitung und Europarecht – Muss die Bläsetheorie vor den EuGH?, in: Haesner, Christoph / Kreile, Johannes / Schulze, Gernot (Hrsg.), Zwischen Gestern und Morgen – Medien im Wandel. Festschrift für Mathias Schwarz zum 65. Geburtstag, München 2017, S. 97–110.
- Nordemann, Wilhelm / Vinck, Kai / Hertin, Paul*, Internationales Urheberrecht und Leistungsschutzrecht der deutschsprachigen Länder unter Berücksichtigung auch der Staaten der Europäischen Gemeinschaft: Kommentar, Düsseldorf 1977.
- Peifer, Karl Nikolaus*: Die neuen Freiheiten und die unsicheren Grenzen der Parodie, Anmerkung zu: EuGH Große Kammer, Urteil vom 03.09.2014 – C-201/13, jurisPR 2 (2015), Anm. 1.
- Saiz-Garcia, Concepción*: Ein Recht auf Referenz im spanischen Urheberrecht?, UFITA 1 (2019), S. 107 ff., doi: 10.5771/2568–9185–2019–1–107.
- Schack, Haimo*, Appropriation Art und Urheberrecht, in: Ulrich Loewenheim (Hrsg.), Urheberrecht im Informationszeitalter. Festschrift für Wilhelm Nordemann, München 2004, S. 107–113.
- Loewenheim, Ulrich / Leistner, Matthias / Ohly, Ansgar*, Urheberrecht: UrhG, KUG, VGG: Kommentar, 6. Aufl., München 2020.
- Schulze, Gernot*, Gedanken zur freien Benutzung und zu einer allgemeinen Grundrechtsschranke am Beispiel Metall auf Metall, in: von Lewinski, Silke / Wittmann, Heinz (Hrsg.), Urheberrecht! Festschrift für Michel M. Walter zum 80. Geburtstag, Wien 2018, S. 504–522.
- Schulze, Gernot*: Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 29.7.2019 – C-476/17 (Pelham GmbH ua/Hütter ua), NJW 40 (2019), S. 2918.
- Slopek, David E. F.*: Begriff und Grenzen der Parodiefreiheit, GRUR-Prax 19 (2014), S. 442.
- Stromberg, Matt*, A Film Festival Illuminates the Experimental Edge of Appropriation Cinema, <https://hyperallergic.com/531520/festival-of-inappropriation-los-angeles-filmforum/> (zuletzt abgerufen am 17.07.2020).
- Unsel, Christopher*: Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 03.09.2014 – C-201/13 (Deckmyn, Vrijheidsfonds VZW/Vandersteen ua), EuZW 23 (2014), S. 914 f.
- Wagner, Kristina*: Entstehung eines neuen Urheberrechtswerks am Beispiel des Musiksamplings. Spannungsverhältnis mit vorbestehenden Schutzrechten, MMR 11 (2019), S. 727 ff.

*Christian Czychowski, Niclas Düsteriek*

*Zuschlag, Christoph*, „Die Kopie ist das Original“: Über Appropriation Art, in: Mensger, Ariane (Hrsg.), *Déjà-vu? Die Kunst der Wiederholung von Dürer bis YouTube*. Staatliche Kunsthalle Karlsruhe, Karlsruhe 2012, S. 126–135.

*Teil 3*  
*Archivierung und Regulierung*



# Licht und Schatten in der akademischen Medienindustrie

Georg Fischer\*

Die Transformation hin zu einer digital vernetzten Welt betrifft nicht nur die klassische Unterhaltungsindustrie, sondern auch einen Industriezweig, den ich als akademische Medienindustrie bezeichne. Darunter verstehe ich einen wirtschaftlichen Sektor, der als Geschäftsmodell in erster Linie die Distribution, Vermarktung und Verwertung wissenschaftlicher Publikationen betreibt – Publikationen wohlgemerkt, die fast ausschließlich von Wissenschaftler:innen selbst konzipiert und angefertigt werden, nicht von den Verlagen.

Involviert in das Geschäft sind vor allem Großverlage wie Springer Nature, Elsevier oder Wiley. Sie bieten wissenschaftliche Publikationen ganz klassisch in papierner Form als Buch oder Zeitschrift sowie zunehmend in de-materialisierten, digital kopierbaren Formaten an. Nachgefragt werden diese Texte von Universitäten und Forschungseinrichtungen, Bibliotheken und Gedächtnisinstitutionen sowie natürlich von Gruppen, die in Forschung und Lehre beteiligt sind, etwa Studierende, Dozent:innen und Forscher:innen; daneben von Journalist:innen, freischaffenden Intellektuellen oder anderweitig interessierten Personen sowie auch wissenschaftsexternen Akteur:innen aus Politik, Wirtschaft oder Industrie.

Wissenschaftler:innen verfassen die Texte nicht nur, sie sorgen zumeist im Sinne des *peer review* auch im Wesentlichen für ihre inhaltliche und oft auch formale Qualitätskontrolle, ohne dafür von Verlagen bezahlt zu werden. Sie tun dies im Rahmen ihrer Tätigkeit als Wissenschaftler:innen, die dafür verwendeten Ressourcen stammen also in aller Regel aus öffentlichen Mitteln. Zwar sind Wissenschaftler:innen nicht als homogene Gruppe zu verstehen, die alle nach den gleichen Zielen streben oder sogar mit den gleichen Ressourcen ausgestattet sind. Sie sind aber alle darauf angewiesen, dass ihre Forschungsergebnisse von Kolleg:innen wahrgenommen und weiterentwickelt werden, nicht nur innerhalb enger disziplinärer

---

\* Dr. Georg Fischer ist Soziologe und arbeitet als Redakteur bei iRights.info. Seine Forschungsinteressen gelten empirischer Urheberrechtsforschung, vor allem Verwertungsgesellschaften, fremdreferenzieller Musik und Fragen des geistigen Eigentums in der Wissenschaft.

Kreise, sondern auch in internationalen Zusammenhängen und wissenschaftsexternen Kontexten. Um sich auf ihre Forschungs- und Lehrtätigkeit konzentrieren zu können, verlassen sie sich daher auf die Verlage, die die Publikation und Distribution ihrer Texte übernehmen.

Das Urheberrecht fungiert nicht nur in der Unterhaltungs-, sondern auch in der akademischen Medienindustrie als bürokratisch-technische Grundlage der Wertschöpfung, auf dessen Basis Mediengüter veröffentlicht, verwertet und lizenziert werden. Die Wege und Techniken der Zugänglichmachung wissenschaftlicher Literatur sind das Hauptthema dieses Aufsatzes. Ich möchte dafür allerdings nicht primär die urheberrechtlichen Maßgaben erläutern, in die die wissenschaftlichen Großverlage der akademischen Medienindustrie eingebunden sind, sondern nach den sich ergebenden Konsequenzen für den Bereich des wissenschaftlichen Publizierens fragen. Ich fokussiere dafür nicht die offiziell sichtbaren, hell ausgeleuchteten Publikationsformen der wissenschaftlichen Großverlage. Meine Untersuchung beginnt dort, wo das Juristische in eine Grauzone gelangt und die tägliche Praxis wissenschaftlicher Publikationen im Schatten liegt. Dieser Schatten ist metaphorisch zu verstehen: Gemeint ist ein Bereich, der von den Akteur:innen selbst so verdunkelt oder anderweitig gestaltet ist, dass man ihn nicht ohne weiteres einsehen oder betreten kann.

Das Internet bietet eine Vielzahl an solchen Orten, die im Schatten liegen, wie zum Beispiel das Darknet, Filesharing-Plattformen für Musik, Videos und Belletristik – und eben auch Websites für wissenschaftliche Publikationen. Diese sogenannten Schattenbibliotheken existieren in technischer Hinsicht, weil es in den vergangenen Jahrzehnten einen enormen Schub in der technischen Reproduzierbarkeit von medialen Konsumgütern gegeben hat. In dessen Folge konnten sich die Inhalte (wissenschaftliche Texte) von ihren medialen Trägern (Papier) lösen und in neuen digitalen, leichter zu kopierenden Formaten (PDF, ePUB) angeboten werden. Die digitale Kopierbarkeit bietet die technische Grundlage für die Zusammenstellung großer, umfassender Textkorpora. Doch Schattenbibliotheken sind nicht nur ein technisches Phänomen, sie bedienen freilich auch eine gesellschaftliche Nachfrage: nämlich nach einem einfachen, kostenlosen und möglichst barrierefreien Zugang zu wissenschaftlichen Erkenntnissen. Dieses Bedürfnis wiederum konfliktiert mit den urheberrechtlichen Maßgaben wissenschaftlicher Texte und den daran gekoppelten wirtschaftlichen Verwertungsmechanismen auf Seiten der Großverlage.

Ziel dieses Artikels ist es daher, Schattenbibliotheken als urheberrechtlich konfliktäre Praxis zwischen Akteur:innen mit verschiedenen Interessen darzustellen und die diesbezügliche Dynamik historisch einzuordnen. Für diesen Zweck nutze ich das Wechselspiel zwischen Steigerung und

Suspension technischer Reproduzierbarkeit als theoretisches Konstrukt, um die Konfliktlinie um das Urheberrecht beim wissenschaftlichen Publizieren genauer herauszuarbeiten und im Sinne von historischen Kippunkten zu interpretieren. Darauf aufbauend veranschauliche ich anhand von #canIhazPDF, Ubuweb, AAARG, Library Genesis und Science Hub die Genese und Vielfalt wissenschaftlicher Schattenbibliotheken. Abschließend diskutiere ich die Frage, inwiefern der Aufstieg des Prinzips der Schattenbibliothek als Tipping Point, also als Umschlags- oder Kippunkt in der Entwicklung der akademischen Medienindustrie verstanden werden kann.

### *1 Der Kampf um die Hoheit zur technischen Reproduzierbarkeit*

Die medienindustrielle Dynamik, in der Schattenbibliotheken agieren, möchte ich genauer umreißen. Dazu schlage ich vor, sie als *Kampf um die Hoheit zur technischen Reproduzierbarkeit* zu begreifen und im Sinne des Kippunkt-Konzepts zu spezifizieren. Stichwortgeber dafür ist Walter Benjamin, der mit seinem bereits in den 1930er Jahren erschienenen Aufsatz „Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit“ das Phänomen massenhaft herstellbarer Kopien und dadurch resultierende Implikationen eindrucksvoll beschrieb.<sup>1</sup> Zwar hatte Benjamin nicht gerade urheberrechtliche Probleme vor Augen, als er seinen einflussreichen Aufsatz verfasste, doch er war durchaus fasziniert von den Möglichkeiten der Vervielfältigung von physischen Objekten und medialen Datenträgern wie Fotografien und Filmaufnahmen.

Um in dieser Faszination für die Steigerung technischer Reproduzierbarkeit nicht den Blick für gegenläufige Entwicklungen zu verlieren, forderte der Medienwissenschaftler Jens Schröter viele Jahre nach Benjamin, stärker die Mechanismen der „Nicht-Reproduzierbarkeit“ zu berücksichtigen. In diesem Sinne plädiert Schröter dafür, die *Konfigurationen* technischer Reproduzierbarkeit, also die „unterschiedlichen Stufungen und Verteilungen von Reproduzierbarkeit und Nicht-Reproduzierbarkeit und mit hin ihre Funktionen für die stets umkämpfte Reproduktion gesellschaftlicher Macht“ zu studieren.<sup>2</sup> Diesen „Kampf um die Reproduktionshoheit“ habe ich an anderer Stelle für das Musiksampling im Spannungsfeld von

---

1 Benjamin, Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit.

2 Schröter, Das Zeitalter der technischen Nicht-Reproduzierbarkeit, 29–30.

Urheberrecht und Kreativität detailliert erforscht.<sup>3</sup> Es liegt nahe, die Denkfigur nun auch auf den Bereich des akademischen Publikationswesens zu übertragen, um damit die dortige, urheberrechtlich geprägte Konfliktlinie adäquat beschreiben und analysieren zu können.

Denn mit jedem qualitativen Schub technischer Reproduzierbarkeit verändert sich das Verhältnis der beteiligten Akteur:innen: In der Regel entsteht ein Tipping Point, an dem das etablierte Akteursgefüge kippt und Neukonstellationen ermöglicht. So machte schon die gesteigerte technische Reproduzierbarkeit auf Grundlage des Buchdrucks im 15. Jahrhundert neue soziale und rechtliche Konfigurationen notwendig, die festlegten, wer welche Texte unter welchen Bedingungen kopieren durfte – eine Tätigkeit, die bis dahin handschriftlich erfolgte und vor allem von Mönchen in Klöstern erledigt wurde. Die Vokabel der sodann eingeführten, regional begrenzten „Druckprivilegien“ zeigt die Grundspannung der Reproduktionshoheit bereits an: Denn ein Privileg ist nur wenigen vorbehalten, die sich durch diese besondere Eigenschaft von den Nicht-Privilegierten unterscheiden, bestimmte Vorteile erlangen und ihre Privilegien meist zu verteidigen suchen. Das aus den Druckprivilegien hervorgegangene deutsche Urheberrecht steht etymologisch noch in dieser am Privileg orientierten Linie, denn es legt semantisch den Akzent auf die Bedürfnisse und Rechte der Urheber:in, also der Werkschöpfer:in. Im Gegensatz dazu deutet das angloamerikanische Copyright allein von seiner Wortwahl her mehr Offenheit an: Es betont das *right to copy*, also das Recht zu kopieren, welches sowohl Urheber:innen wie auch am eigentlichen Schöpfungsprozess Unbeteiligte adressiert.

Das Vervielfältigen von schriftlichen Erzeugnissen ist dabei nicht nur ein symbolisches Privileg, sondern auch eine materielle Ressource. Sie zeigt sich bereits in dem rechtlich-technischen Fakt, dass nur bestimmte Individuen und Organisationen Geldscheine herstellen und kopieren dürfen, wie Schröter bemerkt. So regeln technische Vorrichtungen in handelsüblichen Kopiergeräten die Reproduzierbarkeit von Geldscheinen und brechen automatisch den Kopiervorgang ab, wenn ein Geldschein auf der Scanaufgabe liegt.<sup>4</sup> Die rechtlich abgesicherte Ressource der Reproduktionshoheit über Geldscheine wird also an eine Technologie delegiert, die unerlaubte Kopiervorgänge unterbricht.

Dieses Phänomen, Kopiervorgänge rechtlich und technisch einzuhegen, zu begrenzen und nur für bestimmte Gruppen zugänglich zu halten, be-

---

3 Fischer, Sampling in der Musikproduktion.

4 Schröter, Das Zeitalter der technischen Nicht-Reproduzierbarkeit, 14.

zeichne ich als Suspension technischer Reproduzierbarkeit.<sup>5</sup> Die Suspensionspraktiken verweisen also auf die Gegenmaßnahmen zu den Steigerungen technischer Reproduzierbarkeit. Die daraus entstehende Dynamik von Steigerung und Suspension ist hierbei von besonderem Interesse – genauso wie die daran anschließenden Praktiken der Unterlaufung und Umgehung der Suspensionsmaßnahmen. An diesem Set an Praktiken lässt sich die ständige Fortschreibung der Konfliktlinie gut erkennen und im Sinne wechselnder Kippunkte interpretieren.

Für die Musikindustrie der 1950er und 1960er Jahre hat Monika Dommann einen solchen technisch-rechtlichen Kippunkt sehr anschaulich herausgearbeitet. Sie zeigt anhand historischer Quellen, wie sich Verwertungsgesellschaften, Musiklabels und Technologiehersteller mit der Innovation des Tonbands mühsam auf neue urheberrechtliche Konfigurationen einigen mussten: Die signifikant gestiegene technische Reproduzierbarkeit, die es fortan auch Konsument:innen erlaubte, Musik und Klänge auf Tonband fixieren, kopieren und rearrangieren zu können, veränderte das Gefüge der beteiligten Parteien und musste daher kompensiert werden.<sup>6</sup> Die daraus entstandene Leermedienabgabe ist bis heute eine stabile urheberrechtliche Konfiguration technischer Reproduzierbarkeit, die auch auf digitale Festplatten und andere Speichermedien Anwendung findet.

Mit dem Digitalen ergibt sich ein erneuter signifikanter Schub in der technischen Reproduzierbarkeit, der sich für das akademische Publikationswesen als Kippunkt beschreiben lässt: So bringen Buchdruck und Tonband mit ihren mechanischen Prozessen noch verschiedene Einschränkungen mit sich, wie zum Beispiel den Verschleiß von Drucklettern oder Qualitätseinbußen bei Kopien von Kopien. Digitale Kopien hingegen ermöglichen unterschiedslose Exemplare des gleichen Werks, die beliebig oft vervielfältigt, ohne Qualitätsverlust und relativ kostengünstig verteilt werden können.

Für die über Jahrhunderte lang gewachsene und von urheberrechtlichen Maßgaben profitierende Verlagsindustrie stellt diese Steigerung der technischen Reproduzierbarkeit einen möglichen Kippunkt dar, da als PDF vorliegende Publikationen von Konsument:innen selbst leicht verschickt, getauscht und zu abrufbaren Sammlungen akkumuliert werden können. Diese Entwicklung, die auch hinein in den Bereich des urheberrechtlich Illegalen führt, ist aus den Erfahrungen der Musikindustrie der frühen 2000er Jahre bekannt, in deren Folge nicht nur Abmahnpraktiken,

---

5 *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion, 29.

6 *Dommann* Autoren und Apparate.

technische Kopierschutzmechanismen und neue Angebote wie legale Streamingdienste eingeführt wurden, sondern auch beträchtliche Umsatzrückgänge zu verzeichnen waren.<sup>7</sup> Für das akademische Publikationswesen indizieren Aufkommen und Stabilität von digitalen Schattenbibliotheken nun ebenfalls einen Kipppunkt in der medienindustriellen Entwicklung, welchen ich im Folgenden genauer darstelle.

## 2 *Aufstieg und Ausdifferenzierung akademischer Schattenbibliotheken*

In diesem Abschnitt stelle ich anhand von fünf verschiedenen Beispielen die Bandbreite akademischer Schattenbibliotheken dar und Sorge für kontextualisierende Information. Die Beispiele haben miteinander gemeinsam, auf das gleiche Ziel hinzuarbeiten, nämlich eine hohe digitale Verfügbarkeit wissenschaftlicher Publikationen sicherzustellen. Sie unterscheiden sich aber hinsichtlich ihrer jeweiligen organisatorischen Verfasstheit und allgemeinen Sichtbarkeit. So ist das Hashtag #canIhazPDF (Abschnitt 3.1) vor allem als praxeologisches Phänomen auf Twitter beobachtbar, während die vier anderen – Ubuweb, AAARG, Library Genesis und Science Hub (Abschnitte 3.2 und 3.3) – im engeren Sinne einer Schattenbibliothek fungieren. In allen Fällen jedoch agiert man mit urheberrechtlich mindestens fragwürdigen bis definitiv illegalen Praktiken, die von ideologisch-politischen Annahmen legitimiert und aus Effizienzgründen eingesetzt werden.

### 2.1 *#IcanhazPDF als akademische Schattenpraxis*

Der Hashtag #IcanhazPDF ist eine vergleichsweise niedrigschwellige Strategie, die für den Zugriff auf akademische Artikel Paywalls und andere Formen des Kopierschutzes umgeht. Der Hashtag wird auf Twitter verwendet: Die absichtlich falsche Schreibweise bezieht sich auf ein Internet-Meme, das unter dem Slogan „Can I haz Cheeseburger“ beziehungsweise „I can has Cheezburger“ ab etwa 2008 bekannt wurde. In dem Meme geht es um eine Katze, die im Internet-Slang nach einem Cheeseburger verlangt. Es folgten viele weitere ähnliche Bilder, die auf diversen Internetplattformen geteilt und variiert wurden. Daraus resultierte eine virale Dy-

---

7 *Dolata* Berliner Journal für Soziologie 2008, 344; *Sinnreich*, Mashed up.

namik, in der sich der Cheeseburger-Slogan zunehmend von seinem Original entfernte und für andere Kontexte nutzbar wurde.<sup>8</sup>

So übertrug die US-amerikanische Kognitionswissenschaftlerin Andrea Kuszewski den Slogan 2011 auf die Suche nach akademischen Artikeln. Sie kreierte den Hashtag #IcanhazPDF und setzte damit auf Twitter eine digitale Bewegung in Gang: Nutzer:innen können unter Verwendung des Hashtags und Angabe des gesuchten Artikels sowie der eigenen Emailadresse Artikel anfragen, die andere Nutzer:innen für sie herunterladen und Ihnen zusenden, sofern ihre heimischen Universitätsbibliotheken einen Zugang dazu erworben haben.

Die Praxis um den Hashtag appelliert an den Gemeinschaftsgedanken der global vernetzten Wissenschaft und erweitert die Praxis unter Forscher:innen, sich per Email gegenseitig Literatur zu empfehlen und zuzusenden. Gleichzeitig findet #IcanhazPDF zu Teilen im Schatten statt: Da das Versenden der Artikel in den allermeisten Fällen Urheberrechte verletzt, gehört es zur Praxis, sich nicht öffentlich bei den Sender:innen zu bedanken. Dieser Quellenschutz ist Kuszewski zufolge ein wichtiger Teil von #IcanhazPDF und zeigt in Form einer ethischen Verpflichtung die allgemeine Sorge vor dem Abmahnwesen der akademischen Großverlage.<sup>9</sup> Dem entspricht auch die Aufforderung, den Anfrage-Tweet nach dem erfolgreichen Erhalt des Artikels wieder zu löschen.<sup>10</sup>

Diese Aufforderung ist im Profil des Twitterbots @hecanhazpdf als Verhaltensregel notiert („etiquette reminder“),<sup>11</sup> der sämtliche Tweets unter dem Hashtag automatisch seinen aktuell etwas mehr als 1000 Follower:innen ausspielt (Stand: Juli 2020).<sup>12</sup> Vermutlich abonnieren noch zahlreiche weitere Twitternutzer:innen den Hashtag, um nach den Prinzipien von Tauschbörsen<sup>13</sup> und Gabentausch im Kreise Gleichgesinnter zu partizipie-

---

8 *Fischer/Grünewald-Schukalla*, kommunikation @ gesellschaft 2018, 1, 3.

9 *Mohdin/Quartz*, How to Get Free Access to Academic Papers on Twitter, <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2015/10/why-some-academics-are-sharing-their-papers-for-free/411934/> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).

10 *Gardner/Gardner*, Bypassing Interlibrary Loan Via Twitter: An Exploration of #icanhazpdf Requests (Conference Paper), <http://www.ala.org/acrl/sites/ala.org.acrl/files/content/conferences/confsandpreconfs/2015/Gardner.pdf> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020), 96.

11 *shecanhazPDF*, #icanhazpdf etiquette reminder: <https://twitter.com/hecanhazpdf/status/598391209749516288> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).

12 *shecanhazPDF*, Twitter Profile, <https://twitter.com/hecanhazpdf> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).

13 *Krömer/Sen*, *No Copy*.

ren.<sup>14</sup> #IcanhazPDF ist nicht auf bestimmte Fachgrenzen beschränkt, sondern erfasst prinzipiell alle akademischen Disziplinen, geografischen Herkunftsorte und Jahrgänge der gesuchten Literatur. Insofern ist der Hashtag auch ein interessantes Werkzeug, um stichprobenartig einen Einblick in die Forschung und Lesegewohnheiten der jeweiligen Wissenschaftler:innen zu erhalten: Denn durch die Nutzung des Hashtags zeigen Forscher:innen, welche Literatur sie gerade rezipieren oder zumindest rezipieren wollen. Innerhalb der Social Media-Strukturen sorgen Forscher:innen durch die willentliche oder nicht-willentliche Ausstellung ihres Konsums also für eine partielle Öffnung des Produktionsprozesses wissenschaftlicher Forschung, der sonst vor allem durch Abgeschlossenheit geprägt ist.

Die Anfrage- und Bereitstellungspraktiken um #IcanhazPDF sind Ausdruck allgemeinerer Phänomene der internetbasierten Vernetzung und der digitalen Reorganisation des wissenschaftlichen Gütertauschs.<sup>15</sup> Denn #IcanhazPDF bedeutet ja nicht nur die Unterlaufung urheberrechtlicher Kontroll- und Verwertungsmechanismen der akademischen Großverlage, sondern auch die Umgehung von Bibliotheksdienstleistungen wie Fernleihe und anderen Recherche- und Beschaffungsmaßnahmen, die bis vor wenigen Jahren exklusiv von Bibliothekar:innen durchgeführt wurden. Die Vokabel „Fernleihe“ impliziert dabei noch die physische Einzigartigkeit von Büchern, die erst aus einer fremden Bibliothek ausgeliehen, kopiert und zurückgegeben werden. Diese Qualität von rivalen Gütern und entsprechende Nutzungspraktiken würden mit digitalen Kopien eigentlich obsolet werden und ein Ende der Knappheit bedeuten; teilweise gibt es jedoch noch Nutzungsangebote, in denen eine digitale Buchkopie nur zeitlich begrenzt zur Verfügung steht. Viele Bibliotheken verlangen für ihren Fernleihe-Service ein Entgelt, das insbesondere Studierende oder Nicht-Angehörige der jeweiligen Universitäten nicht in allen Fällen zahlen können oder möchten. Man muss dazu auch betonen, dass der Inhalt der gewünschten Artikel zum Zeitpunkt der Bestellung in der Regel noch nicht bekannt ist und für eine Forschungsarbeit mitunter dutzende oder sogar hunderte Artikel gesichtet werden.

Durch die Praxis um #IcanhazPDF verlagert sich die Literaturbeschaffung weg von den offiziellen, eigentlich dafür vorgesehenen Distributionskanälen der Bibliotheken in Richtung einzelner Wissenschaftler:innen. Diese können ihren oftmals unbekanntem Kolleg:innen aus möglicherweise altruistischen Motiven einen Gefallen tun, Gemeinschaftspflege betrei-

---

14 Schulz-Schaeffer KZfSS 2017, 27, 31.

15 Karaganis, Introduction, in: Karaganis: Shadow Libraries, 1, 11.

ben und ihrerseits auf reziproke Tauschgeschäfte hoffen. Gleichzeitig verringern sie die monetären Kosten der Beschaffung und stellen die Artikel von Anfang an digital zur Verfügung, was bei der klassischen Fernleihe der Bibliotheken nicht gesichert ist. #IcanhazPDF kann daher in einigen Fällen als Akt zivilen Ungehorsams verstanden werden, mit dem die für die Autor:innen und Bibliotheken dysfunktionalen urheberrechtlichen Strukturen der Großverlage problematisiert und unterlaufen werden. In vielen anderen Fällen mag die Nutzung einfach nur praktisch und nicht ideologisch motiviert sein, da das Versenden von PDFs schnell geschieht. Die Praxis ist damit auch keine Schattenbibliothek im engeren Sinne, sondern eher ein aus Effizienzgründen ad hoc entwickeltes Mittel der Beschaffung, das von den Nutzer:innen aus Angst vor Abmahnungen selbst in den Schatten getragen wird. Dass der Schatten nicht selbstverständlich ist, sondern bei jeder Anfrage erneut reproduziert werden muss, zeigen die Anforderungen, Anfragetweets zu löschen und sich bei den Sender:innen nicht zu bedanken.

## *2.2 Thematisch spezialisierte Schattenbibliotheken: UbuWeb und AAARG*

Neben der Praxis um #IcanhazPDF haben sich in den letzten Jahren eine Reihe von Internetplattformen etabliert, die als Schattenbibliotheken im engeren Sinn charakterisiert werden können und einen höheren Organisationsgrad aufweisen: UbuWeb und AAARG sowie LibGen und SciHub fungieren als urheberrechtlich fragwürdige bis illegale Plattformen. Sie stellen genauso wie klassische, auf Langfristigkeit angelegte Bibliotheken wissenschaftliche und literarische Werke, Artikel und Bücher komplett oder in Auszügen als PDFs zur Verfügung. Die vier genannten unterscheiden sich hinsichtlich ihres Organisationsgrads und ihrer politisch-intellektuellen Ausrichtung, sowie hinsichtlich der Frage, wie sehr sie im Schatten der öffentlichen Aufmerksamkeit stehen und in versteckten Bereichen agieren. UbuWeb und AAARG sind thematisch spezialisiert, weswegen ich sie in diesem Abschnitt bespreche. LibGen und SciHub dagegen sind umfassend orientiert und decken alle Fachgebiete ab (Abschnitt 3.3).

UbuWeb wurde in der zweiten Hälfte der 1990er Jahre von dem US-amerikanischen Künstler Kenneth Goldsmith zunächst als Plattform für Poesie und avantgardistische Literaturformen gegründet, wenig später auch für digitale Musik- und Videodateien geöffnet. Goldsmith erkannte die Notwendigkeit und gesellschaftliche Nachfrage eines digitalen Archivs für avantgardistische Kunstformen und weitere Dokumente, die sonst nur analog vorlägen und damit in der damals gerade erst anbrechenden digita-

len Ära des Internets nicht auffindbar, also quasi non-existent wären. Auf UbuWeb, nach eigener Darstellung der „Robin Hood of the Avant-garde“, sammelt, dokumentiert, kuratiert, veröffentlicht und archiviert Goldsmith diverse Ausdrucksformen in Wort, Ton und Bild, darunter auch Reden von Politiker:innen, Gedichte, akademische Essays, alte Radiosendungen und vieles weitere. Der Website zufolge veröffentlicht Goldsmith jeden Tag eine neue Datei auf UbuWeb; es gibt dort auch Abteilungen, die von anderen Künstler:innen bespielt werden. Zudem arbeiten Ehrenamtliche für UbuWeb, die beispielsweise Texte einscannen und online stellen.<sup>16</sup>

Goldsmith betont in einem eigenen Buch, das er in Traditionsanschluss an avantgardistische Strömungen mit „Duchamp is my Lawyer“ betitelt, seinen Anspruch auf allgemein gesicherte Zugänglichkeit der Dokumente. Die Seite ist absichtlich *low tech* gestaltet, nach wie vor in HTML programmiert und möglichst simpel gehalten, so dass sie theoretisch auch offline geöffnet werden kann – zum Beispiel von einem USB-Stick, auf dem die Daten der Website gespeichert sind. Eine Abhängigkeit von Servern Dritter lehnt UbuWeb ab, dementsprechend verzichtet die Seite im Wesentlichen auf eingebettete Streams oder ähnliches. Man will, wohl auch im Falle urheberrechtlicher Abmahnungen, Unabhängigkeit und Arbeitsfähigkeit bewahren. Die Wiederherstellbarkeit der Website ist durch Mirrors aus dem Umfeld von UbuWeb gesichert „so that even if UbuWeb should disappear, it will never disappear.“<sup>17</sup> Neben der postmodernen Urheberrechtskritik verfolgt UbuWeb das Projekt, finanziell prekäre Bibliotheksstrukturen aufzuzeigen und durch die offensiv hergestellten Zugangsmöglichkeiten zu problematisieren. Gleichzeitig lässt sich UbuWeb selbst als postmodernes Kunstprojekt verstehen, in dem das Nebeneinander der verschiedenen Dokumente neue Querbezüge ermöglicht und tradierte Ordnungen und Narrative in Frage stellt.

Während UbuWeb frei zugänglich ist und aufgrund seines kritischen Ansatzes eher das Problematische am Verhältnis von Archivierung und Urheberrechten in den Fokus rückt und es dadurch gewissermaßen ästhetisiert, versteht sich die Plattform AAARG eher als edukatives, autodidaktisches Instrument. Für die Plattformen werden allerdings Einladung und Registrierung benötigt. Die Abkürzung AAARG steht für „Artists, Architects and Activists Reading Group“, was den intellektuellen Anspruch und gleichzeitig den organisatorischen Ansatz des Projekts bereits umschreibt:

---

16 *UbuWeb*, About UbuWeb, <http://www.ubu.com/resources/index.html> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).

17 *Goldsmith*, *Duchamp is my Lawyer*, 22.

Eine Gruppierung, die eine Grenze zwischen drinnen und draußen, zwischen Mitgliedern und Nicht-Mitgliedern zieht, wohl auch um urheberrechtlichen Abmahnungen vorzubeugen.<sup>18</sup>

2005 als digitale Bibliothek und Plattform für Studierende und andere intellektuell Interessierte in Los Angeles gegründet, die Texte miteinander austauschen, diskutieren und sammeln wollten, wurde AAARG zunehmend international und von weiteren Gruppen genutzt. Das Prinzip Lesekreis wurde mit AAARG ins Digitale übersetzt und weiterentwickelt. AAARG bietet seinen registrierten Mitgliedern vor allem Texte der Kritischen Theorie, postmoderne und poststrukturalistische Philosophien und kulturwissenschaftliche Abhandlungen aus den Bereichen Kunst, Film, Architektur und Literatur. Die Benutzer:innen stellen eigene Dateien, darunter auch selbst angefertigte Scans von Aufsätzen oder ganzen Büchern bereit. Auf der Website lassen sich Texte suchen, herunterladen und anfragen, sowie in thematische Listen (sogenannte „issues“) organisieren und kommentieren. Die verschiedenen, kollaborativ ausgerichteten Funktionen sollen, so die Idee des Projekts, das selbständige, autodidaktische Lernen außerhalb der klassischen Bildungsinstitutionen ermöglichen und fördern. Aufgrund seiner laxen urheberrechtlichen Politik erhielt die Plattform bereits einige Klagen und rechtliche Probleme, verhielt sich aber stets konziliant und löschte die angemahnten Dateien. Um die Auffindbarkeit für Behörden zu erschweren und Kontrollen zu umgehen, änderte die Seite mehrfach ihre eigene URL, beispielsweise durch Hinzufügung weiterer „A“s und dem Wechsel der Top-Level-Domain. Aktuell ist sie unter [aaaaarg.fail](http://aaaaarg.fail) zu erreichen (Stand: Mai 2020).

### *2.3 Umfassende Schattenbibliotheken: LibGen und SciHub*

Während UbuWeb und AAARG aufgrund thematischer und ideologischer Fokusse noch relativ kleine Korpora anbieten, haben sich mit den russischen Plattformen LibGen und SciHub zwei Großanbieterinnen positioniert, die auf umfassende Abdeckung zielen. LibGen – kurz für Library Genesis – lässt sich als aggregierte Schattenbibliothek charakterisieren, da sie aus der Zusammenführung einiger größerer und kleinerer Textsammlungen in Russland ab 2008 hervorging. Als originär russische Schattenbibliothek enthielt der Katalog von LibGen zunächst vor allem russischsprachige

---

18 Ekström, The Illicit Information Community, <http://uu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1143483/FULLTEXT01.pdf> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).

Texte; später kamen auch Texte in Sprachen wie Englisch, Spanisch, Deutsch, Französisch, Chinesisch und weitere hinzu. Zuwächse erfolgen meist sprunghaft durch die Hinzufügung von massenhaften Textsammlungen, die durch automatisierte Downloads von Großverlagen, Repositorien oder anderen massenweisen Leaks über Universitätsnetzwerke („Biblio-leaks“) zustande kommen.<sup>19</sup> Neben wissenschaftlicher Literatur sind auch Comics, Romane, Magazine und weitere Textsorten bei LibGen abrufbar. Im Januar 2014 hostete die Plattform etwa 25 Millionen Dokumente.<sup>20</sup>

Dass LibGen in Russland entstand und sich etablierte, ist kein Zufall: Einerseits bietet die laxer Haltung des russischen Staats gegenüber urheberrechtlichen Verletzungen im Mediensektor<sup>21</sup> eine ideale Bedingung für Schattenbibliotheken; auf der anderen Seite besitzt die russische Bevölkerung aufgrund staatlicher Mangelwirtschaft und Zensur aus der Sowjetzeit umfassende Erfahrung im Agieren im Untergrund und im Tausch knapper Güter. Dies zeigte sich im postsowjetischen Russland der 1990er und 2000er, als wissenschaftliche Literatur aus dem Westen eine zunehmend gefragte Ressource für die russische Forschung wurde, aber trotzdem schwer zu beschaffen war. Digitalisierung und internetbasierte Vernetzung schafften Abhilfe für dieses Problem, da Texte als digitale Dateien nun beliebig oft vervielfältigbar und ohne Qualitätsverlust an unterschiedlichen Orten speicherbar wurden, was ein prinzipielles Ende der Knappheit markierte.<sup>22</sup>

Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch der Anspruch von LibGen nach umfassender Abdeckung, der sich neben der schieren Korpusgröße auch in der programmiertechnischen Offenheit zeigt: Dank des offenen Codes kann und soll die Schattenbibliothek als Ganze von anderen Nutzer:innen heruntergeladen, kopiert und unter neuer URL wieder der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden (ähnlich wie UbuWeb). Mithilfe technischer Reproduzierbarkeit hält sich LibGen über verschiedene unabhängige Mirrors selbst am Leben und stellt seinen urheberrechtlich zwar problematischen, aber trotzdem stark nachgefragten, Service langfristig sicher.

Mit LibGen verbunden ist die Schattenbibliothek SciHub (Langform: Science Hub), die 2011 von der Kasachin Alexandra Elbakyan gegründet wurde. Laut eigener Beschreibung war Elbakyan als Promotionsstudentin

---

19 Bodó The Genesis of Library Genesis, in: Karaganis, Shadow Libraries, 25, 28.

20 Cabanac JASIST 2016, 874, 874.

21 Lobato Shadow Economies of Cinema, 48 und 69.

22 Bodó The Genesis of Library Genesis, in: Karaganis, Shadow Libraries, 25, 31.

mit dem Problem konfrontiert, von ihrem Heimatort in Kasachstan nicht auf die wissenschaftlichen Artikel zugreifen zu können, die sie für ihre Dissertation benötigte. Die Paywalls der wissenschaftlichen Großverlage ließen eine Auseinandersetzung mit der gewünschten Forschung aus monetären Gründen nicht zu und ihre Universitätsbibliothek konnte aufgrund fehlender Abonnements keinen Zugang zu den Artikeln herstellen. Aus dieser Frustration heraus entwickelte Elbakyan SciHub, um einen einfachen, allgemein verfügbaren Zugang zu sämtlichen, nicht per Open Access verfügbaren wissenschaftlichen Artikeln der Großverlage herzustellen.<sup>23</sup> SciHub kooperiert mit LibGen, das als Mirror fungiert, um die Publikationen langfristig zu archivieren und den Zugang zu ihnen zu gewährleisten. Über SciHub sind derzeit mehr als 74 Millionen Dokumente abrufbar.<sup>24</sup>

Die Funktionsweise von SciHub lässt sich als automatisierte, technisch delegierte Umgehungsstrategie beschreiben: Für den Zugriff auf einen Artikel wird dem Verlag die IP einer Bibliothek vorgegaukelt, die den Zugang zu dem betreffenden Werk bereits erworben hat – auch wenn die Nutzer:in eigentlich von anderer Stelle zugreift. Auf diese Weise werden die in harte Technik delegierten urheberrechtlichen Konfigurationen unterlaufen. SciHub operiert auch in anderer Weise mit Umgehungsstrategien, es kommt zu einem regelrechten „Katz-und-Maus“-Spiel, das bereits aus dem medienindustriellen Komplex der Unterhaltungsindustrie und seinem Kampf gegen Online-Piraterie bekannt ist: So wechselt SciHub in unregelmäßiger Regelmäßigkeit seine eigene IP sowie seine Toplevel-Domain, um Kontrollen und Blockierungen durch Service Provider zu erschweren.<sup>25</sup> In Deutschland ist die Website [sci-hub.tw](https://sci-hub.tw) beim deutschen Internetanbieter Vodafone gesperrt; ruft man sie auf, erscheint der Hinweis: „Dieses Portal ist aufgrund eines urheberrechtlichen Anspruchs vorläufig nicht verfügbar.“<sup>26</sup> Über [sci-hub.se](https://sci-hub.se) ist die Seite jedoch zum gleichen Zeitpunkt problemlos erreichbar.<sup>27</sup> Im staatlich kontrollierten Internet von China scheint SciHub beziehungsweise ein SciHub-Klon ebenfalls verfügbar zu sein.<sup>28</sup> Bemerkenswert ist zudem das Angebot [@scihubbot](https://t.me/scihubbot) auf der

---

23 Bohannon Science 2016, 508, 511.; Seer LIBREAS. Library Ideas 2017, 1, 2.

24 Strecker LIBREAS. Library Ideas 2019, 1, 1.

25 *lovescihub*, Love Science, Love Sci-Hub!, <https://lovescihub.wordpress.com> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).

26 Vodafone, <https://www.vodafone.de/webblock.html> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).

27 *Sci-Hub*, <https://sci-hub.se> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).

28 企鹅论文键下载, <http://doi.qqsci.com/> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).

Messenger-Plattform Telegram.<sup>29</sup> Telegram ist neben seiner harmlosen Kurznachrichtenfunktion zu einem etablierten digitalen Umschlagsplatz für Drogen, Waffen, Verschwörungstheorien, rechtsextreme oder ISIS-Propaganda geworden. Das „Dark Social“, wie der Messengerdienst aufgrund seiner laxen Kontrolle auch genannt wird, macht damit dem Darknet Konkurrenz.<sup>30</sup> Das zeigt, dass SciHub ähnliche Wege einschlägt wie andere illegale, im Schatten liegende Geschäftszweige, um arbeitsfähig zu bleiben.

In der urheberrechtlichen Illegalität operiert SciHub also mit einigen Kniffen, um den Zugang zu akademischen Publikationen für die Allgemeinheit aufrechtzuerhalten. Im Vergleich zu den anderen Schattenbibliotheken ist SciHub wohl die raffinierteste Lösung: sie erzwingt für Forscher:innen Spielräume, ohne aber das dahinter liegende Problem auflösen zu können. Das radikale wie gewitzte Mittel, massenhaften Zugang zu Publikationen über IP-Verschleierung und Umgehung der Kontrolle herzustellen, entspricht der geschäftigen Kreativität der Verlage, ganz bewusst Lock-In-Effekte durch technologisch gehärtete Urheberrechtsmechanismen zu erzielen, um die eigene Reproduktionshoheit zu sichern und Preisdiktate durchzusetzen.

### 3 Schattenbibliotheken als Indikator für kippende Akteursgefüge

Der kursorische Überblick zeigt, dass das Geschäftsmodell der bisher dominierenden akademischen Großverlage ernstzunehmende Konkurrenz erhalten hat und ins Wanken geraten könnte. Ein Tipping Point ist demnach nicht nur in Sicht, sondern aktuell seit einigen Jahren voll im Gange. Denn die Demokratisierung der Publikationsmittel aufgrund gesteigerter technischer Reproduzierbarkeit hat dazu geführt, dass sich eine Reihe an Schattenbibliotheken und -praktiken mit verschiedenen Organisationsgraden entwickelt und etabliert hat, mit denen das digitale Kopieren wissenschaftlicher Artikel einfach, billig und effizient verläuft – nicht nur in abseitigen, schwer zugänglichen Kanälen, sondern für Wissenschaftler:innen leicht erreich- und bedienbar.

Zwar greifen viele Forscher:innen nach wie vor hauptsächlich auf die bewährten Angebote und Literaturbeschaffungsmaßnahmen ihrer Bibliotheken zurück, die auch zukünftig ihre Berechtigung haben werden –

---

29 *Telegram*, <https://telegram.me/scihubbot> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).

30 *Vice*, Themenschwerpunkt Telegram: <https://www.vice.com/de/topic/telegram> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).

doch sind mit digitaler Vernetzung und Internationalisierung der Wissenschaft auch Forscher:innen und Bibliotheken involviert, für die der legale kostenpflichtige Zugang zu wissenschaftlicher Literatur unerschwinglich bleibt. Gleiches gilt für Studierende, die Kopierschutzmaßnahmen von wissenschaftlicher Literatur als hindernd und nicht nachvollziehbar empfinden, da der Zugang zu digitalen Medieninhalten für sie selbstverständlicher Alltag ist. Und: Die gegenwärtigen Studierenden sind die Forscher:innen und Professor:innen der Zukunft, was das Akzeptanzproblem sicherlich weiter verschärfen wird.

Der ideologische Überbau der jeweiligen Schattenbibliotheken scheint für die Konsument:innen nachrangig zu sein: Was für sie zählt, ist, dass wissenschaftliche Literatur schnell, unkompliziert und kostengünstig erreicht und gegebenenfalls weiter distribuiert werden kann. An diesem Bedarf orientieren sich Schattenbibliotheken, während die regulären Anbieterinnen, also die Großverlage, mit Zugangsbarrieren, Kopierschutzmechanismen und Wucherpreisen aufwarten, um ihre urheberrechtlich gesicherte Reproduktionshoheit auszuschöpfen. Die Großverlage agieren jedoch am Bedarf vorbei: Sie können oder wollen die vertriebene Literatur nicht in der nachgefragten Form und zum passenden Preis zur Verfügung stellen.

Dass Schattenbibliotheken ihre Präsenz mitunter selbst in schattige und teils illegale Bereiche verlagern, zeigt, dass der gesellschaftliche Bedarf nach frei zugänglicher wissenschaftlicher Literatur enorm groß ist – so groß, dass er nicht ohne Weiteres unterdrückt oder vollständig kontrolliert werden kann, sondern in illegale Bereiche abwandert und sich in Umgehungsstrategien kanalisiert. Narrativ gestützt werden Schattenbibliotheken von ihren Gründer:innen und Betreiber:innen mit Gründungserzählungen, die das Widerständige der untergründigen Guerilla-Praxis betonen. Der Kampf zwischen den kleinen, wendigen und technisch überlegenen Schattenbibliotheken, die Urheberrechtspiraterie für den guten Zweck betreiben, und den Großverlagen, die dabei meist als träge, profitsüchtig und aversiv gegenüber Innovationen dargestellt werden, entspricht dieser Erzählung. Doch das beschriebene Narrativ hat noch eine weitere Facette, die über die üblichen Urheberrechtspiraterie-Erzählungen hinausgeht: Im Gegensatz zu den Filesharing-Plattformen für Musik und Film der frühen 2000er Jahre geht es bei akademischen Schattenbibliotheken um die Rückeroberung von Produkten, die als Eigentum empfunden werden: Einerseits weil die Produktion der wissenschaftlichen Texte in der Regel mit öffentlichen Mitteln finanziert wurde und wissenschaftliches Wissen daher als allgemeines, öffentliches Gut verstanden wird; andererseits weil Wissenschaftler:innen, darunter teilweise die Autor:innen selbst, oft keinen

kostenlosen Zugriff auf die gewünschten Artikel erhalten, sondern diese im schlechtesten Falle zurückkaufen müssen und damit von ihren eigenen Produkten entfremdet werden.

Daneben indizieren Genese, Stabilität und Ausdifferenzierung der verschiedenen, mit Umgehungskreativität operierenden Schattenbibliotheken, wie prekär die Knappheit von digitalen Dateien im wissenschaftlichen Publikationswesen real eigentlich ist. Denn wenn Verlage diese Knappheit nicht künstlich herstellen und kontrollieren würden, gäbe es sie gar nicht. Hier tritt eine gewaltige Konfliktlinie zutage, an der sich ablesen lässt, dass sich die bisherigen Zugangsbeschränkungen nicht mehr mit der enorm gestiegenen technischen Reproduzierbarkeit in Deckung bringen lassen. Diese Konfliktlinie hat sich nicht kurzfristig aufgebaut, sondern über Jahrzehnte hinweg gebildet, wenngleich das bisherige Akteursgefüge und die damit verbundenen urheberrechtlichen Konfigurationen offensichtlich funktional waren oder zumindest aus Mangel an Alternativen weithin akzeptiert wurden. Dass einzelne Menschen nun ganze Bibliotheken mit mehreren Millionen Dokumenten aufbauen und anderen Menschen zur Verfügung stellen können, war innerhalb des bisherigen Gefüges nicht vorgesehen. Entsprechend heftig fällt nun der Kampf um die Reproduktionshoheit in der akademischen Medienindustrie aus und es ist nicht zu erwarten, dass die Geschütze in beiden Lagern demnächst abgebaut werden.

### Literatur

- Benjamin, Walter*, Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit. Drei Studien zur Kunstsoziologie, Frankfurt a.M. 2012 [1935].
- Bodó, Balasz*, Libraries in the Post-Scarcity era, in: Porsdam, Helle (Hrsg.), Copy-righting Creativity: Creative Values, Cultural Heritage Institutions and Systems of Intellectual Property, Ashgate 2015, S. 75–92.
- Bodó, Balasz*, The Genesis of Library Genesis, in: Karaganis, Joe (Hrsg.), Shadow Libraries: Access to Knowledge in Global Higher Education, The MIT Press 2018, S. 25–52.
- Bohannon, John*: Who's downloading pirated papers? Everyone. *Science* 352 (2016) S. 508–512.
- Cabanac, Guillaume*: Bibliogifts in LibGen? A study of a text-sharing platform driven by biblioleaks and crowdsourcing. *Journal of the Association for Information Science and Technology* 67 (2016) S. 874.
- Dolata, Ulrich*: Das Internet und die Transformation der Musikindustrie. *Berliner Journal für Soziologie* 18 (2008) S. 344.

- Ekström, Björn*, The Illicit Information Community: Information – Practical Reflections on the Shadow Library AAARG, in: Arvola, Paavo et al. (Hrsg.) Improving Quality of Life Through Information: Proceedings of the XXV Bobcatss Symposium, 2017 Tampere, S. 121–125.
- Fischer, Georg*, Sampling in der Musikproduktion. Das Spannungsfeld zwischen Urheberrecht und Kreativität, Marburg 2020.
- Fischer, Georg / Grünewald-Schukalla, Lorenz* (Hrsg.): Originalität und Viralität von (Internet-)Memes, kommunikation @ gesellschaft (Sonderausgabe), 2018.
- Gardner, Carolyn / Gardner Gabriel* Bypassing Interlibrary Loan Via Twitter: An Exploration of #icanhazpdf Requests, <http://www.ala.org/acrl/sites/ala.org/acrl/files/content/conferences/confsandpreconfs/2015/Gardner.pdf> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).
- Goldsmith, Kenneth*, Duchamp is my Lawyer. The Polemics, Pragmatics and Poetics of UbuWeb, New York City 2020.
- Karaganis, Joe*, Introduction: Access from Above, Access from Below, in: Karaganis, Joe (Hrsg.). Shadow Libraries: Access to Knowledge in Global Higher Education, The MIT Press 2018, S. 1–24.
- Krömer, Jan / Sen, Evrim*, No Copy. Die Welt der digitalen Raubkopie, Leipzig 2006.
- Lobato, Ramon*, Shadow Economies of Cinema: Mapping Informal Film Distribution, London 2012.
- lovescihub*, Love Science, Love Sci-Hub!, <https://lovescihub.wordpress.com> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).
- Mohdin, Aamna / Quartz*: How to Get Free Access to Academic Papers on Twitter (The Atlantic), <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2015/10/why-so-me-academics-are-sharing-their-papers-for-free/411934/> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).
- Schröter, Jens*: Das Zeitalter der technischen Nicht-Reproduzierbarkeit, Navigationen 10 (2010), S. 9.
- Schulz-Schaeffer, Ingo*: Crowdsupporting als Gabentausch. Zur soziologischen Analyse des Crowdfunding, Kölner Zeitschrift für Soziologie 69 (2017), S. 27.
- Sci-Hub*, <https://sci-hub.se> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).
- shecanhazPDF*, #icanhazpdf etiquette reminder: <https://twitter.com/hecanhazpdf/status/598391209749516288> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).
- shecanhazPDF*, Twitter Profile, <https://twitter.com/hecanhazpdf> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).
- Seer, Veil*: Von der Schattenbibliothek zum Forschungskorpus. Ein Gespräch über Sci-Hub und die Folgen für die Wissenschaft, LIBREAS. Library Ideas 32 (2017), S. 1.
- Sinnreich, Adam*, Mashed up. Music, Technology, and the Rise of Configurable Technology, Amherst/Massachusetts 2010.
- Steinhauer, Eric*: Die Nutzung einer „Schattenbibliothek“ im Licht des Urheberrechts, LIBREAS. Library Ideas 30 (2016), S. 128.

*Georg Fischer*

*Strecker, Dorothea*: Nutzung der Schattenbibliothek Sci-Hub in Deutschland, LIBREAS Library Ideas (36) 2019, S. 1.

*Telegram*, <https://telegram.me/scihubbot> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).

*UbuWeb*, About UbuWeb, <http://www.ubu.com/resources/index.html> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).

*Vice*, Themenschwerpunkt Telegram: <https://www.vice.com/de/topic/telegram> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).

*Vodafone*, <https://www.vodafone.de/webblock.html> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).

企鵝論文鍵下載, <http://doi.qqsci.com/> (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).

# Neue Technologien, neue Versionen – neue Urheber? Fragen und Perspektiven zur Archivierung digitaler Inhalte am Beispiel der Elektroakustischen Musik

Miriam Akkermann\*

Künstlerische Arbeiten in musikalischen Bereichen wie beispielsweise der Elektroakustischen Musik und der Computermusik entstehen von jeher in enger wechselseitiger Beziehung mit aktuellen technologischen Entwicklungen. Geprägt in den 1950er Jahren in Frankreich, dient die Bezeichnung *Elektroakustische Musik* bzw. *musique électroacoustique* als eine Art Überbegriff für Musikstücke aus dem Bereich der klassischen (experimentellen) Musik, deren verbindende stilistische Merkmale sich weitgehend aus der Verwendung elektroakustischer, elektronischer und digitaler Klangerzeugung oder Klangveränderung konstituieren.<sup>1</sup> Computermusik wird in der Regel der Elektroakustischen Musik zugeordnet und im weitesten Sinne als eine Musik definiert, für deren Entstehung die Verwendung eines Computers wesentlich ist. Computer werden dabei sowohl zur (digitalen) Klangerzeugung (Klangsynthese) als auch zum Errechnen von Notation (Partitursynthese) verwendet.<sup>2</sup>

Die schnellen Entwicklungen gerade im Bereich digitaler Technologien führen zu raschen Generationenwechseln bei Hard- und Software, was zu neuen Herausforderungen führt: In der Mixed Music – Musik, die elektronische und analoge Elemente enthält –<sup>3</sup> ist beispielsweise bei Kompositionen aus den 1980er und 1990er Jahren zu beobachten, dass die bei der Premiere verwendeten Technologien heute, zu Beginn des 21. Jahrhunderts, oft veraltet und manchmal nicht mehr funktionstüchtig sind. Für neue

---

\* Prof. Dr. Miriam Akkermann ist Juniorprofessorin für empirische Musikwissenschaften an der TU Dresden. Ihre Forschungsschwerpunkte sind Elektroakustische Musik, Computermusik und Musiktechnologie, Archivierung von musikalischen Arbeiten, sowie Aufführungspraktiken und ihre Herausbildung.

1 Vgl. *Supper / Ungeheuer*, Art. Elektroakustische Musik, <https://www.mgg-online.com/mgg/stable/11329> (zuletzt abgerufen am 15.5.2020).

2 Vgl. *Supper*, Elektroakustische Musik und Computermusik, 26, sowie *ders.*, Art. Computermusik, <https://www.mgg-online.com/mgg/stable/12446> (zuletzt abgerufen am 15.5.2020).

3 Vgl. *Tiffon*, Espace et musique mixte, sowie *Supper*, Elektroakustische Musik, 26.

Aufführungen bedeutet dies z.B., dass ursprüngliche Technologien mit neueren (aktuelleren) Geräten inkompatibel sind oder der originale Code, bedingt durch eine enge Hardware-Bindung, nicht mehr direkt auf neuen Rechnern ausgeführt werden kann. Gleichzeitig ist die Dokumentation der ersten Aufführungen, entgegen ihres jungen Alters, teilweise lückenhaft. In der Folge müssen für neue Aufführungen in der Regel neue Versionen des technischen Set-ups bzw. neue Fassungen des (Programm-)Codes erstellt werden. In der Betrachtung ist nun zu klären, wie diese neuen Versionen einzuordnen sind, also ob es sich um Interpretationen der ursprünglichen Kompositionen oder neue Fassungen handelt und in welchem Verhältnis diese zu den ersten Quellen stehen.

Der Moment der notwendigen Erneuerung eines vorhandenen Codes scheint also ein *Tipping Point* zu sein, der von einer Spirale aus (digitalen) Entwicklungen und den daraus erwachsenden, immer neuen Versionen, die sich zur Erstfassung einer Komposition gesellen, angetrieben wird, und der in Bezug auf das Urheberrecht zu zwei zentralen Fragen führt: Wer ist als Urheber:in der immer neuen (Code-)Versionen zu sehen? Und was bedeutet das jeweils für die Nutzungsrechte?

Aus technischer Sicht ist eine konstante Notwendigkeit gegeben, die vorhandenen Codes zu erneuern oder zumindest anzupassen. Die daraus resultierenden, immer neuen Codes werden als neue Versionen abgespeichert und gesellen sich im Sinne der Quellenlage zu der Erstfassung einer Komposition. Wer kann, soll oder muss nun als Urheber:in der neuen Codes angesehen werden? Dies ist nicht nur eine ideelle Frage nach dem künstlerischen Beitrag der Ersteller:innen, sondern hat direkte Folgen für die (Nach-)Nutzungsmöglichkeiten, z.B. die Archivierung und vor allem für die Zugänglichkeit zu diesem Material. Denn je nachdem, wie die Frage nach den (Urheber-)Rechten geklärt wird, ist es in einigen Fällen überhaupt erst möglich, Codes neu umzuschreiben, anzupassen oder zu aktualisieren und diese (neuen) Daten dann auch wieder für Aufführungen, Forschung oder Archivierung zur Verfügung zu stellen. Dies beeinflusst gleichzeitig auch die generelle Aufführbarkeit eines Stücks. Denn: werden die Codes nicht gepflegt, so werden sie über kurz oder lang unausführbar und die Kompositionen damit nicht mehr aufführbar.<sup>4</sup> Die Möglichkeit einer technischen Anpassung ist somit für die adäquate Archivierung einiger Arbeiten zwingend nötig, da dies den Zugang zu den Inhalten sichert;

---

4 Eine Darstellung zu dieser Problemstellung und ihren praktischen Auswirkungen, sowie Überlegungen, wie diesen Herausforderungen begegnet werden kann, bietet u.a. Sebastian Berweck in seiner Dissertation (Vgl. *Berweck, It worked yesterday*).

dass dies unter Umständen mit einer Klärung der Nachnutzung in Verbindung steht, wird bisher – jedenfalls im Bereich der Archivierung von Computermusik – kaum thematisiert.

Diese Mechanismen sind nicht nur in der Elektroakustischen Musik und der Computermusik, sondern auch in anderen künstlerischen Bereichen wie beispielsweise der Medien- oder Netzkunst zu finden, bei denen (digitale) Technologien einen substantiellen Bestandteil der Arbeit darstellen. Die Herausforderungen sind dabei nicht auf die technische Pflege der Inhalte beschränkt, sondern betreffen auch inhaltliche Aspekte, so sind unter Umständen neue (digitale) Archivstrukturen nötig, um die archivierten Informationen adäquat darstellen und unabhängig der technologischen Situation (dauerhaft) auslesen zu können. Die zugehörigen Debatten, Ansätze und Lösungsstrategien hierzu sind ebenso jung wie die dabei eingesetzten Technologien.<sup>5</sup>

### *1 Neue Technologien – neue Codes: Herausforderungen am Beispiel der Mixed Music*

Bedingt durch ihre künstlerische Anlage zeigt sich in der Mixed Music eine Quellenlage, die für die genannten Herausforderungen sehr gut exemplarisch betrachtet werden kann: Die Kompositionen beinhalten sowohl Informationen für involvierte Musiker:innen, z.B. Notation oder Spielanweisungen, sowie einen elektronischen Teil, der von Audiodateien (vorgefertigte Tonspuren, die oft als ‚Tape‘ bezeichnet werden) bis hin zu Programmcodes für Klangerzeugung oder -veränderung in Echtzeit reichen. Für die Aufführung der Stücke ist die Nutzung von Technologien zwingend notwendig, sie unterliegen damit den grundlegenden Herausforderungen, die durch den technologischen Fortschritt entstehen.<sup>6</sup> Zudem wird insbesondere für die Kompositionen der 1980er und 1990er Jahre zu meist eine Arbeitsteilung sichtbar. Am Institut de Recherche et Coordina-

---

5 Fragen danach, wie mit Versionengeschichte und nichtlinearen Anlagerungen von Inhalten umgegangen werden kann, werden nicht nur in der Musikwissenschaft diskutiert, sondern in allen kunstbezogenen Fachdisziplinen. Aktuelle Forschungs- und Praxisansätze können beispielsweise auf der jährlichen *Conference on Digital Libraries for Musicology* sowie auf der Sonderveranstaltung *ISEA Symposium Archives 2020* verfolgt werden. (Vgl. <https://dl.acm.org/conference/dlfm> und <https://isea-archives.siggraph.org/>, beide zuletzt abgerufen am 20.6.2020).

6 Weitere Ausführungen hierzu siehe u.a. in *Akkermann, Vocabulary ruts in Mixed Music* (unv. erh. b. Verf.).

tion Acoustique/Musique IRCAM erarbeiteten Komponist:innen beispielsweise ihre Kompositionen mit Hilfe eines sogenannten *Réalisateur en Informatique Musical RIM*, welche:r sich in Absprache mit und unter mehr oder weniger Anleitung der Komponist:innen um die Programmierung und/oder Realisierung bzw. Handhabung der technischen Aspekte kümmerte. Die Komponist:innen mussten dabei nicht zwangsläufig Ahnung von den verwendeten Technologien haben, die RIMs erarbeiteten diese unter Umständen komplett eigenständig. Dies wurde – zumindest hinsichtlich der Urheberschaft des Stücks bei dessen erster Erarbeitung – nicht weiter hinterfragt. Die RIMs werden nicht bei Angaben zum Stück, jedoch zumeist bei der Premiere und ggf. nachfolgenden Aufführungen als solche mit angegeben.<sup>7</sup>

Werden nun neue Aufführungen erarbeitet, oder drohen Codes oder Tape aufgrund des technischen Fortschritts oder der physischen Vergänglichkeit ihres Trägermaterials verloren zu gehen, so entstehen neue Versionen der Inhalte, zumeist in digitaler Form und teilweise auch als reine Transfer-Versionen, die nur zum Sichern der Daten gedacht sind und auch nicht auf ihre Funktionalität getestet werden.<sup>8</sup> Grundsätzlich gibt es verschiedene Ansätze, um neue Versionen zu erstellen, die unterschiedlich stark voneinander bzw. vom Originalcode abweichen. Grund dafür sind nicht nur technische Gegebenheiten oder der Zeitpunkt der Erstellung, sondern auch die Interessen der Erstellenden. So haben manche Versionen das Ziel eines möglichst Original-nahen Klangergebnisses, wofür auch ein weit abweichender Code akzeptiert wird, oder aber es soll ein möglichst Code-getreues Update verwendet werden, was mitunter jedoch ein sehr differierendes Klangergebnis verursachen kann. Wird die originale Programmiersprache beibehalten, so ist zumeist ein Update auf einen sehr ähnlichen Code bei sehr ähnlichem Klangergebnis möglich. Auch die Quelle, auf der eine neue Version fußt, kann einen Einfluss nehmen; wird beispielsweise auf reinen Transfer-Codes aufgebaut, so können ungewollte ‚Übersetzungsfehler‘ ob mangelnder Vergleichbarkeit mit dem Original weitergetragen werden. In einigen Fällen werden die programmierten Teile auch komplett neu erstellt, insbesondere dann, wenn es dazu strukturel-

---

7 Siehe hierzu beispielsweise die Angaben in der IRCAM Datenbank Brahms zu Kompositionen in der Kategorie ‚electroacoustique‘ unter <http://brahms.ircam.fr/works/genre/59/> (zuletzt abgerufen am 26.2.2020).

8 Diese Feststellungen basieren auf einer systematischen Betrachtung von Mixed Music Kompositionen, die von 1979–1991 am IRCAM erarbeitet und (erst-)aufgeführt wurden, sowie deren Wiederaufführungen im Zeitraum 2000–2010 und die zugehörigen Einträge in Sidney (vgl. Akkermann, Recherche 2016).

le Beschreibungen in der Partitur oder der beigelegten Dokumentation gibt. Auch hierfür gibt es unterschiedliche Motivationen, die von Lehrformaten (Programmierübungen) über einen Wechsel der Programmiersprache bis hin zur Ermangelung anderer Programmcodes (veröffentlichte Partitur, jedoch kein Zugang zu den Patches) reichen. In der am IRCAM beheimateten internen Datenbank Sidney ist beispielsweise zu sehen, dass daraus ein Zuwachs an neuen Codes/Patches oder Versionen, die von unterschiedlichen Personen mit verschiedenen Zielen erstellt werden, resultiert. Zudem gibt es eine nicht benennbare Anzahl an weiteren, in Privatbesitz befindlichen Versionen, die im Rahmen von Aufführungen oder Tests außerhalb des IRCAM entstehen. Es ist also anzunehmen, dass nicht alle Code-Versionen oder Set-up-Beschreibungen dem Quellmaterial einer Komposition dezidiert zugeführt werden, was zum Teil auch der Heterogenität in der Quellenlage geschuldet ist.<sup>9</sup>

In diesem Kontext stellt sich nun die Frage nach der Urheberschaft neu. Wer sollte als Urheber:in dieser neuen Codes und Patches gesehen werden, insbesondere wenn ein Programm völlig neu erstellt oder aus unvollständigen Quellen zu einem Stück rekonstruiert wird? Die Frage nach der ‚Schöpfungshöhe‘ ist hierbei eher weniger zielführend, denn die Urheberschaft der Komponist:innen an der künstlerischen Arbeit, der originalen Komposition, ist nicht anzuzweifeln, auch wenn diese unter Umständen nicht alle Teile der Komposition selbst erarbeitet haben und auch wenn neue Aufführungen vom Original differieren. Dies wird, zumindest in den der ‚klassischen Musik‘ zugeordneten Bereichen, bei Abweichungen innerhalb eines genretypischen Akzeptanzbereichs in der Regel unter Fragen der Interpretation einer Komposition verhandelt.<sup>10</sup>

Wirft man jedoch einen Blick auf den durch diese Grundproblematik angelegten möglichen Freiraum, innerhalb dessen in der Mixed Music Codes neu erstellt werden können, so wäre es durchaus lohnend zu diskutieren, ob zum einen die RIMs nicht zumindest als Urheber:innen einzelner Teile einer Komposition gewertet werden sollten und zum anderen, ob heutige Computer Music Designer:innen und Computer Musicians nicht ebenso viel Schöpfungsanteil an den resultierenden Aufführungen haben wie die Person, die ursprünglich als Komponist:in anerkannt wurde.

---

9 Vgl. *Akkermann*, Recherche 2016.

10 Für den Bereich der Populärmusik ist dies abweichend, was sich beispielsweise an der Debatte zu ‚Cover‘ und ‚Sampling‘, sowie den damit einher gehenden rechtlichen Fragestellungen zeigt. Siehe hierzu u.a. *Müllensiefen/Frieler, Beaucamp/Schrör*, sowie *Hondros* in diesem Band.

Die Annahme, dass sich Informationen im Laufe der Zeit ändern, je nachdem wie diese dokumentiert oder archiviert werden, ist aus vielen Musikgattungen und Epochen bekannt. So lässt sich gut nachvollziehen, dass Serge Lemouton und Samuel Goldszmidt hierbei von einem „cycle de vie des version“ sprechen, basierend auf dem sie den Dokumentationsprozess und die vernetzte Entstehung verschiedener Versionen der verfügbaren Quellen einer Komposition im Kontext der Datenbank Sidney formalisieren.<sup>11</sup>

Die hierbei erarbeitete Struktur basiert auf der grundlegenden Annahme, dass die Versionen als Teil des Originals im Sinne einer Versionengeschichte anzuerkennen sind. Die neuen Versionen des Codes werden also nicht als eigenständige neue Fassungen gewertet, unabhängig von deren technischer Ausgestaltung. Aufbauend auf diesen Überlegungen wurde die Struktur des Archivs überarbeitet, wobei die daraus folgende Archivierungssystematik eine Bewertung der Quellen als ‚nicht eigenständig‘ implizit vorgibt. Die Ersteller:innen der Codes sind nicht immer vermerkt, aber in der Regel in den Patches gespeichert. Entscheidungen bezüglich Anpassung, Umspeicherung oder Klangveränderung werden nicht notwendigerweise dokumentiert, die nachhaltige Sicherung der Informationen aus den Codes oder Patches ist mit diesem Ansatz jedoch für die archivierten Stücke in gewissem Maß gegeben. Aus pragmatischer Sicht eines Archives, das Möglichkeiten zukünftiger Aufführungen bereithalten möchte, ist dies ein durchaus nachvollziehbarer Ansatz, insbesondere da die rechtliche Lage für die (Original-)Daten damit geklärt ist: zwar bleiben die Urheberrechte bei den Komponist:innen, das Institut behält sich aber die Nutzungsrechte vor und kann somit über neue Aufführungen entscheiden und auch die Entscheidung, Codes neu zu erstellen und/oder weiterzugeben liegt damit bei der Institution. Dies gilt in der Regel auch für die in Sidney abgelegten Stücke, da diese entweder am IRCAM erarbeitet oder unter dessen Verantwortung aufgeführt wurden. Die Nutzung der Quellen wird über einen limitierten Zugriff gesteuert, Außenstehende können nur bedingt darauf zugreifen und die Inhalte werden nicht zwangsläufig an andere Aufführende weitergereicht. Ebenso ist eine Zuführung extern erstellter neuer Codes oder Informationen möglich, dies wird aber (bisher) nicht aktiv forciert.

---

11 Vgl. *Lemouton / Goldszmidt*, La préservation des œuvres du répertoire IRCAM.

## *2 Digitales Dokument oder Dokumentation digitaler Inhalte*

Die Erarbeitung einer musikalischen Aufführung ist stark von den zugänglichen Informationen, also den archivierten Inhalten und der Art der Dokumentation, aber auch von Wissen um den (historischen) Kontext abhängig. Die Bibliothekarin Suzanne Briet beschreibt in ihrer bereits 1951 erschienenen Abhandlung „*Qu'est-ce que la documentation*“ eine Diskussion über die Definition des Konzepts ‚Dokumentation‘ sowie dem archivierten Objekt, dem ‚Dokument‘. Dabei stellt sie nicht nur verbundene Aufgaben und Herausforderungen dar, sondern präsentiert auch ein Klassifikationssystem, das sie für die Dokumentation entwickelt. Briets Interesse liegt hierbei nicht auf der Wiederaufführung von Musik, sondern dreht sich um die Möglichkeiten, Objekte innerhalb eines Ausstellungskontextes einem Publikum zu präsentieren. Dennoch sind drei der von ihr genannten Aspekte insbesondere im Kontext der Mixed Music sehr interessant: a) die Definition des Inhalts, der als ‚Dokument‘ gilt; b) die Notwendigkeit, sich mit Technologien und geeigneten Techniken auseinanderzusetzen; und c) die Tatsache, dass Briet die Dokumentation bzw. Dokumentieren als eine Kulturtechnik versteht, die in einen sozialen und kulturellen (historisch gewachsenen) Rahmen eingebettet ist.<sup>12</sup>

Für die Mixed Music stellt sich damit die Frage, ob Code als Dokument, oder als Teil eines Dokuments zu sehen ist, und welche Kulturtechniken nötig sind, um einen solchen Inhalt entsprechend zu dokumentieren. Interessant ist hierbei die Frage, was für die Präsentation einer Dokumentation wichtiger ist: dass etwas möglichst originalgetreu dem Publikum vorgestellt wird, oder dass dem Publikum ein Eindruck vermittelt wird, welcher der originalen Präsentation möglichst nahekommt. Gerade für die Mixed Music ist dies ein wichtiger Aspekt, denn eine originalgetreue Klangimpression kann unter Umständen mit komplett abweichender Technologie besser hergestellt werden als mit einem Set-up, das eng an das Original angelehnt zusammengestellt wird.

Dies passt auch zu den Erkenntnissen von Joshua Sternfeld, der mit Blick auf Archivierung in seiner Erklärung zur ‚Digital Histography‘ herausstellt, dass alle Systeme digitaler Bewahrung den gleichen Mechanismus verwenden, nämlich das Nutzen digitaler Technologien, um Geschichte darstellen zu können. Für Sternfeld sind die Archivierungsprozesse der Schlüssel zur Kontextualisierung der konservierten Objekte, die er als „Einheiten historischer Information“ bezeichnet, da sie bereits einen

---

12 Vgl. *Briet, Qu'est-ce que la documentation?*.

Auswahlprozess durchlaufen haben.<sup>13</sup> Mit anderen Worten: Die archivierten Informationen spiegeln das Verständnis der Geschichtsschreibung sowie die archivarische Perspektive der Archivverantwortlichen wider. Sternfeld konzentriert sich dabei in seinen Ausführungen nicht nur auf die ursprünglich digitalen Inhalte, sondern auf alle Informationen, die unter Verwendung aktueller digitaler Technologien archiviert werden. Dies impliziert, dass die für die Archivierung verwendete Technologie auch die ursprüngliche Information verändern kann und dass unter Umständen zusätzliche Schritte notwendig sind, um die gesamte archivierte Information auszulesen.

### 3 Zugangs- und Zugriffsrechte auf archivierte Quellen

Stehen in der Betrachtung von Archivierung und ihren zugrundeliegenden Systematiken überwiegend philologische oder kulturgeschichtliche Fragen im Fokus, so bringt die Archivierungspraxis neue Fragen mit sich, die sowohl systematische Herausforderungen wie auch rechtliche Fragestellungen aufwerfen. Grob können diese für die Elektroakustische Musik unter drei Fragenkomplexe subsumiert werden:

#### a) *Durch was wird eine bestimmte Komposition charakterisiert/definiert?*

Ist der künstlerische Gedanke charakteristisch für eine Komposition (Komponist:in als Urheber:in der Idee) oder das erklingende Resultat (und damit auch alle daran Mitwirkenden)? Wie werden die Informationen zu den charakterisierenden Merkmalen fixiert bzw. weitergegeben?

Diese Frage ist gerade in der Mixed Music nicht einfach zu beantworten, denn oft sind inhärente Strukturen der eingesetzten Technik ebenso kennzeichnend wie vorhandene Notation. Da bestimmte Aspekte zu einem vergangenen Zeitpunkt oft nicht anders lösbar waren, werden diese in der Regel mangels Alternativen jedoch nicht mehr explizit benannt oder dokumentiert. Dies wird bei der Betrachtung der einzelnen Teile einer Komposition noch deutlicher.

---

13 Vgl. Sternfeld, *The American Archivist*, 2011, 544.

*b) Welche Stellung nehmen programmierte Teile innerhalb einer Komposition ein?*

Wie eigenständig sind Codes, Patches oder eingebettete Programme? Sind sie in einer Komposition eher wie ein Notentext einzuordnen, oder sind sie Teil der Instrumentierung? Wie eigenständig ist ein Programmcode?

Zwar ist Programmcode in einer Komposition immer Teil der gesamten künstlerischen Arbeit, es ist jedoch durchaus zu diskutieren, wie eigenständig dieser Teil ist. Manifestiert sich z.B. eine Idee nur oder primär in diesem Teil, so liegt es näher, über eine getrennte Urheberschaft nachzudenken, als wenn es sich um eine reine Umsetzung von Arbeitsaufträgen der Komponist:innen handelt, ein:e Programmierer:in also nur als Ausführende:r im Sinne einer Dienstleistung tätig ist. Dies ist bei einer ausschließlichen Betrachtung der Codes jedoch nicht zu klären. Hinzu kommt, dass es kaum möglich ist, künstlerische Problemstellungen bei der Entwicklung eines Codes ohne eine produktive Eigenleistung zu lösen, da Programmieren, wie Thomas Ernst es im Vergleich mit der Literatur formuliert, auch immer ein ‚im Code denken und arbeiten‘ erfordert.<sup>14</sup>

*c) Wie ist die Weitergabe einer Komposition und ihrer einzelnen Bestandteile geregelt?*

Unter welchen Maßgaben können, sollen und vor allem dürfen die Notation einer Komposition oder zugehörige Computerprogramme, die grundlegende Bestandteile einer Komposition bilden, weitergegeben werden? Welche Version eines Programms darf weiterverbreitet werden?

Auch Bearbeitungen von Werken sind urheberrechtlich geschützt.<sup>15</sup> Jede:r Bearbeiter:in wäre damit auch Urheber:in; eine Nachnutzung könnte mit den entsprechenden Rechten, z.B. Creative Commons Lizenzen für archivarische und wissenschaftliche Daten gekennzeichnet werden und damit zugänglich bleiben. Die Frage, ob es sich bei jeder neuen Code-Version auch um eine Bearbeitung in diesem Sinne handelt, ist jedoch nicht so leicht zu klären. Es könnte argumentiert werden, eine neue Code-Version sei als eine Art Übersetzungsleistung einzuordnen, die alten (originalen) Code in eine aktuelle ‚Sprache‘ überführt.<sup>16</sup> Hierbei entstünde mit der

---

14 Vgl. Respondent Thomas Ernst am 20.2.2020, Weizenbaum Institut, Berlin.

15 § 3 UrhG.

16 Vgl. Respondent Thomas Ernst am 20.2.2020, Weizenbaum Institut, Berlin.

Übersetzung eine eigenständige Arbeit mit klarer Referenz an ein Original. Die Übersetzer:innen könnten damit durchaus als Urheber:innen des neuen Code-Textes angesehen werden, die implizite Frage nach der künstlerischen Leistung der Übersetzer:innen ist jedoch weiterhin ungeklärt. Denn welche Rechte erwachsen aus der Übersetzung einer künstlerischen Aussage? Eine dem entgegengesetzte Einordnung wäre es, den Code nur als ein zur Steuerung der Hardware notwendiges Computerprogramm zu klassifizieren. Dies würde die Handhabung der Codes in Archiven erleichtern, denn die Weitergabe von Programmen zu Archivzwecken ist erlaubt.<sup>17</sup> Auch dies ist aber nicht eindeutig gegeben. Zwar gibt es Stücke in der Mixed Music, in denen Codes rein zur Steuerung beispielsweise von digitalen Synthesizern eingesetzt werden, die dann den Klang berechnen, so ist in den Codes dennoch der eigentliche künstlerische Gehalt, nämlich die vorgegebenen Werte oder Rechenoperationen zur Klangsynthese, hinterlegt. Der Code beinhaltet damit mehr als nur Informationen zur reinen Steuerung. Die Diskussion, so scheint, dreht sich damit einmal mehr im Kreis.

Einen Anker in der Debatte bieten die Archive selbst. Zwar lassen sich in der Archivierung die genannten Herausforderungen wie die Anpassung von Kompositionen an immer neue Technologien und die damit einhergehende, konstant wachsende Ansammlung von Versionen schon länger beobachten.<sup>18</sup> Und es ist bisher wenig diskutiert, inwiefern Über-, Um- und Einschreibungen im archivierten Material explizit gemacht werden können und inwieweit sich der Blick darauf durch die Fragen nach Urheberschaft und Nutzungsrechten verändert. Die Archivpraxis scheint aber den Herausforderungen (noch?) gelassen entgegen zu sehen. So scheinen in der Forschung zu Mixed Music aktuell vorrangig das Lokalisieren, Sammeln und Pflegen digitaler Quellen untersucht und neue Methoden digitaler Archivierung erarbeitet zu werden. Aspekte, welche die Nachnutzung betreffen, werden kaum angesprochen, scheint es doch ein sekundäres Problem zu sein, solange die Quellen nicht dingfest gemacht werden können. Reflexion und Praxis klaffen hier also sichtbar auseinander.

---

17 Computerprogramme unterliegen nur dann dem Urheberrecht, wenn sie eine persönliche geistige Schöpfung der Ersteller:innen enthalten. Bestehen die Computerprogramme aus einer einfachen, routinemäßigen Programmierleistung, die von allen Programmierer:innen in ähnlicher Weise erstellt worden wäre, trifft dies nicht zu (vgl. §§ 2 Abs. 2, 69a Abs. 3 UrhG, sowie Urteil des BGH, 3. März 2005 - I ZR 111/02 (Fash 2000), Rn. 17.

18 Siehe hierzu u.a. Akkermann, What is saved?.

Verstärkt wird dies durch den nicht oder nur selten geklärten Status der Technologien (Hardware) innerhalb künstlerischer Arbeiten: Entgegen den (publizierten) Partituren und (ggf. publizierten) Ton- und Videoaufnahmen, deren Nutzung z.B. durch die Art der Publikation geklärt werden kann, gibt es für Set-ups, die bei Aufführungen einer Komposition verwendet werden, weder für die Archivierung noch für eine spätere Nutzung/Weitergabe grundlegende Verfahrensweisen. Dies kann zum einen darauf zurückgeführt werden, dass der Einsatz der Technologien an verschiedenen Positionen innerhalb einer künstlerischen Arbeit erfolgen kann, beispielsweise eher als Instrument beim Einsatz in der Klangsynthese, oder als Effektgerät bei der Berechnung von Klangveränderung. Zum anderen sind bisher in der Mixed Music keine übergreifenden, standardisierten Dokumentationsmethoden zu erkennen. Informationen werden nicht immer institutionell archiviert, da Hardware und Software nicht Teil traditioneller Archivierung sind. Viele der Codes bleiben auf den Speichermedien ihrer Ersteller:innen, eine Weitergabe erfolgt in der Regel oft persönlich, die Erlaubnis zur Nutzung wird zumeist indirekt geklärt und die Überlassung der Codes geht mit der impliziten Erlaubnis zur Nutzung und Änderung einher. Da für Aufführungen die Nutzungsrechte über die Notation geregelt werden können und es sich um keinen Bereich handelt, bei dem größere wirtschaftliche Interessen verfolgt werden, ist Urheberschaft derzeit insbesondere aus der Perspektive der Archivierung interessant. Aber auch für die Analyse von Kompositionen ist eine Zugänglichkeit der Quellen nötig, vor allem da das Überschreiben der Quellen (Codes) durch neue Versionen in der Mixed Music kein seltenes Phänomen ist, denn aktuelle Versionen sind nicht nur leichter handhabbar, liegen komplette Technologie-Generationenwechsel vor, so ist der Original-Code oft nicht mehr (aus)lesbar und damit unabhängig der Rechte unzugänglich.<sup>19</sup>

#### *4 Fazit*

Die hier dargelegten Herausforderungen sind bisher weder umfänglich diskutiert noch gelöst, auch, da viele dieser Fragen erstmals im letzten Jahrzehnt durch die fortschreitende Digitalisierung auftreten. Sind zum einen vergleichbare Problemstellungen in den (digitalen) Editionen zu finden, die sich neben der Darstellung der Inhalte auch mit Fragen des Vertriebs beschäftigen, so kämpfen zum anderen Archive damit, überhaupt

---

19 Vgl. Akkermann: What is saved?.

aktuelle Arbeiten sammeln und zugänglich machen zu können. Ein Blick in benachbarte Disziplinen und deren Umgang mit ähnlichen Fragen ist hierbei mehr als hilfreich. Die größte Hürde für die Elektroakustische Musik ist derzeit der Erhalt der Kompatibilität: Archive sind implizit aufgrund des technischen Fortschritts gezwungen, immer neue und eventuell stark vom Original abweichende Versionen zu erstellen, um die Inhalte (u.a. die Codes) überhaupt zugänglich zu erhalten. Im Zuge dessen sollte dann auch diskutiert werden, wer Veränderung (an den Codes) vornehmen darf und wie die daraus folgenden Versionen archiviert werden. Dies ist ohne die Frage nach der Urheberschaft sicher nicht nachhaltig zu klären.

### Literatur

- Akkermann, Miriam: What is saved?, Proceedings of the International Computer Music Conference ICMC, New York 2019, doi: 10.5281/zenodo.3484546.
- Berweck, Sebastian: It worked yesterday: On (re-)performing electroacoustic music, Doctoral thesis, Huddersfield 2012.
- Briet, Susan, Qu'est-ce que la documentation?, Paris 1951.
- Lemouton, Serge/Goldszmidt, Samuel: La préservation des œuvres du répertoire IRCAM: Présentation du modèle Sidney et analyse des dispositifs temps réel, Journées d'Informatique musicale, 2016, hal-01944619.
- Sternfeld, Joshua: Archival Theory and Digital Histogramy: Selection, Search, and Metadata as Archival Process for Assessing Historical Contextualization, *The American Archivist*, 74 (3), 2011, S. 544–575.
- Supper, Martin, Elektroakustische Musik und Computermusik, Darmstadt 1997.
- Ders.: Art. *Computermusik*, in: Lütteken, Laurenz (Hrsg.), MGG Online, Kassel/Stuttgart/New York 2016ff., zuerst veröffentlicht 1995, <https://www.mgg-online.com/mgg/stable/12446> (zuletzt abgerufen am 15.5.2020).
- Supper, Martin/Ungeheuer, Elena: Art. Elektroakustische Musik, in: Lütteken, Laurenz (Hrsg.), MGG Online, Kassel/Stuttgart/New York 2016ff., zuerst veröffentlicht 1995, <https://www.mgg-online.com/mgg/stable/11329> (zuletzt abgerufen am 15.5.2020).
- Tiffon, Vicent: Espace et musique mixte, *Ars Sonora* 5, 1997, [http://www.ars-sonora.org/html/numeros/ numero05/05b.htm](http://www.ars-sonora.org/html/numeros/numero05/05b.htm) (zuletzt abgerufen am 16.1.2020).

# NFDI4Culture: Forschungsdaten in den Kulturwissenschaften

*Fabian Rack*<sup>\*</sup>, *Franziska Boehm*<sup>\*\*</sup>, *Matthias Pasdzierny*<sup>\*\*\*</sup>, *Dörte Schmidt*<sup>\*\*\*\*</sup>

## 1 Was ist NFDI4Culture?

Die Sicherung und Verfügbarhaltung digitaler Daten zu und aus materiellen und immateriellen Kulturgütern hat nachhaltigen Einfluss auf die Wechselwirkungen zwischen Forschung, Kunst, Kultur und Gesellschaft. Forschungsdatensicherung und Kulturgutsicherung stehen in Kunst und Kultur in unmittelbarem Zusammenhang.

In den letzten drei Jahrzehnten haben viele Kultur-, Bildungs- und Wissenschaftsinstitutionen zu einer Fülle digitaler Darstellungen von Kulturgütern beigetragen – sei es durch digitale 2D-Reproduktionen von Gemälden oder Noten, digitale 3D-Modelle von Skulpturen, Denkmälern oder Gebäuden, oder durch die Digitalisierung audiovisueller Aufzeichnungen

---

\* Fabian Rack ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Dr. Franziska Boehm/FIZ Karlsruhe und Rechtsanwalt bei iRights.Law in Berlin. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen im Urheber- und Datenschutzrecht. Er ist außerdem Redakteur bei Telemedicus.info.

\*\* Prof. Dr. Franziska Boehm ist Juristin und Bereichsleiterin für Immaterialgüterrechte in verteilten Informationsinfrastrukturen bei FIZ Karlsruhe sowie Professorin am Karlsruher Institut für Technologie (KIT). Sie forscht zu Immaterialgüterrechten, Datenschutzrecht auf nationaler und internationaler, insbesondere europäischer Ebene sowie dem Recht der IT-Sicherheit.

\*\*\* Dr. Matthias Pasdzierny ist Musikwissenschaftler, Arbeitsstellenleiter der Bernd Alois Zimmermann-Gesamtausgabe an der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften und wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität der Künste in Berlin. Seine Forschungsschwerpunkte sind unter anderem die Musikgeschichte nach 1945, Techno, Musikedition sowie Musikwissenschaft und Digitalität.

\*\*\*\* Prof. Dr. Dörte Schmidt ist Musikwissenschaftlerin an der Universität der Künste Berlin, sowie derzeit Präsidentin der Gesellschaft für Musikforschung. Sie leitet die Bernd Alois Zimmermann-Gesamtausgabe in der Trägerschaft der Berlin Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften und der Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz und war in der Antragsphase Sprecherin der Initiative NFDI4Culture. Ihre Forschungsschwerpunkte liegen auf dem Musiktheater, der Musik des 20. und 21. Jahrhunderts und der Kulturgeschichte der Musik.

von Musik, Film und Bühnenaufführungen. In jüngerer Zeit geraten auch Kulturgüter in den Blick, die „born digital“ vorliegen, etwa Software, Computerspiele, Musiktracks usw. Die Forschungsgegenstände in diesem Bereich sind sehr vielfältig. Ihre materiale wie mediale Beschaffenheit ist dabei von entscheidender Bedeutung und jeweils selbst zentraler Gegenstand der Forschung. Sie tragen einen kulturellen Eigenwert, der einerseits nicht immer in der ins Digitalisat übertragenen Information aufgeht, andererseits aber auch im Digitalen selbst liegen kann. Schon bei der Erstellung dieser digitalen Repräsentationen – erst recht aber in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung damit – entstehen in großer Menge Forschungsdaten, etwa zur Kodierung und Annotation dieses kulturellen Erbes.

Der kulturellen, medialen und materialen Vielfalt der Gegenstände und der damit zusammenhängenden Forschungsdaten stehen eine breite institutionell wie interdisziplinär bereits jetzt stark vernetzte Forschungslandschaft gegenüber, die von Bibliotheken und Archiven über Museen und Denkmalpflege bis hin zu universitären und außeruniversitären Forschungseinrichtungen verschiedenster Trägerschaften von Bund, Ländern, Kommunen und privaten Trägern reicht. Sehr schnell hat sich deshalb der Bedarf nach dem Aufbau einer dezentralen, interdisziplinären, aber fach- und forschungsnahen Infrastruktur für Forschungsdaten gezeigt, die flexibel und dynamisch die für unseren Bereich spezifische Vielfalt der Körperschaften bis hin zu den Einzelforscher:innen einbinden kann.

An diesem Punkt setzt das im Rahmen der Initiative für den Aufbau einer nationalen Forschungsdateninfrastruktur (NFDI) beantragte Konsortium NFDI4Culture an. Mit Beschluss vom 26. Juni 2020 haben Bund und Länder in der Gemeinsamen Wissenschaftskonferenz (GWK) auf Grundlage einer Förderempfehlung der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) unter anderem das Konsortium NFDI4Culture zur Förderung ausgewählt.<sup>1</sup> NFDI4Culture möchte eine benutzerzentrierte, forschungsorientierte Infrastruktur schaffen, die ein breites Spektrum von Forschungsbereichen abdeckt – von Musikwissenschaft, Kunstgeschichte und Architektur bis hin zu Performance-, Theater-, Film- und Medienwissenschaften.<sup>2</sup>

---

1 *Gemeinsame Wissenschaftskonferenz GWK*, Pressemitteilung vom 26.06.2020, <https://www.gwk-bonn.de/fileadmin/Redaktion/Dokumente/Pressemitteilungen/pm2020-04.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).

2 *NFDI4Culture*, Consortium for research data on material and immaterial cultural heritage <https://nfdi4culture.de/index.html> (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).

Dafür haben sich Partner:innen aus Forschung, Gedächtnisinstitutionen<sup>3</sup>, Fachverbänden und Infrastruktureinrichtungen verschiedener Trägerschaften von Bund, Ländern, Kommunen und Privatwirtschaft zusammengefunden, die sich dem Aufbau einer dezentralen, fach- und forschungsnahen Infrastruktur für Forschungsdaten aus dem Bereich der materiellen und immateriellen Kulturgüter widmen.<sup>4</sup> Insbesondere die Musikwissenschaft ist vielfältig vertreten.<sup>5</sup> In enger Abstimmung mit den anderen geisteswissenschaftlichen Initiativen<sup>6</sup> dient NFDI4Culture als Ausgangspunkt für eine dynamische und jederzeit erweiterbare Infrastruktur, in der die für den Bereich kennzeichnende Vielfalt der Körperschaften ebenso eingebunden werden kann wie Einzelforscher:innen mit ihren Vorhaben.

(Forschungs-)Daten aus den Disziplinen von NFDI4Culture führen nicht nur in technischer und methodischer Hinsicht zu Herausforderungen. Auch die vielfach komplexen und dynamischen Rechtesituationen der beforschten Inhalte wirken sich auf den wissenschaftlichen Umgang mit materiellen wie immateriellen Kulturgütern und dabei generierten digitalen Daten aus. Darum bildet ein Arbeitsschwerpunkt von NFDI4Culture die Auseinandersetzung mit rechtlichen Fragestellungen. Vor diesem Hintergrund erwägt NFDI4Culture, für materielle und immaterielle Kulturgüter mit einem Legal-Helpdesk eine kompetente Rechtsberatung zur Verfügung zu stellen; eine solche Hilfestellung kann im Überblick über die verschiedenen rechtlichen Aspekte der unterschiedlichen Datentypen – jenseits von Einzelfallgutachten und dennoch flexibel – zum rechtssicheren Umgang mit Forschungsdaten verhelfen.<sup>7</sup>

---

3 Darunter sind Museen, Bibliotheken und Archive zu verstehen, engl. galleries, libraries, archives, museums (GLAM).

4 *Altenhöner/Bicher/Bracht/Brand/Blümel/Bulle/Effinger/Hammes/Hartmann/Kailus/Kett/Pittroff/Röwenstrunk/Schelbert/Schmidt/Schrade/Simon/Taentzer/Veit/Voß/Walzel/Wiermann*, Fokusthemen und Aufgabenbereiche für eine Forschungsdateninfrastruktur zu materiellen und immateriellen Kulturgütern. Living Document der NFDI-Initiative NFDI4Culture (Version 1.0, 2019), <http://doi.org/10.5281/zenodo.2763576> (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).

5 Die Beispiele für Forschungsdatenlebenszyklen und User-Stories im NFDI4Culture-Kompendium (Fn. 4) geben hiervon einen ersten Eindruck.

6 *Brünger-Weilandt/Bruhn/Busch/Hinrichs/Horstmann/Grötschel/Paulmann/von Rummel/Schlotheuber/Schmidt/Schrade/Simon*, Memorandum of Understanding by NFDI initiatives from the humanities and cultural studies (2019), <http://doi.org/10.5281/zenodo.3265763> (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).

7 NFDI4Culture-Kompendium (Fn. 4), S. 28. Derartige, aus Konsortien bestehende Helpdesks existieren auch in anderen Zusammenhängen, so etwa der „European IP Helpdesk“ für IP-Fragen bei EU-finanzierten Verbundforschungsprojekten: *European IP-Helpdesk*, [www.iprhelpdesk.eu](http://www.iprhelpdesk.eu) (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).

Eine Besonderheit der Kulturwissenschaften besteht in der produktiven Verbindung zu einer Kunst-, Medien- und Kulturwirtschaft, die einerseits selbst Rechte an Kulturgütern hält, die Ergebnisse von aus öffentlicher Hand finanzierter Forschung verwertet und überdies selbst Teil der untersuchten Kultur ist. So sind etwa im Bereich der Musikwissenschaft spezialisierte Notenverlage einerseits Teil der beforschten Kulturlandschaft, zugleich fungieren sie als Partner bei der Publikation und Distribution von Forschungsdaten und daraus hervorgegangenen Erkenntnissen, insbesondere im Zusammenhang mit Editionsprojekten.

Nicht alle Rechtedimensionen liegen in der Verfügung der Forscher:innen selbst. Sie bringen ihre je eigenen, einander überlappenden Rechts- und daraus folgend u.a. auch Zeithorizonte mit. Gerade vor dem Hintergrund der für Kulturgutsicherung anzunehmenden langen Zeiträume (die deutlich über die für Forschungsdaten üblichen 10 Jahre hinausreichen) erfordern die hier diskutierten Forschungsdaten also ein flexibles Rechtemanagement, das nicht nur technisch, sondern auch juristisch und ethisch dimensioniert sein muss – und vor diesem Hintergrund eine der zentralen Aufgabe für NFDI4Culture darstellt.

## *2 Anwendungsfall: Bernd Alois-Zimmermann-Gesamtausgabe*

Als Beispiel für ein gegenwärtiges musikwissenschaftliches Forschungsvorhaben mit komplexer Rechtesituation kann die Bernd Alois Zimmermann-Gesamtausgabe (BAZ-GA) dienen. Das von der Union der Deutschen Akademien der Wissenschaften getragene interakademische Forschungsvorhaben mit Arbeitsstellen in Berlin und Frankfurt am Main ediert die musikalischen Werke, Schriften und auszugsweise die Korrespondenz Zimmermanns als hybride Ausgabe, die analoge und digitale Publikationsformen verbindet.<sup>8</sup> Die BAZ-GA hat in diesem Zusammenhang umfangreiche Digitalisierungsmaßnahmen von in vielfältiger Weise urheber-, verwertungs- und leistungsschutzrechtlich bewehrten zeitgenössischen Kulturgütern sehr unterschiedlicher medialer Beschaffenheit durchgeführt. Nach der Digitalisierung von Notenausgaben, Schriften und Korrespondenz mit zahlreichen sehr unterschiedlichen Korrespondenzpartnern steht nicht nur die Aufbereitung der Digitalisate oder ggf. auch die Neu-Digitalisierung einer reinen Tonband-Komposition an, sondern

---

<sup>8</sup> *Bernd Alois Zimmermann-Gesamtausgabe*, BAZ-GA, [www.zimmermann-gesamtausgabe.de](http://www.zimmermann-gesamtausgabe.de) (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).

auch die von Zuspieldonbändern, die in einigen der Kompositionen einen integralen Bestandteil der plurimedialen Werkanlage bilden. In diese Zuspieldonbänder sind auf der Materialebene Tonträger unterschiedlichster Herkunft eingearbeitet, die ihrerseits nicht nur ästhetische und technische, sondern auch rechtliche Herausforderungen mit sich bringen. Bereits während dieser Digitalisierung entstehen umfangreiche Metadaten (neben Angaben zu Werk, Archivstandort und -signatur etwa Kameradaten, Farbwerte oder, im Fall der Zuspieldonbänder, Daten zur bei der Digitalisierung verwendeten technischen Infrastruktur, Spezifikation und Einstellungen der verwendeten Noise-Reduction Software etc.). Anschließend werden die Digitalisate mit umfassenden weiteren Forschungsdaten angereichert, etwa in Form von Transkriptionen, Kodierungen und Auszeichnungen. Elementar ist dabei die Strukturierung dieser Datensätze, um diese auch über das Vorhaben hinaus und ggf. für externe Dienste wie im Falle von Zimmermanns Briefwechseln für den Webservice *correspSearch* nutzbar zu machen.<sup>9</sup> Eine zentrale Aufgabe der BAZ-GA und auch ein daraus resultierender Bedarf im Kontext von NFDI4Culture besteht vor diesem Hintergrund in der Entwicklung bzw. Befestigung von technischen wie rechtlichen Standards für die Digitalisierung, sowie ein dynamisches und an die individuelle Rechtesituation anpassbares technisches wie juristisches Rechtemanagement für solche sehr umfangreichen und heterogenen Quellenmaterialie und die anschließende Anreicherung mit Meta- bzw. Forschungsdaten. Nur so lässt sich die gerade im Vergleich mit naturwissenschaftlichen Daten sehr viel längerfristige Sicherung und Verfügbarhaltung der Quellendigitalisate und ihrer Metadaten gewährleisten.

Die heterogenen Forschungsdaten-Korpora der BAZ-GA stellen neben technischen und philologischen Herausforderungen also gerade mit Blick auf die rechtliche Situation zahlreiche Aufgaben für das langfristige Datenmanagement. So sind die Kompositionen und Schriften Bernd Alois Zimmermanns noch bis 2040 urheberrechtlich geschützt, jede Form der Publikation dieser Werke ist daher nur im Einverständnis mit den Rechteinhabern möglich, muss also deren berechnigte Interessen wahren. Zudem wird das Werk Zimmermanns über Nutzungsrechte von einem Verlag vertreten, der den musikalische Spezialkenntnisse erfordernden Satz sowie die sehr komplexe und aufwendige Herstellung und Distribution der Aufführungsmaterialien und die Akquise von Aufführungen übernimmt. Diese Verlagsleistungen gehen weit über das in Wissenschaftsverlagen Nötige

---

9 *correspSearch*, Briefeditionen durchsuchen und vernetzen, <https://correspsearch.net/index.xql?l=de> (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).

und Übliche hinaus und sind von Forschungsprojekten nicht leistbar. Auf der anderen Seite erwarten Zuwendungsgeber und tragende Institutionen – etwa die Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften im Rahmen ihrer umfassenden Open Science-Strategie<sup>10</sup> – die möglichst rasche Bereitstellung eines freien Zugangs zu den gewonnenen Forschungsdaten. Da Musikeditionen jedoch gleichermaßen auf Forschung als auch auf Musikpraxis zielen, ihnen der „Anwendungsfall“ also gleichsam inhärent ist, ist ein Interessenausgleich hier im Sinne aller beteiligten Partner. Zwischen den sich oft nur scheinbar diametral gegenüberstehenden Positionen von Zuwendungsgebern und Rechteinhabern zu vermitteln, ist vor diesem Hintergrund eine der integralen Aufgaben von projektleitenden und -ausführenden Wissenschaftler:innen, die im Idealfall bereits bei der Antragsstellung entsprechender Vorhaben mitbedacht werden sollten. Für die Arbeit und die Veröffentlichungen des Vorhabens wird daher ein ebenso zuverlässiges wie flexibles Rechtemanagement sowie zugehörige technische Infrastruktur (Nutzer- und Lizenzverwaltung) benötigt, mit dem Ziel, zwischen Open Access und in Subskription zu erwerbendem Vollzugang mehrfach abgestufte Publikationsformen zu ermöglichen und auch die Langzeitarchivierung, -verfügbarhaltung und Nachnutzung digitaler Satzdateien aus den Verlagsproduktionen in für alle Beteiligten produktiver Weise regelbar zu machen. Zum jetzigen Zeitpunkt können etwa vollumfängliche Open-Access-Zugänge zu allen Digitalisaten der Werke Zimmermanns aus urheberrechtlichen Gründen nicht realisiert, aber bereits für eine komplette Freischaltung bereitgestellt werden, die sofort erfolgen kann, wenn die Rechtslage dies ermöglicht. Es ist davon auszugehen, dass dies auch die Bereitschaft zu vorzeitigen Freigaben erhöht. Zentral ist bei der Aushandlung rechtlicher Rahmenbedingungen für ein solches Vorhaben, dass technische und rechtliche Lösungen an die sich verändernden Rahmenbedingungen anpassbar sind. Gerade auf diesem Gebiet wird die Initiative NFDI4Culture einen von Expert:innen moderierten Austausch zwischen Vorhaben mit ähnlichen Forschungsgegenständen und Rechteinhabern und etwa die Formulierung von Musterverträgen mit Stakeholdern anstoßen.

Im konkreten Fall der BAZ-GA steht der Prozess der Aushandlung eines Rahmenvertrags mit dem Verlagspartner kurz vor dem Abschluss. Der Vertrag sieht u.a. die Implementierung eines mehrstufigen Nutzungsmodells durch das Vorhaben bzw. die Nutzer:innen der Ausgabe vor. So sol-

---

10 *Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften*, Open Science, <https://www.bbaw.de/bbaw-digital/open-science> (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).

len Subskribenten einen Vollzugang zu allen Digitalisaten erhalten, im Open Access hingegen sind von Anfang an alle Forschungsdaten – hier vor allem der Kritische Bericht der jeweiligen Edition mit den textkritischen Anmerkungen und die Vorworte der Herausgeber:innen – einsehbar, die Notendigitalisate aber jeweils nur taktweise in Bezug auf die einzelne textkritische Anmerkung, die gerade betrachtet wird. Auf diese Weise kann verhindert werden, dass mit einfachen Mitteln Volltexte kompilierbar wären, aus denen theoretisch auch musiziert werden könnte – und damit in die berechtigten Interessen der Verwerter eingegriffen würde. Zusätzlich werden für einige der Daten moving walls implementiert. Komplementär wird dann auch den Rechtesituationen folgend die Nachnutzung geklärt bzw. klärbar.

Am Beispiel der BAZ-GA lässt sich erkennen, dass Maximalforderungen nach Open Access bei Forschungs- und Publikationsvorhaben im Bereich urheberrechtlich geschützter Kulturgüter nicht immer zielführend sind, sondern die Forschung an aktuellen Gegenständen aus rechtlichen Gründen auch verhindern können (ggf. kann eine strikte OA-Forderung für Gegenstände in Privatbesitz auch Konflikte im Zugang zu Quellen erzeugen). In enger Abstimmung mit allen beteiligten Partnern – Rechteinhaber, Forschungseinrichtungen, Verlage etc. – lässt sich jedoch, das zeigt auch das Praxisbeispiel, ein für alle produktiver Interessenausgleich durchaus umsetzen. Flexible wie rechtssichere Lösungen sowie eine Sensibilisierung der beteiligten Partner für die besonderen Bedarfe derartiger Vorhaben verhindern, dass ungewollt die Rechtelage die Wahl von Forschungsgegenständen im digitalen Bereich lenkt.

### 3 NFDI4Culture und Urheberrecht

Der dargestellte Anwendungsfall der Alois-Zimmermann-Gesamtausgabe steht exemplarisch für die vielfältigen Konstellationen der Kunst- und Kulturwissenschaften im Umgang mit immateriellen Gütern. Dieser Anwendungsfall ist von einem Kooperationsverhältnis zwischen einer Wissenschaftsinstitution und einem Fachverlag geprägt. Dabei versetzen Kooperationsvereinbarungen die Akteure in die Lage, Aspekte vom Zugang bis zur Zugänglichkeit beforschter Materialien vertraglich festzulegen.

Allerdings lassen sich häufig nicht sämtliche Aspekte für das Beforschen von urheberrechtlich geschützten Inhalten vertraglich klären. Denn nicht immer können Rechteinhaber ausfindig gemacht werden, oder aber die Rechte an beforschten Inhalten sind zu divers, gerade dann, wenn viele verschiedene Inhalte beforscht werden sollen. Somit sind kooperierende

Institutionen oft nicht in der Lage, die erforderlichen Rechte einzuräumen, weil die entsprechenden Nutzungsrechte nicht bei ihnen liegen – beispielsweise, weil das in einer Bibliothek befindliche Buch zwar Bestandseigentum ist, dieses aber nicht mit der Befugnis über urheberrechtliche Nutzungsrechte gleichläuft. Denkbar ist auch, dass bei der ursprünglichen Einräumung von Nutzungsrechten einer Urheberin zu einem Verlag nicht an Nutzungsrechte zur Digitalisierung gedacht worden ist, oder dass nie überhaupt eine Rechteeinräumung in Betracht kam, etwa bei Materialien, die nie kommerziell in Umlauf waren, wie Flyer oder ähnliches.

Wissenschaft und Gedächtnisinstitutionen müssen daher auch Möglichkeiten der *gesetzlichen* Ausnahmen und Beschränkungen im Urheberrecht ausloten. Dies gilt einerseits dort, wo bestimmte Handlungen gar nicht erst vom Schutzbereich des Urheberrechts umfasst sind, andererseits dort, wo die Normgeber<sup>11</sup> spezifische gesetzliche Nutzungserlaubnisse (Schranken) für Wissenschaft und Gedächtnisinstitutionen geschaffen haben.

Der vorliegende Beitrag greift einige Grenzfragen des Rechts zwischen Freiheit und Restriktion für NFDI4Culture heraus. Die folgenden Ausführungen stehen unter der Prämisse, dass urheberrechtlich geschützte Inhalte im jeweiligen Fachkontext zum Bestandteil eines Forschungsprozesses bzw. eines Forschungszyklus gemacht werden sollen.<sup>12</sup> Vorbestehende Rechte machen damit vor allem das Beforschen zeitgenössischer Werke urheberrechtlich relevant.<sup>13</sup>

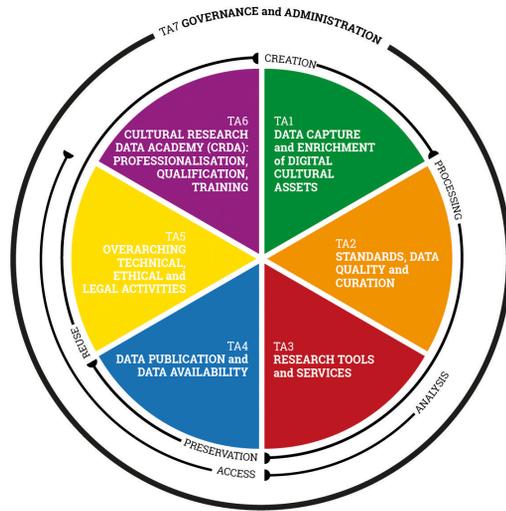
---

11 Gemeint sind allen voran der europäische Normgeber auf Richtlinienenebene sowie der deutsche Normgeber auf Gesetzesebene.

12 Es ist nicht immer der Fall, dass Inhalte mit fremden Rechten Gegenstand des Forschungsprozesses werden. Gegenstand für die Forschung sind oftmals auch gemeinfreie Inhalte.

13 Für die vielfältige Landschaft an Forschungsdaten lassen sich kaum pauschale Aussagen über deren urheberrechtliche Schutzfähigkeit treffen. Je nach Forschungsdisziplin und -gegenstand lassen sich aber gewisse Tendenzen postulieren: Während Roh-Messdaten oder Logfiles mangels persönlicher geistiger Schöpfung oder verwandter Schutzrechte überwiegend nicht nach dem Urheberrecht geschützt sind, wird man für die Forschung an zeitgenössischer Kunst, Musik und Literatur vom Gegenteil ausgehen müssen. Allgemein hierzu etwa *Hartmann*, Zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit der Forschungsdaten, [https://www.researchgate.net/publication/310135012\\_Zur\\_urheberrechtlichen\\_Schutzfaehigkeit\\_der\\_Forschungsdaten](https://www.researchgate.net/publication/310135012_Zur_urheberrechtlichen_Schutzfaehigkeit_der_Forschungsdaten) (zuletzt abgerufen am 15.07.2020); *Kuschel*, Urheberrecht und Forschungsdaten, in *Ordnung der Wissenschaft* (2020), S. 43 ff., wo auch auf das Entstehen eigener Rechte, die einschlägigen Rechteinhabergruppen und den Umgang damit eingegangen wird.

Einen konkreten Eindruck über Materialien und Nutzungskonstellationen verschaffen die bedarfs- und anwendungsorientierten, im Projektvorlauf entwickelten 28 „User Stories“,<sup>14</sup> die sich aus einer Befragung der Praxis von Wissenschaft und Gedächtnisinstitutionen ableiten. Dort finden sich beforschte Inhalte als Werke der Musik in Form von Noten/Sheets/Lyrics (vgl. User Story 2, in der Musikwerke transkribiert werden), Werken bildender Kunst, Bauwerken, Literatur<sup>15</sup> sowie als Lichtbilder,<sup>16</sup> Darbietungen Ausübender Künstler:innen,<sup>17</sup> wissenschaftliche Ausgaben<sup>18</sup> oder nach Schutzrechten von Tonträgerherstellern<sup>19</sup>, Filmherstellern<sup>20</sup> oder Herstellern von Datenbanken<sup>21</sup> wieder.<sup>22</sup> Auch müssen die unterschiedlichen Schutzdauern berücksichtigt werden. Das macht das Urheberrecht für NFDI4Culture zu einer sehr bedeutenden



14 NFDI4Culture-Kompodium (Fn. 4), S. 32 ff.

15 Schutz als persönliche geistige Schöpfung nach § 2 UrhG, wobei der Werkkatalog des Abs. 1 entwicklungs offen ist.

16 § 72 UrhG.

17 §§ 73 ff. UrhG.

18 § 70 UrhG.

19 § 85 UrhG.

20 § 94 UrhG.

21 §§ 87a ff. UrhG oder auch als Datenbankwerke im Sinne von § 4 Abs. 2 UrhG.

22 Ein weiterer, hier nicht näher behandelter Schutzgegenstand ist im Forschungskontext spezifisch geschriebene Software, die insbesondere als Computerprogramm nach den Vorschriften der §§ 69a ff. UrhG geschützt sein kann. Schutz und Lizenzierung von Forschungssoftware ist ein Spezialthema, das zwar den Rahmen dieses Beitrags sprengen würde, für NFDI4Culture aber sehr wohl relevant ist, vgl. nur die im NFDI4Culture-Kompodium (Fn. 4) dargestellten User Stories 6 und 24 (Software, die Denkmäler rekonstruieren und analysieren kann), 18 (Software für digitale Annotation/Notation choreografischer Partituren) sowie 23 (Software zum Kommentieren von Musikstücken).

Disziplin – auch wenn es nicht alle Rechtsfragen adressiert.<sup>23</sup> Bei beforschten Inhalten sind also *bestehende fremde Rechte* und auch *entstehende eigene Rechte* von der Sammlung bis zur Publikation von Forschungsergebnissen und -daten zu berücksichtigen. NFDI4Culture nutzt das Modell des Forschungsdatenzklus, der den Kreislauf des Sammelns und Erzeugens von Inhalten, ihrer Aufbereitung und Analyse, der Präsentation und Archivierung und des Nachnutzbarmachens beschreibt.<sup>24</sup>

Forschungsdaten sollen für die Wissenschaft und möglichst für die Allgemeinheit so offen zugänglich wie möglich sein: Die NFDI bringt dies zum Ausdruck, indem sie sich zu den sogenannten FAIR-Grundsätzen bekennt. Darunter versteht man einen Kriterienkatalog für den Umgang mit Forschungsdaten nach den ausdefinierten Grundsätzen *Findable, Accessible, Interoperable, Reusable*.<sup>25</sup> Die langfristige Bewahrung und FAIR-Verfügbarkeit von Forschungsdaten aus dem Bereich des kulturellen Erbes ist für NFDI4Culture von grundlegender Bedeutung.<sup>26</sup> Hervorzuheben ist dabei,

---

23 Gleichzeitig flankieren Persönlichkeitsrecht, Eigentums- und Hausrecht, Archivrecht oder etwa das Recht des Kulturgüterschutzes die rechtliche Begleitung von NFDI4Culture. Hierzu im Überblick das NFDI4Culture-Kompendium (Fn. 4), S. 24–28.

24 Forschungsdatenzyklen werden verschiedenartig beschrieben. Zur Vereinfachung wird hier von „dem“ Forschungsdatenzklus gesprochen, zumal sich die Darstellungen häufig inhaltlich überschneiden: Das NFDI4Culture-Kompendium (Fn. 4) benennt „Creation/Processing/Analysis/Preservation/Access/Re-Use“; *de la Durantaye/Raue* beschreiben für die Digital Humanities in RuZ 2020, 83, 91 ff. – wenn auch nicht als Zyklus, sondern als Phasen bezeichnend – „Recherche- und Materialsammelphase/Aufbereitungsphase/ Erkenntnisgewinnung/Ergebnispräsentation/Nachnutzungsphase“. Weitere Darstellungen finden sich etwa bei dem Research-Data-Management-Service-Team des KIT („Plan & Fund/Collect & Analyze/Preserve & Store/Publish & Share/Discover & Reuse“) unter [https://www.rdm.kit.edu/fodaten\\_zyklus.php](https://www.rdm.kit.edu/fodaten_zyklus.php); im „Datenlebenszyklus“ nach dem UK Data Archive bei der Informationsplattform [forschungsdaten.info](https://www.forschungsdaten.info) („1. Datenerstellung/2. Datenverarbeitung/3. Datenanalyse/4. Datenarchivierung/5. Datenzugang/6. Datenachnutzung“) unter <https://www.forschungsdaten.info/themen/planen-und-strukturieren/datenlebenszyklus/>; auf letzteres bezugnehmend etwa *SLUB*, Forschungsdaten, <https://www.slub-dresden.de/open-science/open-dataforschungsdaten/forschungsdaten/> (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).

25 *GoFair*, Fair Principles, <https://www.go-fair.org/fair-principles/> (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).

26 Vgl. auch die Leitlinien der DFG zum Umgang mit Forschungsdaten aus dem Jahr 2015, die sich unter Bezugnahme auf die Allianz der Wissenschaftsorganisationen für die „langfristige Sicherung und Bereitstellung“ von Forschungsdaten ausspricht: *Deutsche Forschungsgemeinschaft*, Leitlinien zum Umgang mit Forschungsdaten, [https://www.dfg.de/download/pdf/foerderung/antragstellung/forschungsdaten/richtlinien\\_forschungsdaten.pdf](https://www.dfg.de/download/pdf/foerderung/antragstellung/forschungsdaten/richtlinien_forschungsdaten.pdf) (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).

dass *Accessibility* bzw. *FAIRness* in Bezug auf die Forschungsdaten samt der beforschten Inhalte nicht mit *Openness* gleichzusetzen ist. *FAIR* heißt also nicht zwingend unbeschränkt offen zugänglich; *open* müssen den FAIR-Kriterien zufolge lediglich Metadaten sein – also Informationen über Merkmale von Zeugnissen des kulturellen Erbes.<sup>27</sup> Urheberrechtlich ist daraus zu folgern, dass das Erfüllen der FAIR-Kriterien für die eigentlichen Inhalte nicht das Recht der *uneingeschränkten* öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) voraussetzt. Gerade mit diesem Recht sind die Schranken für Wissenschaft und Gedächtnisinstitutionen zurückhaltend und gewähren es tendenziell nur im Ausnahmefall bzw. für eine spezifisch abgegrenzte Öffentlichkeit.<sup>28</sup> Dass dies nicht grundsätzlich der Wahrung der FAIR-Kriterien entgegensteht, ist eine wichtige Botschaft.

Es ist also festzustellen, dass für die Disziplinen der NFDI4Culture die gesetzlichen Schranken nicht pauschal den Zyklus urheberrechtlich abdecken (3.1). Einige Restriktionen in der Präsentation von Forschungsergebnissen lassen sich wiederum abfedern (3.2). Aktuell im Wandel befindet sich die Gemeinfreiheit bei der fotografischen Reproduktion gemeinfreier Werke (3.3). Schließlich: Ein Blick auf „kommerzielle Zugangswege“ bietet Anlass für einen kritischen Blick auf die in der Urheberrechtswissenschaft bereits geäußerte Sorge überbordender Restriktion durch Technik (3.4).

### 3.1 Forschungsdatenzyklus und Schranken

Die für die „Wissengesellschaft“<sup>29</sup> letzte grundlegende Reform der Schranken im deutschen Recht gilt seit März 2018 und ist im Wesentlichen in den §§ 60a bis 60h UrhG geregelt, insbesondere den §§ 60c und 60d UrhG mit Regeln für die Nutzung insbesondere zu wissenschaftli-

---

27 Zum immaterialgüterrechtlichen Schutz von Metadaten/Bestandsdaten *Klimpel*, Eigentum an Metadaten?, in: Euler, Handbuch Kulturportale, S. 57. Zumindest bei Kernmetadaten sollte unter Verwendung von Normvokabular auf Schutzfreiheit geachtet werden.

28 §§ 60c Abs. 1 Nr. 1 und 2; 60d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3; 60e Abs. 4; 60f Abs. 1 iVm. 60e Abs. 4 UrhG.

29 So der Gesetzgeber mit dem titelgebenden Urheberrechts-Wissengesellschaftsgesetz (UrhWissG), das das letzte große nationale Änderungsgesetz für das Urheberrechtsgesetz war.

chen Zwecken und für Text-und-Data-Mining.<sup>30</sup> 2019 folgte der EU-Gesetzgeber mit der Urheberrechtsrichtlinie für den digitalen Binnenmarkt (Digital Single Market-Richtlinie, kurz DSM-RL), die weitere Änderungen in den Themenbereichen Text-und-Data-Mining, dem Erhalt von Kulturerbe, der Zugänglichmachung vergriffener Werke und der Gemeinfreiheit bringt bzw. bringen wird.<sup>31</sup> Die nationalstaatliche Umsetzung muss bis zum 7. Juni 2021 erfolgen<sup>32</sup> und ist bei Redaktionsschluss noch im Gange; bisher liegt ein Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums aus Januar 2020 vor.<sup>33</sup> Inwiefern das letztlich anwendbare Recht, das die Richtlinie umsetzt, aus Spielräumen schöpfen wird, ist also im Mai 2020 noch offen, weil dieses Recht noch nicht geschaffen ist.

Mit dem richtlinienrechtlich durch DSM-RL und InfoSoc-RL zur Verfügung stehenden Rahmen steht aber bereits jetzt fest, dass die Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte für Wissenschaft und Gedächtnisinstitutionen im Rahmen des NFDI4Culture-Zyklus keineswegs frei von Restriktionen möglich sein wird: Bei der allgemeinen Schranke zur wissenschaftlichen Forschung (§ 60c UrhG) dürfen nur Werkteile genutzt werden, die je nach Anwendungskonstellation 15 oder 75 Prozent betragen; Werke geringen Umfangs und vergriffene Werke dürfen vollständig genutzt werden. Vorbestehende Rechte bewirken also, dass Inhalte nicht unbeschränkt

---

30 Daneben existieren Schrankenregelungen für die Lehre, also insbesondere für den Unterricht in Schulen und Hochschulen (§§ 60a und 60b UrhG), die wir hier nicht weiter behandeln. Insbesondere in diesem Bereich sind neben den Schranken andere Vereinfachungen gegenüber der individuellen Lizenz bedeutsam. So regeln Gesamtverträge beispielsweise für die Nutzung von Schulbuchauszügen, auf die man sich im Gesetzgebungsprozess nicht für eine Schranke einigen konnte.

31 Richtlinie (EU) 2019/790 vom 17. April 2019. Freilich ist es diese Richtlinie, die auch die hochumstrittenen Themenbereiche „Uploadfilter“, Presse-Leistungsschutzrecht und Verlegerbeteiligung abdeckt.

32 Art. 29 Abs. 1 DSM-RL.

33 Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 15. Januar 2020: Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts. Es deckt als „erstes“ Anpassungsgesetz noch nicht alle Umsetzungsaspekte ab, nicht etwa die Nutzung vergriffener Werke durch Kulturerbeeinrichtungen (Art. 8 DSM-RL), das *Extended Collective Licensing* (Art. 12 DSM-RL) und die zwingende Gemeinfreiheit für Digitalisate von gemeinfreien Werken Bildender Kunst (Art. 14 DSM-RL). Hierzu zuletzt auch die NFDI4Culture-Stellungnahme zum zweiten Diskussionsentwurf zur Umsetzung der DSM-RL von Rack/Boehm, abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/073120\\_Stellungnahme\\_NFDI4Culture\\_Refe\\_Urheberrecht-II.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/073120_Stellungnahme_NFDI4Culture_Refe_Urheberrecht-II.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 15.09.2020).

in den Forschungsdatenzyklus aufgenommen werden können.<sup>34</sup> Anders ist das lediglich beim Text-und-Data-Mining, wo keine umfangmäßigen Beschränkungen vorgesehen sind. Zweitens ist die uneingeschränkte Zugänglichmachung von Forschungsdaten mit Inhalten, die fremde Urheberrechte enthalten, in der Regel nicht zulässig.

Auf Sammlungsebene erwähnenswert ist die für Big-Data-Forschung und Digital Humanities im Text-und-Data-Mining-Kontext gesetzlich geregelte Anforderung des *rechtmäßigen Zugangs* zu urheberrechtlich geschützten Inhalten.<sup>35</sup> Vervielfältigungshandlungen sind zum Zwecke der automatisierten Analyse (Mining) erlaubt. Nach § 60d UrhG sowie nach dem (noch nicht umgesetzten) Art. 3 Abs. 1 der DSM-RL ist u.a. Voraussetzung, dass rechtmäßiger Zugang zu den Werken oder geschützten Leistungen besteht. Grundsätzlich ist darunter zu verstehen, dass die Werke vormals mit Zustimmung der Rechteinhaber veröffentlicht worden sind. Hier sind Grenzkonstellationen denkbar. Beispiele wären die Untersuchung urheberrechtlich inkriminierten Materials (Mashups, Remixe, bei denen Rechte nicht geklärt sind) oder illegal zustande gekommener Bootlegs. Auch an der Untersuchung dieses Materials kann ein legitimes Wissenschaftsinteresse bestehen. In diesen Bereichen kann aber eine legale Zugangsmöglichkeit gar nicht geschaffen werden, wenn das Klären der nötigen Rechte nicht oder nur unter erheblichem Aufwand möglich ist. Die Voraussetzungen des rechtmäßigen Zugangs sollte durch eine grundrechtskonforme Auslegung dieser Schranken wissenschaftsfreundlich ausgelegt werden.<sup>36</sup> Auch sind Inhalte – beispielsweise Seriidrehbücher – auch in anderen Jurisdiktionen, etwa den USA, unter Berufung auf *Fair Use* veröffentlicht, während dies im europäischen Raum nicht rechtmäßig wäre. Auch diese Fallkonstellation sollte als rechtmäßiger Zugang interpretiert werden.

---

34 Hierzu etwa im Hinblick auf Film- und Medienwissenschaften *Goller/Hefberger*, Die Öffnung von Forschungsdaten in den Film- und Medienwissenschaften – praktische und urheberrechtliche Herausforderungen, 2018, [https://intr2dok.vifa-recht.de/receive/mir\\_mods\\_00003639](https://intr2dok.vifa-recht.de/receive/mir_mods_00003639) (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).

35 Derzeit nicht ausdrücklich in § 60d UrhG geregelt, aber laut Gesetzesbegründung vorausgesetzt; ausdrücklich geregelt in Art. 3 und 4 der DSM-RL sowie in den §§ 44b und 60d UrhG-E des BMJV-Diskussionsentwurfs.

36 Vgl. auch bei geleaktem Material im TDM-Zusammenhang *Raue* ZUM 2019, 684. Anforderungen und Grenzen an die Berücksichtigung von Grundrechten in der Auslegung der urheberrechtlichen Schranken finden sich zuletzt gehäuft in der EuGH-Rechtsprechung, so zuletzt gebündelt in den Entscheidungen EuGH GRUR 2019, 940 – *Spiegel Online/Beck*; EuGH GRUR 2019, 934 – *Funke Medien/Bundesrepublik Deutschland*; EuGH GRUR 2019, 929 – *Pelham/Hütter*.

### 3.2 Möglichkeiten der Präsentation

Die Präsentation von Forschungsergebnissen in den Kunst- und Kulturwissenschaften erschöpft sich häufig nicht darin, die gefundenen Erkenntnisse in einer Publikation darzustellen. Vielmehr kann auch gewünscht sein, beforschte Inhalte bzw. ihre Aufbereitungen beispielsweise in eine Projektwebsite einzubinden und Forschungsdaten zugänglich zu machen – sei es, dass dabei Fotografien, Musik (in Form von Noten oder Aufnahmen) oder Videos Teil der Publikation werden.

Da dies oft nicht uneingeschränkt möglich ist (siehe oben), verbleiben „allgemeine“ Gestaltungsmöglichkeiten zur Präsentation: erstens das Einbinden anderswo zugänglich gemachter Inhalte, zweitens die Zitierfreiheit und drittens geschütztes Material, das im Rahmen der Aufbereitung in schutzlose Information übergegangen ist.

#### 3.2.1 Einbetten fremder Inhalte

Eine bemerkenswerte Entwicklung hat das Recht der öffentlichen Wiedergabe<sup>37</sup> vollzogen. So interpretiert der Europäische Gerichtshof dieses Recht im Sinne der InfoSoc-RL wertungsoffen, ja sogar unter Abwägung der kollidierenden Grundrechte.<sup>38</sup> Das hatte bislang zur Folge, dass nicht nur das Verlinken auf Inhalte, sondern auch das *Embedding* von Fotos und Videos, ohne dabei selbst die Inhalte auf den eigenen Server hochzuladen, unter bestimmten Voraussetzungen<sup>39</sup> keine (erneute) öffentliche Wiedergabe darstellt: Kann also eine Wissenschaftlerin davon ausgehen, dass die Inhalte rechtmäßig hochgeladen sind, bestehen hier Möglichkeiten, diese Inhalte ohne eigenen Server-Upload einzubinden. Sie wird dabei allerdings einen gewissen Sorgfaltsmaßstab walten lassen müssen.

---

37 Generell ist die Wiedergabe öffentlich, wenn „sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. Zur Öffentlichkeit gehört jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist“ (§ 15 Abs. 3 UrhG).

38 Ausführlich hierzu *Raue* ZGE 2017, 514. EuGH-Rechtsprechung zur öffentlichen Wiedergabe: EuGH, Urt. v. 13.02.2014, Az. C-466/12 – *Svensson*; EuGH, Urt. v. 21.10.2014, Az. C-348/13 – *BestWater International*; EuGH, Urt. v. 08.09.2016, Az. C-160/15 – *GS Media*; EuGH, Urt. v. 26.04.2017, Az. C-527/15 – *Filmspeler*; EuGH, Urt. v. 07.08.2018, Az. C-161/17 – *Renckhoff*.

39 Siehe etwa *Dreier* in *Dreier/Schulze* § 15 Rn. 39.

### 3.2.2 Reichweite der Zitierfreiheit

Zum Belegen einer eigenen Aussage kann die Zitierfreiheit (§ 51 UrhG) eine öffentliche Wiedergabe erlauben. Ein Beispiel für ein wissenschaftliches Zitat wäre es, bei der Analyse einer Fotografie eben diese Fotografie als Beleg zu zitieren und so die Bildanalyse verständlich zu machen. Dies darf allerdings nur soweit gehen, wie „die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist“. In diesem Rahmen können eigene Ausführungen veranschaulicht oder belegt werden, wobei die Voraussetzungen dieser Schranke jeweils im Einzelfall vorliegen müssen. Nicht gedeckt von der Zitierfreiheit ist die bloße Illustration. Außerdem müssen die Bestimmungen zur Quellenangabe (§ 63 UrhG) und zum Änderungsverbot (§ 62 UrhG) beachtet werden.

### 3.2.3 Rechtspolitische Gedanken

Die beiden genannten Ansätze können freilich nicht unter dem Begriff *Open Science* firmieren, weil Embedding und Zitierfreiheit nicht der Publikation von Forschungsdaten gleichwertig sind. In diesem Kontext erscheint es rechtspolitisch diskussionswürdig, die Verwertungsrechte oder die Schranken für die Präsentation auch solcher Forschungsdaten zu öffnen, die durch Schutzrechte „kontaminiert“ sind. Dabei ließe sich berücksichtigen, wie stark dabei die Verwertungsinteressen der Rechteinhaber berührt sind (etwa, wenn Melodie-Snippets veröffentlicht werden, was den rezeptiven Werkgenuss wohl nicht ersetzen dürfte). Um Bedenken im Hinblick auf mögliche Eingriffe für Rechteinhaber zu mindern, ließe sich etwa der Vorschlag aufgreifen, dass mit technischen Sicherungsmitteln die vom Wissenschaftszweck nicht mehr gedeckte Wiedergabe technisch erschwert wird.<sup>40</sup> Namentlich könnten Download oder Embedding durch Dritte unterbunden oder Geoblocking-Maßnahmen zur Voraussetzung gemacht werden. Freilich ist es alles anderes als trivial, einerseits Substitutionseffekte so gut wie möglich einzudämmen und zugleich einen angemessenen Grad an Freiheit für die Wissenschaft zu schaffen. Politisch sind derlei Öffnungen des Urheberrechts in den kommenden Jahren auf gesetzgeberischer Ebene eher nicht zu erwarten, nachdem die DSM-RL erst 2019 unter großer politischer Kontroverse verabschiedet wurde.

---

40 Dreier/Fischer Zur Zugänglichmachung von Sammlungsbeständen in Gedächtnisinstitutionen, in: *Klimpel*, Mit gutem Recht erinnern, 53, 65.

### 3.2.4 Nutzbarmachung: Von der Form zum Inhalt

Bestimmte Formen der Aufbereitung von Material können geschützte Werke in ungeschützte Informationen aufgehen lassen: Werden zum Beispiel aus einem Musikwerk ungeschützte Harmonien extrahiert, so ist dies in aller Regel eine gemeinfreie Information. Schwellen zum Unterschreiten von Schutz liegen etwa dort, wo Forschungsdaten nur noch Inhalt, nicht Form enthalten: Das sind Informationen wie *Tempi* und Instrumentierung bei Musik, Vokabular und Duktus bei Texten, anders ausgedrückt freier Stil vs. unfreie Auswahl von Stilmitteln, freie Harmonie vs. unfreie Melodie etc.

Auf der anderen Seite bleibt Schutz beibehalten bei Formatumwandlungen, bei denen geschützte Inhalte in eine andere Wahrnehmungsform übertragen und damit vervielfältigt werden – etwa indem Filme als Transkript oder Musik als Noten verschriftlicht werden oder wenn aus einem Bildtext per OCR ein maschinenlesbarer Text erstellt wird. Auch kleine Werkteile sind geschützt, sofern sie – bei Werken – die notwendige Schöpfungshöhe erreichen.

Es gibt aber weniger naheliegende Konstellationen, etwa wenn ein Audiofile mit geschützter Musik über bildgebende Verfahren zur Spektralanalyse gewandelt werden: Sofern aus der beispielhaft genannten Spektralanalyse noch schutzfähige Teile abgespielt werden können, geht der Schutz selbst dann nicht verloren, wenn das Werk dadurch nur noch schwerlich genießbar ist. Schließlich belässt auch das „Ausdünnen“ urheber- bzw. leistungsschutzrechtlich geschützter Inhalte (etwa durch das Vereinfachen von Melodien) potenziell Schutzfähiges im Forschungsdatum. Uneingeschränkt frei dürfen derlei aufbereitete Inhalte nicht zur Verfügung gestellt werden; sie sind noch nicht von Schutzrechten „befreit“. Die Trennlinie wird hier oft schwierig zu ziehen sein. Als pragmatischer Umgang muss dann wohl im Zweifel gelten, von schutzfähigen Bestandteilen auszugehen.

Die Wissenschaft diskutiert bereits, wie geschützte Inhalte aufbereitet werden können, um sie in frei nachnutzbare – weil gemeinfreie – Forschungsdaten zu transformieren.<sup>41</sup> Ein flexibles Rechtemanagement für die Langzeitverfügbarhaltung, das technische und juristische Dimensionen verbindet, sowie Rechtsberatung und die aus den dort anlaufenden Praxisproblemen gespeiste Erarbeitung von Vorlagen für rechtliche Regelungen

---

41 *Erler RuZ* 2020, 108.

erlauben den angemessenen Umgang mit derartigen Daten im Forschungsdatenkontext.

### 3.3 Gemeinfreiheit: zwischen neuer Stärkung und gewollter Schwächung

Ein weiteres bedeutendes Themenspektrum ist die nichtschöpferische Reproduktion von *gemeinfreien* Kunstwerken. Gemeint ist beispielsweise die mitunter aufwendige fotografische Erfassung von Gemälden (vgl. User Story 3), deren urheberrechtlicher Schutz abgelaufen ist. Das Urheberrecht ist dabei mit der Frage konfrontiert, ob bei derartigen Reproduktionen neue Schutzrechte entstehen können. Dies wirkt sich auf Möglichkeiten der Nutzung und Nachnutzbarmachung aus, bis hin zur Frage, ob die Inhalte frei auf Wikipedia zugänglich gemacht werden können. Insbesondere in Deutschland hat die Fachöffentlichkeit die Reichweite dieses Schutzes für den Schutz fotografischer Reproduktion rege diskutiert. Der BGH stellte im Jahr 2019 klar, dass die *Reproduktion zweidimensionaler Werke* als Fotografie unter den Lichtbildschutz (§ 72 UrhG) fällt.<sup>42</sup>

Die DSM-RL leitet für solche nichtschöpferische Reproduktionen einen fundamentalen Wandel ein. Konkret bestimmt Art. 14 DSM-RL, dass „nach Ablauf der Dauer des Schutzes eines Werkes der bildenden Kunst Material, das im Zuge einer Handlung der Vervielfältigung dieses Werkes entstanden ist, weder urheberrechtlich noch durch verwandte Schutzrechte geschützt ist“.<sup>43</sup> Reproduktionsfotografien gemeinfreier Werke können dann grundsätzlich<sup>44</sup> frei zirkulieren.

Die Richtliniennorm eröffnet Deutschland gewissen Umsetzungsspielraum.<sup>45</sup> Folgende Fragen sind dabei noch offen: Sind *bestehende* Reproduk-

42 BGH GRUR 2019, 284, 286 f. – *Museumsfotos*.

43 Der Text von Art. 14 DSM-RL sagt weiter: „es sei denn, dieses Material stellt eine eigene geistige Schöpfung dar.“ Für die originalgetreue Reproduktion ist das aber nicht einschlägig.

44 Bei Redaktionsschluss noch nicht abschließend geklärt – wohl aber rechtspolitisch für die Umsetzung von Art. 14 DSM-RL adressiert – ist der Umgang mit Reproduktionsfotografie, die unter Verletzung von Eigentum oder Hausrecht entstanden sind.

45 Das liegt insbesondere daran, dass das Lichtbildrecht nicht EU-rechtlich vorge-schrieben ist. Vgl. etwa die im Rahmen der öffentlichen Konsultation des BMJV abgegebene Stellungnahme zur DSM-RL von Creative Commons, 2 f., [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090619\\_Stellungnahme\\_Creative-Commons-Deutschland\\_EU-Richtlinien\\_Urheberrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&cv=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090619_Stellungnahme_Creative-Commons-Deutschland_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&cv=2) (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).

tionsfotografien umfasst<sup>246</sup> Wird nur die Reproduktion von Werken *bildender Kunst* umfasst, oder wird der Gesetzgeber ein allgemeines Prinzip etablieren, demzufolge jegliches gemeinfreies Material<sup>47</sup> nie in einer geschützten Reproduktion durch ein Lichtbild aufgehen darf?

Die neue akzessorische Gemeinfreiheit sollte auch aus ethischer Sicht beleuchtet werden. So ist es denkbar, dass Digitalisate historisch oder kulturell sensibler Kulturgüter<sup>48</sup> mit einer Nutzungsbeschränkung versehen werden sollen, etwa, um eine ethisch unerwünschte kulturelle Aneignung oder kommerzielle Nutzung zu verhindern. Das Urheberrecht kann und soll diese Arbeit aber nicht leisten. Denn es ist eine zwingende Folge der Gemeinfreiheit, dass die Nutzung urheberrechtlich frei ist. Und auch eine vertragliche – mithin *relative* – Einschränkung („Nutzung nur unter folgenden Bedingungen...“) hat nicht dieselbe Wirkung wie ein Leistungsschutzrecht, das ja ein *absolutes* Recht ist.<sup>49</sup> Dies betrifft auch die Frage, ob verpflichtende Attributionsbedingungen gesetzt werden können, etwa um die ethisch gebotene Anerkennung von Provenienzen im Hinblick auf Gemeinschaftskonzepte zu gewährleisten.<sup>50</sup>

---

46 Verfassungsrechtlich ist das diskutabel im Hinblick auf ein möglicherweise unwirksames Rückwirkungsverbot, *Lauber-Rönsberg* in BeckOK UrhR (27. Edition 2019) § 72 Rn. 16d.

47 Gemeinfreiheit lässt sich nach *Peukert* auffächern in *zeitlich bedingte* Gemeinfreiheit – also Werke, deren Schutz abgelaufen ist –, und *strukturelle* Gemeinfreiheit bei Material, das nie geschützt war, wie etwa ein Aktendeckel. Zum Gemeinfreiheitsbegriff und weiteren Arten der Gemeinfreiheit ausführlich *Peukert*, Die Gemeinfreiheit, 32 ff.

48 NFDI4Culture-Kompendium (Fn. 4), 24.

49 Es bleibt also festzustellen, dass möglicherweise ein „Steuerungsinstrument“ wegfällt bzw. dass zumindest ethisch gewollte Beschränkungen mangels Schutzrechts nicht rechtlich durchsetzbar sind. Auch mit Open-Content-Lizenzen wie den Creative-Commons-Lizenzen lassen sich keine Restriktionen schaffen für Inhalte, die urheberrechtlich nicht geschützt sind, vgl. Abschnitt 2, Buchst. a, Ziff. 2. der des CC-4.0-Lizentextes. Sie würden ohnehin als vertragliche Nutzungsbedingungen nicht absolut gelten, d.h. nicht die Allgemeinheit binden, die sich den vertraglichen Bedingungen nicht konsensual unterworfen hat.

50 NFDI4Culture-Kompendium (Fn. 4), 27.

### 3.4 Durchsetzungsstärke und Technikfestigkeit, insbesondere bei Big-Data-Forschung

Die angesprochenen Schranken für Wissenschaft und Gedächtnisinstitutionen können weitestgehend nicht durch vertragliche Regelungen unter sagt werden. So legt § 60g Abs. 1 UrhG fest, dass sich Rechteinhaber auf abweichende Vereinbarungen nicht berufen können.<sup>51</sup> Aus Sicht der nach den Schrankenregelungen privilegierten Institutionen bzw. Nutzungskonstellationen ist das zunächst eine gute Botschaft: Sie müssen abweichende vertragliche Vereinbarungen nicht beachten und können sich auf die gesetzlichen Schranken berufen.

Es existiert aber noch eine weitere Dimension für die tatsächliche Wirkungsmacht von Schranken. So stoßen Forschende in der Zugangs- und Sammlungsphase möglicherweise auf *technische* Restriktionen. Das ist bei Subskriptions- bzw. Streamingmodellen wie Spotify oder Netflix der Fall, wo nur noch im Ausnahmefall DRM-freie lokale Offline-Kopien angelegt werden, die dann im Rahmen der Forschung etwa weiter vervielfältigt und aufbereitet werden können. Forschung kann aber auf Offline-Kopien angewiesen sein. Und auch die Zugänglichkeit frei im Netz verfügbarer Inhalte hängt von privaten Anbietern ab: Die Quelle von MP3-Download-Stores mit DRM-freier Musik könnte eines Tages versiegen, und Plattformen wie YouTube könnten jederzeit aktuell noch einfache Downloadmöglichkeiten technisch unterbinden.

Dabei erlaubt die jüngst geschaffene DSM-RL ausdrücklich den Download von frei im Netz zugänglichen Inhalten für wissenschaftliche Analysezwecke.<sup>52</sup> Auf der anderen Seite ist aber das *Umgehen* von technischen Schutzmaßnahmen verboten (§ 95a UrhG) und Ansprüche für das Aufheben technischer Restriktionen schlagen bei Online-Angeboten häufig nicht durch (§ 95b Abs. 3 UrhG). Schranken entstehen oft unter hitzigem Diskurs politisch aufwendig austarierter Interessen; entsprechend müssen sie auch tatsächliche Durchschlagskraft haben. Falls nicht, lautet die Folge entsprechend den Ausführungen von *Specht*,<sup>53</sup> dass Nutzer:innen die „Ak-

---

51 Ausnahmen gelten für die Zugänglichmachung an Terminals sowie für den Kopienversand auf Einzelbestellung: Gemäß § 60h Abs. 2 gehen dann vertragliche Vereinbarungen vor.

52 Siehe Erwägungsgründe 14 und 18 der DSM-RL zu der Voraussetzung „rechtmäßigen Zugangs“ im Sinne von Art. 3 und 4 DSM-RL.

53 *Specht* GRUR 2019, 253, 259. Für das Klären allgemein klärungsbedürftiger Rechtsfragen sind Modelle der strategischen Prozessführung im Urheberrecht erwähnenswert, so etwa das 2020 gestartete Projekt „Control ©“ der Gesellschaft

tionslast“ tragen, ihre durch Schranken eingeräumten Freiheiten rechtlich durchzusetzen. Was technisch erlaubt und was rechtlich durchsetzbar ist, liefe nicht (mehr) gleich; die gesetzlich vorgesehen Interessenabwägung würde unterlaufen.

#### *4 Fazit*

Eine Wissenskulturland, die im Umgang mit materiellen und immateriellen Kulturgütern die digitalen Möglichkeiten nutzt, braucht eine Infrastruktur, die es erlaubt, die rechtlichen und technischen Herausforderungen ihrer Gegenstände flexibel über den gesamten Forschungsdatenlebenszyklus zu managen. Open Access ist eine der Antworten des Wissenschaftssystems auf diese Herausforderung, der sich alle Wissenschaftsorganisationen verpflichtet haben. Die Durchsetzung von Open Access in der Forschung setzt allerdings voraus, dass der/der Autor:in im Besitz der Rechte über alle Inhalte ist, die veröffentlicht werden sollen. Das ist allerdings im Bereich der Kulturgüter regelmäßig nicht der Fall. Damit die Wahl der Gegenstände forschungs- und nicht rechtegetrieben erfolgen kann (und etwa zeitgenössische Musik oder neuere Tonaufnahmen etc. schon per se ausgeschlossen bleiben), gilt es pragmatische und flexible Wege des Umgangs mit diesen komplexen Rechtedimensionen zu entwickeln.<sup>54</sup>

Als bedarfsgeleitetes, also eng an der Praxis von Wissenschaft und Gedächtnisinstitution liegendes Projekt kann NFDI4Culture Verschiebungstendenzen beobachten, ihre praktische Bedeutung herausarbeiten, pragmatische Lösungswege erarbeiten und ggf. auf einer soliden empirischen Basis rechtspolitisch adressieren. Über Stakeholder-Dialoge – angelegt in der DSM-RL – kann außerdem ein gemeinsames Rechtsverständnis über Auslegungsfragen bei Kulturdaten in der Forschung angestoßen werden.

---

für Freiheitsrechte (GFF) unter der Federführung der früheren EU-Abgeordneten Julia Reda.

54 NFDI4Culture-Kompodium (Fn. 4), 27.

Literatur

- Ahlberg, Hartwig/Götting, Horst-Peter, Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, 27. Edition, 2019.
- Altenhöner, Reinhard/Bicher, Katrin/Bracht, Christian/Brand, Ortrun/Blümel, Ina/Bulle, Klaus/Effinger, Maria/Hammes, Andrea/Hartmann, Thomas/Kailus, Angela/Kett, Jürgen/Pittroff, Sarah/Röwenstrunk, Daniel/Schelbert, Georg/Schmidt, Dörte/Schrade, Torsten/Simon, Holger/Taentzer, Gabriele/Veit, Joachim/Voß, Franziska/Walzel, Annika-Valeska/Wiermann, Barbara, Fokusthemen und Aufgabenbereiche für eine Forschungsdateninfrastruktur zu materiellen und immateriellen Kulturgütern. Living Document der NFDI-Initiative NFDI4Culture (Version 1.0, 2019), doi: 10.5281/zenodo.2763576.
- Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, Open Science, <https://www.bbaw.de/bbaw-digital/open-science> (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).
- Bernd Alois Zimmermann-Gesamtausgabe, BAZ-GA, [www.baz-ga.de](http://www.baz-ga.de) (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).
- Brünger-Weilandt, Sabine/Bruhn, Kai-Christian/Busch, Alexandra W./Hinrichs, Erhard/Horstmann, Wolfram/Grötschel, Martin/Paulmann, Johannes/von Rummel, Philipp/Schlothuber, Eva/Schmidt, Dörte/Schrade, Torsten/Simon, Holger, Memorandum of Understanding by NFDI initiatives from the humanities and cultural studies (2019), doi: 10.5281/zenodo.3265763.
- correspSearch, Briefeditionen durchsuchen und vernetzen, <https://correspsearch.net/index.xql?l=de> (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).
- Deutsche Forschungsgemeinschaft, Leitlinien zum Umgang mit Forschungsdaten, [https://www.dfg.de/download/pdf/foerderung/antragstellung/forschungsdaten/richtlinien\\_forschungsdaten.pdf](https://www.dfg.de/download/pdf/foerderung/antragstellung/forschungsdaten/richtlinien_forschungsdaten.pdf) (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).
- Creative Commons, Stellungnahme zur 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 (DSM-RL) einschließlich der Stellungnahme Deutschlands zu Artikel 17 dieser RL, [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090619\\_Stellungnahme\\_Creative-Commons-Deutschland\\_EU-Richtlinien\\_Urheberrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090619_Stellungnahme_Creative-Commons-Deutschland_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).
- Dreier, Thomas /Schulze, Gernot, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018.
- Dreier, Thomas/Fischer, Veronika, Museen: digitaler Erhalt und digitale Sichtbarkeit, in: Klimpel (Hrsg.), Mit gutem Recht erinnern, S. 53–67, doi: 10.15460/HUP.178.
- de la Durantaye, Katharina/Raue, Benjamin, Urheberrecht und Zugang in einer digitalen Welt – Urheberrechtliche Fragestellungen des Zugangs für Gedächtnisinstitutionen und die Digital Humanities – in: RuZ – Recht und Zugang 2020, S. 83–94, doi: 10.5771/2699-1284-2020-1-83.

*Erler, Katharina*, DFG-Expertenworkshop: Strategien für die Nutzbarmachung urheberrechtlich geschützter Textbestände für die Forschung durch Dritte, in: *RuZ – Recht und Zugang* 2020, Seite 108–112, doi: 10.5771/2699–1284–2020–1–108.

*European IP-Helpdesk*, [www.iprhelpdesk.eu](http://www.iprhelpdesk.eu) (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).

*Gemeinsame Wissenschaftskonferenz GWK*, Pressemitteilung vom 26.06.2020, <https://www.gwk-bonn.de/fileadmin/Redaktion/Dokumente/Pressemitteilungen/pm2020-04.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).

*GoFair*, Fair Principles, <https://www.go-fair.org/fair-principles/> (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).

*Goller, Marion/Heftberger, Adelheid*, Die Öffnung von Forschungsdaten in den Film- und Medienwissenschaften – praktische und urheberrechtliche Herausforderungen, 2018, doi: 10.17176/20180515–233758.

*Hartmann, Thomas*: Zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit der Forschungsdaten, in: Jürgen Taeger (Hg.), *Law as a Service (LaaS) – Recht im Internet- und Cloud-Zeitalter*, Bd. 1, Edewecht 2013, S. 505–515. Zweitveröffentlichung/Volltext online via <http://hdl.handle.net/11858/00-001M-0000-0014-1208-E>.

*Klimpel, Paul*, Eigentum an Metadaten?, in: *Handbuch Kulturportale: Online-Angebote aus Kultur und Wissenschaft*, Hrsg. Ellen Euler, Monika Hagedorn-Saupe, Gerald Maier, Werner Schweibenz, Jörn Sieglerschmidt (2015), S. 57–64.

*Kuschel, Linda*, Urheberrecht und Forschungsdaten, in: *Ordnung der Wissenschaft* 2020, S. 43–52.

*NFDI4Culture*, Consortium for research data on material and immaterial cultural heritage <https://nfdi4culture.de/index.html> (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).

*Peukert, Alexander*, Die Gemeinfreiheit – Begriff, Funktion, Dogmatik, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2627191>.

*Raue*, Das subjektive Vervielfältigungsrecht – Eine Lösung für den digitalen Werkgenuss?, *ZGE* 2017, S. 514–538.

*Raue*, Rechtssicherheit für datengestützte Forschung, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht ZUM* 2019, S. 684–693.

*SLUB*, Forschungsdaten, <https://www.slub-dresden.de/open-science/open-dataforschungsforschungsdaten/forschungsdaten/> (zuletzt abgerufen am 15.07.2020).

*Specht, Louisa*, Zum Verhältnis von (Urheber-)Recht und Technik – Erfordernis eines Dualismus von techniksensitivem Recht und rechtssensitiven technischen Durchsetzungsbefugnissen, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht GRUR* 2019, S. 253–259.

## Autor:innenverzeichnis

Prof. Dr. **Miriam Akkermann** ist Juniorprofessorin für empirische Musikwissenschaften an der TU Dresden. Ihre Forschungsschwerpunkte sind Elektroakustische Musik, Computermusik und Musiktechnologie, Archivierung von musikalischen Arbeiten, sowie Aufführungspraktiken und ihre Herausbildung.

**Sophie Beaucamp**, LL.M. (LSE) ist Volljuristin und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Weizenbaum-Institut in der Forschungsgruppe *Vertrauen in verteilten Umgebungen*. Ihr Forschungsschwerpunkt liegt auf dem Gebiet des Rechts des geistigen Eigentums sowie des Informationstechnologierechts.

Prof. Dr. **Franziska Boehm** ist Juristin und Bereichsleiterin für Immaterialgüterrechte in verteilten Informationsinfrastrukturen bei FIZ Karlsruhe sowie Professorin am Karlsruher Institut für Technologie (KIT). Sie forscht zu Immaterialgüterrechten, Datenschutzrecht auf nationaler und internationaler, insbesondere europäischer Ebene sowie dem Recht der IT-Sicherheit.

Prof. Dr. RA, **Christian Czychowski** ist Fachanwalt für Informationstechnologierecht sowie für Urheber- und Medienrecht, und Honorarprofessor an der Universität Potsdam. Er arbeitet neben IT-, Urheber- und Medienrecht auch zu Softwarerecht und Technologievertragsrecht.

**Niclas Düstersiek** ist Rechtsreferendar und wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Nordemann Czychowski & Partner Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte mbB mit Schwerpunkten im Urheberrecht, Internetrecht und in Open Source Software.

Prof. Dr. **Thomas Ernst** ist Germanist und Literaturwissenschaftler an der Universität Antwerpen sowie an der Universität von Amsterdam. Seine Forschungsschwerpunkte sind unter anderem das Geistige Eigentum in der Buch- und der digitalen Kultur sowie subversive, interkulturelle und mehrsprachige Literaturen.

Dr. **Georg Fischer** ist Soziologe und Redakteur bei iRights.info. Seine Forschungsinteressen gelten empirischer Urheberrechtsforschung, vor allem Verwertungsgesellschaften, fremdreferenzieller Musik und Fragen des geistigen Eigentums in der Wissenschaft.

Dr. **Klaus Frieler** ist freiberuflicher Musikwissenschaftler. Seine Forschungsschwerpunkte sind rechnergestützte Musikforschung als Methode in der Musikpsychologie und Jazzforschung mit Schwerpunkt auf dem kreativen Prozess. Unter anderem ist er als Musikgutachter tätig.

**Marion Goller** ist Juristin und Anwältin in der Media Kanzlei Frankfurt. Ihre Forschungsschwerpunkte sind Urheberrecht, IT-Recht und IT-Vertragsrecht, Filesharing, Freie Lizenzen, Wettbewerbsrecht sowie Privatisierung von Wissen durch Immaterialgüterrechte.

**Hans-Christian Gräfe** ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Weizenbaum-Institut, Redakteur bei Telemedicus und Lehrbeauftragter an der Technischen Universität Berlin. Sein Forschungsinteresse liegt vorrangig im Medien- und Social Media-Recht. An der Humboldt-Universität zu Berlin absolviert er das LL.M.-Programm im Immaterialgüter- und Medienrecht.

**Dario Henri Haux**, LL.M. (Columbia) ist Rechtswissenschaftler und Mediator. Seit 2017 forscht er an der Universität Luzern zum Informations- und Immaterialgüterrecht mit Rechtsgrundlagenbezug. Er promoviert im Bereich des Urheberrechts und der Rechtsphilosophie.

Ass. iur. **Amélie Heldt**, maître en droit ist Juristin und forscht als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Leibniz-Institut für Medienforschung / Hans-Bredow-Institut in Hamburg zur Transformation der öffentlichen Kommunikation. Ihre Forschungsschwerpunkte sind Verfassungsrecht und Media Governance.

**Konstantin Hondros** (M.A, Mag.) ist Soziologe und Theaterwissenschaftler und arbeitet als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Duisburg-Essen. Er forscht zu kreativen Prozessen, Praktiken musikalischer Ähnlichkeit und regulatorischen Unsicherheiten mit Urheberrechtsbezug.

**Jonas Kunze** studiert Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin und arbeitet beim juristischen Internetportal Telemedicus. Er befasst sich unter anderem mit dem Recht der Informationsgesellschaft.

Prof. Dr. **Axel Metzger** LL.M. (Harvard) ist Professor für Bürgerliches Recht und Immaterialgüterrecht, insbesondere Gewerblicher Rechtsschutz an der Humboldt Universität zu Berlin.

Prof. Dr. **Daniel Müllensiefen** ist Musikpsychologe an der Goldsmiths University of London sowie an der Hochschule für Musik, Medien und Theater in Hannover. Seine Forschungsschwerpunkte sind unter anderem neue Ansätze der Musikalitätsforschung und musikalisches Urheberrecht aus kognitionspsychologischer Perspektive.

Dr. **Matthias Pasdzierny** ist Musikwissenschaftler, Arbeitsstellenleiter der Bernd Alois Zimmermann-Gesamtausgabe an der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften und wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität der Künste in Berlin. Seine Forschungsschwerpunkte sind unter anderem die Musikgeschichte nach 1945, Techno, Musikedition sowie Musikwissenschaft und Digitalität.

**Fabian Rack** ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Dr. Franziska Boehm/FIZ Karlsruhe und Rechtsanwalt bei iRights.Law in Berlin. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen im Urheber- und Datenschutzrecht. Er ist außerdem Redakteur bei Telemedicus.info.

Prof. Dr. **Dörte Schmidt** ist Musikwissenschaftlerin an der Universität der Künste Berlin, sowie derzeit Präsidentin der Gesellschaft für Musikforschung. Sie leitet die Bernd Alois Zimmermann-Gesamtausgabe in der Trägerschaft der Berlin Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften und der Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz und war in der Antragsphase Sprecherin der Initiative NFDI4Culture. Ihre Forschungsschwerpunkte liegen auf dem Musiktheater, der Musik des 20. und 21. Jahrhunderts und der Kulturgeschichte der Musik.

**Simon Schrör**, (M.A) ist Soziologe und Leiter der Forschungsgruppe *Verlagerungen in der Normsetzung* am Weizenbaum-Institut. Forschungsschwerpunkte sind die Rolle immaterieller Güter bei der Entwicklung von Kultur und Wirtschaft sowie sozio-normative Verlagerungsprozesse im Zuge der Digitalisierung.

**Malte Zill**, (M.A.) ist Musikwissenschaftler und promoviert an der Universität Hamburg. Sein Forschungsschwerpunkt ist das Urheberrecht Europas zur Zeit des Nationalsozialismus.