

Kapitel 3 – Freiheit kompositorischer Benutzungshandlungen

A. Benutzung außerhalb des Schutzzumfangs: alte und neue Maßstäbe

Während sich das vorherige Kapitel mit der Frage beschäftigte, wann musikalische Elemente überhaupt geschützt sind und welche Elemente stets frei zur Benutzung bleiben, betrachtet dieses Kapitel diejenigen Konstellationen urheberrechtlich freigestellter Benutzung, die grundsätzlich schutzfähige musikalische Elemente betreffen. Neben der später zu erörternden Erlaubnis von Benutzungen im Rahmen gewisser Schranken, kann eine erlaubte Benutzung von Werkelementen auch dann vorliegen, wenn sich die Benutzung nicht mehr innerhalb des Schutzzumfangs der §§ 15 ff. UrhG bewegt.⁴²⁸

Das Thema der Abgrenzung von Bearbeitung und freier Benutzung wurde nicht zuletzt dadurch neu befeuert, dass das etablierte normative Gefüge der §§ 23, 24 UrhG a.F. – zumindest formell – nicht mehr fortbesteht. Nicht nur ist § 24 UrhG a.F. als kodifizierte Grenze der Bearbeitung seit dem 7. Juni 2021 passé, sondern es zeigen sich auch stärkere Einflüsse des Unionsrechts, die im Rahmen der Harmonisierung einen Einfluss auf das Verständnis dieser neuen freien Benutzungshandlungen ausüben. Mit der Neuformulierung des § 23 UrhG spielen zudem andere Begrifflichkeiten eine Rolle, an die das Gesetz die Grenze der Bearbeitung knüpfen soll: „Wahrt das neu geschaffene Werk einen hinreichenden Abstand zum benutzten Werk, so liegt keine Bearbeitung oder Umgestaltung [...] vor“ (§ 23 Abs. 1 S. 2 UrhG). Ein „hinreichende[r] Abstand“ – auf den ersten Blick ein (vermeintlich) aus der BGH-Rechtsprechung bekannter Begriff – ist also das gesetzlich vorgegebene Kriterium der Bearbeitungsgrenze. Um diese neuen Entwicklungen des deutschen und in Teilen auch europäischen Urheberrechts besser nachvollziehen zu können, soll zunächst die bisherige „freie Benutzung“ im Sinne des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. (I.) und der Sonderfall des Melodienschutzes (II.), näher betrachtet und die Neuerungen des § 23 UrhG bereits in den Grundzügen damit verglichen werden (III.), bevor im nächsten Abschnitt (B.) auf die uni-

428 Im Folgenden wird hierfür der im Zusammenhang mit der Abgrenzung von „Schutzbereichsbestimmung“ und „Schranken“ gebräuchliche – im Einzelnen aber nicht immer einheitlich verwendete – Begriff des Schutzbereiches verwendet. Vgl. zu einer weiteren Begriffsverwendung und eingehend zum Begriff, *Wypchol*, Die Nutzung des Werks, 2021, 12 f.

onsrechtlichen Implikationen und die Bewertung der neuen Rechtslage eingegangen wird.

I. Die „alte“ freie Benutzung in der Musik

Für den Bereich der fremdreferenziellen Komposition war die freie Benutzung des § 24 UrhG a.F. bislang stets das zentrale Abgrenzungskonzept.⁴²⁹ § 24 UrhG a.F. stellte in der deutschen Rechtsprechung über lange Zeit den Dreh- und Angelpunkt zahlreicher Argumentationen für das dar, was aus kulturellem Interesse noch erlaubt sein soll und was als Überschreitung des Schutzbereichs gelte.

Aus der Erkenntnis, dass kulturelles Schaffen auf anderem kulturellen Schaffen aufbaut, ergab sich das dahinterstehende Ziel der Norm, „Freiraum für eine schöpferische Auseinandersetzung mit bestehenden Werken zu schaffen und damit eine kulturelle Fortentwicklung zu ermöglichen“.⁴³⁰ Unter diesem Ziel erlebte § 24 UrhG a.F. allerdings eine besondere Ausdehnung, die sich kaum noch aus einem Blick in das Gesetz allein erklären lässt und auch noch für die gegenwärtige Rechtslage von entscheidender genetischer Bedeutung ist. Daher soll nachstehend ein Blick darauf geworfen werden, welche Funktionen § 24 Abs. 1 UrhG a.F. in Folge der genannten Ausdehnung ausgehend von systematischer Einordnung und Wortlaut der Norm einnahm.

1. Einordnung von § 24 UrhG a.F. in den sachlichen Schutzzumfang

Eine tatbestandliche Erwähnung der „Benutzung“ gab es außerhalb von § 24 UrhG a.F. nicht. Die Benutzung ist ein Oberbegriff: Sie kann in jeder der Verwertungsmöglichkeiten, ob körperlich oder unkörperlich, gesehen werden. Denn ob vervielfältigt oder aufgeführt, in jedem Fall wird das Werk „benutzt“. Von zentraler Bedeutung bei jeglicher Verletzung solcher Verwertungsrechte ist, ob der sachliche Schutzzumfang im Rahmen der Rechtsverletzung berührt ist.⁴³¹ In diesem Zusammenhang waren auch die Auswirkun-

429 Siehe etwa *Döhl*, in: *Albers/Katsivelas* (Hrsg.), *Recht & Netz*, 269, 270.

430 *BGH GRUR* 2017, 895, Rn. 22 – *Metall auf Metall III*; ferner *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, 6. Aufl. 2020, *UrhG*, § 24 *UrhG* Rn. 2.

431 Vgl. im Zusammenhang mit dem Merkmal der Urheberrechtsverletzung in § 97 Abs. 1 S. 1 *UrhG Specht*, in: *Dreier/Schulze*, 7. Aufl. 2022, *UrhG*, § 97 Rn. 11.

gen der Abgrenzung von §§ 23, 24 UrhG a.F. ihrer systematischen Stellung nach angesiedelt.

Von besonderem Interesse war die freie Benutzung i.S.d. § 24 UrhG a.F. im Rahmen körperlich fixierter Bearbeitungen, da sich dort das Gros der Abgrenzungsfragen zur musikalischen Bearbeitung stellt – etwa im Rahmen von Tonaufnahmen oder Notentext.⁴³² Regelmäßig hält der Benutzer in der Musik seine Komposition auf einer Tonaufnahme oder auf Papier fest. Das bedeutet freilich nicht, dass die Abgrenzungsfragen zu einer freien Benutzung nicht auch im Falle nicht-fixierter Verwertungen relevant sein können: Ein Beispiel sind etwa manche öffentliche Jazzimprovisationen, die ein Werk ohne vorherige körperliche Fixierung verändert aufführen und insofern ebenfalls die Frage aufwerfen, ob dort das zugrundeliegende musikalische Material frei benutzt wurde.⁴³³ Besondere Beachtung fanden aber in der Praxis die häufigeren Abgrenzungsfragen von Vervielfältigung, Bearbeitung und freier Benutzung im Sinne der §§ 16, 23, 24 UrhG a.F.⁴³⁴

Aus der Distanz betrachtet ergeben sich diese drei Kategorien der Vervielfältigung, Bearbeitung und freien Benutzung aus Unterschieden in der Ähnlichkeit zweier Werke (sogleich unter a.) und aus der Frage, inwieweit das neuere Werk auf ein älteres zurückgreift (unter b.).

a. Objektive Ähnlichkeitsprüfung

Für Benutzungen jeglicher Art bedarf es zunächst der objektiven Ähnlichkeit von Elementen des neuen Werkes mit denen des älteren, möglicherweise benutzten Werks.⁴³⁵ Ob Vervielfältigung, öffentliche Wiedergabe oder Auf-

432 Siehe zur Abgrenzung von Vervielfältigung, Bearbeitung und freier Benutzung etwa *BGH GRUR* 2014, 65 – *Beuys-Aktion*; vgl. auch die Verbreitung miteinbeziehend: *OLG Hamburg ZUM-RD* 2016, 576 – *Bearbeitung eines Tagebuchs*.

433 Vgl. im Kontext des Melodienschutzes *Canaris*, *Melodie, Klangfarbe und Rhythmus*, 2012, 93 f.

434 Die deutsche Rechtsprechung und ein weiter Teil der deutschen Literatur verstehen unter einer Vervielfältigung jede körperliche Festlegung, die geeignet ist, ein Werk auf irgendeine Weise den menschlichen Sinnen unmittelbar oder mittelbar zugänglich bzw. wahrnehmbar zu machen, *BGH GRUR* 1955, 492, 494 – *Grundig-Reporter*; *Heerma*, in: *Wandtke/Bullinger*, 6. Aufl. 2022, *UrhG*, § 16 Rn. 4; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, 6. Aufl. 2020, *UrhG*, § 16 Rn. 5.

Im Vordergrund stehen also Bearbeitungen bzw. freie Benutzungen, die auf einer körperlichen Fixierung beruhen.

435 *Pimat*, *Beweisprobleme*, 2002, 54 ff.

führung eines Musikwerkes – nur wenn objektiv Gemeinsamkeiten zwischen älterem Musikwerk und der späteren möglichen Vervielfältigung, Wiedergabe oder Aufführung der Musik feststellbar sind, kommt eine urheberrechtlich relevante Benutzungshandlung überhaupt in Frage.⁴³⁶ Dementsprechend ist zunächst, basierend auf den identifizierten schutzfähigen Elementen, festzustellen, welche der Werkelemente oder Parameter des älteren Werkes sich im jüngeren Musikstück finden lassen.⁴³⁷

Liegt beispielsweise eine umfassende unveränderte Vervielfältigung vor, etwa die Vervielfältigung eines ganzen Datenträgers, der ein urheberrechtlich schutzfähiges Musikwerk enthält, ist diese Frage meist unproblematisch und berührt die Frage der freien Benutzung nicht.

Probleme tauchen hingegen dann auf, wenn das ursprüngliche Werk in einer veränderten Form genutzt wird.⁴³⁸ Zentral ist dann zunächst der objektive Vergleich zweier Werke hinsichtlich der Frage, wo im neuen Werk die geschützten Werkelemente des älteren liegen könnten.⁴³⁹

Ein darauf folgender Vergleich kann im musikalischen Bereich sehr komplex werden, beispielsweise im Fall der Vergleichsuntersuchung von sogenannten Soundalikes mit dem Original.⁴⁴⁰ Bei der Herstellung von Soundalikes sollen Musikstücke bewusst wie andere klingen, aber so in einigen Parametern abgeändert werden, dass etwa im Bereich von Werbespots die Kosten der Lizenz eingespart werden können.⁴⁴¹ Ökonomisches Ziel eines Soundalikes ist also in vielen Fällen die Benutzung außerhalb des Schutzbereiches eines fremden Werkes oder zumindest eine Freiheit durch Schranken, ohne aber, dass der Kompositionsprozess von Anfang an auf reine Inspiration angelegt ist.⁴⁴² Der Höreindruck an sich soll dabei dem Originalwerk möglichst ähnlich bleiben. Ein solcher ähnlicher Höreindruck muss dort in den einzelnen Parametern regelrecht herausgearbeitet werden.

436 Dieth, Musikwerk und Musikplagiat, 2000, 39 f.; siehe auch aus Perspektive der Rechtsfolgen Specht, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, in: Dreier/Schulze, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 97 Rn. 11.

437 Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 16 Rn. 9 ff.

438 Hierzu insb. aus unionsrechtlichen Gesichtspunkten noch näher unter B. und C.

439 Pimat, Beweisprobleme, 2002, 54 ff.

440 Czychowski, in: Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 9 Die Werkarten Rn. 121.

441 Strötgen, in: Moormann (Hrsg.), Musik im Fernsehen. Sendeformen und Gestaltungsprinzipien, 105, III f. Siehe auch Czychowski, in: Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 9 Die Werkarten Rn. 121.

442 Ähnlich Czychowski, in: Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 9 Die Werkarten Rn. 121.

Dementsprechend wird auch hier in Grenzfällen regelmäßig die Hinzuziehung eines Sachverständigen notwendig sein, wie schon im Rahmen der Schutzfähigkeit musikalischer Werke.⁴⁴³

b. Subjektive Rückgriffsprüfung

Schon dem Wortlaut nach keine „Benutzung“ liegt vor, wenn etwas eigenständig Hergestelltes nur „zufällig“ dem geschützten Werk gleicht. Derjenige, der eine zufällige Nachschöpfung herstellt, „benutzt“ gerade kein fremdes Werk, sondern schafft einen eigenen Gegenstand.⁴⁴⁴ Es muss zumindest eine unbewusste Entlehnung des fremden Werks stattgefunden haben.⁴⁴⁵ Stehen Ähnlichkeiten von beiden Werken fest, wird also die Frage aufgeworfen, ob hinsichtlich der übereinstimmenden Musikelemente tatsächlich auf ein älteres Werk zurückgegriffen wurde.⁴⁴⁶

443 Siehe in diesem Sinne schon: *BGH GRUR* 1981, 267, 269 – *Dirlada*; zur Schutzfähigkeitsfrage: *BGH GRUR* 2015, 1189, Rn. 64 – *Goldraper*; siehe im Übrigen oben Kapitel 2 A.I. und B.III.1.

444 Dieser ist gleichwohl aber nicht selbst schutzwürdig, siehe Kapitel 2 A.III u. IV.

445 *BGH GRUR* 1988, 810, 811 – *Fantasy*; *BGH GRUR* 1971, 266, 268 – *Magdalenenarie*; *OLG Zweibrücken GRUR-RR* 2016, 141, Rn. 27 – *Piano-Lehrbuch*; *OLG Köln GRUR* 2000, 43, 44 – *Klammerpose*; *Hertin*, *GRUR* 1989, 159, 160; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, 6. Aufl. 2020, *UrhG*, § 23 Rn. 32 ff.; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, 7. Aufl. 2022, *UrhG*, § 23 Rn. 87; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, 4. Aufl. 2018, *UrhG*, Anhang zu §§ 23, 24 Rn. 7; *Loewenheim/Leistner*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), *Handbuch des Urheberrechts*, 3. Aufl. 2021, § 8 Schutzzumfang Rn. 32. Dies ist etwa ein entscheidender Unterschied zum Patentrecht: *Specht*, in: *Dreier/Schulze*, 7. Aufl. 2022, *UrhG*, § 97 Rn. 11: „Schließlich ist zu beachten, dass das Urheberrecht im Gegensatz zum Patentrecht kein absolutes Monopol gewährt.“ Pointiert auch *Ernst*, in: *Hoeren/Sieber/Holzsnagel* (Hrsg.), *Handbuch Multimedia-Recht*, 55. EL Februar 2021, Teil 7.1 Grundlagen des Urheberrechts Rn. 46: „Kongentialität ist keine Urheberrechtsverletzung – anders als bei gewerblichen Schutzrechten.“

446 Insofern ist der oft verwendete Begriff der Individualität etwas missverständlich, suggeriert er doch, dass eine Nachschöpfung oder sogenannte Doppelschöpfung gar nicht möglich ist, denn sie wäre gerade nicht individuell, wenn sie in gleicher Form wiederentstehen könnte. Siehe hierzu bereits *Hilty*, *Urheberrecht*, 2. Aufl., 2020, Rn. 157. Vgl. im Übrigen Kapitel 2 A.III.4.

Das prozessuale Vorgehen zur Beantwortung einer solchen Frage wurde in den letzten Jahren gerade für die Übernahme musikalischer Werkteile, vor allem im Zusammenhang mit Melodien, immer weiter konkretisiert.⁴⁴⁷

Eine zentrale Rolle spielt in derartigen Fällen der Anscheinsbeweis.⁴⁴⁸ Ein solcher Anscheinsbeweis für einen Rückgriff kann unter Umständen schon dann vorliegen, wenn der Kläger darlegen kann, dass schutzfähige Elemente des älteren Werks tatsächlich im neueren Musikstück Verwendung finden.⁴⁴⁹ Denn die unabhängige Nachschöpfung wird als seltener Ausnahmefall betrachtet.⁴⁵⁰

Allerdings kann der Anscheinsbeweis gerade im Bereich musikalischer Bearbeitungen häufig erschüttert sein. Das ist etwa dann der Fall, wenn ein anderer plausibler Geschehensablauf dazu dargelegt werden kann, wie das neuere Werk unabhängig vom älteren entstanden ist.⁴⁵¹ In der Rechtsprechung wird der Anscheinsbeweis auch dann als erschüttert angesehen, wenn das Werk sich nur geringfügig vom Vorbekanntem unterscheidet und die schöpferische Eigentümlichkeit daher im Bereich der sogenannten, im Einzelnen aber kaum klar abzugrenzenden, „kleinen Münze“ liegt.⁴⁵² Im Übrigen bleibt dem Beklagten aber oft nur noch der Nachweis, dass er keine Kenntnis vom vorbekannten Werk hatte.⁴⁵³

447 Besonders ausführlich *KG BeckRS* 2012, 1765; *OLG Hamburg ZUM* 2019, 262; aus der Literatur eingehender: *Dieth*, Musikwerk und Musikplagiat, 2000, 200 ff.; *Pimat*, Beweisprobleme, 2002, insb. 54 ff.

448 *BGH GRUR* 1971, 266, 268 – *Magdalenenarie*; *BGH GRUR* 1988, 810, 811 – *Fantasy*; *BGH GRUR* 1991, 533, 535 – *Brown Girl II*; *OLG Hamburg ZUM* 2019, 262. Siehe detailliert begründend auch *KG BeckRS* 2012, 1765: „Der Anscheinsbeweis für den Rückgriff auf das ältere Werk folgt daraus, dass sich angesichts der vielfältigen Schaffungsmöglichkeiten auf künstlerischem Gebiet nicht anders erklären lässt, warum die Merkmale der beiden Werke übereinstimmen. Er setzt nicht den zusätzlichen Nachweis voraus, dass das ältere Werk allgemein geläufig, weit verbreitet oder auch nur in nennenswertem Umfang bekannt war (ebenso im PKH-Verfahren der 5. Zivilsenat, Beschluss vom 7. März 2006; anders noch im einstweiligen Rechtsschutzverfahren LG München I, Beschluss vom 7. November 2002 - 7 O 19257/02, S. 13).“ Ferner *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 23 Rn. 53.

449 *KG BeckRS* 2012, 1765.

450 *BGH GRUR* 1988, 812, 815 – *Ein bißchen Frieden*; *OLG Hamburg ZUM* 2019, 262, 264.

451 *BGH GRUR* 1988, 812, 815 – *Ein bißchen Frieden*.

452 *BGH GRUR* 1971, 266, 269 – *Magdalenenarie*; hier ist allerdings schon nicht eindeutig, ob überhaupt eine Originalität begründet werden kann, vgl. im Allgemeinen *Hilty*, Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 157. Im Ergebnis wird aber in beiden Fällen, ob man nun derartige Werke in der Schutzfähigkeit ausschließt oder hier den Anscheinsbeweis versagt, regelmäßig der Nachweis einer Rechtsverletzung in der Praxis scheitern.

453 Ausführlich dazu etwa: *KG BeckRS* 2012, 1765.

Gerade an solchen Problemen zeigt sich, wie die Fragen der Schutzfähigkeit und der Vervielfältigung letztlich in der Rechtspraxis zusammenspielen: Werden im Rahmen der Originalität hohe Hürden festgelegt, dann erscheint eine Entlehnung bei objektiven Ähnlichkeiten wohl regelmäßig sehr nahelegend. Sind die Hürden hingegen sehr niedrig, dann ist es einfacher darzulegen, dass der potentielle Verletzer ohne eine behauptete Entlehnung zu ähnlichen Ergebnissen kam.⁴⁵⁴

c. Bezugspunkt von § 24 UrhG a.F.

Dann, wenn nachweislich ein fremdes Werk benutzt wurde, also wenn objektive Anhaltspunkte bestehen und subjektiv darauf zurückgegriffen wurde, steht offen, ob diese Benutzung nicht dennoch erlaubt ist: entweder, weil sie schon gar nicht den Schutzzumfang der Bearbeitung bzw. der Vervielfältigung berührt oder weil sie trotz Schutzbereichsverletzung frei bleiben muss. Hier setzte neben den übrigen beigemessenen Bedeutungen des § 24 UrhG a.F. im Rahmen der Schutzfähigkeit in der Vergangenheit die hauptsächliche Bedeutung von § 24 UrhG a.F. an.⁴⁵⁵

Ob die freie Benutzung dabei Werke freistellte, die ohne § 24 Abs. 1 UrhG a.F. als Bearbeitung gelten sollten, also solche die unter den Gesichtspunkten der obigen objektiven Ähnlichkeit keine Rolle spielen, oder ob sie lediglich einen klarstellenden Gehalt haben sollte, war stets – ohne Rücksicht auf die ohnedies problematische Verwendung für Parodien – umstritten.⁴⁵⁶ Es hängt davon ab, ob § 24 Abs. 1 UrhG a.F. als Ausnahmenorm zu verstehen war oder letztlich nur die selbstverständliche Grenze der Verwertungsrechte bekräftigen sollte.

454 Die Frage der Grenze von Bearbeitungen ist also keine Frage, die sich lediglich im Bereich der Verwertungsrechte und deren Schranken abspielt. Sie wird maßgeblich durch die unter Kapitel 2 behandelte Frage beeinträchtigt, welche Elemente bereits im Vorhinein in den Schutz einbezogen werden und welche ausgeschlossen werden sollen.

455 Siehe *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 11. Schon im Rahmen des Fehlens von übernommenen Werkteilen (also im Rahmen des oben genannten objektiven Vergleichs) wird aber dem Wortsinn folgend von einer freien Benutzung gesprochen. Siehe etwa auch *BGH GRUR* 1988, 812, 814 – *Ein bißchen Frieden*.

456 Für einen eher deklaratorischen Zugang: *Wegmann*, *Rechtsgedanke der freien Benutzung*, 2012, 52; wohl eher im Sinne einer Ausnahme zur damaligen Rechtslage *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 1; differenzierend und ausführlich *Gabler*, *Die urheberrechtliche Drittnutzung*, 2018, 117 ff.

Für ein deklaratorisches Verständnis spricht, dass schon der Tatbestand die „freie Benutzung“ mitaufnimmt. Es erscheint beinahe tautologisch, wenn die Norm festlegt, dass die freie Benutzung eines Werkes keine Zustimmung des Urhebers eines benutzten Werkes erfordert.⁴⁵⁷ Was schon frei ist muss nicht freigestellt werden.

Andererseits ging jedenfalls aus dem spärlichen Wortlaut von § 23 UrhG a.F. in keiner Weise hervor, wo die eigenen Grenzen der Bearbeitung liegen sollen oder an welchem Rechtsbegriff zumindest für eine Bestimmung der Grenze angeknüpft werden könnte.⁴⁵⁸ Beim Blick auf die Gesetzesmaterialien lässt sich außerdem eine klare Tendenz zu einer Ausnahmenorm feststellen:

„In Übereinstimmung mit dem geltenden Recht (§ 13 LUG, § 16 KUG) sieht der Entwurf vor, daß abweichend von der Regelung in § 23 ein in Anlehnung an ein anderes Werk geschaffenes Werk dann ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht oder verwertet werden darf, wenn es sich von der Vorlage so weit gelöst hat, daß es als eine völlig selbständige Neuschöpfung anzusehen ist (freie Benutzung).“⁴⁵⁹

Der Einschub zu „abweichend [...]“ kann nichts anderes bedeuten, als dass von § 23 UrhG a.F. theoretisch erfasste Fälle mit § 24 Abs. 1 UrhG a.F. wieder ausgeschlossen werden sollten. Der Regierungsentwurf (1962) legt damit nahe, dass die Norm nicht nur deklaratorisch einen Zustand festhalten sollte, sondern durchaus als echte Ausnahme von § 23 UrhG a.F. zu verstehen ist.⁴⁶⁰

Weiter für eine echte Ausnahmenorm spricht auch, dass die Rechtsfolge des Melodienschutzes in Absatz 2 („Absatz 1 gilt nicht“) wenig sinnvoll wäre, wenn Absatz 1 eine rein deklaratorische Funktion zukäme. Denn die „Geltung“ von Absatz 1, die für Absatz 2 nicht vorliegt, beschränkt sich dann nur auf eine Klarstellung. Die Rechtsfolge des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. hätte also stets leerlaufen müssen.

457 *Fischer*, Digitale Kunst, 2018, 225.

458 Anders insofern nun zumindest in gewissem Maße § 23 UrhG Abs. 1 S. 2 UrhG. Siehe hierzu noch näher an späterer Stelle.

459 Begründung RegE, BT-Drs. IV/270, 51.

460 Zur damaligen Rechtslage *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 1. Siehe auch *Chakraborty*, Rechtsinstitut der freien Benutzung, 1997, 26. Gleichwohl muss allerdings betont werden, dass die Begründung des Regierungsentwurfs nur ein Indiz dafür sein kann, was der Gesetzgeber wollte – zumal die Feststellung eines gesetzgeberischen Willens ohnehin nur mit großer Vorsicht vorgenommen werden kann, siehe *Schneider*, in: *Baldus/Theisen/Vogel* (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, III.

Vor diesem Hintergrund ist § 24 UrhG a.F. – zumindest nach der systematischen Anlage und dem historisch beigemessenen Zweck – so zu verstehen, dass er Fälle erfassen sollte, die sonst von § 23 UrhG a.F. erfasst worden wären.⁴⁶¹

2. Inhaltliche Grundbegriffe des § 24 Abs. 1 UrhG a.F.

Der Wortlaut des Tatbestands gibt nur vage Auskunft darüber, welche Fälle der Anwendungsbereich des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. nach den gängigen Ansichten erfassen sollte. Eine klassische wortlautgebundene Auslegung des Tatbestands von § 24 Abs. 1 UrhG a.F. spielte wohl deshalb zumeist eine untergeordnete Rolle. Der Tatbestand ist äußerst knapp und betrifft ein „selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden ist“. Eine Betrachtung der Formulierung zur „freie[n] Benutzung des Werkes eines anderen“ ist, wie beschrieben, kaum relevant, da sich aus dem Wortlaut nicht mehr ergibt als das ohnehin Offensichtliche: es geht hier um die (näher zu bestimmende) freie Benutzung eines fremden Werkes.⁴⁶²

a. Selbständigkeit

Etwas konkreter ist hingegen die Einschränkung auf ein „selbständiges Werk“. Das Kriterium erfordert nach seinem Wortlaut eine gewisse Eigenständigkeit des benutzenden Werkes. Es weist also nicht nur auf einen gewissen Grad an Unterschieden zu einem anderen Werk hin, sondern auch darauf, dass das neue Werk einen besonderen Zustand erreicht hat, nämlich eine – im künstlerischen Bereich wohl „ästhetische“ – Selbständigkeit.⁴⁶³

Der Terminus „selbständiges Werk“ wurde in der Konsequenz deshalb so verstanden, dass ein Werk unabhängig von den inspirierenden Elementen des älteren Werkes schutzfähig sein muss, also eine eigene neue Originalität

461 Das bedeutet freilich nicht, dass diese historisch-systematische Reichweite des § 23 UrhG und seine äußere Grenze auch in Zukunft Bestand haben. Gerade die neuere Fassung weist eine inhärente Begrenzung des § 23 UrhG auf. Näher hierzu unter A.III.

462 Einen gewissen differenzierteren Bedeutungsgehalt sieht hier aber *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 14 ff.

463 *Döhl*, in: *Albers/Katsivelas* (Hrsg.), Recht & Netz, 269, 272.

aufweist.⁴⁶⁴ Essentiell für die Selbständigkeit ist folglich eine schöpferische Tätigkeit, also eine gewisse Kreativität.⁴⁶⁵

Angesichts dieser Richtungsvorgabe der Selbständigkeit wurde aber auch darüberhinausgehend vorgeschlagen, § 24 Abs. 1 UrhG a.F. als Kunstschranke neu zu verstehen oder der Norm im Bereich der kreativen Verwendung fremder Werke zumindest einen weiteren Rahmen zu geben.⁴⁶⁶

In diesem Falle würde das vorgegebene Ziel der Norm, das kreative Schaffen durch den Aufbau auf früheren Leistungen zu ermöglichen, in besonders deutlicher Weise zum Inhalt der Norm gemacht.

Dieser Ansatz war wohl nicht nur den bisherigen Problemen mit § 24 Abs. 1 UrhG a.F. geschuldet, sondern versuchte damit auch auf neue, vom Urheberrecht nur teilweise erfasste Konstellationen der Kunstentwicklung einzugehen.⁴⁶⁷ Dahinter stand vermutlich auch die Idee, der freien Benutzung im Bereich des *User Generated Content* und musikalischen Praktiken wie dem Sampling einen modernen Anwendungsbereich zu verschaffen.

b. Abstand

Die Selbständigkeit wurde häufig aber auch dahingehend verstanden, dass ein „Abstand“ zum älteren Werk einzuhalten sei.⁴⁶⁸ Den Abstandsbegriff bezog der BGH in diesem Kontext allerdings nicht nur auf Unterschiede in der äußeren Gestaltung. Für einen hinreichenden Abstand genügte dem BGH in der Vergangenheit teils eine antithematische Behandlung des älteren Werks.⁴⁶⁹ Insofern unterschied der BGH im Zusammenhang mit § 24 Abs. 1

464 Schulze, in: Dreier/Schulze, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 5; vgl. auch von Ungern-Sternberg, GRUR 2015, 533, 537, der die Schutzfähigkeit des Ergebnisses einer freien Benutzung nach (dem nun abgeschafften) § 24 Abs. 1 UrhG wohl ebenfalls für das deutsche Recht annimmt, in letzter Konsequenz aber dafür plädiert, im Einklang mit dem Unionsrecht unabhängig von der Schutzfähigkeit eine freie Benutzung anzunehmen.

465 Poll, ZUM 2004, 511, 513 f.; Hilty, in: Dreier/Peifer/Specht (Hrsg.), FS Schulze, 127, 131 f.

466 Hilty, in: Dreier/Peifer/Specht (Hrsg.), FS Schulze, 127, 134; siehe auch Döhl, in: Schwetter/Neubauer/Mathei (Hrsg.), Die Produktivität von Musikkulturen, 273.

467 Hilty, in: Dreier/Peifer/Specht (Hrsg.), FS Schulze, 127, 133 f.; siehe ferner Schulze, GRUR 2020, 128, 129.

468 Zur einheitlichen Betrachtung der Kriterien in der BGH-Rechtsprechung exemplarisch BGH GRUR 1994, 206, Rn. 19 – *Alcolix*; BGH GRUR 2011, 134, Rn. 33 – *Perlen-taucher*; BGH GRUR 2017, 895, Rn. 25 – *Metall auf Metall III*.

469 BGH GRUR 1958, 354, 356 – *Sherlock Holmes*; BGH GRUR 1971, 588, 589 – *Disney-Parodie*; Schulze, in: Dreier/Schulze, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 25.

UrhG zwischen einem „inneren“ und einem „äußeren“ Abstand.⁴⁷⁰ Auch die Parodie halte einen hinreichenden Abstand ein, da sie einen „inneren“ Abstand zum parodierten Werk habe.⁴⁷¹

Seit die Parodie europarechtskonform durch das Begriffsverständnis des EuGH geprägt wird, war aber selbst die antithematische Behandlung nicht mehr für den Abstands begriff des BGH notwendig.⁴⁷² Obgleich es der unionsrechtskonforme Parodiebegriff gerade nicht erfordert, dass ein Gegenstand eigenpersönliche Züge über den parodistischen Gehalt hinaus enthält, wurde er weiterhin unter § 24 Abs. 1 UrhG a.F. gefasst.⁴⁷³ Der Abstands begriff in § 24 Abs. 1 UrhG a.F. erforderte nach – streng verstandener – BGH-Ansicht also nicht, dass ein „Werk“, wie es in § 24 Abs. 1 UrhG a.F. genannt wurde, eigenständige geschützte Elemente enthalten muss. In letzter Konsequenz folgt hieraus, dass die im Wortlaut des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. enthaltene Voraussetzung eines selbständigen Werkes nicht mehr verfolgt wurde.⁴⁷⁴ Es zählen lediglich die äußere oder innere Distanzierung vom ursprünglichen Werk.

c. Verblassen

Die konkreten Ausführungen der freien Benutzung im Rahmen von Selbständigkeit und Abstand wurden teilweise auch damit in Verbindung gebracht, dass ein Verblassen des älteren Werkes stattfinden müsse.⁴⁷⁵ Dieses Verblassen ist eines der klassischeren Verständnisse des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. Es wurde ursprünglich von *Eugen Ulmer* geprägt und fand 1958 Eingang in die BGH-Rechtsprechung.⁴⁷⁶ *Ulmer* fasste seinen Vorschlag in die Formel,

470 BGH GRUR 1994, 191, 193 – *Asterix-Persiflagen*. Dass diese Rechtsprechung noch unter Berücksichtigung der expliziten Parodieschranke in § 51a UrhG Bestand haben kann, ist aber zweifelhaft, s. A.III.1 und B.III.1.

471 Ebd.

472 EuGH, Urt. v. 3. September 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 (= GRUR 2014, 972), Rn. 20 – *Deckmyn/Vandersteen*; BGH GRUR 2016, 1157, Rn. 34 – *auf fett getrimmt*.

473 BGH GRUR 2016, 1157, Rn. 24 – *auf fett getrimmt*.

474 Zu dieser Inkonsequenz schon kritisch *Hilty*, in: *Dreier/Peifer/Specht* (Hrsg.), FS Schulze, 127, 131 f.

475 Siehe für die hohe Akzeptanz dieser Formel in Rechtsprechung und Literatur exemplarisch die Ausführungen bei *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 14, insbesondere die umfangreichen Nachweise in Fn. 64.

476 *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 1. Aufl., 1951, 162 (noch zur damaligen Norm der freien Benutzung in § 13 LUG); frühe Erwähnung in der Rechtsprechung dann in BGH GRUR 1958, 402, 404 – *Lili Marleen*. Siehe zur Entwicklung auch *Peifer*, ZUM 2016, 805, 807 und *Hilty*, in: *Dreier/Peifer/Specht* (Hrsg.), FS Schulze, 127, 129.

dass eine freie Benutzung dann vorliege, wenn „angesichts der Individualität des neuen Werkes die Züge des benutzten Werkes verblassen.“⁴⁷⁷

Bei *Ulmer* ist das Kriterium gleichzeitig mit der eigenständigen Schutzfähigkeit des neuen Werkes verbunden. Denn maßgeblich ist für ihn das Kriterium der Individualität, das er auch als wesentliches Kriterium für den Werkschutz versteht.⁴⁷⁸

Das alte Werk muss daher hinter den Zügen des neuen Werks zurücktreten.⁴⁷⁹ Das Zurücktreten beinhaltet wiederum eine Untersuchung, inwiefern das alte in dem neuen Werk deutlich erkennbar bleibt oder nur versteckt in Erscheinung tritt, um den eigenschöpferischen Elementen des neuen Werkes Raum zu geben.⁴⁸⁰ Schon etymologisch weist der Begriff des „Verblässens“ nämlich vor allem auf die schwierigere Erkennbarkeit hin: Was blass ist, kann nicht mehr erkannt werden. Dabei darf das alte Werk nur noch als Anregung des neueren Werkes erscheinen.⁴⁸¹

Das Verblässen beurteilt sich primär nach einem Gesamteindruck des Vergleiches zweier Werke.⁴⁸² Es betrifft also nur den „äußeren Abstand“ im direkten Vergleich der Werke, nicht aber die Frage von innerer Auseinandersetzung.

Wie oben angedeutet ging der BGH über die Jahre jedoch auch freier mit dem Begriff des Verblässens um. So müsse das neuere Werk nicht „in einem eher wörtlichen Sinn verblassen“.⁴⁸³ Bei einem großen „inneren Abstand“ könne auch „davon gesprochen werden, dass die entlehnten individuellen Züge des älteren Werkes im neueren Werk ‚verblassen‘“.⁴⁸⁴

Schon die wolkigen Formulierungen wie „in einem eher wörtlichen Sinne“ lassen erahnen, dass sich der BGH hier vom ursprünglichen wortlautgetreuen Verständnis des Verblässens entfernte. Formell wurde zwar weiterhin auch die Parodie als verbläsend angesehen, der ursprüngliche Sinngehalt des Verblässens wurde dabei aber völlig entkernt.⁴⁸⁵ In der Parodie treten die

477 *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 276.

478 Ebd.

479 BGH GRUR 2016, 1157, Rn. 20, 22 – *auffett getrimmt*.

480 Vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 45.

481 BGH GRUR 2017, 895, Rn. 23 – *Metall auf Metall III*; *Stieper*, GRUR 2020, 699, 705; BGH GRUR 2022, 899, Rn. 47 – *Porsche 911*.

482 BGH GRUR 2015, 1189, Rn. 109 – *Goldrapper*.

483 BGH GRUR 2016, 1157, Rn. 22 – *auffett getrimmt*.

484 BGH GRUR 2011, 134, Rn. 34 – *Perlentaucher*; BGH GRUR 2016, 1157, Rn. 22 – *auffett getrimmt*.

485 Pointiert daher *Hilty*, in: *Dreier/Peifer/Specht* (Hrsg.), FS *Schulze*, 127, 129: „Wie belastbar die dafür angerufene Theorie vom ‚inneren Abstand‘ ist, stellt eine andere Frage

Elemente des älteren Werkes gerade nicht zurück; sie treten hervor und werden in neuem Kontext dargestellt.⁴⁸⁶ Dabei sind die Elemente des älteren Werkes klar erkennbar.⁴⁸⁷

Dieser Ansatz entkernte aber darüber hinaus auch die Überlegung, den sehr abstrakten Begriff der freien Benutzung auf eine handhabbare Abgrenzungsmethode zu konkretisieren. Denn wenn Verblässen im wörtlichen und in einem nebulösen nicht-wörtlichen Verständnis besteht, ist durch die vermeintliche Konkretisierung kaum etwas gewonnen. Der Versuch, auch in den Fällen des inneren Abstands noch den Begriff des Verblässens zu suchen, muss daher wohl eher als Versuch einer erzwungenen dogmatischen Kontinuität aufgefasst werden und weniger als Fortführung einer bereits bestehenden Praxis.⁴⁸⁸

Die ursprüngliche Funktion des § 24 UrhG a.F., mit der Lehre des Verblässens Erkennbares von nicht mehr (klar) Erkennbarem zu scheiden, wurde daher in der Rechtsprechung faktisch aufgegeben. In der hier weiteren Begriffsverwendung wird das Verblässen maßgeblich in seiner ursprünglichen, „wörtlichen“⁴⁸⁹ Bedeutung verwendet.

d. Zusammenfassung

Der Diskurs über die Bedeutung des Tatbestands des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. machte sich zusammenfassend an drei Begriffen fest: Zum einen betraf das den gesetzlich vorgegebenen Begriff der Selbständigkeit. Nach § 24 Abs. 1 UrhG a.F. bedurfte es nämlich eines selbständigen Werkes. Zweitens wurde der Begriff des Verblässens diskutiert, der von *Ulmer* geprägt und von der Rechtsprechung rezipiert wurde. Drittens wurde in einem ähnlichen Kontext der Begriff „Abstand“ verwandt. Dieser recht generische Begriff spielt zwar in mehreren Immaterialgüterrechtsbereichen, etwa dem Markenrecht, eine Rolle, wurde aber vom BGH im Urheberrecht vor allem im Zuge der Unterscheidung eines äußeren und eines inneren Abstands aufgegriffen.

dar. Man kann sie auch als Anschauungsbeispiel für jene argumentativen Verrenkungen sehen, die oft nur Urheberrechtlern zugänglich sind.“ Siehe ferner *Loewenheim/Leistner*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 8 Schutzzumfang Rn. 23.

486 *Hilty*, in: *Dreier/Peifer/Specht* (Hrsg.), FS Schulze, 127, 129.

487 *Ebd.*

488 Siehe *ebd.*

489 *BGH GRUR* 2016, 1157, Rn. 22 – *auf fett getrimmt*.

Die drei Begriffe, so eng sie in der Rechtsprechung und Dogmatik zusammenhängen oder zumindest zusammenhängen, sind sehr unterschiedlich. Während der Begriff der Selbständigkeit eigentlich auf eine ästhetische Wertung des Gesamteindrucks eines Werkes hinweist, zielt das Verblässen eher auf eine Wiedererkennbarkeit, die sich auch im Begriff des „äußeren Abstands“ widerspiegelt. Der Abstand wurde vom BGH im urheberrechtlichen Sinne hingegen so allgemein verstanden, dass er eben nicht nur diese äußeren Unterschiede, sondern auch Inhalte, Kontexte und Umstände miteinbezieht.

In der deutschen Rechtsprechung wurde aus diesen unterschiedlichen Anlagen der Begriffe ein scheinbar einheitliches Gebilde aus Selbständigkeit, Abstand und Verblässen.⁴⁹⁰ Nur *scheinbar* einheitlich war es aber deshalb, weil zwei Entwicklungen oft verborgen blieben: Zum einen betraf das die Entfernung von einem eigentlichen Selbständigkeitserfordernis, das auch nach einer schöpferischen oder zumindest kreativen Gestaltung verlangte.⁴⁹¹ Zum anderen wurde das Verblässenskriterium, das im Kern auf einen Vergleich und die Erkennbarkeit von fremden Werkelementen abzielt, nicht erweitert, sondern schlicht nicht mehr als einziger Maßstab betrachtet.⁴⁹² Übrig blieb damit als eigentliches Kriterium der Rechtsprechung der äußere und innere Abstand, während die anderen beiden Begriffe in der Rechtsprechung inhaltlich eine geringe, in der Literatur aber – zumindest bis zur Neuregelung 2021 – eine umso umstrittenere Rolle spielten.

3. § 24 Abs. 1 UrhG a.F. bei Musikwerken (ohne Melodie)

Im Grundsatz waren musikalische Werke und Werkelemente mit Ausnahme der Melodie nach § 24 Abs. 1 UrhG a.F. zu beurteilen.⁴⁹³ Sie blieben also frei, sofern sie – je nach Auslegung – in freier Benutzung eines fremden Werkes

490 Eindrücklich zeigt das *BGH GRUR* 1994, 206, 208 – *Alcolix* in wenigen Sätzen: „Bei der Frage, ob in freier Benutzung eines geschützten älteren Werkes ein selbständiges neues Werk geschaffen worden ist, kommt es entscheidend auf den Abstand an, den das neue Werk zu den entlehnten eigenpersönlichen Zügen des benutzten Werkes hält. Dabei ist kein zu milder Maßstab anzulegen. Eine freie Benutzung setzt daher voraus, daß angesichts der Eigenart des neuen Werkes die entlehnten eigenpersönlichen Züge des geschützten älteren Werkes verblässen [...]“.“

491 Jedenfalls für einen Teil des Anwendungsbereichs von § 24 Abs. 1 UrhG a.F.: *Schulze, GRUR* 2020, 128, 132.

492 Eine faktische Nichtanwendung des Verblässenskriteriums in diesen Fällen monierend auch *Hilty*, in: *Dreier/Peifer/Specht* (Hrsg.), *FS Schulze*, 127, 129.

493 Zur damaligen Rechtslage *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: *BeckOK-UrhR*, 31. Ed. 1.5.2021, *UrhG*, § 24 Rn. 39.

Selbständigkeit erlangten, einen Abstand einhielten beziehungsweise wenn das fremde Werk im neuen verblasste.

Die jeweiligen Begriffe werden im Folgenden unter Berücksichtigung der oben genannten Unterschiede ihrer Anlage untersucht, wobei die Selbständigkeit für die Überlegungen einer ästhetischen, kreativen Selbständigkeit steht, der Begriff des Abstands – wie in der Rechtsprechung im Zusammenhang mit § 24 Abs. 1 UrhG a.F. üblich – im Sinne eines äußeren und inneren Abstands interpretiert wird und das Verblassen in seiner „wörtlichen“ Bedeutung eines auf äußeren Abstand angelegten Kriteriums verstanden wird.⁴⁹⁴

a. (Ästhetische) Selbständigkeit in der Musik

Die Schwelle von ästhetischer Abhängigkeit hin zu einer ästhetischen Selbständigkeit ist eine der Musikwissenschaft bekannte, wenn auch selten explizite, Beurteilungskategorie.⁴⁹⁵ Sie ist aber auch eine Kategorie, die keine harte Grenze kennt.

Neue eigenschöpferische Züge eines Werkes mit fremden Anteilen genügen alleine nicht für ein selbständiges Werk, denn letztlich beinhaltet jede unfreie Bearbeitung im Sinne der §§ 3, 23 UrhG – neue wie alte Fassung – auch eigenschöpferische Elemente. Wichtig ist folglich, dass diese neuen eigenschöpferischen Züge und mit ihnen der eigene künstlerische Wert so dominant sind, dass sich die Kreativleistung von der Vorlage löst oder von dem in ihm enthaltenen älteren Werk bzw. Werkteil unabhängig wird. Betrachtet man also die oben genannten Elemente eines musikalischen Schutzgegenstandes,⁴⁹⁶ ist es von Bedeutung, dass die hinzugekommenen, nicht übernommenen Werkelemente in ihrer ästhetischen Wirkung das Werk vom benutzten Werk ablösen. Das kann sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht geschehen, also durch die Hinzufügung eines großen Anteils an musikalischem Material, aber auch durch die besonders markante eigenschöpferische Leistung. So geht das Werk von der abhängigen Bearbeitung, die sich noch maßgeblich an den Zügen des Originals ästhetisch orientiert, zum selbständigen Werk über.

494 Vgl. in diesem Sinne A.I.2.

495 Hierzu sehr umfassend: *Döhl*, in: *Albers/Katsivelas* (Hrsg.), *Recht & Netz*, 269, 272; vgl. ferner schon *Döhl*, in: *Schwetter/Neubauer/Mathei* (Hrsg.), *Die Produktivität von Musikulturen*, 273.

496 Siehe Kapitel 2 A.I.

Versteht man unter einer juristischen Selbständigkeit eine ästhetische Selbständigkeit kann das auf Beispiele angewandt je nach Grenzziehung sehr weit reichen. Unter musikalische Kompositionen, die eine ästhetische Selbständigkeit erreichen, wird teilweise etwa *The Grey Album* von Brian Joseph Burton (DJ, Künstlername „Danger Mouse“) gezählt, das aus der Verschmelzung von Werken der Beatles und des US-amerikanischen Rappers Jay-Z erstellt wurde.⁴⁹⁷

Dies ist gewiss eine recht weite Interpretation der Selbständigkeit angesichts dessen, dass hierbei große Bestandteile von Werken deutlich erkennbar übernommen werden. Derartige Musikstücke lassen sich zwar durchaus unter den Wortlaut der „Selbständigkeit“ fassen, allerdings wäre ein derart weites Begriffsverständnis unter juristischen Gesichtspunkten insofern nicht mit einer Auslegung des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. kompatibel, als dass eine differenzierte Interessenabwägung dann kaum möglich erschiene. Ein solches Verständnis liefe eher auf weiche Kriterien hinaus, die eine von kleinsten Elementen inspirierte Neukomposition genauso behandeln wie ein weitreichend vervielfältigendes Mashup. Dass in letzterem Fall aber zumindest an eine gesetzliche finanzielle Beteiligung zum Interessenausgleich gedacht werden müsste, im ersten Fall hingegen nicht zwingend, ließe sich durch einen wenig differenzierenden Begriff der Selbständigkeit schwerlich lösen, sondern bedürfte eines weiteren Korrektivs. Insoweit erscheint es nicht abwegig, dass sich ein solches Verständnis der Selbständigkeit bis zuletzt nicht durchsetzen konnte.

b. Abstand in der Musik

Der Begriff des Abstandes ist nach der Verwendung im Kontext des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. zweigeteilt: Zum einen bezeichnet er den äußeren Abstand, zum anderen den inneren Abstand. In beiden Fällen geht es nicht darum, dass schlicht irgendein Abstand eingehalten wird, sondern darum, dass dieser Abstand ein bestimmtes Mindestmaß erreichen muss.⁴⁹⁸

497 *Döhl*, in: *Mundhenke/Ramos Arenas/Wilke* (Hrsg.), *Mashups. Neue Praktiken und Ästhetiken in populären Medienkulturen*, 131; *Döhl*, in: *Albers/Katsivelas* (Hrsg.), *Recht & Netz*, 269, 286 f. – allerdings auch unter dem Vorbehalt, dass dieser Weg europäisch gangbar wäre; *Döhl*, *Mashup in der Musik*, 2016, 281 f.

498 Vgl. auch A.I.2.b.

Im Falle des äußeren Abstands wird dieser Mindestabstand deckungsgleich mit der (wörtlichen) Bedeutung des Verblässens betrachtet.⁴⁹⁹ Wie sich das Verblässen an musikalischen Elementen niederschlägt wird sogleich behandelt.

Hinsichtlich des inneren Abstands war in der Rechtsprechung vor allem die Parodie als Fall eines solchen inneren Mindestabstands relevant. Hierfür bedarf es zumindest einer gewissen inneren Auseinandersetzung mit dem musikalischen Material, wobei auch dies unionsrechtlichen neuen Maßstäben unterliegt. Auch die musikalische Parodie wird an späterer Stelle näher erörtert.⁵⁰⁰

Außerhalb der Parodie halten aber auch solche Kompositionen einen inneren Abstand ein, die in sonstiger Weise eine hinreichende Auseinandersetzung mit dem verwendeten musikalischen Material bieten – etwa indem das neuere Werk musikalisch das ältere musikalische Material bewusst verfremdet und sich dadurch abgrenzt.⁵⁰¹

c. Verblässen in der Musik

Wie oben dargelegt ist für das Verblässen maßgeblich, dass das ältere Werk hinter den Zügen des neuen derart zurücktritt, dass sich das ältere Werk nur noch als Anregung des neuen darstellt. Das beurteilt sich nach dem Gesamteindruck des Musikstückes, sodass es nicht schlicht darauf ankommt, ob überhaupt Werkteile des alten Werks übernommen wurden, sondern in welchem Umfang das geschehen ist.⁵⁰² Hierfür sind Faktoren wie die hörpsychologischen Auswirkungen musikalischer Elemente ergänzend zu den objektiven Ähnlichkeiten ebenfalls von Bedeutung.⁵⁰³

Ein so verstandenes Verblässen ist jedenfalls überschritten, wenn man etwa Werke wie das oben genannte *The Grey Album* und dessen Bezüge zu den

499 Siehe Peifer, ZUM 2016, 805, 807. Siehe ferner auch die Begründung zum RegE 2021, BT-Drs. 19/27426, 78.

500 Siehe C.II.

501 Siehe in einem ähnlichen Sinne etwa in der Berufungsinstanz des *Goldrapper-Falles* OLG Hamburg ZUM-RD 2013, 428, 436 – im Ergebnis wird hier aber eine Auseinandersetzung verneint.

502 OLG Zweibrücken GRUR-RR 2016, 141, Rn. 32 – *Piano-Lehrbuch*; vgl. ferner BGH GRUR 1981, 267 – *Dirlada*; zur damaligen Rechtslage auch Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, 5. Aufl. 2019, UrhG, § 24 Rn. 9, 12.

503 LG München I ZUM-RD 2009, 101, 112.

verwendeten Werken beurteilt.⁵⁰⁴ Dort, wo das neuere Werk die Originalität des älteren Stückes zum wesentlichen Bestandteil seines Gesamteindrucks macht, kann jedenfalls kaum noch von einem „Verblässen“ die Rede sein. Anders mag das in einigen Fällen des Microsamplings sein.⁵⁰⁵ Dort kann zwar das übernommene gesampelte Element durchaus wesentlicher Bestandteil des neuen Werkes werden, aber die Originalität bzw. Individualität des gesampelten Werkes ist oft gerade nicht von größerer Bedeutung, weil durch die Repetition eine neue Individualität geschaffen wird, die das ältere Werk gar nicht kannte.

Fälle des Verblässens in der Musik bleiben freilich nicht auf Sampling-Fälle beschränkt. Ein Verblässen liegt auch dann vor, wenn sich zwar einzelne Elemente, wie beispielsweise Klanggestaltung (etwa elektronischer Klavierklang und *staccato*-Gestus), Tempo und weitere einzelne Elemente deutlich ähneln, aber wegen anderer musikalischer Unterschiede (etwa hinsichtlich formaler Gestaltung, Harmonien und bedeutender Kopfnoten) zurücktreten und nur noch Teil eines im wesentlichen unterschiedlichen Ganzen sind.⁵⁰⁶

Wichtig ist also nicht, dass das neuere Werk tatsächlich schutzfähig ist oder sich mit dem enthaltenen Werk auseinandersetzt.⁵⁰⁷ Es ist lediglich von Bedeutung, dass die Eigenheiten des älteren Werks im Höreindruck des ganzen Werks nicht mehr ins Gewicht fallen. Auch einzelne kleinere wiedererkennbare Elemente führen damit nicht zu einer Negierung des Verblässens, sondern müssen nach ihrem Umfang beurteilt werden.

II. Besonderer Melodienschutz: keine freie Benutzung für Melodien?

Eine Besonderheit in der Beurteilung der freien Benutzung bot § 24 Abs. 2 UrhG a.F., der eine bestimmte Form der Übernahme von Melodien näher regelte. Die Norm zog seit ihrer Entstehung Kritik zu ihrer Berechtigung und Sinnhaftigkeit auf sich, die auch zu einer ausführlichen Diskussion in der

504 Insofern fällt hier ästhetische Selbständigkeit und Verblässen auseinander. Siehe ferner *Döhl*, in: *Schwetter/Neubauer/Mathei* (Hrsg.), *Die Produktivität von Musikkulturen*, 273, 285.

505 Im Zusammenhang mit den Entscheidungen in Sachen *Metall auf Metall* und der diesbezüglich zahlreichen Literatur noch insbesondere unter B.I.I. Explizit zu unionsrechtlichen Einflüssen auf das Microsampling auch *Döhl*, UFITA 2019, 19, 23 ff.

506 *OLG München ZUM* 2002, 306, 312 – *Struggle*.

507 Insofern besteht ein wesentlicher Unterschied zum reinen Abstellen auf Selbständigkeit, s.o.

Literatur führte.⁵⁰⁸ Mit der Änderung des Urheberrechtsgesetzes, die am 7. Juni 2021 in Kraft trat, ist die besondere Norm des § 24 Abs. 2 UrhG für Melodien abgeschafft worden. Dennoch lebt der Melodienbegriff im Urheberrecht zumindest in § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG weiter fort.⁵⁰⁹

Bei der Betrachtung des ehemaligen Normtextes in § 24 Abs. 2 UrhG a.F. zeigte sich der Melodienschutz als musikalische Partikularregelung. Die Norm war im Gegensatz zu § 24 Abs. 1 UrhG a.F. durch detailliertere tatbestandliche Voraussetzungen, dafür aber eine nicht ohne Weiteres eindeutige Rechtsfolge gekennzeichnet.

1. Was ist eine Melodie?

Um die Besonderheit und den Hintergrund dieser ursprünglichen musikalischen Ausnahmeregelung zu verstehen und die Entwicklung hin zum neuen § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG beurteilen zu können, ist es zunächst notwendig einen Blick auf den Melodiebegriff selbst zu richten: Das juristische Bedürfnis, die Melodie zu definieren, ist in erster Linie ein besonderes Problem, das sich aus der gesetzlichen Erwähnung der Melodie im deutschen Urheberrechtsgesetz ergibt.⁵¹⁰ Es ist aber keine Frage, die auf europäischer oder gar internationaler Ebene von größerem Belang ist oder war. Der Melodiebegriff wird in Richtlinien der EU nicht erwähnt, er ist auch nicht in den Urheberrechtsgesetzen europäischer Nachbarländer enthalten und auch internationale Abkommen wie die Berner Konvention oder der WIPO-Urheberrechtsvertrag nennen den Begriff der Melodie nicht.⁵¹¹

Eine Legaldefinition der Melodie besteht und bestand indes auch im deutschen Urheberrechtsgesetz nicht. Ebenso wenig ergiebig ist es, bei juristischen Erwägungen auf einen vermeintlich bestehenden musikwissenschaft-

508 Nitzte, *Recht an der Melodie*, 1912; Hammer, *Melodie nach § 13 Absatz II*, 1917; Pauli, *Recht an der Melodie*, 1929; Riedel, GRUR 1949, 236; Berger, *Die wandernde Melodie*, 2000; Liebscher, *Schutz der Melodie*, 2007; Canaris, *Melodie, Klangfarbe und Rhythmus*, 2012; Brunner, *Melodienschutz*, 2013.

509 Nun als Einschub im Gesetzeswortlaut: „Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen eines Werkes, insbesondere auch einer Melodie, dürfen nur mit Zustimmung des Urhebers veröffentlicht oder verwertet werden“. Näher unter A.III.

510 Siehe Döhl, in: *Mundhenke/Ramos Arenas/Wilke* (Hrsg.), *Mashups. Neue Praktiken und Ästhetiken in populären Medienkulturen*, 131, 144.

511 Vgl. ebd.

lichen Begriff der Melodie zurückzugreifen.⁵¹² Gleichzeitig ergab es jedenfalls zur Umgrenzung des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. innersystematisch Sinn, die musikwissenschaftlichen, aber auch allgemeinsprachlichen Vorstellungen davon, was „Melodie“ bedeutet, nicht außer Acht zu lassen, denn die Grundlinien des Wortlauts „Melodie“ ergaben sich auch bei alter Rechtslage nicht aus dem Gesetz selbst – auch nicht, wenn man den Kontext der Norm mit einbezieht.⁵¹³ Im Ausgangspunkt ist die Frage der Melodie im rechtlichen Begriffsverständnis in § 24 Abs. 2 UrhG a.F. aber juristisch und muss daher in letzter Konsequenz auch juristisch beantwortet werden.⁵¹⁴

512 *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 35, meint etwa, der musikwissenschaftliche Begriff der Melodie sei „zu unklar und unbestimmt, um rechtliche Maßstäbe liefern zu können“. Eine derartige Diskussion, inwiefern für eine Melodiedefinition auf einen „musikwissenschaftlichen Melodienbegriff“ zurückgegriffen werden kann, erscheint von Grund auf problematisch. Ebenfalls ausführlich: *Döhl*, in: *Auhagen/Bullerjahn/von Georgi* (Hrsg.), Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft für Musikpsychologie. Band 25: Musikpsychologie – Anwendungsorientierte Forschung, 19, 26 ff. m.w.N. Es gibt schon nicht den einen musikwissenschaftlichen Begriff von „Melodie“ in der Musikwissenschaft, auf den überhaupt zurückgegriffen werden könnte. Das liegt wohl auch daran, dass es anders als in der Rechtswissenschaft überhaupt kein Bedürfnis der Musikwissenschaft gibt, einen einheitlich definierten Melodienbegriff zu verwenden – abgesehen vom Zweck einer präziseren Kommunikation. Erst die juristische Sonderregelung für Melodien machte es überhaupt erforderlich, den Melodienbegriff scharf zu umgrenzen.

513 *Döhl*, in: *Auhagen/Bullerjahn/von Georgi* (Hrsg.), Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft für Musikpsychologie. Band 25: Musikpsychologie – Anwendungsorientierte Forschung, 19, 27 beklagt grundsätzlich mit Recht die Distanz und eine fehlende interdisziplinäre Auseinandersetzung, aber verkennt gleichzeitig, dass sich die Fragestellungen der Rechtswissenschaft und der Musikwissenschaft unterscheiden. Die Behauptung einer „dialogresistente[n] Grundhaltung“ greift aber jedenfalls zu weit. Wenn etwa *Liebscher*, Schutz der Melodie, 2007, 33 auf die Unterschiede juristischer und musikwissenschaftlicher Abgrenzung eingeht, stellt das den juristisch verständigen Dialog dar, der benötigt wird und belegt gerade keine Distanz „gegenüber interdisziplinärem Austausch“.

514 Ausführlich zur Melodie als Rechtsbegriff: *Canaris*, Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 114 ff.; a.A. *Berger*, Die wandernde Melodie, 2000, 30 f., der i.E. die Qualifizierung der Melodie als Rechtsbegriff ablehnt. Kritisch: *Döhl*, in: *Auhagen/Bullerjahn/von Georgi* (Hrsg.), Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft für Musikpsychologie. Band 25: Musikpsychologie – Anwendungsorientierte Forschung, 19, 25 ff.

a. Etabliertes juristisches Melodienverständnis

Im urheberrechtlichen Diskurs um § 24 Abs. 2 UrhG a.F. herrschte kein vollständiger Konsens, was unter einer Melodie zu verstehen ist.⁵¹⁵ Es bestand aber zumindest eine den größten Teil des juristischen Diskurses dominierende Definition. Die gängige Grundlage dafür findet sich vor allem in der Rechtsprechung. Danach besteht eine Melodie aus einer „in sich geschlossenen und geordneten Tonfolge“.⁵¹⁶

In den Urteilen, in denen der Melodiebegriff bislang vom BGH geformt wurde, ging es jeweils auch darum, dass sich ein individueller ästhetischer Gehalt in der Melodie finden lassen müsse.⁵¹⁷ Teilweise wurde der BGH dort so interpretiert, dass er die Melodie als „in sich geschlossene und geordnete Tonfolge, in der sich der individuelle ästhetische Gehalt ausdrückt“ sehe.⁵¹⁸ Es genügte nach dieser Formulierung also nicht irgendein individueller ästhetischer Gehalt, sondern es sollte nach einem Teil der Literatur „der“ Gehalt (wohl des Musikstückes) sein. Ob dies nach der Rechtsprechung zwingend erforderlich sein sollte, ist aber nach der relativierenden Formulierung („so weit“) in entsprechenden Entscheidungen nicht eindeutig.⁵¹⁹ Zumindest eine Schutzfähigkeit nach § 2 Abs. 2 UrhG wurde stets im Rahmen des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. verlangt.⁵²⁰

515 Zur damaligen Rechtslage *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 39; zu einzelnen detaillierten Unterschieden der Melodiebegriffe auch *Canaris*, *Melodie, Klangfarbe und Rhythmus*, 2012, 59 ff.

516 BGH GRUR 1988, 810, 811 – *Fantasy*; BGH GRUR 1988, 812, 814 – *Ein bißchen Frieden*; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 35.

517 Siehe BGH GRUR 1988, 810, 811 – *Fantasy*; BGH GRUR 1988, 812, 814 – *Ein bißchen Frieden*. Dieser ästhetische Gehalt ist – wie bereits oben genannt – eher ein Element, das weniger mit der Form, vielmehr hingegen mit Inhalt assoziiert ist und nach einer Lesart als Inhalt der Musik verstanden werden kann; jedenfalls ist er für die Frage der Schutzfähigkeit von entscheidender Bedeutung im Rahmen der bisherigen deutschen Rechtsprechung, vgl. Kapitel 2 A.II.2. und C.IV.1.d.

518 So etwa *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 45.

519 BGH GRUR 1988, 810, 811 – *Fantasy*: „Soweit es – wie hier – nicht um den Urheberrechtsschutz für das ganze Lied, sondern um den für die im Lied enthaltene Melodie geht, muß sich der individuelle ästhetische Gehalt in der Melodie selbst, d. h. in einer in sich geschlossenen und geordneten Tonfolge ausdrücken.“

520 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 45.

b. Tonfolge

Das Kernelement, das in den meisten Definitionen der Melodie enthalten ist, ist den obigen Ausführungen folgend das Vorhandensein einer Tonfolge.⁵²¹ Die Tonfolge selbst wurde in Literatur und Rechtsprechung im Rahmen von § 24 Abs. 2 UrhG a.F. kaum explizit weiter ausgeführt. Der Begriff ist im Kern auch aus sich heraus verständlich: erforderlich ist eine (sukzessive) Abfolge von Tönen.

Bei genauer Betrachtung ist es aber nicht sprachlich selbsterklärend, was einen Ton ausmacht. So besteht etwa im Falle der rechtlichen Beurteilung des Rechtsstreits in Sachen *Metall auf Metall* Uneinigkeit, ob das dortige Fragment eine Tonfolge enthält oder ein eher auf weniger definierten Klängen oder Geräuschen basierendes rhythmisches Gefüge.⁵²²

Die Grenzen zwischen Ton im Sinne der Musik und Geräusch sind im Detail fließend.⁵²³ Doch ist deutlich, dass im urheberrechtlichen Kontext eine Grenze gezogen werden musste, sollte der Melodiebegriff nicht völlig vom sonstigen Sprachgebrauch entkoppelt werden und schlicht jede Aneinanderreihung akustischer Ereignisse erfassen. Ein geschlossenes und geordnetes Schlagzeugsolo wird man auch nach den weitesten Grenzen des Melodiebegriffs dem Wortlaut nach kaum als Melodie auffassen können. Klar ist andererseits auch, dass eine Tonfolge nicht nur Sinustöne im Sinne der Akustik beinhalten kann. Ausgewogener im juristischen Kontexterscheinen daher solche Auffassungen, die Töne im Sinne einer Tonfolge dann annehmen, wenn für den durchschnittlichen Hörer eine definierte Tonhöhe erkennbar ist. Regelmäßig wäre daher ein vor allem rhythmisches Klanggeschehen, wie

521 *Canaris*, Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 62. Mit a.A. wird teilweise *Riedel*, Originalmusik und Musikbearbeitung, 1971, 206 angeführt, der auch Melodien für denkbar hält, in denen zwei Töne aneinandergereiht werden. Allerdings stimmt selbst *Riedel* a.a.O. einer Melodie dann nicht mehr zu, wenn keine bestimmbar Tonhöhen ausmachbar sind.

522 Für eine Tonfolge spricht sich aus: *Schulze*, GRUR 2020, 128, 132; verneinend aber: *BGH GRUR 2020, 843, Rn. 87 – Metall auf Metall IV*.

In manchen Bereichen wird zwischen den Begriffen Ton und Geräusch unterschieden. Teilweise reiht sich auch der Klangbegriff hier ein. Die präzise Verwendung divergiert stark je nach Kontext, in dem die Begriffe gebraucht werden. Vgl. hierzu Kapitel 2 A.I.

523 *Deutsch/Rösing/Födermayr*, Art. „Klangfarbe“, in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1996): „Die gerne vollzogene Trennung zwischen Geräusch und Klang mag zwar rezeptionspsychologisch relevant sein (dazu P. Wilson 1984), ist aber physikalisch nicht begründbar, da jeder auf einem Musikinstrument produzierte Ton auch Geräuschanteile enthält (vgl. C. Stumpf 1926)“.

etwa im oben genannten Sample des Rechtsstreits zu *Metall auf Metall*, keine Tonfolge im Sinne der Melodiedefinition von § 24 Abs. 2 UrhG a.F. Dort ist gerade keine Abfolge klar definierter Tonhöhen enthalten, sondern hauptsächlich eine rhythmische Geräuschaneinanderreihung.⁵²⁴

c. Geschlossenheit; Geordnetheit

Der regelmäßig geforderten Geschlossenheit und Geordnetheit der Tonfolge wurde im Rahmen der gängigen Definition innerhalb des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. nur selten explizit Bedeutung beigemessen.⁵²⁵ Dennoch wurde diese Anforderung – wenn wohl auch oft als Leerformel – immer wieder aufgegriffen.⁵²⁶

Was Geschlossenheit in diesem konkreten Fall bedeutet, ist weder juristisch noch musiktheoretisch betrachtet aus sich heraus verständlich. Teilweise wurde in der Rechtsprechung die Geschlossenheit mit „Vollständigkeit“ gleichgesetzt.⁵²⁷ Das Ende müsse als sinnfälliger Abschluss eines geschlossenen Ganzen wahrgenommen werden.⁵²⁸ Diese Erläuterung wirkt kaum konkretisierend, da der Begriff des geschlossenen Ganzen nur unmerklich klarer ist als der einer Geschlossenheit der Tonfolge. Nicht ausreichend sei „ein (vorübergehendes) Innehalten und Verweilen“ am Ende einer musikalischen Phrase.⁵²⁹

Es scheint, dass das LG München I hier vor allem auf harmonisch bedeutende Elemente Wert legte, wenn es beschreibt, dass es am Ende der Phrase eine „irgendwie geartete [...] Fortsetzung“ erwartet hätte.⁵³⁰ Solche Vorhalt-Effekte können durch harmonische Gestaltung mitevoziert werden. Ihre urheberrechtliche Relevanz ist und war im Rahmen von § 24 Abs. 2 UrhG a.F. allerdings weniger einleuchtend. Denn damit würde die Melodie letztlich ein sehr konkretes Konzept tonaler Musik schützen, das möglichst einem „Standard“ von Schlagermusik und sonstigen bestimmten Musikkonzepten entspricht. Diese Übervorteilung anderer Tonfolgen-Konzepte müsste gerecht-

524 A.A. wohl *Schulze*, GRUR 2020, 128, 132.

525 Zur damaligen Rechtslage *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 39 f., die das Kriterium schließlich sogar ablehnten.

526 Vgl. *BGH* GRUR 1988, 810, 811 – *Fantasy*; *BGH* GRUR 1988, 812, 814 – *Ein bißchen Frieden*; *Loewenheim*, in: Schrickler/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 35.

527 *LG München I* ZUM 2003, 245, 248.

528 *LG München I* ZUM 2003, 245, 247.

529 Ebd.

530 Ebd.

fertigt sein. Es erscheint aber im Rahmen der alten Rechtslage nur schwer begründbar, eine Tonfolge deshalb anders zu behandeln, weil die Hörge-wohnheit des Gerichts ein Ende auf dem Grundton erwartet, während die Tonfolge auf einem anderen Ton endet.

Sinnvollere, gleichzeitig aber offenere Konzepte des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. finden sich in dieser Hinsicht an anderer Stelle. So wurde von manchen etwa lediglich darauf abgestellt, dass eine Tonfolge einen Anfang und ein Ende hat.⁵³¹ Teilweise wurde auch die Frage betont, ob die Tonfolge als Einheit empfunden werden kann.⁵³² Einheitlichkeit einer Tonfolge kann nicht nur durch Harmonik oder Erwartungshaltungen hergestellt werden, sondern auch durch die Rolle der Tonfolge im gesamten Werk, in dem sie auftaucht. Inwiefern solche Definitionen der Rechtsprechung zum Melodienschutz aber einen ausgewogeneren Rahmen hätten geben können, wird wohl nach der Abschaffung des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. kaum einen Praxistest erleben.

d. Abgrenzung zu anderen Tonfolgen

Inwiefern die Melodie im Sinne des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. von anderen Tonfolgen unterschieden werden musste, wurde vor allem hinsichtlich der Abgrenzung zu Motiv und Thema diskutiert.⁵³³ Motiv und Thema treten aber als Rechtsbegriff weder nach alter noch nach neuer Fassung des Urheberrechtsgesetzes in Erscheinung. Daran wird sichtbar, dass die Abgrenzungsfrage gedanklich eher dem musikwissenschaftlichen oder zumindest musikalischen Bereich entstammt als dem juristischen. Die juristische Relevanz der Abgrenzungsfrage liegt vor allem in der Entscheidung darüber, welche Funktion eine Melodie in einem Musikstück einnehmen muss und welche Länge sie haben soll, um als Melodie zu gelten. Das beinhaltet das Problem, ob kurze Tonfolgen oder Tonfolgen, die (außerhalb des Urheberrechts) als Motiv oder Thema bezeichnet werden, auch Melodien im Sinne des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. sein können.

531 So im Ergebnis zur damaligen Rechtslage noch *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 40 durch die Ablehnung einer weitergehenden Bedeutung von Geschlossenheit.

532 *Hilty*, Urheberrecht, 1. Aufl., 2011, Rn. 101.

533 *Jörger*, Plagiat in der Populärmusik, 1992, 71 f.; *Schlingloff*, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 92 ff.; *Berger*, Die wandernde Melodie, 2000, 37; *Brunner*, Melodienschutz, 2013, 45 ff.; *Canaris*, Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 58 f.; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 45.

Es hätte den Wortlaut wohl massiv überdehnt, wenn man den Begriff auf jegliche Tonfolge ohne Betrachtung des Umfangs und der Rolle im Ursprungswerk bezogen hätte.⁵³⁴ Hätte jede irgendwie geschützte Tonfolge gleichzeitig auch als Melodie betrachtet werden können,⁵³⁵ wäre der Melodiebegriff des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. selbst obsolet geworden. Denn die Abfolge von Tönen jedweder Art ist der Regelfall musikalischer Werkteile.

Den Melodienbegriff insofern nach Länge und Funktion einzugrenzen entsprach auch der historisch-teleologischen Begründung.⁵³⁶ Die Melodie stellte nach der § 24 Abs. 2 UrhG a.F. innewohnenden Logik einen besonderen und daher auch besonders schützenswerten Bestandteil des Musikwerks dar.⁵³⁷

Eine den gängigen Auslegungsregeln entsprechende Interpretation schloss daher bei der Melodie mit ein, dass sie dem ihr zugehörigen Musikwerk eine gewisse individuelle Prägung gibt.⁵³⁸ Eine solche Prägung kann freilich auch beim musikalischen Thema oder Motiv der Fall sein, öffnete aber gerade nicht die Tür zur völligen Bedeutungslosigkeit des Melodienbegriffs.

534 Siehe zu einer notwendigen „Besonderheit“ der Melodie gegenüber anderen Werk-elementen in ähnlichem Sinne auch *Brunner*, Melodienschutz, 2013, 117 f. Deshalb geht in eine richtige Richtung etwa *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 35, der fordert, dass ein Thema oder Motiv dann als Melodie geschützt sein könne, wenn es dem Werk die individuelle Prägung gibt. Ähnlich versteht *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2019, Rn. 277 unter einer Melodie „eine herauslösbare charakteristische Tonfolge, die für sich genommen Werkqualität aufweisen muss“. Auch *Hilty*, Urheberrecht, 1. Aufl., 2011, Rn. 101 legt als Kriterium zugrunde, dass die Tonfolge „dem Musikwerk seine individuelle Prägung gibt“.

535 So etwa *Riedel*, Originalmusik und Musikbearbeitung, 1971, 206.

536 Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses über den RegE eines Urheberrechtsgesetzes, zu BT-Drs. IV/3401 vom 14. Mai 1965, 3 f.: „Der Anregung, den Melodienschutz noch über das geltende Recht hinaus zu erweitern und auch die freie Benutzung eines Themas oder eines charakteristischen Merkmals für unzulässig zu erklären, ist der Ausschuss jedoch nicht gefolgt. Diese Begriffe sind zu unbestimmt und würden zu neuer Rechtsunsicherheit führen, die gerade durch die Beibehaltung des geltenden Rechtszustandes vermieden werden soll.“

537 *OLG Dresden GRUR* 1909, 332, 335 f. – *Ein Heldenleben*; *Hubmann*, Recht des schöpferischen Geistes, 1954, 127; *Berger*, Die wandernde Melodie, 2000, 36; *Schlingloff*, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 102.

538 *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 35; vgl. auch *Hilty*, Urheberrecht, 1. Aufl., 2011, Rn. 101.

e. Zusammenfassung: Melodie nach § 24 Abs. 2 UrhG a.F.

Die Melodie nach § 24 Abs. 2 UrhG a.F. war also zusammenfassend ein Rechtsbegriff, der regelmäßig in einer geschlossenen und geordneten Tonfolge erachtet wurde (siehe a. und b.). Einzelne Teile dieser Definition, wie etwa die Geschlossenheit, spielten in der Rechtspraxis eine seltene (und dann meist zweifelhafte) Rolle (siehe c.). Auch andere Tonfolgen, wie Motive oder Themen wurden von manchen als Melodien im Rechtssinne verstanden. Es kam nach gängiger Lesart aber maßgeblich darauf an, ob die jeweilige Tonfolge ihrem Ursprungswerk eine individuelle Prägung gibt (siehe d.).

2. Übernahme der Melodie

Die Benutzung einer solchen Melodie allein genügte noch nicht, um den Tatbestand des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. vollumfänglich zu erfüllen. Die „Benutzung eines Werkes der Musik“, wie sie in § 24 Abs. 2 UrhG a.F. genannt wurde, sollte nach dem Normtext weiter dadurch spezifiziert werden, dass eine Entnahme der Melodie aus einem Werk der Musik stattfinden muss und diese dann dem „neuen Werk zugrunde gelegt wird“. Außerdem musste dieser Vorgang erkennbar sein.

a. Entnahme und Zugrundelegen

Die Übernahme im Rahmen des Melodienschutzes setzt wie jede Übernahme im Rahmen einer Vervielfältigung bzw. Bearbeitung voraus, dass das ältere Werk (hier in Form des Werkteils der Melodie) gekannt und darauf bewusst oder unbewusst zurückgegriffen wurde.⁵³⁹

Was es aber noch weitergehend bedeutet, dass die Melodie einem alten Werk entnommen und einem neuen Werk zugrunde gelegt werden sollte, bewegt sich zwischen zwei extremen Interpretationsmöglichkeiten, die vor allem an den Begriff des Zugrundelegens anknüpfen. Manche fassten das Zugrundelegen des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. als weitgehend bedeutungslos auf

539 A.A. in den Einzelheiten wohl *Loewenheim/Leistner*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 8 Schutzzumfang Rn. 20. Hiernach sei die Frage, ob der Benutzer das ältere Werk kannte, erst in der (auf § 24 Abs. 2 UrhG a.F.) folgenden Anwendung des § 23 UrhG a.F. relevant.

und verstanden darunter nicht mehr als die einfache Benutzung.⁵⁴⁰ Nach diesem Verständnis war die Schwelle sehr gering und das Zugrundelegen quasi bedeutungslos. Es war nach dieser Auffassung nicht notwendig, dass „die entnommene Melodie das charakteristische kompositorische Material des neuen Werkes darstellt“.⁵⁴¹

Andere verstanden gerade im Zugrundelegen einen Hinweis auf eine derartige Sonderrolle der Melodie als charakteristisches kompositorisches Material des neuen Werks.⁵⁴² Diese besondere Bedeutung sollte etwa darin liegen, dass das neue Musikwerk auf der entnommenen Melodie aufbaut.⁵⁴³ Typische Fälle seien Variationen und Fantasien aber auch Improvisationen.⁵⁴⁴ In ähnlicher Weise ist es wohl zu verstehen, wenn ein Zugrundelegen so verstanden wurde, dass sich das fremde (musikalische) Material im neuen Werk entfalten müsse.⁵⁴⁵

Der Wortlaut des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. zeigte sich beiden Interpretationsextremen gegenüber offen. Für einen eher eingrenzenden, engen Begriff des Zugrundelegens wurde angeführt, dass er stärker dem Ausnahmecharakter des Melodienschutzes gegenüber der freien Benutzung entspreche.⁵⁴⁶ Die oft

540 Ebd.; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 37. Nicht eindeutig *Schlingloff*, *Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit*, 1990, 95, der zwar zunächst „jegliche Form der Benutzung“ damit erfasst sieht, aber später eine Funktion in Verarbeitung und Durchführung für erforderlich hält.

541 *Loewenheim*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), *Handbuch des Urheberrechts*, 2. Aufl. 2010, § 8 Schutzzumfang Rn. 19 (in der 3. Aufl. 2021 insoweit allerdings gestrichen); siehe im Übrigen auch *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 37.

542 *Münker*, *Digital Sampling*, 1995, 158.

543 Zur damaligen Rechtslage *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 43: „Eine Melodie ist einem anderen Werk zugrunde gelegt, wenn das neue Musikwerk auf dieser aufbaut [...]“. Gleichzeitig sei es aber auch nach *Ahlberg/Lauber-Rönsberg* „nicht erforderlich, dass die entnommene Melodie das beherrschende Thema des neuen Werkes ist“ – wo hier Grenzen im Einzelnen gezogen werden können, wird letztlich offen gelassen; ferner *Canaris*, *Melodie, Klangfarbe und Rhythmus*, 2012, 73.

544 *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 43.

545 *Hertin*, GRUR 1989, 159, 161: „Verarbeiten im Sinne von ‚zugrunde legen‘ bedeutet, daß das fremde Material sich in dem neugeschaffenen Musikstück entfaltet; es wird zum formalen Element entweder des ganzen Werks oder aber größerer Abschnitte davon.“ *Hertin* nennt das „Materialfunktion“ (basierend auf *von Noé*, *Die Musik kommt mir äußerst bekannt vor*, 1985, 51). Dem folgend auch *Schlingloff*, *Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit*, 1990, 95.

546 So noch *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 43: „Hierbei handelt es sich aber nach der Gesetzessystematik, dem Wortlaut dieser Vorschrift und nach der Gesetzesbegründung um eine Ausnahme von der in

in § 24 Abs. 2 UrhG a.F. angenommene strenge Rechtsfolge konnte dafür sprechen, dass ihr eine besonders schwerwiegende Verfehlung des fraglichen Rechtsverletzers im Tatbestand korrespondieren musste. Eine solche läge wohl vor, wenn die Melodie auch im neuen Werk eine zentrale Rolle spielt. Dem entspricht ferner das immer wieder der Norm beigemessene Ziel, die „Ausbeutung“ von Melodien zu verhindern.⁵⁴⁷ Eine Ausbeutung schon dort anzunehmen, wo die Melodie nicht einmal eine größere Rolle im neuen Werk spielt, ginge sehr weit.

Andererseits verkleinerte diese Ansicht den Anwendungsbereich des Melodienschutzes gegenüber der freien Benutzung maßgeblich, ist doch unter den obigen Maßstäben ohnehin nie ein Verblassen anzunehmen, wenn der fragliche Werkteil eine zentrale Rolle im neuen vermeintlich „selbständigen“ Werk hat.

Auch der Sinn des Kriteriums, dass Entnahme und Übernahme *erkennbar* sein müssten würde sich nicht mehr erklären, wenn „zugrunde gelegt“ schon darüberhinausgehend bedeuten würde, dass die Rolle der Melodie im neuen Werk zentral sein müsse.

Die Rechtsprechung und der Großteil des Schrifttums hatten daher in der Gesamtbetrachtung wohl die gewichtigeren Argumente auf ihrer Seite, wenn sie der Formulierung „entnommen und [...] zugrunde gelegt“ (§ 24 Abs. 2 UrhG a.F.) keine allzu hohe Bedeutung beimaßen.

b. Erkennbarkeit der Übernahme

Ebenso wurde das Kriterium der Erkennbarkeit dieser Übernahme im Rahmen des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. nur selten im Detail behandelt. Dabei ist die Erkennbarkeit letztlich der substantielle Unterschied zum ersten Absatz, abgesehen vom spezifischen Schutzgegenstand der Melodie. Die Erkennbarkeit ist das Konzept, das wohl dem Wortlaut nach diejenige Rolle in § 24 Abs. 2 UrhG a.F. einnehmen sollte, die Selbständigkeit, Abstand bzw. Verblassen für § 24 Abs. 1 UrhG a.F.

Abs. 1 getroffenen Regel (→ Rn. 34). Der erweiterten Anwendung des Abs. 2 durch die Rspr. und rechtswissenschaftlichen Literatur kann daher nicht beigepliziert werden.“

547 Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses über den RegE eines Urheberrechtsgesetzes, zu BT-Drs. IV/3401 vom 14. Mai 1965, 3; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 34: „Hier ist anzuerkennen, dass die freie Benutzung von Melodien allzu leicht in eine Ausbeutung fremden Musikschaffens umschlagen kann.“

In gewissem Umfang bildete sich ein Konsens darüber, was unter der Erkennbarkeit im Sinne des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. zu verstehen ist. Einigkeit bestand etwa dazu, nach wessen Perspektive das Kriterium der Erkennbarkeit zu beurteilen ist.⁵⁴⁸ So könnte die Erkennbarkeit von Melodien zwischen einem Laien, einem Hobbymusiker oder einem Experten sehr unterschiedlich beurteilt werden – ganz zu schweigen von der Möglichkeit in solchen Fällen spezielle Software zu nutzen.⁵⁴⁹ Nach dominierender Ansicht sind für die Feststellung aber stets die „mit musikalischen Fragen einigermaßen vertrauten und hierfür aufgeschlossenen Verkehrskreise“⁵⁵⁰ maßgeblich oder es wird auf die „Auffassung der mit musikalischen Dingen vertrauten Personen“ abgestellt.⁵⁵¹ Angesichts des bereits oben genannten Zieles von § 24 Abs. 2 UrhG a.F., die Ausbeutung von Melodien zu verhindern, erscheint es nur konsequent, dass die Perspektive der Hörerschaft als entscheidende benannt wurde, da sich bei dieser die ökonomische Gefahr der Ausbeutung auch realisieren kann.

Ferner ging es nach dem Wortlaut des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. beim Kriterium der Erkennbarkeit nicht nur um die Erkennbarkeit der Melodie im neuen Werk, sondern vor allem um die Erkennbarkeit ihrer Entnahme und Zugrundelegung.

Überwiegend genügt es dafür, wenn eine zumindest assoziative Verbindung zum benutzten Musikwerk hergestellt werden kann.⁵⁵² Dafür müsse das konkrete Werk auch nicht bekannt sein.⁵⁵³ Die assoziative Verbindung wurde von Vertretern dieser Auffassung nicht explizit auf eine Verkörperungsart des Werks beschränkt. Da die akustische Erkennbarkeit sich etwa deutlich von der Erkennbarkeit in einer Notenschrift unterscheiden kann, bliebe daher eine große Unsicherheit im Einzelfall. Konsequent wäre nach der Ausrichtung

548 Zum ähnlichen, aber nicht übereinstimmenden Problem im Bereich der Wiedererkennbarkeit auf unionsrechtlicher Ebene: unten bei B.II.1.b und 2.c.

549 Vgl. oben Kapitel 2 B.III.1.

550 Münker, Digital Sampling, 1995, 159; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 37.

551 Schulze, in: Dreier/Schulze, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 47; Schlingloff, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 95, der auch geeignete Laien in diesen Kreis zählt, aber dabei explizit Abstand nimmt von einer rein durch Laien oder die Anfang der 40er-Jahre wohl ideologisch begründete Maßgeblichkeit der „Anschauungen des Volkes“ bestimmten Erkennbarkeit der Melodie.

552 Münker, Digital Sampling, 1995, 159; Ahlberg/Lauber-Rönsberg, in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 41; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 37.

553 Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 37.

an der oben genannten Hörerperspektive wohl regelmäßig die akustische Erkennbarkeit als relevante Wahrnehmungsperspektive zu verstehen.

3. Rechtsfolge: Ausschluss der freien Benutzung

Neben diesen Aspekten des Tatbestands bot auch die Rechtsfolge der Norm Grund zu interpretativen Erwägungen. Das betrifft zum einen die ausdrücklich in § 24 Abs. 2 UrhG a.F. genannte Rechtsfolge bezüglich des ersten Absatzes. Zum anderen aber betrifft das auch die teilweise vertretenen Ansichten zur abschließenden Wirkung des Melodienschutzes gegenüber Schranken.

a. Verhältnis zu § 24 Abs. 1 UrhG a.F.

Absatz 2 begann mit der vorangestellten Rechtsfolge: „Absatz 1 gilt nicht für [...]“.

Teils wurde das als Spezifizierung des Regelungsgehalts von Absatz 1 verstanden: bereits der Tatbestand der freien Benutzung „gilt nicht für“ den in Absatz 2 bezeichneten Fall – also die erkennbare Entnahme und Zugrundelegung einer Melodie. Dies hätte zur Folge, dass die Tatbestandsmerkmale der beiden Absätze sich insoweit ausschließen müssten und mithin jeder Fall von Absatz 2 auch einen Unterfall von Absatz 1 bildete. Das wiederum käme einer deklaratorischen Funktion von Absatz 2 gleich. Er würde damit für den spezifischen Fall die Grenze der freien Benutzung aus Absatz 1 deutlich machen. Vereinfacht bedeutet das, dass die Melodie ein „normaler“, aber speziell hervorgehobener Fall der Vervielfältigung und Bearbeitung bliebe (s. Abb. 5).



(Abbildung 5)

Bezog man den zweiten Absatz des § 24 UrhG a.F. hingegen auf die Rechtsfolge des ersten, ergab sich ein anderes Bild. Der Melodienschutz im zweiten Absatz wäre danach explizit als Ausnahmeregelung zum ersten Absatz, dem allgemeinen Grundsatz der freien Benutzung konzipiert:⁵⁵⁴ Obwohl also der Tatbestand bei einer Benutzung eines Musikwerkes unter den ersten Absatz subsumierbar wäre, schafft der zweite Absatz hiernach eine Ausnahme für Melodien (s. *Abb. 6*). Dies könnte dann entweder bedeuten, dass § 24 Abs. 2 UrhG a.F. eigenständig und implizit die Rechtsfolge einer erforderlichen Zustimmung für die Verwertung und Veröffentlichung anknüpfte. Sieht man aber in § 24 Abs. 1 UrhG a.F. bereits eine Ausnahme zu § 23 UrhG a.F., könnte § 24 Abs. 2 UrhG a.F. auch lediglich die vom Tatbestand umfassten Fälle als Rückausnahme den §§ 16, 23 UrhG a.F. zuweisen.⁵⁵⁵



(Abbildung 6)

Zwischen dem, was tatbestandlich unter den Melodienschutz fällt, und dem, was nicht mehr als freie Benutzung im Sinne des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. gilt, bestehen große Übereinstimmungen. Regelmäßig werden nämlich solche Melodien, die erkennbar einem neuen Werk zugrunde gelegt wurden, auch nicht verblassen. Angesichts dieser unterschiedlichen Wirkungsbereiche ist es nicht verwunderlich, dass zur Anwendung des Melodienschutzes regelmäßig Parallelen zur generellen Abgrenzung von Bearbeitung und freier Benutzung i.S.d. § 24 Abs. 1 UrhG a.F. gezogen werden.⁵⁵⁶

554 So zur damaligen Rechtslage *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 34.

555 In diesem letzten Sinne *Loewenheim/Leistner*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), *Handbuch des Urheberrechts*, 3. Aufl. 2021, § 8 Schutzzumfang Rn. 20.

556 Siehe etwa *BGH GRUR* 1988, 812, 814 – *Ein bißchen Frieden*.

Der Wortlaut, dass Absatz 1 nicht *gilt* spricht aber deutlich dagegen, Absatz 2 eine solche Bedeutung zu entnehmen. Denn bei einer klar definierten Unterscheidung und fehlenden Überschneidungsmenge von Melodienschutz und Absatz 1 hätte Absatz 1 gerade Geltung gehabt, wäre aber nicht einschlägig.

Im Falle der wenigen Ausnahmen, in denen eine Melodie erkennbar zugrunde gelegt wurde, das neue Musikwerk aber doch Selbständigkeit erlangt, ist daher nach einer konsequenten Auslegung des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. anzunehmen, dass effektiv die freie Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG a.F. ausgeschlossen wurde.⁵⁵⁷

Eine deklaratorische, mit den Grenzen aus § 24 Abs. 1 UrhG a.F. abgestimmte Funktion hätte sich, wie es etwa nun nach § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG dem geltenden Gesetzeswortlaut entspricht, an der Definition eines Abgrenzungskriteriums der freien Benutzung orientieren müssen.⁵⁵⁸

b. Verhältnis zu Schranken

Das Verhältnis des besonderen Melodienschutzes zu Schranken konnte sich in mehrerlei Hinsicht stellen, kommen doch gerade mit der Verwendung von Melodien auch mehrere Schranken in Betracht.

Zum einen betrifft das die Parodieschranke. Sie wurde bis zur Abschaffung des Melodienschutzes nach § 24 Abs. 2 UrhG a.F. nicht durch eine explizite Schrankenregelung geregelt, sondern als Bestandteil von § 24 Abs. 1 UrhG a.F. verstanden.⁵⁵⁹ Nach der damaligen Auslegungslogik hätte also der besondere Melodienschutz die Parodie unter Zugrundelegung von fremden

557 Denkbar wäre das nach herkömmlichem Verständnis von § 24 UrhG a.F. etwa dann, wenn die eigenständigen Elemente und die Verarbeitung der Melodie in einem neuen umfassenden Werk so weit getrieben wurden, dass selbst die erkennbar übernommene Melodie, die bei separater Betrachtung im neuen Werk den Verkehrskreisen noch erkennbar scheint, im Gesamteindruck zurücktritt.

558 Ähnlich auch schon § 23 Abs. 1 UrhG-E des Diskussionsentwurfes eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes des BMJV vom 24.6.2020, URL: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (Abrufdatum: 24. August 2022): Dort war schon ähnlich der jetzt gültigen Fassung vorgesehen, den Melodienschutz in einer Art des gesetzlich klarstellenden Regelfalls in die Bearbeitung aufzunehmen.

559 Statt vieler: BGH GRUR 2016, 1157 – *auf fett getrimmt*.

Melodien ausschließen müssen.⁵⁶⁰ Das widerspräche einer historisch unerwünschten Erstreckung des Melodienschutzes auf Parodien, wie sie schon bei der Entstehung des § 13 LUG geäußert wurde.⁵⁶¹

Zum anderen sticht das im Schrifttum oft behandelte Verhältnis des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. zum Musikzitat hervor.⁵⁶² Überwiegend wurde argumentiert, dass der Melodienschutz abschließend für die Beurteilung von Melodieentnahmen sei.⁵⁶³ Mithin habe er etwa auch das Zitat in § 51 S. 2 Nr. 3 UrhG ausgeschlossen.⁵⁶⁴ In Bezug auf das Musikzitat kamen manche auch mit Blick auf den Tatbestand zu einem anderen Ergebnis: § 51 S. 2 Nr. 3 UrhG wird und wurde regelmäßig entnommen, dass der Umfang bei Musikzitateneher beschränkt sei, da eine Stelle nur dann „angeführt“ werde, wenn sie im neuen Werk keine umfassendere Rolle spiele.⁵⁶⁵ Darin könne ein Widerspruch zum Zugrundelegen der Melodie nach § 24 Abs. 2 UrhG a.F. gesehen werden.⁵⁶⁶ Das Erfordernis, dass die Melodie gem. § 24 Abs. 2 UrhG a.F. dem

560 Ausführlich zu dieser Problematik: *Brunner*, Melodienschutz, 2013, 191 ff.

561 *Brunner*, Melodienschutz, 2013, 198; daher als Ausnahme behandelnd: *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, 4. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 60; vgl. auch *Hess*, Parodie, 1993, 42 ff.; die amtl. Begründung zu § 13 LUG v. 8.12.1900 (*Schulze*, Materialien zum Urheberrechtsgesetz, Band 1, 1997, 139) behauptet indes zwar, dass der Melodienschutz die Parodie schon gar nicht berühren würde, weil die Melodie in der Parodie nur zum „Ausgangspunkte für eine Neuschöpfung“ entnommen werde. Allerdings ist diese Differenzierung ja ohnehin bereits Zielsetzung des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. (damals § 13 Abs. 1 LUG), sodass diese Argumentation bei konsequenter Auslegung kaum überzeugen kann.

562 Zur damaligen Rechtslage in den jeweiligen Auflagen etwa: *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, 4. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 64; *Götting*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 34 Zitatfreiheit (§ 51 UrhG) Rn. 27; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, 5. Aufl. 2019, UrhG, § 51 Rn. 20; *Spindler*, in: *Schricker/Loewenheim*, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 51 Rn. 49; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 51 Rn. 19.

563 *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, 4. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 64; *Götting*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 34 Zitatfreiheit (§ 51 UrhG) Rn. 27; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, 5. Aufl. 2019, UrhG, § 51 Rn. 20.

564 *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, 4. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 64. Nur dann, wenn keine Entnahme vorliegt, sondern die Melodie ein Fremdkörper im neuen Werk sei oder einem Werk nur vorangestellt werde, könne ein Zitat denkbar sein, weil so der Melodienschutz nicht einschlägig sei. Dieses Verständnis führt aber zu dem Wertungswiderspruch, dass ein unkreativer Umgang mit der Melodie (als Fremdkörper oder nur vorangestellt) dem kreativen Umgang gegenüber privilegiert wäre. Dieses Ergebnis erscheint daher nicht erstrebenswert.

565 Vgl. *Hertin*, GRUR 1989, 159, 161.

566 Ebd.; *Canaris*, Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 73.

neuen „zugrunde gelegt“ werden müsse, führe zu einer klaren Unterscheidung der Anwendungsfälle des Melodienschutzes und des Musikzitats.⁵⁶⁷

Ein solches Verständnis ist aber wie oben dargelegt nicht überzeugend, da ein Zugrundelegen nach überzeugender Auffassung gerade keine zentrale Bedeutung der Melodie im neuen Werk erforderte.⁵⁶⁸ Ordnet man § 24 UrhG a.F. und somit auch den Melodienschutz nicht als Schranke ein, sondern strikt als Bestandteil der Schutzbereichsbestimmung, ergibt eine Ausschlusswirkung gegenüber Schranken auch systematisch keinen Sinn. Denn die Frage des Melodienschutzes wäre dann eine vorgelagerte.⁵⁶⁹

Spätestens mit Inkrafttreten der obligatorischen Schranken der DSM-Richtlinie (Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 DSM-Richtlinie) am 7. Juni 2021 wären die Verhältnisse klar gewesen, wenn der Melodienschutz weiter Bestand gehabt hätte.⁵⁷⁰ Denn hätte der Melodienschutz auch hinsichtlich Pastiche und anderen Schrankenregelungen eine Begrenzung vornehmen können, wäre das eine von der Richtlinie nicht gedeckte deutsche Eigenheit. Eine solche Auswirkung des Melodienschutzes wäre also in letzter Konsequenz sogar vor dem Hintergrund von Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 DSM-Richtlinie unionsrechtswidrig gewesen.

III. Die Neuerungen der Urheberrechtsreform 2021

Während das deutsche Urheberrecht nun seit Beginn des letzten Jahrhunderts eine eigene Norm der freien Benutzung inklusive eines besonderen Melodienschutzes kannte, ist die Situation seit dem 7. Juni 2021 eine andere. § 24 UrhG wurde vollständig aufgehoben. Die genauere gesetzliche Beschreibung der Grenzen des § 23 UrhG ist seither Regelungsgegenstand des § 23 UrhG selbst. Die „neue“ freie Benutzung in diesem engeren Sinne ist also nun zu einem Großteil in den Grenzen des § 23 Abs. 1 UrhG aufgegangen.

567 Insofern aber widersprüchlich *Hertin*, GRUR 1989, 159, der zunächst statuiert, das Zitat sei eine Ausnahme vom Melodienschutz (159), später aber bekräftigt, dass zugrunde legen und anführen abgrenzbare Kriterien seien (161).

568 Siehe oben A.II.2.a.

569 Zu dieser Argumentation mit der Gesetzessystematik schon *Brunner*, Melodienschutz, 2013, 153 f.

570 Wie weit die unionsrechtliche Vorgabe zur Implementierung reicht, ist nicht eindeutig. Für eine Einführung der Schranke nur in Bezug auf die Nutzer von Diensteanbietern nach der DSM-Richtlinie spricht deren spezifischer Anwendungsbereich im Rahmen der Plattformhaftung. Im Interesse einer einheitlichen Grundlage für Schrankenbestimmung wird aber zum großen Teil eine generelle Verpflichtung zur Einführung der Schranke angenommen, vgl. etwa *Stieper*, ZUM 2019, 713, 719 f.

Dabei wurde nicht schlicht § 24 UrhG a.F. in § 23 UrhG übernommen, sondern es bestehen Neuerungen, die zum einen die innere systematische Aufteilung und zum anderen die allgemeinen Kriterien der Schutzbereichsbestimmung betreffen.

1. Der hinreichende Abstand und die Abgrenzung zur Parodie

In Bezug auf die Änderungen hinsichtlich der Kriterien und Systematik ist einerseits der gesetzlich aufgenommene Begriff des hinreichenden Abstands als Abgrenzungskriterium in § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG zu nennen, andererseits die Parodie in § 51a UrhG als ehemalige Fallgruppe des § 24 UrhG a.F.

Auch die neue Regelung bedient sich damit wie § 24 UrhG a.F. – kaum überraschend – eines unbestimmten Rechtsbegriffs zur Umgrenzung des Schutzzumfangs der Bearbeitung in § 23 Abs. 1 UrhG. Der hinreichende Abstand erscheint nur unwesentlich konkreter als es die bisherige Nennung des „selbständige[n]“ Werks war.

Zudem sticht bei diesem Kriterium eine begriffliche Kontinuität hervor: Mit der gesetzlichen Erwähnung des hinreichenden Abstandes in § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG bedient sich der Gesetzgeber an einer Formulierung, welche die höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung bereits seit Jahren heranzieht, um die freie Benutzung zu bestimmen.⁵⁷¹ Kaum etwas läge daher *prima facie* näher, als die Formulierung des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG im Lichte einer gesetzlich festgehaltenen ständigen Rechtsprechung zu betrachten. Diese Rechtsprechung beinhaltet insbesondere die zweigleisige Bestimmung eines urheberrechtlichen Abstands als „innerer“ und „äußerer“ Abstand.

Die begrifflich suggerierte Kontinuität zwischen § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG und vorheriger Rechtsprechung wäre aber ein Trugschluss, was an drei Dingen sichtbar wird: Erstens an der Gesetzesbegründung der neuen Norm, zum zweiten an Rückschlüssen aus der Systematik, drittens am Vergleich mit den unionsrechtlichen Implikationen.

a. Gesetzesbegründung

Die Begründung des Regierungsentwurfs geht explizit auf die Rechtsprechung ein und wendet sich vom Begriff des „inneren“ Abstands in § 23

571 Siehe oben unter A.I.2.b.

Abs. 1 S. 2 UrhG ab.⁵⁷² Kontinuitäten können damit nur partiell – nämlich zum Begriff des äußeren Abstands angenommen werden.⁵⁷³ Dass sich der Gesetzgeber insofern „sehenden Auges“ dennoch des Abstandsbegriffs bedient, mag auch darauf zurückzuführen sein, dass eine unverfängliche Alternative kaum denkbar ist. Selbst das „Verlassen“ und den Begriff der „Selbstständigkeit“ weitete der BGH zuletzt auf den „inneren Abstand“ (also etwa Parodien) aus.⁵⁷⁴

b. Systematik

Der Blick auf die Gesetzessystematik lässt ebenfalls erkennen, dass der hinreichende Abstand des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG nicht als „innerer“ Abstand missverstanden werden darf. § 51a UrhG ordnet die Parodie auch im deutschen Urheberrecht als Schrankenregelung ein. Das macht schon die Überschrift von Abschnitt 6 des UrhG deutlich. Damit eine Parodie für die Schranke des § 51a UrhG überhaupt in Frage kommt, muss aber zwingend ein Fall vorliegen, der sich innerhalb des Schutzbereiches bewegt. Das kann also nur dann der Fall sein, wenn der wichtigste Anwendungsfall des BGH im Rahmen eines „inneren Abstands“ gerade keinen hinreichenden Abstand einhält im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG.

c. Unionsrechtliche Implikationen

Zuletzt zeigen auch die unionsrechtlichen Implikationen in ihrer Auslegung durch den EuGH,⁵⁷⁵ dass der Begriff vom „inneren Abstand“ keinen Fortbestand auf Schutzbereichsebene haben kann. Die Anwendungsfälle des inneren Abstands waren nämlich stets Teil des Art. 5 InfoSoc-Richtlinie, der abschließend solche unionsrechtlich zulässigen Schranken aufzählt, die einen inneren Abstand voraussetzen (also insbesondere Karikatur, Parodie und je nach Lesart auch Pastiche). Dass dieser abschließende Katalog aus kunstwissenschaftlicher oder gesellschaftlicher Perspektive unzureichend erscheinen

572 Begründung RegE 2021, BT-Drs. 19/27426, 78.

573 Ebenfalls explizit dazu die Begründung RegE 2021, BT-Drs. 19/27426, 78.

574 Siehe oben A.I.2.

575 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929) – *Pelham/Hütter*; noch detaillierter zur Auslegung und den Implikationen der Entscheidung unter B.I.1.

mag,⁵⁷⁶ ändert nichts am starren Gerüst aktueller Regelungen in diesem Bereich.

d. Abstand ist nicht gleich Abstand

Der Abstandsbegriff des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG ist daher nicht zu verwechseln mit dem, was der BGH in ständiger Rechtsprechung unter Abstand verstand. Es ist vielmehr in gewisser Hinsicht ein Bruch mit der immer weiter ausgehenden Rechtsprechung. Eine Kontinuität kann sich daher nur zum „äußeren“ Abstand ergeben, dessen Konkretisierung auch nach dem Gesetzeswortlaut offen bleibt.⁵⁷⁷

Nicht zuletzt hat aber auch das Unionsrecht, wie bereits angedeutet, einen Einfluss auf die Auslegung des hinreichenden Abstands nach § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG und die ehemaligen Regelungsgegenstände des § 24 UrhG a.F. (wie die Parodie). Was unter dem Abstandsbegriff nach § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG abschließend zu verstehen ist und welche Rolle der § 51a UrhG im Zusammenhang mit einer „neuen“ freien Benutzung spielt, bleibt daher einer späteren Erörterung vorbehalten (siehe im Einzelnen noch unter B. und C.).

2. Die Abschaffung des besonderen Melodienschutzes – ein Fehler?

Was die innere systematische Aufteilung angeht, so wurde die Aufteilung des § 24 UrhG a.F. in eine Norm für Melodien und eine Norm für übrige Regelungsgegenstände des Urheberrechts explizit aufgegeben. Zwar wird die Melodie weiterhin im Urheberrechtsgesetz genannt, s. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG, sie wird dort aber den übrigen Regelungsgegenständen beigeordnet. Das lässt sich schon am Wortlaut erkennen, der grundsätzlich Werke als Schutzgegenstand nennt und Melodien nur beispielhaft („insbesondere“) erwähnt lässt.

Der Einschub ist also rein deklaratorisch und in seiner materiellen Aussagekraft letztlich überflüssig.⁵⁷⁸ Er wurde erst in den letzten Tagen des Ge-

576 Vgl. unten C.IV.

577 Siehe die bereits oben dargestellte Begründung RegE 2021, BT-Drs. 19/27426, 78.

578 Zur deklaratorischen Bedeutung: Beschlussempfehlung und Bericht Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 19/29894, 94.

setzungsprozesses in den Entwurf mitaufgenommen.⁵⁷⁹ Dieser „Kompromiss“ dürfte nicht zuletzt der Sorge geschuldet sein, dass durch eine Abschaffung des § 24 Abs. 2 UrhG eine Gefahr der urheberrechtlichen Freigabe von Melodien bestehe und insofern Rechtsklarheit und Rechtssicherheit geschaffen werden müsse.⁵⁸⁰ Wegen dieser im Ergebnis wohl unbegründeten Sorge wurde bis in die letzten Monate des Gesetzgebungsprozesses medienwirksam von einzelnen Akteuren gefordert, den vorherigen Schutz der Melodie zu erhalten.⁵⁸¹

Wird mit dem Streichen des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. das Urheberrecht für Musik aber überhaupt radikal geändert? Eine teils behauptete abschließende Wirkung für den Regelungsbereich von Melodien bestand zu Zeiten des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. nach Berücksichtigung der systematischen Stellung eigentlich nicht.⁵⁸² Zudem zeigen sich im Ergebnis zumindest viele Überschneidungen mit dem Regelungsgehalt des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. und dessen Interpretation im Sinne des Verblassenskriteriums. Radikal kann die Änderung des Musikurheberrechts daher schon mangels eines großen Anwendungsbereichs kaum sein. Eine rein deklaratorische Funktion wie die Erwähnung der Melodie im neuen § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG kann § 24 Abs. 2 UrhG a.F. aber rückblickend auch nicht eindeutig entnommen werden. Der Anwendungsbereich, in dem tatsächlich ein Ausschluss der freien Benutzung vorliegt, ist im Verhältnis zum Verblassen nicht groß, es bestehen aber durchaus Fälle, in denen erkennbar übernommene Melodien wohl als verblasst gelten würden⁵⁸³ und darüber hinaus zeigt sich auch angesichts der expliziten Regelung für Melodien eine gewisse Abschreckungswirkung. Infrage steht daher, inwiefern diese

579 Siehe für den Ursprung der aktuellen Formulierung: Beschlussempfehlung und Bericht Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 19/29894, 12.

580 Im Sinne von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit in der abschließenden Lesung argumentierend etwa *M. Rabanus*, Plenarprotokoll 19/230, 29445.

581 Siehe insbesondere den Offenen Brief „Das Entsetzen hat kein Ende“, Süddeutsche Zeitung vom 27. April 2021, URL: <https://sz.de/1.5277804> (Abrufdatum: 24. August 2022), in dem mehr als 1100 Künstlerinnen und Künstler unter anderem forderten: „den Beibehalt des seit Jahrzehnten im Urheberrechtsgesetz verankerten Schutzes von Melodien, unabhängig von der Länge der Melodie“.

582 Siehe A.II.3.b.

583 Vgl. insofern etwa das obige Verständnis der Erkennbarkeit im Melodienschutz in A.II.2.b. im Kontrast zum Tatbestand des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. in A.I.2. Die Melodie muss also im Gesamtkontext des Musikstückes verblassen, aber nach den weiteren Maßstäben des Melodienschutzes noch klar erkennbar geblieben sein. Das ist insbesondere dann gut möglich, wenn die Melodie im benutzenden Musikstück keine zentrale Rolle einnimmt. Denkbar ist das in der Praxis etwa im Falle von gesampelten Melodieelementen.

Wirkung des besonderen Melodienschutzes, so klein der Anwendungsbe-
reich auch sein mag, nicht durch die besondere Stellung der Melodie ge-
rechtfertigt ist und eine Abschaffung insofern fehlgeleitet war.

Um sich dem anzunähern stellt sich zunächst die Frage, warum der Me-
lodienschutz des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. ursprünglich den Weg ins Urheber-
recht fand. Damit ist die Frage verknüpft, ob diese ursprüngliche Begründung
auch mit der weiteren historischen Entwicklung noch überzeugend blieb.
Schließlich müssen aber auch neuere Ansätze betrachtet werden, die den
Zweck nicht nur anhand der Maßstäbe der Gesetzesmaterialien erörtern.

a. Rechtfertigungsnarrative vor und bei Entstehung (1901)

Ein erster Blick fällt auf das LUG und den Weg zur Entscheidung, den Me-
lodienschutz überhaupt im deutschen Urheberrecht gesondert zu erwähnen.
Der Wortlaut des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. beruht in weiten Teilen auf § 13
Abs. 2 LUG von 1901.⁵⁸⁴ Eine Vergleichbarkeit ergibt sich damit zumindest
für einen Großteil der Normen.

Häufig wird ein konkretes wirtschaftliches Problem im 19. Jahrhundert als
Ursprung des sogenannten starren Melodienschutzes angegeben:⁵⁸⁵ Der
Vorgänger von § 13 Abs. 2 LUG, nämlich § 46 des preußischen Urheber-
rechtsgesetzes vom 11.6.1870,⁵⁸⁶ erwähnte ebenfalls die Melodie explizit. Die
Benutzung einer Melodie war danach ohne jegliche Zustimmung möglich,

584 Die Unterschiede in der Formulierung zur Vorgängernorm sind eher gering. Die
Rechtsfolge aus § 13 Abs. 2 LUG kannte etwa keine Zustimmungsmöglichkeit des vor-
herigen Autors („unzulässig“); diese war nur aufgrund der Gleichbehandlung des
Melodienschutzes mit übrigen Bearbeitungen nach § 12 LUG gegeben, vgl. *Nitze*,
Recht an der Melodie, 1912, 16 f., ferner auch 21. Auf Tatbestandsebene entspricht der
Wortlaut des § 13 Abs. 2 LUG aber noch der späteren Fassung von § 24 Abs. 2 UrhG
a.F. (bis Juni 2021).

585 *Nitze*, Recht an der Melodie, 1912, 12 ff.; *Hammer*, Melodie nach § 13 Absatz II, 1917,
25 ff.; *Canaris*, Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 45 f.; *Brunner*, Melodienschut-
z, 2013, 35 ff. Eingehend aber im Ganzen weniger kritisch zur Lage vor dem LUG
Kremer, Melodie, 1891, 27 ff.

586 § 46 Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikali-
schen Kompositionen und dramatischen Werken lautete: „Als Nachdruck sind alle
ohne Genehmigung des Urhebers einer musikalischen Komposition herausgegebe-
nen Bearbeitungen derselben anzusehen, welche nicht als eigenthümliche Komposi-
tionen betrachtet werden können, insbesondere Auszüge aus einer musikalischen
Komposition, Arrangements für einzelne oder mehrere Instrumente oder Stimmen,
sowie der Abdruck von einzelnen Motiven oder Melodien eines und desselben Werkes,
die nicht künstlerisch verarbeitet sind.“

wenn sie „künstlerisch verarbeitet“ wurde, s. § 46 des preußischen Urheberrechtsgesetzes a.E.

Trotz größerem Widerspruch in Teilen der Literatur, wurde der Begriff „verarbeitet“ im Kontext des preußischen Urheberrechts sehr weit ausgelegt.⁵⁸⁷ Bereits geringe künstlerische Eingriffe konnten wohl nach der damaligen Rechtsprechung als künstlerische Verarbeitungen betrachtet werden.⁵⁸⁸ Ein einfach ausgestaltetes Potpourri, also ein Werk, das fremde Melodien mit einfachsten kompositorischen Mitteln verband, unterfiel nach dieser verbreiteten Interpretation nicht der Zustimmungspflicht.⁵⁸⁹ Der wirtschaftliche Schaden für manche Musikalienhändler führte zu deutlicher Kritik.⁵⁹⁰

Die Reaktion hierauf sollte schließlich eine strenge Regelung sein, deren Spielraum solche Potpourris nicht mehr zulässt.⁵⁹¹ Der Vermögenswert vieler Kompositionen wurde insbesondere in den jeweiligen Melodien gesehen.⁵⁹² Infolgedessen sollte die neue Regelung sicherstellen, dass die Schwächen der Fassung vor 1901 beseitigt werden.⁵⁹³ Das führte auch dazu, dass im Wortlaut von § 13 Abs. 2 LUG schließlich jede Benutzung, die den Tatbestand erfüllte, für „unzulässig“ erklärt wurde.⁵⁹⁴ Die verhältnismäßig strenge Formulierung des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. erklärt sich daher zumindest teilweise aus der historischen Begebenheit der Musikalienhändler.

Weitere Erklärungsansätze nennen eine Orientierung am französischen Vorbild als Motivation, während manch ältere Berichte behaupten, eine Orientierung an der französischen Regelung sei explizit abgelehnt worden.⁵⁹⁵ Ob sich der deutsche Melodienschutz an einer französischen Rechtslage orientieren sollte oder sich explizit gegen eine französische Rechtslage wandte, lässt sich kaum noch zweifelsfrei feststellen – eine konkrete melodiebezogene Vorbildnorm bestand jedenfalls nicht.⁵⁹⁶

587 Vgl. *Kremer*, Melodie, 1891, 27 ff.; nachzeichnend *Hammer*, Melodie nach § 13 Absatz II, 1917, 26.

588 So *Hammer*, Melodie nach § 13 Absatz II, 1917, 26. Vgl. auch *Gergen*, UFITA 2009, 471, 474 ff.

589 Vgl. *Hammer*, Melodie nach § 13 Absatz II, 1917, 29.

590 Siehe die zitierten Quellen bei *Hammer*, Melodie nach § 13 Absatz II, 1917, 22 ff.

591 *Brunner*, Melodienschutz, 2013, 35 ff.

592 *Hammer*, Melodie nach § 13 Absatz II, 1917, 29.

593 *Brunner*, Melodienschutz, 2013, 37.

594 Vgl. den Wortlaut der Rechtsfolge des § 13 Abs. 2 LUG: „Bei einem Werke der Tonkunst ist jede Benutzung unzulässig, durch welche [...]“

595 Zum französischen Vorbild: *Berger*, Die wandernde Melodie, 2000, 23 f.; dagegen: *Pauli*, Recht an der Melodie, 1929, 8 ff.

596 Vgl. *Pauli*, Recht an der Melodie, 1929, 8 ff.

Es muss auch bezweifelt werden, dass die Aufnahme des besonderen Melodienschutzes in das LUG deshalb ihre „volle Berechtigung“ gehabt habe, weil sie Schutzlücken im Zusammenhang mit der Form-Inhalt-Dichotomie schließen sollte.⁵⁹⁷ Es wird vorgebracht, die höchstrichterliche Rechtsprechung sei auf die äußere Form fixiert gewesen und eine fehlende Unterscheidbarkeit von Form und Inhalt in der Musik hätte zu Nachteilen geführt.⁵⁹⁸ Zum einen ist es schwer erklärbar, wie die behauptete Untrennbarkeit von Form und Inhalt in der Musik überhaupt Nachteile für die Melodie schafft. Die Melodie ist nicht mehr oder weniger von einer Form-Inhalt-Unterscheidung betroffen als andere musikalische Werkelemente.⁵⁹⁹ Zum anderen ist auch die Fixierung des Reichsgerichts auf die äußere Form schwerlich nachweisbar.⁶⁰⁰

Neben der eher wirtschaftlichen Begründung zur Vermeidung von „Potpourrifabrikanten“⁶⁰¹ und den übrigen vorgebrachten historischen Begründungen, wurde die Verhinderung einer Ausbreitung von Melodien auch auf ästhetisch-persönlichkeitsrechtliche Gründe gestützt.

Gerst weist 1912 etwa darauf hin, es leide „vor allem der Urheber wertvoller Werke in ideeller Beziehung, da gehaltvolle Melodien meist ihrer edelsten Reize beraubt werden, wenn sie in die Hülle der Straßen- und Tanzmusik gekleidet und selbst in banaler Weise schablonisiert werden, und da geschmacklose Bearbeitungen auch im Stande sind einen Schatten auf die Schönheit des Originals selbst zu werfen und den Genuß desselben zu trüben“.⁶⁰²

Auch bei *Pauli* wird das Ziel hervorgehoben, Melodien bekannter Meister nicht „zu übler Gebrauchsmusik“ insofern herabzuwürdigen, als dass ihre Melodien etwa in „Operetten- und Jazzmusik“ verwendet werden.⁶⁰³

Wenn auch die historische Quellenlage vor 1901 kaum ästhetisch-persönlichkeitsrechtliche Begründungen bietet, scheint es zumindest bald nach 1901 das hier beispielhaft dargestellte Begründungsnarrativ seitens der Literatur

597 So aber *Brunner*, Melodienschutz, 2013, 83 f.

598 Ebd.

599 Siehe oben Kapitel 2 C.

600 Möglicherweise will *Brunner*, Melodienschutz, 2013, 83 f. aber vor allem auf einen mangelnden Werkteileschutz hinaus.

601 *Pauli*, Recht an der Melodie, 1929, 10.

602 *Gerst*, Gegenstand des musikalischen Urheberrecht, 1912, 36 mit Hinweis auf eine ähnliche Passage bei *Kohler*, Das Autorrecht, 1880, 353 f.

603 *Pauli*, Recht an der Melodie, 1929, 32. Im Ergebnis spricht sich *Pauli* aber dafür aus, dass ein hinreichender Schutz auch ohne den besonderen Melodienschutz gegeben sei.

zu geben. Gleichzeitig ist aber auch zu sehen, dass sich die ästhetische Beurteilung jedenfalls aus Sicht des Urheberrechts heute zurückhaltender darstellt. Richtigerweise kann eine Begründung, die sich daran stört, dass Melodien in einer bestimmten, teils als minderwertig erachteten Gattung erscheinen, heute unter dem Gesichtspunkt ästhetischer Neutralität keine Geltung mehr haben.⁶⁰⁴ Die explizite Erwähnung von „Operetten- und Jazzmusik“ wirkt sogar aus Sicht der heutigen Kunstentwicklung paradox, wird heute doch auch hier ein besonders musikalisch verständiger und kreativer Umgang im Vergleich mit vielen anderen Gattungen angenommen.⁶⁰⁵ Das gibt zu bedenken, inwiefern auch der Blick auf manch heutige Gattung noch vorbelastet sein könnte und im Kontext des Urheberrechts vorurteilsfrei betrachtet werden müsste.⁶⁰⁶

b. Rechtfertigungsnarrative bei Übernahme in das UrhG (1965)

Nach diesen historischen Begebenheiten stellt sich ferner die Frage, welche gesetzgeberische Entscheidung in den 60er-Jahren dafür verantwortlich war, dass das UrhG den besonderen Melodienschutz vom LUG übernahm.

Zunächst wirkte die politische Diskussion im Zuge der Entstehung des Urheberrechtsgesetzes nicht so, als solle die Sondernorm für Melodien beibehalten werden. Das ist vor allem daran erkennbar, dass die Gesetzesentwürfe zur neuen Regelung des Urheberrechts in den 50er-Jahren und Anfang der 60er-Jahre allesamt keinen besonderen Melodienschutz enthielten.⁶⁰⁷ In der Begründung des Regierungsentwurfs wurde sogar noch explizit die notwendige Löschung des Melodienschutzes statuiert:

604 Siehe hierzu insofern bereits den diskutierten Ästhetikbegriff im Sinne einer Wertung des Schönheitsempfindens, Kapitel 2 A.II.2.c.bb.

605 Vgl. insofern etwa die Annahme zum Musikschaffen und zum Publikum im Jazzbereich bei *Hertin*, GRUR 1989, 159, 161, 164.

606 Vgl. insofern GA *Szpunar*, Schlussantr. v. 12. Dezember 2018, C-476/17, ECLI:EU:C:2018:1002, Rn. 93 – *Pelham/Hütter*, der eine Gleichbehandlung von Gattungen statuiert. Daraus folgt, dass es letztlich für die urheberrechtlich Beurteilung unerheblich ist, welcher Gattung ein Musikstück angehört. Nicht ganz frei von gattungsbezogenen subjektiv-wertenden Vorstellungen wirken dann allerdings die Ausführungen des Generalanwalts a.a.O. in Rn. 67 zum Sampling.

607 *Brunner*, Melodienschutz, 2013, 38 f.; auch der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs sah wohl in seiner Stellungnahme vom 6. Oktober 1960 zum Gesetzentwurf kein Erfordernis für das Fortbestehen des Melodienschutzes, siehe auch *Brunner*, a.a.O.

„Der Entwurf übernimmt nicht die Sonderbestimmung des geltenden Rechts, nach der bei einem Werk der Tonkunst jede Benutzung unzulässig ist, durch welche eine Melodie erkennbar dem Werk entnommen und einer neuen Arbeit zugrunde gelegt wird (§ 13 Abs. 2 LUG). Dieser starre Schutz der Melodie zieht dem musikalischen Schaffen ungerechtfertigt enge Grenzen. Auf dem Gebiet der ernsten Musik werden oft wertvolle selbständige Schöpfungen unter Benutzung fremder Themen geschaffen, wie z.B. Variationen oder Fantasien, deren Verwertung nicht von der Einwilligung des Urhebers der als Anregung benutzten Melodie abhängig sein darf. Die Befürchtung, der Fortfall des Melodienschutzes werde zu einer Ausbeutung von Melodien für Schlager führen, erscheint unbegründet. Bei Werken der leichten Musik steht regelmäßig die Melodie so sehr im Vordergrund, daß im Falle ihrer Entnahme aus einem fremden Werk kaum jemals von einer selbständigen Neuschöpfung gesprochen werden kann, § 24 also ohnehin nicht anwendbar ist.“⁶⁰⁸

Die Bundesregierung baute also die Argumentation zur Abschaffung eines Melodienschutzparagraphen auf zwei Argumentationslinien auf. Zum einen sei hinsichtlich der „ernsten Musik“ der Freiraum durch den starren Melodienschutz zu sehr verengt. Zum anderen werde auch im Bereich der „leichten Musik“ der besondere Melodienschutz gar nicht benötigt.⁶⁰⁹

Als ausschlaggebend dafür, dass sich schließlich doch für den Melodienschutz entschieden wurde, gilt die Stellungnahme des Rechtsausschusses von 1965 und die Diskussion im Zusammenhang mit dessen Unterausschuss zu Urheberrechtsfragen.⁶¹⁰ Dieser stemmte sich dagegen, den besonderen Melodienschutz aus dem Urheberrechtsgesetz zu tilgen. Eine „Streichung dieser besonderen Schutzvorschrift“ könne „zu einer für den Urheber nachteiligen Rechtsunsicherheit und damit zu einer Ausbeutung von Melodien unter dem Deckmantel der freien Benutzung führen“.⁶¹¹ Das vom Rechtsausschuss ver-

608 Begründung RegE, BT-Drs. IV/270, 51 f.

609 Ebd.

610 Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses über den RegE eines Urheberrechtsgesetzes, zu BT-Drs. IV/3401 vom 14. Mai 1965, 3 f.; eine konzise Zusammenfassung im Zusammenhang mit der dortigen Meinungsbildung zum Melodienschutz findet sich insbesondere bei *Gergen*, UFITA 2009, 471, 483–485.

611 Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses über den RegE eines Urheberrechtsgesetzes, zu BT-Drs. IV/3401, 14. Mai 1965, 3. Es wirkt vor diesem Hintergrund beinahe wie eine Wiederholung der Geschichte, wenn auch im Gesetzgebungsprozess zum UrhG 2021 die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses dem Melodienbegriff in die entscheidende Beschlussfassung des UrhG verholten hat, BT-Drs. 19/29894, 94.

mittelte Anliegen, die „Ausbeutung von Melodien unter dem Deckmantel der freien Benutzung“ zu verhindern, gilt jedenfalls seither als vorherrschende Begründung in vielen Kommentaren und sonstigen Ausführungen.⁶¹²

Die Einschätzung richtet sich nicht gegen die oben genannte Begründung des Regierungsentwurfes zur Freiheitserweiterung der „ernsten Musik“. Sie richtet sich aber gegen die andere Behauptung der Regierungsbegründung, dass § 24 Abs. 1 UrhG a.F. auch im Bereich der „leichten Musik“ die notwendigen Abwägungen treffe. Der Rechtsausschuss traut – überspitzt formuliert – der freien Benutzung nicht zu, im Bereich des alltäglichen Schlagers die Ausbeutung von Kreativität verhindern zu können.⁶¹³

Das lässt *prima facie* einen Wertungswiderspruch vermuten, denn mit Blick auf den Schutz – jedenfalls vermeintlich – weniger innovativer, „leichter Musik“ wird die Beschränkung von wenig innovativen Benutzungen begründet: Die Unterscheidung von ernster und leichter Musik enthält bereits implizit eine gewisse Wertung durch die (musikwissenschaftlich kaum in dieser Pauschalität rechtfertigbare) Trennbarkeit der Musikschöpfungen in einen innovativen, schwer zugänglichen Bereich und einen weniger innovativen Bereich zur Massenunterhaltung.⁶¹⁴ Gerade die genannten Einschränkungen der „ernsten Musik“ finden aber in den Ausführungen des Rechtsausschusses kaum Berücksichtigung.

Hätte der Rechtsausschuss das Ziel verfolgt, eine kreativitätsfördernde Gestaltung des Urheberrechts zu bewirken, hätte zumindest eine Abwägung stattfinden müssen. Auch dieser Entwicklung kann aber ein Regelungsziel entnommen werden, das dem üblichen Rechtfertigungsnarrativ des Schutzes

612 So in den jeweiligen Auflagen noch *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 31. Ed. 1.5.2021, UrhG, § 24 Rn. 34; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 24 Rn. 34. Siehe im Übrigen Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses über den RegE eines Urheberrechtsgesetzes, zu BT-Drs. IV/3401 vom 14. Mai 1965, 3 f.

613 Siehe insofern auch die im Vorfeld im Rahmen der Ausschussdiskussionen und Anhörungen dominierende Argumentationen, dass eine fremde Bearbeitung nicht ohne Erlaubnis des Komponisten möglich sein dürfe und die spätere Vermarktung einer eigenen Bearbeitung erschwere, dargestellt bei *Gergen*, UFITA 2009, 471, 483–485. Die Argumentation erweist sich bei Auslegung der Rechtslage ohne Betrachtung des besonderen Melodienschutzes schon als unplausibel, da die Bearbeitung von schutzfähigen Melodien ohnehin nicht von § 24 Abs. 2 UrhG a.F. privilegiert wurde, sondern schon kein Fall der freien Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG a.F. darstellte (s.o.). A.A. zur Plausibilität aber *Gergen*, UFITA 2009, 471, 484.

614 Es klingt die in der juristischen Praxis immer noch häufig vorzufindende Unterscheidung von „E-Musik“ und „U-Musik“ an. Eingängig zur Unterscheidung auch: *Hertin*, GRUR 2013, 469.

und der Förderung kreativer Leistung teilweise entgegenläuft: Ziel könnte der Schutz der Melodieausbeutung im Bereich der „leichten Musik“ sein, die verbreitet als weniger innovativ, aber ökonomisch bedeutender angesehen wird. So verstanden ginge die Entscheidung zuungunsten der Grenzen des musikalischen Schaffens in der oft als ökonomisch weniger bedeutend betrachteten „ernsten Musik“. Der Zweck von 1965 kann also möglicherweise nicht nur aus der Brille des Innovationsschutzes betrachtet werden, sondern müsste hiernach auch als erhaltende Maßnahme für den bestehenden Musikmarkt erachtet werden.⁶¹⁵

c. Begründungsansätze nach 1965

Auch nach 1965 wurden teilweise neue Rechtfertigungsüberlegungen zur umstrittenen Norm angestellt. Teilweise wurde aber auch auf bereits zurückliegende Begründungen der historischen Auseinandersetzung um den Melodienschutz Bezug genommen und die dortigen Rechtfertigungsgründe für die modernere Situation neu interpretiert oder betont.

aa. Musikalische Verarbeitungsmöglichkeit und Empfindlichkeit

Gerade nach 1965 wurde die bereits 1909 vom OLG Dresden festgestellte Wandlungs- und Durchführungsfähigkeit von Melodien nochmals hervorgehoben.⁶¹⁶ Eine außergewöhnliche Verarbeitungsmöglichkeit mache die Melodie gegenüber anderen Elementen besonders.⁶¹⁷

In eine ähnliche Richtung geht wohl auch die Begründung, die eine besondere Sensibilität oder Empfindlichkeit im Bereich der Musik annimmt.⁶¹⁸ Die Melodie sei etwa nach *Schlingloff* der „wichtigste[r] Träger urheberrechtlicher

615 Populäre Musik war ferner 1965 noch deutlich stärker als heute auf Genres bezogen, deren wesentlicher Bestandteil eine Melodie ist. Mit dem Aufkommen von Genres wie Hip-Hop, R'n'B und Technomusik ist die Bedeutung der Melodie in der populären Musik inzwischen zum Teil relativiert. Gleichwohl spielt die Melodie natürlich weiterhin eine große Rolle in anderen Genres der populären Musik wie dem Schlager.

616 *OLG Dresden GRUR* 1909, 332, 335 – *Ein Heldenleben*; *Berger*, Die wandernde Melodie, 2000, 36; siehe ähnlich *Schlingloff*, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 102.

617 Ebd.

618 Siehe hierfür *Schlingloff*, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 102–104.

Individualität“ in der Musik.⁶¹⁹ Der Komponist könne „mit derselben melodischen Tonfolge durch Abänderung des Zusammenhangs die verschiedensten Gefühle und Stimmungen ausdrücken, was [...] einem Schriftsteller so gar nicht möglich ist“.⁶²⁰

Legt man diese behauptete Empfindlichkeit des melodischen Bereichs zugrunde, könnte der Zweck des besonderen Melodienschutzes darin gesehen werden, die größere Angriffsfläche auszugleichen: entweder indem in ihm ein strengerer Anwendungsbereich gegenüber § 24 Abs. 1 UrhG a.F. gesehen wird,⁶²¹ oder indem der klarstellende Charakter von § 24 Abs. 2 UrhG a.F. zumindest die Grenzen der freien Benutzung deutlich machen soll.⁶²²

bb. Melodie in ihrer Repräsentationsfunktion

Die vorgebrachte Empfindlichkeit könnte sich noch aus einer weiteren Sichtweise ergeben. So nimmt die Melodie wie kaum ein anderes musikalisches Element eine zentrale Rolle in der Wiedererkennbarkeit ganzer Stücke ein.⁶²³ Anhand von Melodien oder Melodieteilen können einige Werke – Werke aus dem Bereich des Schlagers oder der Popmusik – maßgeblich identifiziert werden. Die Melodie ist hier ein besonders charakteristisches musikalisches Element.⁶²⁴ So betrifft die sogenannte „Hook“ oder „Hookline“ häufig – wenn auch nicht immer – einen melodischen Aspekt.⁶²⁵ Dabei wird ihr gerade

619 *Schlingloff*, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 97.

620 *Schlingloff*, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 102 f., gleichwohl sieht *Schlingloff* aber in § 24 Abs. 2 UrhG a.F. auch keine besondere Privilegierung des musikalischen Urheberrechts. § 24 Abs. 2 UrhG a.F. sei nach *Schlingloff* auch im Einklang mit der freien Benutzung, er bewertet die deklaratorische Funktion aber wegen der Empfindlichkeit positiv (*Schlingloff*, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 97).

621 In dieser Richtung eher *Berger*, Die wandernde Melodie, 2000, 36, obgleich er sich dem nicht explizit anschließt; ferner *OLG Dresden GRUR* 1909, 332, 335 – *Ein Heldenleben*.

622 Letzteres bei *Schlingloff*, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 97, 102–104.

623 Siehe *Brunner*, Melodienschutz, 2013, 183 f.

624 Vgl. *Hemming*, Methoden der Erforschung populärer Musik, 2016, 265 ff.

625 Vgl. *Hemming*, Methoden der Erforschung populärer Musik, 2016, 267; *Hemming*, in: *Auhagen/Bullerjahn/Höge* (Hrsg.), Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft für Musikpsychologie. Band 20: Musikalisches Gedächtnis und musikalisches Lernen, 184, 186 f. Für Hooks auch in vielen anderen Bereichen: *Burns*, *Popular Music* 1987, 1. Eine Hook oder Hookline beschreibt einen besonders eingängigen Bestandteil eines Musikwerkes. Sie ist häufig Basis für sog. *involuntary musical imagery* (INMI), was etwa ugs. dem „Ohrwurm“ entspricht.

auch in der ökonomischen Bedeutung für den Verkauf eines Musikwerks ein besonders hoher Stellenwert zugemessen.⁶²⁶

Diese Bedeutung der melodischen Elemente für die Identifikation ist keine subtile musikalische Erkenntnis. Man stelle sich etwa vor, einer anderen Person von einem bekannten Musikstück zu erzählen, deren Namen das Gegenüber nicht kennt. Oft wird wohl darauf zurückgegriffen, bekannte Tonfolgen zu singen, zu summen oder zu pfeifen – seltener den Rhythmus zu klatschen oder die Harmonie nachzuahmen.⁶²⁷

Die häufig bedeutsame Rolle der Melodie, nämlich als eine Art „Markenzeichen“ eines Musikstückes, könnte vor diesem Hintergrund aus einer besonderen ökonomischen Schutzbedürftigkeit heraus argumentiert einen besonderen Schutz erforderlich machen.⁶²⁸

d. Kritische Würdigung der Begründungswege

Der Ursprung des besonderen Melodienschutzes lag zusammenfassend bei einem sehr konkreten praktischen und wirtschaftlichen Problem, dann wurde der besondere Melodienschutz zu einer Norm, die für Rechtssicherheit in der Unterhaltungsmusik sorgen sollte, und er endete zuletzt mit einer abstrakten Begründung, die sich an der Bedeutung der Melodie für die Musik misst. Im Kontext neuerer Musikentwicklung und auch einer Weiterentwicklung des Urheberrechts wurde allerdings eine Neubewertung notwendig.

In der Tat sind Verarbeitungen von Melodien häufig. Sie sind auch Bestandteil typischer musikalischer Arbeit. Tatsächlich können sie auch im Zu-

626 *Canaris*, Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 66 f.; *Brunner*, Melodienschutz, 2013, 183 f.; *Engh*, in: *Gensch/Stöckler/Tschmuck* (Hrsg.), Musikrezeption, Musikdistribution und Musikproduktion: Der Wandel des Wertschöpfungsnetzwerks in der Musikwirtschaft, 293, 304. Siehe aber auch die Ausführungen von *Frieler/Jakubowski/Müllensiefen*, in: *Auhagen/Bullerjahn/von Georgi* (Hrsg.), Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft für Musikpsychologie. Band 25: Musikpsychologie – Anwendungsorientierte Forschung, 41 dafür, dass sich der Musikerfolg schwerlich auf bestimmte Melodieparameter zurückführen lässt; mit eher entgegenstehender Annahme *Canaris*, Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 66.

627 Daran orientieren sich etwa auch moderne Möglichkeiten der Musiksuche (sog. „query-by-humming“ (QBH)) vgl. *Ghias u.a.*, ACM Multimedia 1995, 231; ferner *Makarand/Parag*, in: *Bhalla u.a.* (Hrsg.), Intelligent Computing and Information and Communication, 373.

628 Vgl. *Liebscher*, Schutz der Melodie, 2007, 37 ff.; zurückhaltender *Brunner*, Melodienschutz, 2013, 133 f. Nicht zum Melodienschutz, aber allgemein zur steigenden Bedeutung des Reputationsschutzes im Urheberrecht *Klass*, ZUM 2015, 290, 303.

ge musikalischer Bearbeitung weiterhin erkennbar hervortreten, obwohl einige Parameter an ihnen ausgewechselt wurden. Allerdings rechtfertigt eine hohe Wandlungsfähigkeit allein noch nicht die Behauptung, dass auch urheberrechtliche Interessen schneller verletzt werden können. Die Interessen, die an einem musikalischen Werk hängen, gehen nämlich nicht Hand in Hand mit der reinen Möglichkeit, das Werk zu benutzen. Die Interessenlage hängt von der konkreten Art der Weiterverwendung und insbesondere von der Frage ab, ob sich der übernommene Bestandteil überhaupt noch im Werk niederschlägt. Diese Abwägung zu treffen war gerade die Zielrichtung des § 24 Abs. 1 UrhG a.F., die sich vor allem in der Verblässenslehre ausdrückt.⁶²⁹ Innerhalb der dortigen Abwägung wurde ja bereits berücksichtigt, ob ein Werkelement wandlungsfähig ist, also trotz Änderung noch die wesentlichen Parameter der ursprünglichen Gestalt beinhaltet. Aus ähnlichen Gedanken heraus kann das ökonomische Argument entkräftet werden, dass die Melodie aufgrund ihrer Repräsentationsfunktion eines besonderen Schutzes bedürfe. Die Repräsentationsfunktion folgt gerade aus der besonderen Erkennbarkeit der Melodie für die Verkehrskreise. Was so klar für die Verkehrskreise erkennbar ist, „verblasst“ aber in der Regel nicht.

Weder Wandlungsfähigkeit noch Repräsentationsfunktion sprechen also klar für die besondere Schutzbedürftigkeit. Besonders deutlich zeigt sich das an der Gattung der Variation, bei der ein melodisches Thema – wohl regelmäßig eine Melodie im Rechtssinne – in unterschiedlicher Art und Weise erkennbar variiert wird. Einerseits gilt die Variation als typisches Beispiel der besonderen Wandlungsfähigkeit einer Melodie, andererseits dient sie als Paradebeispiel eines über die Strenge schlagenden Melodienschutzes.⁶³⁰ Bei genauer Betrachtung zeigt sich aber, dass eine Melodieübernahme in der Variation, die eine fremde geschützte Melodie verwendet und nach ihrer typischen Gestaltung die Melodie ins Zentrum des Schaffens setzt, schon nie im Sinne von § 24 Abs. 1 UrhG a.F. „verblasst“ konnte. § 24 Abs. 1 UrhG a.F. war also schon deshalb nicht anwendbar, weil die Variation kein subsumierbarer Anwendungsfall einer freien Benutzung im Sinne der vorherrschenden Auslegung des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. war; der besondere Melodienschutz hatte dabei keinerlei Bedeutung.

629 Vgl. oben A.I.2.c.

630 Vgl. *Peter*, Freie Benutzung und abhängige Nachschöpfung, 1959, 72 ff.; *Schlingloff*, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 102 f.; *von Noé*, Die Musik kommt mir äußerst bekannt vor, 1985, 43–45.

Das Problem, dass mit einer besonderen Weite des Schutzbereichs kreative Gattungen verhindert werden können, die über lange Zeit kulturelles Schaffen prägten, besteht zwar durchaus, es war und ist aber in diesem Fall kein Problem des Melodienschutzes.⁶³¹ Die Variation war nach der alten Rechtslage (wie auch nach der neuen) schon von § 23 UrhG erfasst, ohne dass die Frage des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. aufkommt.

Vor diesem Hintergrund ist es zusammenfassend nicht überzeugend, dass die Wandlungsfähigkeit *per se* ein Mehr oder Weniger an Schutz der Melodie erfordern und begründen kann. Die Wandlungsfähigkeit der Melodie mag Auswirkungen auf die Quantität der Grenzfälle von freier Benutzung haben, ändert aber an der juristischen Bewertung nichts, da die hier vorzunehmende Abwägung von Konzepten wie dem „Verblassen“ aufgefangen wird. Eine besondere „Empfindlichkeit“ der Melodie ist aus urheberrechtlicher Sicht damit nicht vorhanden.

Nicht anders verhält es sich mit ihrer Bedeutung für den Erfolg von Musikstücken und als Markenzeichen. Die regelmäßig bessere Erkennbarkeit und Bedeutung im Rahmen von „Hooks“ oder „Ohrwürmern“ darf den Blick nicht darauf verstellen, dass andere Elemente im Einzelfall genauso charakteristisch sein können.⁶³² Wichtig ist, dass sich dieser Faktor der Charakteristik im rechtlichen Kontext widerspiegelt, sofern er Auswirkung auf die Interessenlage hat.

Gerade die neuere Musikentwicklung zeigt ferner, dass Musik – auch populäre Musik – ihren Schwerpunkt nicht auf melodisch-charakteristischen Elementen haben muss.⁶³³ Charakteristische und auch originelle Elemente

631 *Schlingloff*, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 103 argumentiert zwar, die Variation sei heutzutage bedeutungslos und dies sei keine Folge des Melodienschutzes. Die hierfür bemühte empirische Begründung begegnet aber gewissen Unklarheiten. Als Begründung wird eine vom Autor durchgeführte Umfrage angeführt. Weder Rohdaten, Befragungsmethode, Anzahl der Befragten, Anzahl der Rückmeldungen, Auswertungsmethode der Daten noch vorgegebener Zeitraum für die Mitteilung von Zu- oder Abnahmen der Variationen wurden im Rahmen des Nachweises veröffentlicht.

Entwicklungen im Jazz und anderen Genres zeigen, dass der Melodiebearbeitung auch nach 1900 eine erhebliche künstlerische Bedeutung zukommt, die durch die strenge Sonderstellung von § 24 Abs. 2 UrhG a.F. Gefahr laufen, verhindert oder von der kreativen Betätigung abgeschreckt zu werden, vgl. *Canaris*, Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 91.

632 Vgl. *Burns*, Popular Music 1987, 1.

633 Siehe hierzu ebd. *Burns* statuiert dabei „*The hook is ‘what you’re selling’*.“ Diese Aussage und die darauf folgende – nicht nur auf Melodien bezogene – Untersuchung, worin die Hook bestehen kann, macht besonders deutlich, dass die Fokussierung alleine auf die

liegen in rhythmusbetonten Genres wie dem Hip-Hop oder R'n'B gerade nicht in der Ausgestaltung eines melodischen Refrains. Es erklärt sich kaum, weshalb solche Elemente eine nach urheberrechtlichen Kategorien andere Stellung einnehmen sollen als Melodien.

Die Problematik mit den Musikalienhändlern war schon vor 1965 gelöst, da die freie Benutzung enger verstanden wurde.⁶³⁴ Spätestens mit dem Urheberrechtsgesetz wurde auch die historische Konzeption von einer strengen regulatorischen Norm nicht mehr bekräftigt. Stattdessen wurde eher der deklaratorische Charakter der Norm zur Rechtssicherheit hervorgehoben. Ob die ursprüngliche Zweckbestimmung aus der Zeit des Deutschen Kaiserreichs auch nach 1965 noch eine relevante Rolle spielen kann, ist daher zu bezweifeln.

Aber auch die Befürchtung von Melodieausbeutungen zur Entstehung des Urheberrechtsgesetzes in den 60er-Jahren kann mangels besonderer Empfindlichkeit der Melodie keine Sondernorm rechtfertigen. Denn auch bei anderen charakteristischen oder zur Bearbeitung gut geeigneten musikalischen Elementen ist keine Ausbeutung aufgefallen, obwohl zahlreiche melodiearme Genres die populäre Musik prägen. Ganz im Gegenteil zeigen jüngere Debatten um die rechtliche Bewertung von Sampling, wie unabhängig vom Melodienschutz eine an der Wiedererkennbarkeit orientierte Beurteilung stattfinden kann.

e. Ergebnis

Die Abschaffung des besonderen Melodienschutzes in § 24 Abs. 2 UrhG a.F. stellt also jedenfalls dann keinen Fehler dar, wenn man die Abgrenzungspraxis von Bearbeitung und freier Benutzung in den letzten Jahrzehnten betrachtet. Die Aufhebung von § 24 Abs. 2 UrhG a.F. ist vielmehr die logische Folge einer Einordnung der Melodie in ein Abgrenzungssystem, das bereits von sich aus die Wandlungsfähigkeit und Erkennbarkeit berücksichtigt. Insofern bedurfte es schon in den letzten Jahrzehnten keines Melodienschutzes mehr wie es – mit aller historischer Vorsicht – vielleicht noch im Rahmen des LUG von 1901 der Fall war.

Melodie nur bedingt als alleiniges Repräsentationsobjekt des ökonomischen Wertes eines Musikwerks gelten kann. Vgl. auch *Pötzlberger*, Kreatives Remixing, 2018, 174.

634 Das bemerkte bereits in den ersten Jahrzehnten nach Einführung des Melodienschutzes *Hammer*, Melodie nach § 13 Absatz II, 1917, 57.

IV. Zusammenfassung

Was den musikalischen Schutzgegenstand von allen anderen Schutzgegenständen in der Bestimmung des Schutzbereiches bislang unterschied, war die zweigleisige vorgehensweise bei der Prüfung des § 24 UrhG a.F. (Abb. 7). Stand die Benutzung einer Melodie zur Debatte, waren im Detail andere Fragen zu stellen als bei anderen Werkelementen, nämlich die des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. statt des § 24 Abs. 1 UrhG a.F.



(Abbildung 7)

Die beiden Absätze des § 24 UrhG a.F. waren aus einer den klassischen Auslegungsgrundsätzen folgenden Interpretation heraus in ihrer tatsächlichen Bedeutung für die urheberrechtliche Praxis kaum noch zu erfassen ohne den Blick auf umfassende Rechtsprechung und Literatur. Aus § 24 Abs. 1 UrhG a.F. – also für alle musikalischen (und auch nicht-musikalischen) Werkelemente außer der Melodie – konnte sich schwerlich eine klare und widerspruchsfreie Linie der Auslegung ergeben, die dem Begriff der Selbständigkeit klare, kohärente Kriterien unterordnet. Vielmehr oszillierte die Norm zwischen weniger bedeutender Klarstellungsfunktion, zentraler Schutzbereichsbestimmung und Schrankenfunktion, die mal auf Kreativität, mal auf Meinungsfreiheit zielte. Die Rechtsprechung formte daraus unter der fragwürdigen Gleichsetzung von Konzepten wie Verblassen, Abstand und Selbständigkeit gleichzeitig die Begrenzung der Bearbeitung (stets schöpferisch) und die Parodieschranke (nicht zwingend schöpferisch). Der befürchtete in sich

widersprüchliche Hybrid in § 24 UrhG a.F. war so betrachtet schon länger Wirklichkeit.⁶³⁵ Wo die Grenzen der musikalischen Bearbeitung hiernach liegen sollten, konnte daher nur differenziert nach den dahinterstehenden Abgrenzungsfragen von Verblässen, Abstand und Selbständigkeit beantwortet werden.⁶³⁶ § 24 UrhG a.F. selbst spielte in seinem Wortlaut eine eher untergeordnete Rolle.

Der direkt an § 24 Abs. 1 UrhG a.F. anknüpfende Melodienschutz des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. sorgte zwar zumindest bei Melodien für eine gewisse Rechtsklarheit, stand aber gleichzeitig unter einem enormen Rechtfertigungsdruck, da er nach seinem Wortlaut andere Maßstäbe für gleichermaßen schutzfähige Werkteile anlegte. Außerdem wurde auch hier die Bedeutung in sich widersprüchlich, wenn sie sich auf § 24 Abs. 1 UrhG a.F. beziehen sollte, aber nicht auf die darin angeblich erfasste Parodie.⁶³⁷

Die neue Situation zeichnet zumindest in Teilen ein anderes Bild:

Die zweigleisige Vorgehensweise innerhalb der Bearbeitungsgrenzen besteht nicht fort. Auch wenn noch ein historisches Überbleibsel der Melodie dem UrhG erhalten blieb (§ 23 Abs. 1 S. 1 UrhG), ist nun ein einheitlicher Rahmen geschaffen, der nicht zwischen Melodien und anderen Werken oder Werkteilen unterscheidet. Dieser einheitliche Rahmen ist zu begrüßen, da eine besondere Schutzbedürftigkeit der Melodie gegenüber anderen Werkteilen nicht (mehr) ersichtlich ist und das moderne Urheberrecht die Defizite bereits allgemein überwunden hat, die eine Einführung des besonderen Melodienschutzes erforderlich erschienen ließen.⁶³⁸

Die weiten Spielräume hinsichtlich der Bestimmung einer Bearbeitungsgrenze wurden indes auch in der neuen Fassung des § 23 UrhG nicht gesetzlich konkretisiert.⁶³⁹ Der Abstandsbegriff zeigt sich als unbestimmter Rechtsbegriff mit erheblichem Auslegungspotential, was nur unwesentlich konkreter als die vorherige Regelung des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. erscheint. Die innere Widersprüchlichkeit des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. dürfte zwar mit der nun neuen Rechtslage des § 23 UrhG im Zusammenspiel mit § 51a UrhG entzerrt worden sein,⁶⁴⁰ allerdings fordern wohl die dort formulierten abstrakten Begrifflich-

635 Hilty, in: *Dreier/Peifer/Specht* (Hrsg.), FS Schulze, 127, 130.

636 Siehe oben A.I.2. und 3.

637 Vgl. *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, 4. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 60.

638 Siehe A.III.2.

639 Siehe A.III.1.

640 Zurückhaltend noch *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: *BeckOK-UrhR*, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, Einführung zum UrhG Rn. 57.

keiten – zumindest momentan – die Auslegung in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis nicht weniger heraus als es § 24 Abs. 1 UrhG a.F. tat.

B. Der Schutzbereich und das Unionsrecht

Dass § 24 UrhG a.F. schon aus sich heraus schwer verständlich und lange Jahre inhaltlich umstritten war, sollte nicht über den Ursprung der letzten Debatte zu § 24 UrhG a.F. hinwegtäuschen, die schließlich in dessen Abschaffung endete. Den Anstoß gaben nicht etwa materielle Schwierigkeiten im Umgang mit § 24 UrhG a.F., sondern unionsrechtliche Einflüsse.⁶⁴¹

Das Unionsrecht kennt zwar keine ausdrückliche Regelung der Bearbeitung und freien Benutzung, doch gerade dieser Umstand in Verbindung mit einem (jedenfalls lange Zeit) wenig geklärten Harmonisierungsgrad durch die InfoSoc-Richtlinie lässt zwei komplexe Fragen aufkommen: Regelt das Unionsrecht auch den Schutzbereich vollständig? Und wenn ja: Welche Konsequenzen ergeben sich hieraus?

I. Schutzbereichsbestimmung unionsrechtlich gedacht?

§ 24 UrhG a.F. zeigte sich als komplexes Gefüge, das Abwägungen im Grenzbereich der §§ 15 ff. UrhG gewährleistet, aber nach der Praxis auch klassische Schrankenbereiche wie die Parodie mitregelte. Schon im Zusammenhang mit dem Schrankenbereich der Parodie bestanden seit geraumer Zeit erhebliche Einflüsse des Unionsrechts auf die Norm.⁶⁴² Insofern erscheint es nicht selbstverständlich, dass konkretere Vorlagefragen zu § 24 UrhG a.F. und deren Vereinbarkeit mit der InfoSoc-Richtlinie erst wenige Jahre vor der Abschaffung des § 24 UrhG a.F. mit der Urheberrechtsreform von 2021 an Brisanz gewannen. Maßgeblich für diese Brisanz verantwortlich war wohl die *Pelham*-Entscheidung des EuGH 2019 und ihre langwierige Vorgeschichte zu *Metall auf Metall*.

641 Eine vollständige gedankliche Trennung der materiellrechtlichen Schwierigkeiten und der unionsrechtlichen Implikationen ist indes nicht möglich, wie sich im Folgenden zeigen wird.

642 Siehe *EuGH*, Urt. v. 3. September 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 (= GRUR 2014, 972) – *Deckmyn/Vandersteen*; *BGH* GRUR 2016, 1157 – *auf fett getrimmt*.

1. Die *Pelham*-Entscheidung und § 24 Abs. 1 UrhG a.F.

Im Rahmen der rechtlichen Auseinandersetzung zwischen *Moses Pelham* und der Band *Kraftwerk* zum Sampling wurde dem EuGH die Frage der Europarechtskonformität von § 24 Abs. 1 UrhG a.F. sozusagen auf dem Silbertablett präsentiert.

Ausgangspunkt in Bezug auf die zentrale Norm der freien Benutzung war die Frage, ob die Mitgliedstaaten eine Bestimmung wie § 24 Abs. 1 UrhG a.F. vorsehen können, die klarstellt, dass der Schutzbereich des Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechts eines Tonträgerherstellers „in der Weise immanent beschränkt ist, dass ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung seines Tonträgers geschaffen worden ist, ohne seine Zustimmung verwertet werden darf“.⁶⁴³

Die dogmatische Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG a.F. als Schranke oder Schutzbereichsbestimmung ist kein neues Problem, wurde aber gerade in den letzten Jahren ein stark diskutierter Streitpunkt.⁶⁴⁴

Die äußere Systematik des UrhG spricht stark dagegen, dass § 24 Abs. 1 UrhG a.F. eine klassische Schranke nach dem Urheberrechtsverständnis des deutschen Gesetzgebers darstellte.⁶⁴⁵ Schranken befinden sich klassischerweise in den §§ 44a ff. UrhG. Es überrascht daher nicht, dass der BGH im Rahmen der Vorlageentscheidung klar durchblicken ließ, § 24 Abs. 1 UrhG a.F. sei „eine immanente Beschränkung des Schutzbereichs“.⁶⁴⁶ Die Norm zähle mithin gerade nicht zu den Schranken des Urheberrechts.⁶⁴⁷ Dies ist wohl auch als Einschätzung des BGH dahingehend aufzufassen, dass es zwar keine unionsrechtliche Entsprechung der Norm geben mag, gleichwohl aber auch Art. 5 InfoSoc-Richtlinie nach BGH-Meinung nicht einschlägig sei. Art. 5 InfoSoc-Richtlinie befasst sich mit Ausnahmen und Beschränkungen, die im Falle ihrer Umsetzung regelmäßig in den oben genannten §§ 44a ff. UrhG zu finden sind.

643 BGH GRUR 2017, 895, Rn. 27 und 3. Vorlagefrage – *Metall auf Metall III*.

644 Einen ausführlichen Überblick zum Meinungsstand bietet: Pötzlberger, *Kreatives Remixing*, 2018, 160.

645 Abschnitt 4: Inhalt des Urheberrechts; Unterabschnitt 2: Verwertungsrechte – nicht aber in Abschnitt 6: Schranken des Urheberrechts durch gesetzlich erlaubte Nutzungen.

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

647 Ebd.

Die Vorlagefrage war ferner auf die spezielle Situation zur analogen Anwendung auf Tonträgerhersteller formuliert.⁶⁴⁸ Hauptsächlich in Bezug auf diese analoge Anwendung im Bereich der Tonträgerhersteller zeigte der BGH in der Begründung Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. mit dem Unionsrecht.⁶⁴⁹ Auch dieser konkrete Bezug auf die analoge Anwendung der Norm im Tonträgerherstellerrecht lässt vermuten, dass der BGH die allgemeine Unionsrechtskonformität der Norm nicht infrage stellen wollte. Der EuGH nutzte aber die Gelegenheit, sich umfassender zu § 24 Abs. 1 UrhG a.F. zu äußern.

Der Vorlagefrage entsprechend zielt die Entscheidung des EuGH im Ausgangspunkt auf das Tonträgerherstellerrecht ab:

„Ein Mitgliedstaat darf in seinem nationalen Recht keine Ausnahme oder Beschränkung in Bezug auf das Recht des Tonträgerherstellers aus Art. 2 Buchst. c der Richtlinie 2001/29 vorsehen, die nicht in Art. 5 dieser Richtlinie vorgesehen ist.“⁶⁵⁰

Jedenfalls im Tonträgerherstellerrecht wäre die von § 24 Abs. 1 UrhG a.F. angestrebte Einschränkung des Schutzbereiches für selbständige Werke also unionsrechtswidrig.

Die Reaktionen auf die Entscheidung setzten unterschiedliche Akzente: Während die einen mit dem Urteil die Unionsrechtswidrigkeit von § 24 Abs. 1 UrhG a.F. klargestellt sahen,⁶⁵¹ meinten andere, dass die Entscheidung weniger am *Status quo ante* ändere; § 24 Abs. 1 UrhG a.F. sei nicht als unionsrechtswidrig anzusehen.⁶⁵²

Die letztgenannte Auffassung scheint dabei zunächst insofern überzeugend, als dass der EuGH eine auf das Tonträgerherstellerrecht bezogene Vorlagefrage auch mit Bezug auf das Tonträgerherstellerrecht beantwortete. Schon die Fokussierung auf Art. 5 InfoSoc-Richtlinie lässt aber grundlegende Probleme des EuGH mit § 24 Abs. 1 UrhG a.F. erahnen, die in der Begründung dann deutlicher zum Ausdruck kommen. Der EuGH zeigt zwar, dass er die Ausführungen zur dogmatischen Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG a.F.

648 BGH GRUR 2017, 895, Rn. 27 und 3. Vorlagefrage – *Metall auf Metall III*.

649 BGH GRUR 2017, 895, Rn. 24 ff. – *Metall auf Metall III*.

650 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929) – *Pelham/Hütter* in der Beantwortung der dritten Vorlagefrage.

651 *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1011, 1014 f.; *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1093.

652 *Schulze*, NJW 2019, 2918; *Stieper*, GRUR 2020, 699.

durchaus berücksichtigt hat,⁶⁵³ aber diesen wohl nicht folgen wollte. Entscheidend war für ihn nicht das Schrankenverständnis des UrhG, sondern das der europäischen Richtlinien.⁶⁵⁴

Der EuGH leitet in den Entscheidungsgründen aber faktisch in eine grundsätzlichere Frage der Konformität mit dem Unionsrecht über. Er betont, dass die in Art. 5 Abs. 2–4 InfoSoc-Richtlinie vorgesehenen Schranken abschließend seien und es den Mitgliedstaaten eben nicht freistehe, Ausnahmen außerhalb der genannten Regelungen zu treffen.⁶⁵⁵ Die dort genannten Ausnahmen und Beschränkungen sind im Wesentlichen explizit in den §§ 44a ff. UrhG umgesetzt worden. Eine der damaligen Ausnahmen bildete die bis zur *Pelham*-Entscheidung noch nicht umgesetzte Parodieschranke (Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie). Deren Fallkonstellationen wurden, wie oben gezeigt, mit § 24 Abs. 1 UrhG a.F. erfasst.⁶⁵⁶

Es findet sich in den Art. 5 Abs. 2–4 InfoSoc-Richtlinie keine Regelung, die § 24 Abs. 1 UrhG a.F. dem Wortlaut nach oder in konzeptueller Hinsicht ähnlich ist. Dementsprechend überzeugt es aus der Nähe betrachtet nicht, dass sich die vom EuGH genannte Unionsrechtswidrigkeit des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. lediglich auf die Anwendbarkeit im Tonträgerherstellerrecht bezieht. Die Art. 5 Abs. 2–4 InfoSoc-Richtlinie gelten eben nicht nur für das Tonträgerherstellerrecht, sondern für sämtliche Urheberrechtsbereiche.

Daneben weist der EuGH sogar in Rn. 62 auf die unionsrechtliche Kodifizierung des Drei-Stufen-Tests im Unionsrecht (Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-Richtlinie) hin. Der EuGH hätte ohne Not diesen Hinweis auslassen können, wenn er kein grundsätzliches Problem der Vereinbarkeit von § 24 Abs. 1 UrhG a.F. mit dem Drei-Stufen-Test gesehen hätte. Auch diese Begründung kann für das Tonträgerherstellerrecht kaum anders zu werten sein als für das Urheberrecht im engeren Sinne. Dass der EuGH die unklare Lösung über § 24 UrhG a.F., die wegen des ungeklärten Selbständigkeitsbegriffs im Zentrum des Wortlauts scheinbar maßlos dehnbar war, grundsätzlich nicht mitgehen wollte, ist insofern nicht ganz unverständlich. Auch der EuGH zeigt sich wie das BVerfG in den jüngeren Urteilen zwar nicht resistent gegenüber Abwä-

653 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 56 – *Pelham/Hütter*.

654 Vgl. *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 57 – *Pelham/Hütter*.

655 Insofern unmissverständlich *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 58, 63 f. – *Pelham/Hütter*.

656 Siehe oben A.I.2.b.; später noch näher zur Parodie als eigenständiger Schranke unter C.II.

gungen zugunsten des kulturellen Schaffens.⁶⁵⁷ Gleichzeitig die Fälle der fehlenden Wiedererkennbarkeit des ursprünglichen Werks im Neuen (also das eigentliche Verblassen) und die Parodie in einer Norm erfassen zu wollen, war und ist aber aus unionsrechtlicher Sicht ein durchaus fragwürdiges Unterfangen.⁶⁵⁸

2. Grenzüberschreitung durch die unionsrechtliche Einflussnahme auf den Schutzbereich?

Doch durfte der EuGH überhaupt auf Grundlage der InfoSoc-Richtlinie in diesem Bereich Entscheidungen treffen, die den Schutzbereich generell betreffen? Inwieweit die Abgrenzung von einer freien Benutzung und Bearbeitung Sache des europäischen Gesetzgebers ist, geht aus der InfoSoc-Richtlinie zumindest nicht eindeutig hervor. In Art. 2 InfoSoc-Richtlinie ist zwar die Vervielfältigung geregelt, eine explizite Regelung des Bearbeitungsrechts sucht man allerdings vergeblich.

a. Europäische Vervielfältigung und deutsche Bearbeitung

Wirft man einen Blick in andere Richtlinien, die spezifische Bereiche des Urheberrechts harmonisieren, wird deutlich, dass die Unterscheidung von Vervielfältigung und Bearbeitung dem Recht der EU nicht grundsätzlich fremd ist. Sowohl Art. 5 lit. b Datenbank-Richtlinie als auch Art. 4 Abs. 1 lit. b Computerprogramm-Richtlinie enthalten eine solche gesonderte Erwähnung des Bearbeitungsrechts.⁶⁵⁹

657 Vgl. *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929) – *Pelham/Hütter*; *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (= GRUR 2019, 934) – *Funke Medien/BRD*; *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (= GRUR 2019, 940) – *Spiegel Online/Volker Beck* und sogleich.

658 Zwar dient beides dem Zweck, kulturelles Schaffen zu ermöglichen, allerdings zeigt sich im Einzelnen ein schwerwiegender Unterschied. Einerseits geht es (im Fall des Verblassens im engeren Sinne) um die Fortentwicklung des kulturellen Schaffens, das nie geschichtslos ist und stets ältere Aspekte in sich enthält. Bei der Parodie steht aber vielmehr der Aspekt der Auseinandersetzung im Vordergrund, was besonders von der Meinungsfreiheit getragen wird. Die Parodie ist dabei eine freizustellende Bearbeitung im ganz klassischen Sinne (*Platho*, GRUR 1992, 360, 362), das Verblassen will sich aber gerade von der Bearbeitung abgrenzen.

659 *Ohly*, GRUR 2017, 964, 967; *Rosati*, GRUR Int. 2014, 419, 427.

Viel spricht daher auf den ersten Blick dafür, dass die InfoSoc-Richtlinie im Kontext ihrer Entstehung gerade keine Regelung darüber treffen sollte, wo die Grenzen von Bearbeitungen auszumachen sind. Konsequenterweise wird teils vertreten, dass die InfoSoc-Richtlinie die Bearbeitung nicht regelt.⁶⁶⁰ Die Bearbeitung bleibe daher in regulatorischer Hinsicht im Kompetenzbereich der einzelnen Mitgliedstaaten.⁶⁶¹

In diesem Zusammenhang unterscheiden auch weite Teile klar zwischen Bearbeitung und Vervielfältigung, wobei eine Bearbeitung keine Vervielfältigung beinhalte, sondern wohl als *aliud* zu verstehen sein soll.⁶⁶² Hauptunterscheidungsmerkmal einer solchen kategorischen Unterscheidung sei das Ausmaß der Änderung durch den Nutzer eines Werkes und insofern auch die Wesentlichkeit der Änderungen.⁶⁶³ Die Vervielfältigung soll hiernach nur unveränderte oder kaum veränderte Übernahmen von Werken erfassen.⁶⁶⁴ Wesentliche Änderungen, die eine zusätzliche Originalität aufweisen, würden hingegen zu einer Bearbeitung führen.⁶⁶⁵ Auf die Musik angewandt wäre zwar ein Arrangement mit maßgeblichen Umarbeitungen eine Bearbeitung. Würden nur unwesentliche Änderungen (beispielsweise editorische Korrekturen) vorgenommen, läge hingegen eine Vervielfältigung vor.

660 Siehe *Rosati*, GRUR Int. 2014, 419, 427 f.; *Hilty/Senfleben*, in: *Dreier/Hilty* (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, 317, 322; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 1a.

661 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 1a. Vorsichtig in dieser Richtung: *Rosati*, GRUR Int. 2014, 419, 427 f. Siehe auch *Hilty/Senfleben*, in: *Dreier/Hilty* (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, 317, 322 mit Bezug zur Parodie: „Mit dem EU-Recht dürfte der deutsche Ansatz [die Parodie in § 24 Abs. 1 UrhG zu erfassen] gleichwohl vereinbar sein, weil er letztlich beim Bearbeitungsrecht anknüpft, welches vorn EU-Recht nicht erfasst wird. M.a.W. ist den Mitgliedstaaten nicht vorgeschrieben, nach welchen Kriterien sie den Schutzbereich in dieser Hinsicht ausgestalten müssen.“

662 *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 3 Rn. 9: „Von der Vervielfältigung unterscheidet sich die Bearbeitung durch die Umgestaltung eines anderen Werkes, die Vervielfältigung gibt das andere Werk identisch oder weitgehend identisch wieder. Nur unwesentliche Veränderungen einer Vorlage sind Vervielfältigungen, eine Bearbeitung setzt eine wesentliche Veränderung der Vorlage voraus.“; widersprechend aber an anderer Stelle *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 16 Rn. 8: „Vervielfältigung ist nicht nur die identische Wiedergabe, auch die Festlegung eines Werkes in veränderter Form kann Vervielfältigung sein. Das Vervielfältigungsrecht erfasst – soweit eine körperliche Festlegung des Originalwerks erfolgt – auch die Vervielfältigung des Werkes in bearbeiteter oder umgestalteter Form [...]“

663 *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 3 Rn. 9.

664 *Rosati*, GRUR Int. 2014, 419, 427 f.; vgl. – im Ergebnis aber ablehnend – auch *Stieper*, AfP 2015, 301, 302.

665 *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 3 Rn. 9.

Auch die Anlage des UrhG legt *prima facie* nahe, dass Bearbeitung und Vervielfältigung faktisch zwei unterschiedliche Dinge betreffen. § 16 UrhG handelt einzig von der Vervielfältigung, §§ 3, 23 UrhG kommen ohne jegliche Bezugnahme auf die Vervielfältigung aus. Während das Vervielfältigungsrecht auch die Herstellung von Vervielfältigungsstücken umfasst, bleibt bei einer Bearbeitung die Herstellung selbst frei.

Die unterschiedlichen Rechtsfolgen sind allerdings kein eindeutiger Hinweis, könnte doch die Bearbeitung in § 23 UrhG auch schlicht als Begünstigung solcher Vervielfältigungen verstanden werden, die den Tatbestand von § 23 UrhG erfüllen.⁶⁶⁶

Die deutsche Gesetzessystematik lässt ferner nur bedingt Rückschlüsse auf den europäischen Begriff der Vervielfältigung zu, da dieser einen autonomen Begriff des Unionsrechts bildet. Wollte man für die europäischen Richtlinien etwas aus dem Recht der Mitgliedstaaten ableiten, könnte man ebenso argumentieren, dass andere europäische Urheberrechtssysteme gerade einen äußerst weiten Vervielfältigungsbegriff verfolgen, der auch deutliche Veränderungen eines Werkes als Vervielfältigung auffasst.⁶⁶⁷ Außerdem steht eine sehr enge Auffassung der Vervielfältigung als direkte Übernahme dem sonst eher weit gehaltenen Wortlaut des Art. 2 InfoSoc-Richtlinie gegenüber.⁶⁶⁸

b. Werkteileschutz, Vervielfältigung und Bearbeitung

Selbst die Auffassung von der Vervielfältigung als exakter Reproduktion eines Werkes schließt es nicht aus, dass sich Bearbeitung und Vervielfältigung überschneiden können. Deutlich wird das insbesondere dann, wenn die Vervielfältigung und die Bearbeitung nicht von der Frage der Schutzfähigkeit und des Schutzgegenstands losgelöst betrachtet werden, sondern insbesondere den Teileschutz berücksichtigen: Die Vervielfältigung bezieht sich im klassischen Urheberrecht auf Werke, also solche Schutzgegenstände, die nach § 2 Abs. 2 UrhG oder nach der konkretisierenden Auslegung des EuGH

666 Vgl. *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 16 Rn. 8.

667 In einigen Ländern (Niederlande, wohl auch Frankreich) ist die Bearbeitung nach teilweiser Betrachtung auch eine explizite Form der Vervielfältigung, siehe *Rosati*, GRUR Int. 2014, 419, 427.

668 Die Formulierung von Art. 2 InfoSoc-Richtlinie hinsichtlich der Vervielfältigung legt nahe, dass sie weit ausgelegt werden muss. Siehe zur deshalb weit zu verstehenden Auslegung *EuGH*, Urt. v. 16. Juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (= GRUR 2009, 1041), Rn. 42 – *Infopaq/DDF*.

als Werke zu klassifizieren sind. Der Werkbegriff kann auch von einzelnen Werkteilen erfüllt werden, also etwa einer einzelnen Tonfolge in einem Musikstück. Auf solche Werkteile ist nach dem Unionsrecht kein anderer Maßstab anzuwenden als auf einen zusammenhängenden Schutzgegenstand.⁶⁶⁹ Es wäre freilich inkonsequent, wenn ein origineller Bestandteil im Zusammenhang mit anderen Werkteilen keinen Schutz erführe, aber geschützt ist, wenn man ihn vom restlichen Werk trennt. Auf das vorherige Beispiel gewandt bedeutet das: Es wäre inkonsequent, eine originelle Tonfolge nur dann für sich genommen als geschütztes Werk zu betrachten, wenn sie alleine steht – sie erfüllt auch dann den Werkbegriff, wenn sie als Bestandteil eines Musikstückes vorliegt, sozusagen als Werk im Werk.

Bearbeitungen, die viele kleine und *per se* geschützte Elemente eines anderen Werkes unverändert übernehmen, sind danach stets auch eine Ansammlung von Vervielfältigungen. Übernimmt ein Komponist mehrere geschützte Werkteile direkt aus einer fremden Komposition und setzt sie individuell zusammen, liegt einerseits eine Vielzahl von Vervielfältigungen geschützter Werkteile vor, andererseits stellt das Werk aber auch eine Bearbeitung dar.⁶⁷⁰ Ein wesentlich umgestaltendes musikalisches Arrangement etwa enthält notwendigerweise einzelne oft geschützte Werkteile des älteren Werks, wie die Melodie, einzelne Zwischenspiele oder ähnliche Elemente. In der Gesamtbetrachtung würde man allerdings hier kaum über eine exakte Reproduktion sprechen, wenn auch neue schöpferische Aspekte (etwa in Instrumentation oder Harmonisierung) hinzukommen. Ein solches Arrangement ist also in ganz typischer Weise als Bearbeitung nach § 23 UrhG zu betrachten. Die Übernahme einzelner Werkteile ist hingegen eine exakte Reproduktion.

Eine Überschneidung der Werkteilvervielfältigung und der Bearbeitung kann daher kaum negiert werden, nimmt man einen konsequenten Werkteileschutz an. Die Frage, ob eine Bearbeitung oder eine Vervielfältigung vorliegt, ist in diesen Fällen nur eine Frage darüber, ob das Werk als Gesamtheit oder mit der Lupe betrachtet wird.

669 Ausführlich *Benz*, Teileschutz, 2018, 58 und die vorangehende Begründung; *Loewenheim/Leistner*, in: Schrickler/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 2 Rn. 87; eingehend im Kontext der Proportionalität von Werkbegriff und Verwertungsrechten auch *Wypchol*, Die Nutzung des Werks, 2021, 36 ff. Beispielhaft für die EuGH-Rechtsprechung etwa: *EuGH*, Urt. v. 16. Juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (= GRUR 2009, 1041), Rn. 39 – *Infopaq/DDF*.

670 Siehe insofern etwa als klassisches Beispiel den Remix, *Pötzlberger*, Kreatives Remixing, 2018, 125, 133.

c. Verändernde Übernahmen

Ist aber überhaupt eine Bearbeitung denkbar, die keine Nutzung abtrennbarer Werkteile beinhaltet? Was die Musik anbelangt, muss hierfür zunächst klar sein, in welchen Einzelbestandteilen sie betrachtet werden kann.⁶⁷¹ Der „Werkteil“ ist kein rechtstechnischer Begriff und dementsprechend auch nicht abgrenzungsbedürftig vom Werkbegriff als solchem.⁶⁷² Ganz im Gegenteil zielt die Schutzfähigkeit des Werkteils letztlich auf die Frage ab, welcher Bestandteil eines Musikstückes überhaupt unter den Werkbegriff fallen kann.

Hierfür sind mehrere Arten der Abgrenzbarkeit denkbar: Zum einen besteht die Möglichkeit, einzelne Zeitabschnitte eines musikalischen Werkes abzutrennen: beispielsweise könnte das „Intro“ als erster zeitlicher Abschnitt des Rockklassikers „*Smoke on the Water*“ betrachtet und für sich genommen bewertet werden. Zum anderen kann auch innerhalb eines Zeitabschnittes ein bestimmter Bestandteil als schutzfähig erwogen werden, der sich nur wegen seiner musikalischen Gestaltung abtrennen lässt. So lässt sich etwa fragen, ob die Gesangsmelodie des Refrains des deutschen Grand-Prix Titels „Ein bißchen Frieden“ für sich genommen – also unabhängig von der instrumentalen Begleitung – schutzfähig ist.⁶⁷³

In beiden Fällen liegt jedenfalls dann eine Vervielfältigung nach Art. 2 InfoSoc-Richtlinie vor, wenn diese Bestandteile schutzfähig sind und unverändert übernommen werden. Eine Bearbeitung wird zusätzlich dann anzunehmen sein, wenn die Bestandteile nicht nur einzeln vervielfältigt, sondern in ein neues Werk integriert werden und dementsprechend auch in neuem Kontext stehen.⁶⁷⁴

Ob sich Werkteilvervielfältigung und Bearbeitung noch überschneiden, wird dann unklarer, wenn nicht scharf abtrennbare Parameter übernommen werden, die in ihrer Kombination eine Originalität entfalten. Als Beispiel könnte etwa die Melodieführung und Tonart der oben genannten Melodie aus „Ein bißchen Frieden“ übernommen werden, nicht aber Rhythmus und Klanggestaltung. Melodieführung und Tonart sind nicht vollständig von den restlichen Parametern trennbar. Beide Elemente sind nicht hörbar, ohne dabei auch ein zeitliches Element oder einen bestimmten Klang der einzelnen

671 Vgl. insofern auch zum musikalischen Schutzgegenstand in Kapitel 2 A.I.

672 Ahlberg, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 164.

673 BGH GRUR 1988, 812 – *Ein bißchen Frieden*.

674 Siehe insofern die Ausführungen im vorherigen Abschnitt.

Töne zu verwenden. Werden also die obigen Parameter übernommen wird man mit einem engen Vervielfältigungsbegriff kaum von einer direkten Übernahme von *per se* geschützten Werkteilen sprechen können. Solche übernommenen Parameter sind nur dann von der Vervielfältigung umfasst, wenn entweder der Begriff von Werkteilen auch einzelne nicht abtrennbare Parameter betreffen kann oder auch so veränderte Übernahmen, die in Deutschland als Bearbeitung gelten, europäisch noch als (verändernde) Vervielfältigungen zu verstehen wären.⁶⁷⁵ Ob im Nachhinein solche Konstellationen dann als Übernahme einzelner Parameter gewertet werden oder als verändernde Vervielfältigungen, also Übernahmen, die später abgeändert wurden, erscheint arbiträr. Der EuGH und wohl auch der BGH zeigt eine klare Tendenz dazu, derartige Übernahmen als (verändernde) Vervielfältigungen im Sinne des Art. 2 InfoSoc-Richtlinie zu verstehen.⁶⁷⁶

d. Bewertung von verändernden Übernahmen im Allgemeinen

Der Standpunkt, dass der EuGH mangels ausdrücklicher Regelung der Bearbeitung in der InfoSoc-Richtlinie schlicht nicht die notwendige Entscheidungskompetenz hat, erscheint beim Blick auf unionsrechtliche Regelungen zwar nicht abwegig.⁶⁷⁷ Die Befürwortung eines freigehaltenen Bearbeitungsbegriffes auf europäischer Ebene ist vor allem angesichts der Richtlinien, die zwischen Bearbeitung und Vervielfältigung differenzieren, nicht unfundiert.⁶⁷⁸ In diesem Falle verbliebe die Kompetenz des Bearbeitungsrechts im Rahmen der InfoSoc-Richtlinie bei den Mitgliedsstaaten und die Bestimmung über die Grenzen der Bearbeitung wäre Sache des nationalen Gesetzgebers.

Gleichwohl zeigen die obigen Ausführungen auch, dass eine klare Trennung schon dann nicht möglich ist, wenn ein enger Vervielfältigungsbegriff,

675 Ein weit verstandener Begriff der Vervielfältigung, wie in Frankreich oder den Niederlanden sähe wohl auch in diesen veränderten Übernahmen eine Vervielfältigung.

676 Pointiert *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 183; *Senfleben*, IIC 2020, 751, 758 ff. Für den BGH: *BGH GRUR* 2014, 65, Rn. 36 – *Beuys-Aktion*; siehe auch noch vor der oben erörterten *Pelham*-Entscheidung des EuGH: *Walter*, in: *v. Lewinski/Walter* (Hrsg.), *European Copyright Law* 2010, 970; *Stieper*, AfP 2015, 301, 302 und die Prognose bei *Ohly*, *GRUR* 2017, 964, 967.

677 Siehe A.II.2.a.

678 Siehe oben A.II.2.a. und bei *Rosati*, *GRUR Int.* 2014, 419, 427; *Hilty/Senfleben*, in: *Dreier/Hilty* (Hrsg.), *FS 50 Jahre UrhG*, 317, 322.

der vor allem von Befürwortern einer klaren Differenzierung vertreten wird, auf einen konsequenten Werkteileschutz trifft. Ein konsequenter Teileschutz erfordert eine Überschneidung von Bearbeitung und Vervielfältigung etwa im Falle eines oben genannten beispielhaften Arrangements.⁶⁷⁹

Ob auch die Übernahme einzelner nicht abtrennbarer Parameter als Vervielfältigung zu betrachten ist, ist weniger eindeutig. Als Vervielfältigung könnte man sie dann betrachten, wenn man die einzelnen Parameter in ihrer schutzfähigen Kombination als Werkteile betrachtet oder indem man auch verändernde Vervielfältigungen zulässt. Die Grenzen des Teileschutzes und der verändernden Vervielfältigung scheinen hier – zumindest im Falle von Musikwerken – selbst zu verschwimmen.

Hinter allen genannten Konstellationen steht eine gemeinsame Frage: Inwiefern wurden Bestandteile in einem unter Schutzfähigkeitsgesichtspunkten erfassten Umfang übernommen und fixiert? Ob das nun bei klar abgrenzbaren Werkteilen, wie etwa geschützten Melodien, der Fall ist oder bei Parametern, die in ihrer Kombination originell erscheinen, ist für diese Grundfrage in letzter Konsequenz unerheblich. Das spricht für eine einheitliche juristische Behandlung.

Wenn schon im Bereich der direkten Übernahme von Werkteilen die äußere Grenze des Bearbeitungsrechts hin zur freien Benutzung europäisch faktisch mitgeregelt wird, erscheint es daher nur sachgerecht, den Vervielfältigungsbegriff insgesamt weit zu verstehen und so jegliche Formen der Vervielfältigung in veränderter Form zu erfassen.⁶⁸⁰ Eine strikte Unterscheidung von geregelter Vervielfältigung und ungeregelter Bearbeitung auf Ebene der InfoSoc-Richtlinie ist daher wenig zielführend. Obgleich die weitgreifende Harmonisierung des EuGH methodisch teilweise fragwürdig erscheinen mag, ist sie deshalb aus einer pragmatischen Sichtweise heraus verständlich.⁶⁸¹ Der EuGH nimmt daher richtigerweise an, dass auch eine veränderte Übernahme – zumindest bei körperlicher Festlegung – durchaus eine Vervielfältigung darstellt.⁶⁸² Er regelt mit dem unionsrechtlichen Ver-

679 Siehe A.II.2.b und c.

680 *v. Ungern-Sternberg*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 15 Rn. 243: „Da die Verwertungsrechte nach dem Unionsrecht auch Nutzungen des Werkes in veränderter Gestalt erfassen, ist in richtlinienkonformer Auslegung des § 23 S. 1 anzunehmen, dass diese Vorschrift nur den Schutzzumfang der Verwertungsrechte klarstellt und kein eigenes – im Unionsrecht nicht vorgesehenes – Verwertungsrecht enthält.“

681 Parallel hierzu kann wohl auch die Gestaltung eines europäischen Werkbegriffes so aufgefasst werden.

682 *Senfileben*, IIC 2020, 751, 758 ff.

vielfältigungsbegriff der InfoSoc-Richtlinie also generell das mit, was im System des deutschen Urheberrechts als Bearbeitung zu verstehen ist.⁶⁸³

Auch der in deutscher Literatur und BGH-Rechtsprechung vorherrschenden Ansicht, Bearbeitungen enthielten bei körperlichen Fixierungen eine Vervielfältigung, ist daher beizupflichten.⁶⁸⁴

e. Konsequenzen für die Grenzen der Bearbeitung

Eine Regelung, welche die Grenzen der europäischen Vervielfältigung bestimmt, betrifft folglich auch die Grenzen der Bearbeitung im deutschen Urheberrecht.⁶⁸⁵ Die Harmonisierung der Vervielfältigung lässt also nach hier vertretener Auffassung auch auf die weitreichende Harmonisierung der Schutzbereichsbestimmung im Urheberrecht schließen.

Für das Verständnis einer freien Benutzung bedeutet dies vor allem, dass sich mit dem harmonisierten Bereich der Vervielfältigung die Grenzbestimmungen nach langer Unklarheit nun stärker auf die europäischen Richtlinien verlagert. Die reine Betrachtung der deutschen, systematisch teils anders gelagerten Interpretation der §§ 23, 24 UrhG a.F. konnte zuletzt nicht mehr alleiniger Maßstab sein. Fälle der Bearbeitung des § 23 UrhG in seiner jetzigen Fassung können also nicht ohne den Blick auf das europäische Vervielfältigungsrecht beurteilt werden.⁶⁸⁶ Das bedeutet konkret, dass bei der Auslegung des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG der Begriff „Abstand“ nicht unabhängig vom

683 Pointiert *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 183: „Das, was wir mit § 23 S. 1 UrhG als »unfreie Bearbeitung« ansehen, ist unionsrechtlich vom Vervielfältigungsrecht erfasst: Vervielfältigung ist nach Auffassung des EuGH nämlich jede Übernahme des Schutzgegenstandes auch in geänderter, aber noch wiedererkennbarer Form.“ Siehe auch *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2015, 533, 534. Besonders eingängig zu dieser Thematik auch: *Senfileben*, IIC 2020, 751, 758 ff.; in EuGH-Entscheidungen besonders deutlich erkennbar wird dies in *EuGH*, Urt. v. 22. Januar 2015, C-419/13, ECLI:EU:C:2015:27 (= GRUR 2015, 256), Rn. 26–28 – *Allposters/Pictoright* und *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 31 – *Pelham/Hütter*.

684 Vgl. *BGH* GRUR 2014, 65, Rn. 36 – *Beuys-Aktion*; explizit auch *BGH* GRUR 2016, 1157, Rn. 17 – *auf fett getrimmt*: „Dabei handelt es sich bei der Bearbeitung und Umgestaltung um besondere Fälle der Vervielfältigung des Werkes“; *Leistner*, ZUM 2011, 468, 473; *Heerma*, in: *Wandtke/Bullinger*, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 16 Rn. 7; vgl. auch *Loschelder*, GRUR 2011, 1078, 1082 f., der allerdings die Erweiterung der Vervielfältigung auf veränderte Übernahmen erst durch § 23 S. 1 UrhG verwirklicht sieht.

685 Zuletzt auch explizit mit Bezug zu den Bestimmungen der neuen Bearbeitungsgrenze *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 413.

686 So schon *Senfileben*, IIC 2020, 751, 763: „*Adaptation scenarios must be analyzed through the prism of the harmonized right of reproduction.*“

Unionsrecht gelesen werden kann. Fälle, die an der Grenze der Bearbeitung liegen, sind daher ebenfalls mit unionsrechtlichen Regelungen abzugleichen. Ferner zeigt aber gerade das Beispiel des obigen Teileschutzes, dass die dortigen Grenzen keine von der Schutzfähigkeitsfrage losgelösten Aspekte betreffen, sondern eng mit dem europäischen Werkbegriff verwoben sind.

In letzter Konsequenz bedeutet das freilich nicht, dass die Bearbeitung nach § 23 UrhG nicht auch auf europäischer Ebene Bestand hätte.⁶⁸⁷ Ebenso sind manche Abgrenzungskonzepte der freien Benutzung ihrem materiellen Gehalt nach nicht *per se* unionsrechtswidrig.⁶⁸⁸ Lediglich das gewohnte gestufte kategorische Verhältnis von Vervielfältigung, Bearbeitung und freier Benutzung besteht so nach der InfoSoc-Richtlinie nicht.

3. Konsequenzen und Folgefragen

Die konsequente Folgefrage ist vor diesem Hintergrund, wie der Schutzbereich der unionsrechtlichen Vervielfältigung nun bestimmt werden kann. Insbesondere steht in Frage, welche Bedeutung dem „Abstand“ nach § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG zukommt. Eine Norm, die wie § 24 UrhG a.F. oder nun § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG eine negative Abgrenzung des Schutzbereiches vornehmen könnte, ist unionsrechtlich weiterhin nicht vorgesehen.⁶⁸⁹ Insofern besteht auf den ersten Blick unionsrechtlich ein reiner Dualismus von Verwertungsrechten und Schranken.⁶⁹⁰

a. Vervielfältigung unter dem Eindruck der Kunstfreiheit

Der EuGH setzte in der Entscheidung zu *Metall auf Metall* eine neue Einschränkung des Vervielfältigungsrechts in Bezug auf das Tonträgerherstellerrecht ein, die kurz darauf vom Bundesgerichtshof weitgehend übernommen

687 § 23 UrhG stellt vor diesem Hintergrund aber vor allem eine Art Privilegierung der Herstellung bestimmter Vervielfältigungen dar, *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 16 Rn. 8.

688 Siehe hierzu noch detaillierter B.

689 Zu der Forderung vgl. *Leistner*, JZ 2014, 846, 849.

690 Hierzu schon im Vorfeld der *Pelham*-Entscheidung *Ohly*, GRUR 2017, 964, 967: „Es erscheint wahrscheinlich, dass sich der EuGH für die harmonisierungsfreundliche letztgenannte Lösung entscheidet. Wenn dem so ist, dann kann es aus unionsrechtlicher Sicht neben der Bestimmung des Schutzbereichs und der Anwendung des abschließenden Schrankenkatalogs (Art. 5 InfoSoc-RL) kein Drittes geben.“

wurde.⁶⁹¹ Danach soll auch die Übernahme kurzer Audiofragmente als Vervielfältigung eines Tonträgers gelten, „es sei denn, dass dieses Fragment in den anderen Tonträger in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form eingefügt wird“.⁶⁹²

Der methodische Weg zu dieser Ausnahme ist teils fragwürdig: Begonnen wird noch mit einer aus sich heraus schlüssigen Auslegung nach dem „Wortlaut“ des Art. 2 der InfoSoc-Richtlinie als „Vervielfältigung eines – auch nur sehr kurzen – Audiofragments eines Tonträgers durch einen Nutzer grundsätzlich als eine ‚teilweise‘ Vervielfältigung dieses Tonträgers im Sinne dieser Bestimmung anzusehen“.⁶⁹³ Der EuGH hebt also zunächst auf den meist sehr weit verstandenen Wortlaut des Art. 2 InfoSoc-Richtlinie ab. In der Tat scheint der Wortlaut durch die antonymischen Nennungen alle Vervielfältigung im weitesten Sinne des Wortes erfassen zu wollen. Aufgezählt wird nämlich jede „unmittelbare oder mittelbare, vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigung auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise“ (Art. 2 InfoSoc-Richtlinie). Diese „wörtliche Auslegung“ entspreche insbesondere auch den Zielen der Richtlinie.⁶⁹⁴

Bis zu diesen Ausführungen wirken die Ausführungen des EuGH nicht so, als lasse der Richtlinientext irgendwie geartete Ausnahmen der Vervielfältigung zu. Denn auch die geänderte und nicht wiedererkennbare Übernahme eines Fragmentes entspricht dieser Grundregel. Umso erstaunlicher ist es, dass sich der EuGH zur Begründung dieser Ausnahme darauf stützt, dass derartige Übernahmen „dem Sinn dieses Begriffes [Vervielfältigung] nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch“ widersprechen.⁶⁹⁵ Der EuGH differenziert folglich zwischen dem Wortlaut und dem gewöhnlichen Sprachgebrauch und kommt bei beiden zu unterschiedlichen Ergebnissen. Diese Unterscheidung und insbesondere der Vorrang des gewöhnlichen Sprachgebrauchs im vorliegenden Kontext ist methodisch fragwürdig.⁶⁹⁶

691 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 26 ff. – *Pelham/Hütter*; BGH GRUR 2020, 843, Rn. 25 ff. – *Metall auf Metall IV*.

692 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 31 – *Pelham/Hütter*.

693 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 29 – *Pelham/Hütter*.

694 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 30 – *Pelham/Hütter*.

695 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 37 – *Pelham/Hütter*.

696 Gleichwohl können schon im Grundsatz unionsrechtliche Auslegungsparameter methodisch kaum mit der Auslegungsdogmatik deutscher Tradition gleichgesetzt wer-

Ebenso wichtig und auch schlüssiger ist aber wohl der zweite Argumentationsstrang: ein weiterer Grund für die Ausnahme ist das Ziel eines angemessenen Ausgleichs, der innerhalb der Richtlinie verwirklicht werden soll.⁶⁹⁷ Maßgeblich steht hier das Grundrecht der künstlerischen Freiheit im Zentrum. Die vom EuGH kaum detaillierter beschriebene Abwägung fand mit den vor allem ökonomisch geprägten Zielen der Norm statt. Das betrifft insbesondere den Investitionsschutz und ein hohes Schutzniveau für das Urheberrecht sowie verwandte Schutzrechte, das der EuGH häufiger in diesem Zusammenhang als erstrebenswertes Ziel angab.⁶⁹⁸

b. Auswirkung von Grundrechten auf Unionsrechtsebene

In ähnlicher Weise wie sich die Grundrechte hier in einer Abwägung beschränkend für die Auslegung der Verwertungsrechte auswirken können, bieten sie im Bereich der Schranken die Möglichkeit, auf eine weite Auslegung hinzuwirken.⁶⁹⁹ Das Potential, eine Benutzung aus grundrechtlicher Abwägung heraus zu ermöglichen, bietet also zum einen die oben genannte Beschränkung des Vervielfältigungsrechts und andererseits auch die Ausweitung der Schranken.

Eine Grundrechtsabwägung im Sinne einer freien richterlichen Abwägung ist zwar ausgeschlossen.⁷⁰⁰ Insofern können Grundrechte außerhalb von Art. 5 InfoSoc-Richtlinie auch keine direkte Schrankenwirkung entfalten.⁷⁰¹ Gleichzeitig deutet die flexiblere Auslegung von Schutzbereich und Schran-

den, *Baldus/Raff*, in: *Gebauer/Teichmann* (Hrsg.), *Europäisches Privat- und Unternehmensrecht* (Enzyklopädie Europarecht, Bd. 6), 153, 165 Rn. 38.

697 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 37 – *Pelham/Hütter*.

698 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 30 – *Pelham/Hütter*, basierend auf den Erwägungsgründen 4, 9 und 10 InfoSoc-Richtlinie.

699 Kritisch *Kaiser/Scheuerer*, GRUR Int. 2019, 1153, 1157. Gleichzeitig werden aber auch nicht über Art. 5 InfoSoc-Richtlinie hinaus neue Schrankenmöglichkeiten eröffnet, vgl. *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (= GRUR 2019, 934), Rn. 55 ff. – *Funke Medien/BRD*; *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (= GRUR 2019, 940), Rn. 40 ff. – *Spiegel Online/Volker Beck*.

700 Siehe *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (= GRUR 2019, 934), Rn. 55 ff. – *Funke Medien/BRD*; *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (= GRUR 2019, 940), Rn. 40 ff. – *Spiegel Online/Volker Beck*; im Detail *Dreier*, GRUR 2019, 1003, 1005; *Kaiser/Scheuerer*, GRUR Int. 2019, 1153, 1159.

701 *Kaiser/Scheuerer*, GRUR Int. 2019, 1153, 1158 f.

ken aber auf einen Weg hin, über den ein Interessenausgleich erzielt werden kann, ohne dabei das Ziel einer weitreichenden Harmonisierung der urheberrechtlichen Regelungen im Binnenmarkt zu gefährden.⁷⁰²

Vor dem Hintergrund dieses durch den EuGH verfolgten Harmonisierungsgrades müsste eine Beschränkung des Rechtes ebenfalls seine Begründung auf Ebene des Europarechts finden. Ein expliziter Gestaltungsspielraum für solche Beschränkungen wurde in der InfoSoc-Richtlinie indes nicht geschaffen. Insofern scheint vordergründig jegliche Übernahme von Werk-elementen auf die Schranken verwiesen zu sein oder nur im Rahmen einer Lizenz benutzt werden zu dürfen.⁷⁰³

Doch auch für Schutzbereichsbeschränkungen scheint der EuGH einen Platz zu finden – wenn auch nicht in einer besonderen Norm wie § 24 UrhG a.F. so doch hinsichtlich der Wiedererkennbarkeit: Schutzbereichsbeschränkungen müssen als Ausnahme des betroffenen Verwertungsrechts rechtfertigbar sein, was auch eine Interessenabwägung unter Einbezug der Grundrechte miteinschließt. Faktisch schafft der EuGH damit die Möglichkeit immanenter Schutzbereichsbeschränkungen (wie sie auch in § 24 UrhG a.F. gesehen wurde), ohne sie so zu nennen und ohne das Erfordernis, eine Beschränkung i.S.d. Art. 5 InfoSoc-Richtlinie darzustellen.⁷⁰⁴

Entsprechende Einschränkungen sind damit durchaus möglich. Es erscheint vor diesem Hintergrund aber auch von Bedeutung, ob sie auf europäischer Ebene als Wortlauteinschränkung der Vervielfältigung begründbar sind. Übertragen auf das deutsche Urheberrecht bedeutet das aus der unionsrechtlichen Brille betrachtet: Der Abstandsbegriff des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG muss bestimmen, wo eine veränderte Vervielfältigung bzw. die Bearbeitung ihr begriffliches Ende findet, und hat dabei auch Wertungen der Grundrechte zu berücksichtigen.

II. Wiedererkennbarkeit

Das vom EuGH ins Spiel gebrachte Abgrenzungskonzept im Bereich der Bearbeitungsgrenzen ist das oben bereits erwähnte Kriterium, solche Übernahmen der Schutzgegenstände vom Vervielfältigungsbegriff auszuschließen, die

702 Vgl. *Kaiser/Scheuerer*, GRUR Int. 2019, 1153.

703 So noch GA *Szpunar*, Schlussantr. v. 12. Dezember 2018, C-476/17, ECLI:EU:C:2018:1002, Rn. 95 – *Pelham/Hütter*.

704 *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1095; siehe auch *Stieper*, GRUR 2020, 699, 706.

„in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form“ in einem neuen Werk genutzt werden.⁷⁰⁵

Um die Frage zu beantworten, inwiefern dieses Wiedererkennbarkeitskriterium als generelles Abgrenzungskriterium nicht nur im Bereich des vom EuGH in der *Pelham*-Entscheidung konkret behandelten Tonträgerherstellerechts, sondern auch dem Urheberrecht als Ganzem dienen kann, ist zunächst ein Überblick darüber zu geben, wie die Wiedererkennbarkeit überhaupt zu verstehen ist und wo die Unterschiede zu bisherigen Maßstäben liegen.

1. Überblick: Gegenwärtiges Verständnis der Wiedererkennbarkeit

Die Bedeutung des Kriteriums der Wiedererkennbarkeit ist seit seiner ersten Erwähnung in der *Pelham*-Entscheidung 2019 häufiger in der Literatur diskutiert, allerdings noch selten in der Rechtsprechung an Fallkonstellationen ausdifferenziert worden.⁷⁰⁶ Das wirft angesichts der ebenfalls wenig konkretisierenden Hinweise des EuGH zur Auslegung dieser Wiedererkennbarkeit zahlreiche Probleme auf. Hierunter fällt insbesondere die Frage der (ökonomischen) Begründung des Kriteriums und des erforderlichen Grades an Wiedererkennbarkeit.

a. Begründung des Kriteriums

Die Begründung des Kriteriums beruht auf der Grundannahme, dass die Auswirkungen erkennbarer Übernahmen von Musikelementen einen ökonomischen Nachteil für das Original zur Folge haben.⁷⁰⁷ So argumentiert etwa der EuGH, dass dem Tonträgerhersteller des Ursprungswerkes eines Samples

705 Vgl. oben A.II.3.a; ferner siehe *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 31 – *Pelham/Hütter*.

706 Eingehender in der Literatur: *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 182 f., *Döhl*, Zwischen Passtiche und Zitat, 2022, 117 ff.; *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401; *Haberstumpf*, ZUM 2022, 795. Vgl. für die Rechtsprechung: *BGH GRUR* 2020, 843 – *Metall auf Metall IV*; *BGH GRUR* 2022, 899 – *Porsche 911*; *OLG Hamburg GRUR* 2022, 1217.

707 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 38 – *Pelham/Hütter*.

die Möglichkeit genommen werde, „einen zufriedenstellenden Ertrag aus seinen Investitionen zu erzielen“.⁷⁰⁸

Das wäre wohl jedenfalls dann der Fall, wenn das neuere Werk ein Substitut für das ältere wäre oder sich sonstige Anhaltspunkte ergeben, dass sich ein neueres Werk negativ auf das vorbekannte Werk auswirkt.

aa. Substitution

Dabei erscheint es äußerst schwierig, eine Substitution aus einer *ex ante*-Perspektive festzustellen. Denn hierfür müsste überhaupt eine Konkurrenz zwischen dem älteren und dem neueren Werk bestehen, die im Einzelfall schwer einzuschätzen sein wird.⁷⁰⁹

Aus drei Gründen ist das regelmäßig im populärmusikalischen Bereich nicht der Fall: Erstens ist der Musikmarkt der populären Musik vor allem auf die Produktion von „Hits“ mit einer frühen Phase der Hauptvermarktung ausgerichtet.⁷¹⁰ Der langfristig erfolgreiche „Evergreen“ ist eher die seltene Ausnahme und nicht der Regelfall.⁷¹¹ Daher findet die Verwendung der fremden Musik häufig erst dann statt, wenn bereits der größte Anteil oder zumindest ein großer Bestandteil des Umsatzes mit der jeweiligen Produktion realisiert wurde. Es kann daher angenommen werden, dass benutzende Tonträger bereits aus zeitlichen Vermarktungsgründen nicht ersatzweise für die benutzten gekauft werden.

Zweitens bedienen Verwender und verwendeter Tonträger häufig unterschiedliche Zielgruppen im populären Musikbereich.⁷¹² So bedient sich die klassischerweise im Hip-Hop vorzufindende Musikschöpfung durch Sampling im Regelfall nicht im eigenen Genre, sondern bei älteren Klangelementen.

708 So hervorgehend aus *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 38 – *Pelham/Hütter*.

709 Insofern zu einer ähnlichen Problematik im Rahmen von § 24 Abs. 2 UrhG a.F. schon *Canaris*, *Melodie, Klangfarbe und Rhythmus*, 2012, 91 f.

710 *Steinkrauß/Gmelin/Günnel*, in: *Clement/Schusser/Papies* (Hrsg.), *Ökonomie der Musikindustrie*, 27. Siehe aus der juristischen Literatur insbesondere *Jörger*, *Plagiat in der Populärmusik*, 1992, 32 ff.

711 *Steinkrauß/Gmelin/Günnel*, in: *Clement/Schusser/Papies* (Hrsg.), *Ökonomie der Musikindustrie*, 27, 34. Trotz wirtschaftlich hoher Rentabilität eines Evergreens ist die geringe Relevanz in den Wettbewerbsstrukturen wohl auf die Seltenheit und fehlende Planbarkeit zurückzuführen.

712 *Canaris*, *Melodie, Klangfarbe und Rhythmus*, 2012, 91 f.

Drittens kommt der Substitutionsgedanke in der Musik, wie generell im Kunstbereich, nur bedingt zum Tragen. Denn häufig können sich hier wegen des Konsumentenbedürfnisses nach Abwechslung die Produkte auch ergänzen, selbst wenn sie in vielerlei Hinsicht ähnliche Zwecke erfüllen.⁷¹³

Es ergibt sich daher kein schlüssiger Anhaltspunkt dafür, dass eine Substitutionswirkung etwa für Samples pauschal angenommen werden kann. Das mag zwar bei direkten Coverversionen der Fall sein, im Fall von übernommenen Teilabschnitten erscheint es jedoch enorm unwahrscheinlich.

bb. Sonstige ökonomische Auswirkungen

Sonstige Nachteile für ein älteres Werk sind ebenfalls schwer auszumachen. Allerdings konnten im urheberrechtlich verhältnismäßig praxisrelevanten Bereich des Samplings in den letzten Jahren detailliertere Untersuchungen vorgenommen werden.⁷¹⁴ Die hier relevanten Studien untersuchten den Einfluss von Samplings auf die Verkaufszahlen des gesampelten Originals. Dabei wurde festgestellt, dass die Auswirkung nicht etwa negativ, sondern in den untersuchten Fällen positiv hinsichtlich der Verkaufszahlen für das ältere Werk waren.⁷¹⁵ Die Veröffentlichung eines neueren benutzenden Musikstücks korrelierte also nicht mit finanziellen Einbußen für das Original, sondern mit ökonomischen Vorteilen.

Die Erklärung hierfür kann zumindest für wiedererkennbare Samples im Werbeeffect gesehen werden.⁷¹⁶ Durch Sampling wird das ältere Stück wieder beworben und folglich auch die Nachfrage gesteigert. Die Wiedererkennbarkeit kann also auch positive Effekte für den Absatz des Ursprungswerkes mit sich bringen.

Das mag aber nicht in jedem Einzelfall so sein. Ist ein Werk etwa noch nicht in Vergessenheit geraten, wenn es bereits von Samples aufgegriffen wird, können möglicherweise auch andere Faktoren überwiegen. Insbesondere

713 Das Hören des einen Musikstückes kann auch nach dem Hören eines ähnlichen anderen Musikstückes noch erfolgen, ohne dass der Bedarf für das erste gesättigt ist. Zur Nicht-Rivalität urheberrechtlicher Werke (auch am Beispiel des Musikwerkes) etwa Peukert, in: Hilty/Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, II, 13.

714 Schuster/Mitchell/Brown, *American Business Law Journal* 2019, 177 und dortige Hinweise auf ältere Studien.

715 Schuster/Mitchell/Brown, *American Business Law Journal* 2019, 177, 206 ff.

716 Thonemann/Farkas, *ZUM* 2019, 748, 750.

werden Samples inzwischen auch zu einem gewissen Ausmaß gehandelt.⁷¹⁷ Es bestehen etwa Handelsplattformen, über die erstellte Beats, insbesondere auch solche, die unter Verwendung der Sampling-Technik erstellt wurden, gehandelt werden können. Den Samples kann dabei gerade bei deutlich wiedererkennbaren Fällen ein ökonomischer Wert zukommen.

Was in diesem Fall besonders einflussreich sein könnte, ist die im Grundsatz positive Auswirkung von Vertrautheit auf die Bewertung von Musik.⁷¹⁸ So ist es im Regelfall als einflussreicher Faktor anerkannt, dass ein Musikstück positiver wahrgenommen wird, wenn es dem Hörer vertraut oder bekannt erscheint.⁷¹⁹ Ein besonders relevanter Effekt im Zusammenhang mit den Auswirkungen von Vertrautheit auf musikalische Präferenzen ist der sogenannte “Mere-Exposure-Effekt”.⁷²⁰ Dieser Effekt, der die positivere Bewertung von Vertrautem gegenüber weniger Vertrautem umfasst, tritt nicht nur in der Musik auf, er ist aber auch in der Musik feststellbar, was durch eine Reihe musikpsychologischer Forschung empirisch nahegelegt wird.⁷²¹ Er tritt auch dann ein, wenn der Hörer ein Werk nicht bewusst, sondern nur unterbewusst wiedererkennt.⁷²²

Es ist ferner vorsichtig anzunehmen, dass sich die positive Bewertung von Musikstücken auch positiv auf die Verkaufs- oder Streamingzahlen auswirken kann. Sofern durch die erkennbare Anlehnung eines Werkes an ein früheres Werk eine Vertrautheit mit der Musik hergestellt wird, darf daher unter diesen Voraussetzungen auch von einem ökonomischen Vorteil des späteren Werkes ausgegangen werden.

Ogleich bisherige empirische Untersuchungen nicht gezielt auf sämtliche urheberrechtlich relevanten Werkteile ausgerichtet waren, liegt es nicht fern, dass derartige Effekte auch bei urheberrechtlichen Schutzgegenständen wie erkennbaren Samples oder einzelnen Tonfolgen eintreten und sich der spätere Benutzer sozusagen an der Vertrautheit des benutzten Werkes

717 Vgl. aber zu Schwierigkeiten der Lizenzierung in der Praxis: *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion, 2020, 275 ff.

718 Siehe etwa *Peretz/Gaudreau/Bonnel*, Memory & Cognition 1998, 884; *North/Hargreaves*, Psychomusicology: A Journal of Research in Music Cognition 1995, 77. Vgl. ferner *Madison/Schiöde*, Frontiers in Neuroscience 2017, Art. 147; siehe aber auch *Ward/Goodman/Irwin*, Marketing Letters 2014, 1.

719 *Peretz/Gaudreau/Bonnel*, Memory & Cognition 1998, 884; *North/Hargreaves*, Psychomusicology: A Journal of Research in Music Cognition 1995, 77.

720 Siehe *Peretz/Gaudreau/Bonnel*, Memory & Cognition 1998, 884.

721 Ebd.

722 Vgl. *Hansen/Wänke*, Social Cognition 2009, 161.

bereichert. In diesem Sinne können sich wohl wiedererkennbare Samples und möglicherweise auch sonstige benutzte musikalische Werkteile durch die Popularität eines älteren Werkes einen ökonomischen Vorteil verschaffen – freilich unter dem großen *Caveat* noch weniger spezifischer empirischer Untersuchungen. Jedenfalls wäre es nach gegenwärtigem Stand zu pauschal, von den Erkenntnissen im Sampling positiver ökonomischer Effekte für das Ursprungswerk⁷²³ schlicht auf eine stets positive ökonomische Auswirkung zu schließen.

cc. Fazit

Die Wiedererkennbarkeit kann also grundsätzlich eine ökonomisch relevante Rolle spielen, die in der recht weit formulierten Forderung des EuGH zum Ausdruck kommt, dass Tonträgerhersteller „einen zufriedenstellenden Ertrag aus seinen Investitionen“ erzielen können muss.⁷²⁴ Die ökonomischen Auswirkungen liegen aber nicht in einer Substitutionswirkung begründet.⁷²⁵ Es können teilweise sogar wirtschaftliche Vorteile für den Absatz des Ursprungswerkes entstehen, wenn es kreativ benutzt wird.

Ob die positiven Werbeeffekte für das Ursprungswerk die nachteiligen Effekte für die Lizenzierung ökonomisch wertvoller Werkteile aufwiegen, ist in dieser Pauschalität wohl kaum feststellbar. Was aber jedenfalls die Interessen des Urhebers des Ursprungswerkes beeinträchtigen *kann*, ist eine anzunehmende ökonomische Bereicherung des späteren Werkes an dem Ursprungswerk. Es darf daher angenommen werden, dass zumindest in einigen derartigen Fällen ein berechtigtes ökonomisches Interesse daran besteht, mögliche Bereicherungen Dritter im Rahmen von vertraglichen Lizenzen als Komponist eines benutzten Musikwerkes dem Grunde nach selbst zu bestimmen.

Um nichts anderes geht es letztlich, wenn die erkennbare Übernahme als Eingriff in die Vervielfältigung bzw. Bearbeitung zu werten wäre. Denn die urheberrechtlichen Folgen, die sich daraus ergeben, sind freilich kein

723 Siehe die oben referierten Erkenntnisse aus *Schuster/Mitchell/Brown*, *American Business Law Journal* 2019, 177.

724 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 38 – *Pelham/Hütter*.

725 Zumindest, wenn man die Substitution als tatsächlichen Ersatz begreift. Wohl deutlich offener verstehen den Substitutionsbegriff etwa *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 403, vgl. insb. Fn. 20.

vollständiges Verbot von Übernahmen, sondern letztlich die Notwendigkeit einer privatautonomen Verständigung.

b. Grad der Wiedererkennbarkeit

Der Grad der Wiedererkennbarkeit wurde durch den EuGH nicht genauer bestimmt.⁷²⁶ Dementsprechend ist auch unklar, für welchen Hörer das Audiofragment bei entsprechender Änderung nicht mehr wiedererkennbar sein müsste und in welcher Situation sich diese Wiedererkennbarkeit zeigen soll.⁷²⁷ Letzteres betrifft insbesondere die Frage, wie häufig die zu vergleichenden Werke angehört werden und ob im Vorhinein der konkrete zu erkennende Werkteil bekannt ist. Plakativ formuliert bedeutet dies: bestimmt sich die Wiedererkennbarkeit nach dem laienhaften Musikhörer, bei erstmaligem Hören im Autoradio oder nach dem Musikexperten nach eingängiger akustischer Analyse im Tonstudio?

Klar ist, dass mit „wiedererkennbar“ nicht die reine, irgendwie geartete Möglichkeit gemeint sein kann, das ältere Audiofragment im neueren Werk zu erkennen.⁷²⁸ Denn bei unlimitierter Häufigkeit des Anhörens durch einen Experten ist kaum ein Fall eines übernommenen Audiofragments vorstellbar, das nicht wiedererkannt werden kann.⁷²⁹

Einigkeit besteht zumindest bei der Frage, welche Perspektive abstrakt maßgeblich ist, um die Wiedererkennbarkeit zu beurteilen: Hierfür soll das Hörverständnis eines durchschnittlichen Musikhörers herangezogen werden.⁷³⁰ Das überzeugt grundsätzlich. Schon nach der Vorgabe des EuGH solle das Kriterium vor allem gewährleisten, dass die Möglichkeit erhalten bleibe, einen zufriedenstellenden Ertrag aus seinen Investitionen zu erzie-

726 *Leistner*, GRUR 2019, 1008; *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094; *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 182.

727 *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094; *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 182.

728 Ähnlich aber *Haberstumpf*, ZUM 2020, 809, 817, der dann in der Konsequenz zu einer weitgehenden Bedeutungslosigkeit des Kriteriums kommt; daran anknüpfend *Haberstumpf*, ZUM 2022, 795, 798.

729 *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 182; ähnlich *Apel*, MMR 2019, 601, 602; vgl. *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094.

730 *BGH* GRUR 2020, 843, Rn. 29 – *Metall auf Metall IV*; *Apel*, MMR 2019, 601, 602; *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1010; *Wagner*, MMR 2019, 727, 729; kritisch, aber im Wesentlichen zustimmend bereits in *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094.

len.⁷³¹ Es liegt daher nahe, die Beurteilungsperspektive dort zu sehen, wo auch der Ertrag aus den Investitionen erzielt werden kann: beim durchschnittlichen Musikhörer.

Einige Ansichten legen dem Wiedererkennbarkeitskriterium aber hinsichtlich der übrigen Beurteilungsmaßstäbe eine niedrige Schwelle zugrunde (im Folgenden: weiter Wiedererkennbarkeitsbegriff).⁷³² So auch etwa die Rechtsprechung:

„Das BerGer. hat weiter bei mehrmaligem Hören beider Titel festgestellt, dieses Rhythmusgefüge sei in dem Lied ‚Nur mir‘ in seiner charakteristischen Ausprägung noch deutlich wahrnehmbar. Revisionsrechtlich wirksame Angriffe gegen diese Feststellungen des Tatgerichts bringt die Revision nicht vor; Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich.“⁷³³

Es geht in diesem Fall darum, dass das Audiofragment insofern wiedererkennbar ist, dass es nach mehrmaligem Hören und auch mit dem Vorwissen, das in diesem Fall das Berufungsgericht hatte, noch wiedererkennbar ist.⁷³⁴ Nach diesem Verständnis könnte man auch das Wiedererkennbarkeitskriterium als eine Art „Totalverblassen“ verstehen.⁷³⁵

Von anderen werden höhere Hürden dafür angelegt, dass ein Audiofragment noch als wiedererkennbar gilt (im Folgenden: enger Wiedererkennbarkeitsbegriff).⁷³⁶ Das Kriterium soll hier insbesondere kein bestimmtes Vorwissen voraussetzen und auch kein mehrmaliges Hören implizieren.⁷³⁷ Stattdessen geht es nach diesem Verständnis darum, wie der durchschnittliche Musikhörer bei erstmaligem Vergleich und ohne konkretere Vorkenntnisse das Werk wahrnimmt.⁷³⁸

Für den erstgenannten weiten Wiedererkennbarkeitsbegriff scheint zu sprechen, dass der EuGH keine Einschränkungen vorgenommen hat, son-

731 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 38 – *Pelham/Hütter*; s. näher im vorherigen Abschnitt.

732 Siehe: BGH GRUR 2020, 843, Rn. 30 – *Metall auf Metall IV*.

733 BGH GRUR 2020, 843, Rn. 30 – *Metall auf Metall IV*; *Homar*, ZUM 2019, 731, 734; *Schulze*, NJW 2019, 2918; *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1010.

734 Ähnlich im Vorhinein zum BGH schon *Homar*, ZUM 2019, 731, 734; *Schulze*, NJW 2019, 2918.

735 *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1010.

736 *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 182.

737 Ebd.; in diesem Sinne auch *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094; im Ergebnis wohl auch *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 414.

738 *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 182; in eine ähnliche Richtung wohl auch *Thone-mann/Farkas*, ZUM 2019, 748, 750; vgl. ferner auch *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 414.

dern die Wiedererkennbarkeit nur beim „Hören“ erfordert. Stellt man allerdings darauf ab, dass der Begriff des Hörens nicht vom EuGH eingegrenzt wurde, wäre konsequenterweise ein unbegrenztes Anhören durch einen Experten möglich. Damit würde auf einen so weiten Begriff abzustellen sein, dass das Kriterium bedeutungslos bliebe.⁷³⁹ Denn dort, wo ein Fragment unter keinen Umständen erkennbar ist, wird die urheberrechtliche Prüfung regelmäßig schon gar nicht so weit reichen, dass die Frage der Vervielfältigung aufkommt: Es käme in diesem Fall kaum ein vom Kläger darzulegender schutzfähiger Schutzgegenstand in Frage.

Die Formulierung des EuGH impliziert also nicht, dass die Wiedererkennbarkeit grenzenlos ist, sondern vielmehr, dass sie noch weiter konkretisiert werden muss, um dem genannten Ziel eines Ausgleichs von Kunstfreiheit und ökonomischen Interessen gerecht zu werden.

Weiter wird für einen weiten Wiedererkennbarkeitsbegriff im Kontext der *Pelham*-Entscheidung ins Feld geführt, dass der EuGH weiter an einem strikten Vervielfältigungsbegriff festhalte und die wesentliche Funktion der Abwägung den Schranken beimesse.⁷⁴⁰ Gerade bezüglich der Auslegung des Kriteriums der Wiedererkennbarkeit überzeugt dieses Argument allerdings nicht, da sich – unabhängig davon, ob man den Wiedererkennbarkeitsbegriff nun eng oder weit verstehen mag – der EuGH im konkreten Urteil ja gerade von einem klassischen strikten Vervielfältigungsbegriff abwendet: die Auslegung der Wiedererkennbarkeit ist selbst die entscheidende Frage darüber, ob das Verständnis von Vervielfältigung hier als strikt oder gelockert zu verstehen ist. Dass unterdessen eine Präferenz des EuGH für eine Schrankenlösung ähnlicher Sachverhalte bestehen mag, kann angesichts des Lösungsweges einer grundrechtlich beeinflussten Reduktion des Vervielfältigungsbegriffs gerade nicht ohne Weiteres angenommen werden.⁷⁴¹

Um dem oben genannten Ziel gerecht zu werden, insbesondere die bereichernden Vorteile eines Musikfragments – etwa eines Samples – zu verhindern, aber gleichzeitig auch der Kunstfreiheit einen möglichst weiten Spielraum zu verschaffen, erscheint es passender, den Durchschnittshörer so anzunehmen, wie er auch natürlicherweise in seiner Musikwahrnehmung das

739 Siehe auch *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 182: „Man darf auch nicht auf das mehrmalige informierte vergleichende Hören abstellen, weil sich dabei die Erkennbarkeit zwangsläufig einstellt.“

740 *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1010.

741 A.A. ebd.

ältere Werk wiedererkennen würde.⁷⁴² Dem entspricht weder das mehrmalige vergleichende Anhören der entsprechenden Musikwerke noch entspricht dem eine vorherige Aufklärung darüber, um welches konkrete Sample es im Einzelfall geht. Das mehrmalige Hören und die Vorbekanntheit des fraglichen musikalischen Ausschnitts im Gesamtkontext führen zwangsläufig dazu, dass der Vergleich in einer direkten Gegenüberstellung des entnommenen Ausschnitts mit dem Original mündet und nicht die Ausschnitte – etwa die Samples – in ihrem musikalisch-verarbeitenden Kontext betrachtet werden. Letzteres entspräche auch dem normalen Hörverhalten der durchschnittlichen Verbraucher.

Sinnvoller ist es daher einen unvoreingenommenen Durchschnittshörer beim erstmaligen Hören anzunehmen und so dem engen Wiedererkennbarkeitsbegriff zu folgen.⁷⁴³ So werden beide vom EuGH⁷⁴⁴ und BVerfG⁷⁴⁵ hervorgehobenen Interessenlagen angemessen innerhalb der unionsrechtlichen Möglichkeiten berücksichtigt.

2. Anwendbarkeit auf den Schutzbereich für Urheber

Weiter steht in Frage, ob das Wiedererkennbarkeitskriterium auch außerhalb des Tonträgerherstellerrechts einen sinnvollen Anwendungsbereich findet.

a. Anknüpfung im Normtext

Zunächst müsste grundlegend die methodische Anknüpfung des Wiedererkennbarkeitskriteriums durch den EuGH auch in der gesetzlichen Grundlage möglich sein, die dem Urheber das Vervielfältigungsrecht zuspricht. Der EuGH bezieht sich lediglich auf Art. 2 lit. c InfoSoc-Richtlinie, wenn er solche Fragmente von der Vervielfältigung ausschließt, die „in den anderen Tonträger in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form eingefügt“ wurden.⁷⁴⁶

742 Vgl. auch *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 182; *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 414.

743 Im Ergebnis so auch *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 182.

744 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929) – *Pelham/Hütter*.

745 *BVerfG* BVerfGE 142, 74 – *Sampling*.

746 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 65 – *Pelham/Hütter*.

Methodisch steht allerdings neben den grundrechtlichen Erwägungen auch der Vervielfältigungsbegriff als solcher im Mittelpunkt.⁷⁴⁷ Das Ergebnis des EuGH ergibt sich gerade nicht aus einer rein auf Tonträgerhersteller gemünzten Argumentation im Zuge des Art. 2 lit. c InfoSoc-Richtlinie. Ganz im Gegenteil wird explizit genannt, dass die entsprechende Übernahme von Audiofragmenten schon nicht dem „gewöhnlichen Sprachgebrauch“ der Vervielfältigung entspricht.⁷⁴⁸

Art. 2 InfoSoc-Richtlinie unterscheidet nicht zwischen unterschiedlichen Vervielfältigungsbegriffen. Ganz im Gegenteil ist die Norm so konzipiert, dass sie einen einzigen Vervielfältigungsbegriff voransetzt und das Recht daran den unterschiedlichen Rechteinhabern in der nachfolgenden Auflistung zuspricht.⁷⁴⁹

Insofern erscheint es aus Sicht des Normtextes nicht nur möglich, das Wiedererkennbarkeitskriterium auch auf das Vervielfältigungsrecht des Urhebers anzuwenden, sondern es lässt sich sogar eine Notwendigkeit für eine solche Übertragung erkennen: Es erschiene inkonsequent in Bezug auf Tonträgerhersteller den „gewöhnlichen Sprachgebrauch“ bezüglich der Vervielfältigung anders zu verstehen als in Bezug auf Urheber – handelt es sich doch nicht nur um das gleiche, sondern sogar um dasselbe Wort innerhalb des Art. 2 InfoSoc-Richtlinie.⁷⁵⁰ Entsprechend ergeben sich keine Hindernisse aus dem Normtext, die eine Übertragung unmöglich machen würden.

b. Vergleichbare Interessenlage zur Wiedererkennbarkeit

Dem Interesse der Kunstfreiheit steht bei der Benutzung des Schutzgegenstands eines Urhebers nicht gezwungenermaßen dieselbe Interessenlage gegenüber wie bei der Benutzung eines Schutzgegenstandes des Tonträgerherstellers. Die sich aufdrängende Frage ist daher, inwiefern sich diese Interessenlage in Bezug darauf unterscheidet, dass der jeweilige Schutzgegenstand nicht wiedererkennbar übernommen wird.

747 Vgl. A.II.3.a.

748 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 37 – *Pelham/Hütter*.

749 Vgl. schon *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1095; siehe auch *Haberstumpf*, ZUM 2020, 809, 816 f.

750 Siehe auch *Haberstumpf*, ZUM 2020, 809, 816 f.

Der Tonträgerhersteller hat im Gros der Fälle praktisch ausschließlich ökonomische Interessen und diese sind in Art. 17 Abs. 2 GRCh auch grundrechtlich legitimiert.⁷⁵¹ Wie gezeigt ist die ökonomische Betrachtung der Benutzung von Samples schon im Bereich der Tonträgerhersteller nicht einfach. Ob das Erkennbarkeitskriterium hier ökonomisch nachteilige Auswirkungen abbildet oder nicht, kann nur bedingt pauschal beantwortet werden, schlägt sich aber eher an kaum rechtfertigbaren ökonomischen Vorteilen des Samplers als an ökonomischen Nachteilen für das Ursprungswerk nieder.⁷⁵² Deutlich ist zumindest, dass ökonomische Auswirkungen, ob positiv oder negativ, jedenfalls dann unwahrscheinlich sein dürften, wenn eine Wiedererkennbarkeit schon gar nicht vorliegt.⁷⁵³ Die oben dargelegten Aspekte gelten mutmaßlich nicht nur für Samples, sondern sind angesichts einer generell zu vermutenden positiven Auswirkung von Vertrautheit auf spätere Musikwerke auch für sonstige musikalische Werkteile von Bedeutung.

Das in Art. 17 Abs. 2 GRCh⁷⁵⁴ legitimierte ökonomische Eigentumsinteresse eines Urhebers an seinem Werk dürfte in Bezug auf wiedererkennbare Übernahmen zumindest grob mit denen eines Tonträgerherstellers an der relevanten Aufnahme vergleichbar sein. Stellen die Durchschnittshörer den Bezug zum benutzten Werk gar nicht her, bleiben nicht nur die Nachteile für den Absatz des Ursprungswerks nahezu ausgeschlossen. Es dürften auch ökonomische Vorteile des Verwenders weitgehend wegfallen, die auf der konkreten Übernahme fremder Elemente basieren und so auf Kosten des ursprünglichen Urhebers gehen. Insofern ist das in Art. 17 Abs. 2 GRCh legitimierte Interesse des Urhebers ebenfalls kaum berührt, wenn eine Werknutzung nicht wiedererkennbar ist.

Selbst mit Blick auf Interessen des Urhebers, die aus einer persönlichen Werk-Autor-Beziehung (vgl. insofern § 11 S. 1 UrhG) folgen und persönlichkeitsrechtliche Aspekte in den Vordergrund stellen, erweist sich die Wiedererkennbarkeit als sinnvolles Unterscheidungskriterium: Gerade bei charakteristischen Elementen besteht zumindest seitens der Hörer eine besondere Verknüpfung zum Autor. Der Urheber hat also im Gegensatz zum Tonträgerhersteller sogar ein aus persönlichkeitsrechtlichen Wertungen heraus begründbares Interesse daran, dass eine erkennbare Verwendung auch durch

751 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 32 – *Pelham/Hütter*.

752 Siehe B.II.La.

753 Vgl. auch *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 405.

754 Ferner, aber hier im Kontext der *Pelham*-Entscheidung indirekt relevant: Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls der EMRK; Art. 14 Abs. 1 GG.

ihn autorisiert wird, da sonst einem wiedererkennbar benutzenden Werk eine Verknüpfung zum Ursprungsautor entnommen werden könnte.

Die Interessenlage erscheint daher nicht nur vergleichbar; angesichts der persönlichen Interessen, die der Urheber an seinen charakteristischen Werkteilen hat, tritt das Interesse des Urhebers, über wiedererkennbare Übernahmen seines Schutzgegenstands nur per vertraglicher Lizenz zu bestimmen, sogar noch stärker hervor als bei Tonträgerherstellern.

c. Feststellung der Wiedererkennbarkeit an unterschiedlichen Schutzgegenständen

Außerdem ist zu klären, wie sich die Feststellung von Wiedererkennbarkeit anhand verschiedener Schutzgegenstände auf eine Übertragbarkeit auswirkt. Während der hier relevante Schutzgegenstand des Tonträgerherstellers der Tonträger ist, ist Schutzgegenstand des Urhebers das Werk. Dass die Wiedererkennung eines Tonträgers nach denselben Maßstäben beurteilt werden kann wie die Wiedererkennung eines Werks, ist nicht selbstverständlich.⁷⁵⁵

Zum einen ist sie insofern nicht selbstverständlich, als dass auf einer Aufnahme einige neue charakteristische Aspekte etwa durch die Interpretation hinzutreten können, die sich wiederum maßgeblich auf die vermeintliche Wiedererkennbarkeit des zugrundeliegenden Werkes auswirken können.⁷⁵⁶ Zum anderen können auch – im umgekehrten Fall – bei der Wiedererkennbarkeit einer Tonaufnahme charakteristische Werkelemente dazu verleiten, eine Tonaufnahme fälschlicherweise „wiederzuerkennen“.⁷⁵⁷

Eine hierzu erforderliche Differenzierung wäre in der Prüfung zu gewährleisten oder zumindest zu reflektieren. Maßgeblich soll die Feststellung des Wiedererkennbarkeitskriteriums aus der Sicht der betroffenen Verkehrskreise übernommen werden. Fraglich ist allerdings, ob diese Verkehrskreise die Unterscheidung von Aufnahme und Werk überhaupt bewerkstelligen können.

755 So schon *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094; *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 182.

756 So bereits unter Kapitel 2 A.I.; siehe auch: *Lund*, Virginia Sports and Entertainment Law Journal 2011, 137; *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094. Zu einer ähnlich schwierigen Abgrenzung bei schöpferischen Interpretationen: *Hilty*, Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 182.

757 *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094; siehe insofern auch die sogleich näher erörterte Problematik bei *Lund*, Virginia Sports and Entertainment Law Journal 2011, 137.

aa. Unterscheidung der Schutzgegenstände durch die Verkehrskreise

Inwiefern die maßgeblichen Verkehrskreise, also regelmäßig musikalische Laien, eine solche Differenzierung leisten können, kann dort beobachtet werden, wo ähnliche Prüfungen schon zum Tragen kommen. In eine grob vergleichbare Richtung einer Wiedererkennbarkeitsfeststellung durch Verkehrskreise geht etwa die in den USA teilweise vorzufindende Praxis mit Hilfe einer Jury Entscheidungen im Bereich des *composer copyright infringement* zu treffen.⁷⁵⁸ Die bekannteste Überlegung eines solchen Jury-Entscheids geht auf den Fall *Arnstein v. Porter* aus dem Jahr 1946 zurück.⁷⁵⁹ Der Fall wurde in den USA sehr stark für den Bereich musikalischer Urheberrechtseingriffe rezipiert.⁷⁶⁰ Im Falle solcher sogenannter „*Lay Listener Tests*“⁷⁶¹ wird die Entscheidung über die Urheberrechtsverletzung einer Jury überlassen, die aus musikalischen Laien besteht. Diese entscheidet damit insbesondere auch über die Frage, ob sich eine Ähnlichkeit zwischen den Musikwerken ergibt, die substantiell genug ist, um einen Urheberrechtseingriff anzunehmen.⁷⁶² Die Einzelheiten des Tests haben sich seit dem ursprünglichen Fall *Arnstein v. Porter* weiterentwickelt.⁷⁶³ Teilweise wird auch statuiert, dass die Jury danach ausgewählt werden müsse, welche Hörerschaft mit der jeweiligen Komposition konkret intendiert war.⁷⁶⁴ In diesem Zusammenhang findet der Grundgedanke noch stärkeren Ausdruck, dass die Entscheidung über die

758 Vgl. *Liebscher*, Schutz der Melodie, 2007, 109 ff.; differenziert wird *composer copyright* und *recording copyright*, *Palmer*, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law 2016, 907, 913 f.

759 *Arnstein v. Porter*, 154 F.2d 464 (2d Cir. 1946).

760 Siehe etwa die besondere Bedeutung hervorhebend *Lund*, Virginia Sports and Entertainment Law Journal 2011, 137, 149 f.; *Samuelson*, Northwestern University Law Review 2013, 1821, 1824; in der deutschsprachigen Literatur besonders eingehend: *Liebscher*, Schutz der Melodie, 2007, 114 ff.

761 Dieser Begriff wird meist für den Test verwandt. Allerdings ist diese Bezeichnung nicht immer vorzufinden, siehe etwa *Lund*, Virginia Sports and Entertainment Law Journal 2011, 137, 150; *Palmer*, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law 2016, 907, 921; *Liebscher*, Schutz der Melodie, 2007, 114, 118. Andere Bezeichnungen sind etwa *ordinary lay hearer test*, oder *ordinary listener test*, oder auch *lay observer test*.

762 *Liebscher*, Schutz der Melodie, 2007, 114.

763 *Liebscher*, Schutz der Melodie, 2007, 116 ff.

764 Siehe in diesem Sinne *Dawson v. Hinshaw Music, Inc.*, 905 F.2d 731, 734, 737 (4th Cir. 1990). *Grinvalsky*, California Western Law Review 1992, 395, 396; siehe auch *Liebscher*, Schutz der Melodie, 2007, 117 ff.

Ähnlichkeit den Personen obliegen soll, die mit dem Werk angesprochen werden, da hier der relevante Markt bestehe.⁷⁶⁵

Überprüfungsmethoden wie der *Lay Listener Test* standen allerdings in den letzten Jahren wegen Differenzierungsproblemen unter Laien in der Kritik.⁷⁶⁶ Diese Kritik wird von empirischen Ergebnissen gestützt, in denen Laienhörer (also die oben benannten *lay listeners*) die Aufgabe bekamen, die Ähnlichkeit zweier Musikstücke zu beurteilen, die selbst Gegenstand eines Urheberverletzungsprozesses waren.⁷⁶⁷ Die Interpretation (also die Art und Weise die Komposition auszuführen) sollte für die Urheberrechtsverletzung keine Rolle spielen, da sie nicht selbst Teil des Schutzgegenstands ist.⁷⁶⁸ Einer Versuchsgruppe wurden ähnliche Interpretationen von Musikstücken vorgespielt, einer anderen unterschiedliche Interpretationen. Die Ergebnisse zeigten, dass Laienhörer die zugrundeliegende Komposition durchweg ähnlicher bewerteten, wenn die Interpretationsparameter ähnlicher waren, obwohl es in der Bewertung der Ähnlichkeit auf diese Interpretationsparameter nicht ankommen sollte.⁷⁶⁹ Der musikalische Laie kann also die Parameter, auf die er im Konkreten achten sollte, kaum von den übrigen schutzgegenstandsfremden Parametern unterscheiden.⁷⁷⁰

Dieser Versuch legt nahe, dass die notwendigen Parameter zur Unterscheidung ohne ein gewisses Maß an Sachverstand nicht getroffen werden können. Sehr eindrücklich zeigt auch der BGH in seinem Urteil *Metall auf Metall IV* ein eher geringes Verständnis für die Differenzierung der Wiedererkennbarkeit von Tonträger und Werk.⁷⁷¹ So stützt sich der BGH für die Wiedererkennbarkeit eines Tonträgers darauf, dass das Berufungsgericht „bei

765 Siehe *Liebscher*, Schutz der Melodie, 2007, 118; vgl. auch *Palmer*, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law 2016, 907, 919 ff. Ferner: *Dawson v. Hinshaw Music, Inc.*, 905 F.2d 731, 734, 737 (4th Cir. 1990).

766 *Lund*, Virginia Sports and Entertainment Law Journal 2011, 137; *Palmer*, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law 2016, 907; *Sprigman/Fink Hedrick*, Lewis & Clark Law Review 2019, 571 (verfügbar bei SSRN, URL: <https://ssrn.com/abstract=3384114>, Abrufdatum: 24. August 2022). Empirische Untersuchungen die denen von Lund ähneln finden sich auch außerhalb des Musikbereichs bei *Balganesh/Manta/Wilkinson-Ryan*, Iowa Law Review 2014, 267.

767 *Lund*, Virginia Sports and Entertainment Law Journal 2011, 137, 156 ff.

768 Ebd.

769 *Lund*, Virginia Sports and Entertainment Law Journal 2011, 137. Vgl. auch die zugehörigen Beispiele auf <http://www.jlundlaw.com/p/music-copyright-project.html> (Abrufdatum: 24. August 2022).

770 Vgl. ebd.

771 Siehe BGH GRUR 2020, 843, Rn. 30 – *Metall auf Metall IV*.

mehrmaligem Hören beider Titel“ festgestellt habe, dass das „Rhythmusgefüge [...] in dem Lied ‚Nur mir‘ in seiner charakteristischen Ausprägung noch deutlich wahrnehmbar“ sei.⁷⁷² Die charakteristische Ausprägung des Rhythmusgefüges würde das Berufungsgericht aber auch dann noch erkennen, wenn schlicht ein gleiches Rhythmusgefüge selbst hergestellt worden wäre. Es ist überhaupt nicht nachvollziehbar, wie das Berufungsgericht anhand eines Rhythmusgefüges den hier entscheidenden Tonträger wiedererkannt haben soll.⁷⁷³

bb. Schlussfolgerung für die Feststellung

Hieraus ergeben sich mehrere Folgerungen. Zum einen erscheint es prinzipiell unproblematisch, die Wiedererkennbarkeit auch im Bereich von Werken als Kriterium handhabbar zu machen. Angesichts dessen, dass sich die Wiedererkennbarkeit in den Verkehrskreisen eher an charakteristischen kompositorischen Elementen manifestiert als an einer klaren Feststellung, dass ein Tonträger wiedererkennbar vervielfältigt wurde,⁷⁷⁴ scheint die Wiedererkennbarkeit letztlich sogar interessengerechter und sachdienlicher für den Schutzgegenstand „Werk“ als für den Tonträger.⁷⁷⁵

Die Differenzierung der Schutzgegenstände, auf die sich die Wiedererkennbarkeit bezieht, ist angesichts mangelnder Unterscheidungsfähigkeit von musikalischen Laien allerdings auch bei Werken nur selten sichergestellt. Denn für die Wiedererkennbarkeit können durchaus andere Elemente relevant sein als die für den Hörer intuitiv entscheidenden. „Wiedererkennbarkeit“ zeigt sich dabei gerade nicht als einfache Ähnlichkeitsüberprüfung zweier Musikbeispiele, sondern als konkret gefilterter Vergleich bestimmter Parameter. Das mag zunächst als Warnung zur Selbstreflexion für den juristischen Entscheider verstanden werden. Es ruft aber insbesondere die

772 Ebd.

773 Schon im Rahmen des EuGH-Urteils auf diese Problematik hinweisend: *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094.

774 Illustrativ kann hier das Rhythmusgefüge und die damit verbundene fehlende Differenzierung im Rahmen von der *BGH* GRUR 2020, 843, Rn. 30 – *Metall auf Metall IV* betrachtet werden.

775 Das wirft ferner die Frage auf, wie die Wiedererkennbarkeit eines konkreten Tonträgers überhaupt möglich ist. Das kann eigentlich nur dann angenommen werden, wenn sich anhand der Länge und des besonderen im Tonträger vorhandenen Klangs als unmöglich darstellt, dass ein weiterer Tonträger dieses Element enthält.

Frage auf, inwiefern nicht auch hier – wie im Rahmen übriger Kriterien, wie Originalität oder Verblässen – notwendigerweise auf eine besondere Sachkunde zurückgegriffen werden muss.⁷⁷⁶

Musikexpertise im Bereich der Wiedererkennbarkeit einzusetzen scheint den obigen Überlegungen, dass sich der Grad der Wiedererkennbarkeit aus der Perspektive des Durchschnittshörers beurteilen sollte,⁷⁷⁷ auf den ersten Blick zu widersprechen. Hat jemand mit besonderer Sachkunde über die Wiedererkennbarkeit aus eigener Perspektive zu befinden, wird wohl anzunehmen sein, dass aus dieser fachlichen Perspektive immer eine Wiedererkennbarkeit festgestellt werden kann, wo Elemente übernommen wurden. Eine so verstandene Wiedererkennbarkeit wäre als Kriterium also überflüssig. Allerdings ist es dem juristischen Beurteilungsmaßstab auch nicht fremd, dass der Experte aus einer vorgegebenen Perspektive, die im Einzelfall unter seinem Kenntnisstand liegen mag, eine Beurteilung treffen soll oder die Sachkunde zumindest zur Differenzierung hinzugezogen wird.⁷⁷⁸ Ganz im Gegenteil wird es bei solch komplexen Sachlagen wie der Übernahme von Musikelementen erforderlich sein, mit Musikexpertise die für den Durchschnittshörer relevant erscheinenden Werkelemente zu überprüfen, wengleich die Sicht eines durchschnittlichen Musikexperten selbst nicht die maßgebliche Perspektive bildet.⁷⁷⁹

Die Frage ist folglich, wie der Musikexperte zu der Perspektive des musikalischen Laien Stellung nehmen kann, während er die notwendige Differenzierung bezüglich urheberrechtlich relevanter Elemente vornimmt.

776 Vgl. *BGH GRUR* 2015, 1189 – *Golddrapper*.

777 Siehe im Einzelnen unter B.II.1.b.

778 Zur Hinzuziehung von Sachverständigen im Falle von Kriterien, die anhand der Verkehrskreise beurteilt werden, auch schon: *BGH GRUR* 2015, 1189, Rn. 63 – *Golddrapper*: „Die Beurteilung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit bemisst sich nach der Auffassung der mit musikalischen Fragen einigermaßen vertrauten und hierfür aufgeschlossenen Verkehrskreise (BGH, *GRUR* 1981, 267 [268] – *Dirlada*). Das BerGer. ist insoweit davon ausgegangen, dass seine Mitglieder dem angesprochenen Verkehrskreis angehören. Dieser Umstand rechtfertigt es jedoch im Streitfall nicht, auf sachverständige Hilfe bei der Tatsachenfeststellung zu verzichten. Vielmehr führt die Zugehörigkeit der Tatrichter zum für die Beurteilung maßgeblichen Verkehrskreis lediglich dazu, dass es im Allgemeinen keines durch eine Meinungsumfrage untermauerten Sachverständigengutachtens zur Ermittlung des Verkehrsverständnisses bedarf (vgl. *BGHZ* 156, 250 [255] = *GRUR* 2004, 244 – *Marktführerschaft*; *BGH, GRUR* 2012, 215 Rn. 14 = *NJW* 2012, 235 = *WRP* 2012, 75 – *Zertifizierter Testamentsvollstrecker*; *BGHZ* 194, 314 Rn. 32 = *GRUR* 2013, 401 – *Biomineralwasser*).“

779 Siehe parallel schon *BGH GRUR* 2015, 1189, Rn. 63 – *Golddrapper*. A.A. wohl *Grisse/Kaiser, ZUM* 2021, 401, 405, 414.

Pauschal kann dies schwerlich beantwortet werden. Daher sollte im Einzelfall hinterfragt werden, ob besondere Interpretationsmethoden notwendig waren, um eine Erkennbarkeit festzustellen und inwiefern ein bestimmter musikalischer Parameter nach aktuellem Stand der Kenntnisse besondere Auswirkungen auf die Erkennbarkeit von Laien hat. Beispielsweise mag in diesem Sinne eine Übereinstimmung hinsichtlich der Tonart in vielen Fällen irrelevant sein, weil sie nur in Ausnahmefällen zur Wiedererkennung beiträgt. Im Sampling-Bereich kann die Länge von übernommenen Abschnitten von Relevanz sein. Dabei muss der Experte beurteilen, ob die konkrete Länge und Charakteristik übernommener Fragmente bereits genügen, um für den Laien wiedererkennbar zu erscheinen.⁷⁸⁰ Auch Anhaltspunkte aus musikpsychologischer Forschung können im Einzelfall herangezogen werden.

d. Schlussfolgerung für die Anwendbarkeit

Das Kriterium der Wiedererkennbarkeit ist nicht nur im Bereich von Tonträgern, sondern auch im Bereich des Schutzgegenstands „Werk“ praktikabel.⁷⁸¹ Die Unterscheidung der Schutzgegenstände bei der Prüfung der Wiedererkennbarkeit ist aber musikalisch komplexer als es auf den ersten Blick scheinen mag.

Es erscheint daher entgegen der Umsetzung des BGH im Urteil *Metall auf Metall IV* sinnvoll, auch die Beantwortung dieser Frage auf musikalischen Sachverstand zu stützen und dabei den Schutzgegenstand zu differenzieren. Das bloße mehrmalige Anhören eines Tonträgers durch die Verkehrskreise genügt wohl regelmäßig nicht, um eine solche Differenzierung zielsicher vornehmen zu können. Jedenfalls ist die Differenzierung dann problematisch, wenn dieser Prozess nicht von besonderer musikalischer Sachkunde begleitet und reflektiert wird.

780 Das mag faktisch zu einer Art *de minimis*-Ausnahme führen, die allerdings weniger auf eine scharfe zeitliche Untergrenze setzt, sondern am Verständnis des Hörers ausgerichtet ist, siehe *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094. Vgl. auch allgemeiner zur Sachlage von *de minimis* nach der *Pelham*-Entscheidung: *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 181 m.w.N.

781 Im Ergebnis sogar noch weitergehend *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 404 ff., mit Ausnahmen für die hier nicht behandelten Schutzrechte für Presseverleger und Datenbanken.

3. Ergebnis

Das Wiedererkennbarkeitskriterium erweist sich vor dem Hintergrund dieser Erörterungen als Kriterium, das durchaus geeignet erscheint, um in gewissen Konflikten zwischen dem Urheber eines Musikwerks und dem kreativen Nutzer dieses Werks eine interessengerechte Balance zu finden.⁷⁸² Wichtig ist dabei, dass es, um auch dem Interesse der Kunstfreiheit hinreichend Rechnung zu tragen, im Sinne des oben genannten engen Wiedererkennbarkeitsbegriffs ausgelegt wird. Die weite Auslegung⁷⁸³ anhand mehrmaligen Hörens und ohne die Hinzuziehung von Sachverständigen führt das Kriterium in die Nähe der Bedeutungslosigkeit⁷⁸⁴ und produziert im Bereich einer tatsächlichen Anwendung auch undifferenzierte Ergebnisse.

Dementsprechend wäre es neben einer vorzugswürdigen engen Auslegung der Wiedererkennbarkeit wichtig, ihre Beurteilung unter Zuhilfenahme einer besonderen Sachkunde vorzunehmen. So können auch Fehler im Rahmen des Schutzgegenstands zumindest weitgehend vermieden werden.

III. Hinreichender Abstand und Unionsrecht

Den unmittelbaren rechtlichen Ausgangspunkt für die Beurteilung der Bearbeitungsgrenze bilden im deutschen Urheberrechtsgesetz weder die Wiedererkennbarkeit noch sonstige Erwägungen aus der InfoSoc-Richtlinie, sondern § 23 UrhG. Allerdings bietet das in § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG formulierte Merkmal des „hinreichenden Abstands“ nur bedingt einen klaren Rahmen. Zwar ist zumindest nach der neuen Rechtslage anzunehmen, dass Parodien und sonstige Fallgruppen des sogenannten „inneren“ Abstands nicht in § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG erfasst sind.⁷⁸⁵ Diese Fallgruppen sind also Bearbeitungen im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG. Doch allein durch den Begriff des hinreichenden Abstands wird weder deutlich, welche Prüfungsmethode, noch welcher Prüfungsmaßstab nun für den Rechtsanwender entscheidend ist, um die

782 Ebd.

783 Insb. BGH GRUR 2020, 843, Rn. 30 – *Metall auf Metall IV*.

784 Vgl. die Ausführungen bei Grünberger, ZUM 2020, 175, 182.

785 Siehe im Einzelnen hierzu oben unter A.III.1.

Grenze der Bearbeitung zu bestimmen.⁷⁸⁶ Dies bleibt Aufgabe weiterer konkretisierender Auslegung.⁷⁸⁷

1. Abstand und Wiedererkennbarkeit

Angesichts dessen, dass das Unionsrecht die Grenzen der Bearbeitung mitbestimmt, liegt es nahe, den Begriff des Abstands in § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG vor dem Hintergrund der unionsrechtlich beeinflussten Entstehungsgeschichte der Gesetzesänderung auch mit den Andeutungen in der Rechtsprechung des EuGH in Einklang zu bringen, zumal sich die Wiedererkennbarkeit als vielversprechender Abgrenzungsmaßstab erweist.⁷⁸⁸ Rechtstechnisch kann eine Orientierung an der Wiedererkennbarkeit dadurch verwirklicht werden, dass der unbestimmte Begriff des Abstandes in § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG mit den Kriterien der Wiedererkennbarkeit unionsrechtskonform ausgelegt wird. Einen hinreichenden Abstand hält ein Werk also dann ein, wenn das alte Werk im neuen nicht wiedererkennbar ist.

Das verengt indes auch nicht die Möglichkeiten für flexible Lösungen innerhalb der Bestimmung der Bearbeitungsgrenze. Durch den erheblichen Spielraum, der auch im Begriff der Wiedererkennbarkeit angelegt ist und der obigen Erörterung zu seiner Auslegung entnommen werden kann,⁷⁸⁹ wäre weiterhin ein Rahmen gegeben, der besonders kreativ benutzende Werke schon nicht als Verletzung des urheberrechtlichen Schutzbereichs eines anderen Werkes versteht. Zudem darf nicht übersehen werden, dass solche Werke, die wiedererkennbar benutzt werden, damit nicht völlig unmöglich werden. Neben vertraglichen Lizenzen müssen die Abwägungslösungen dann dort gefunden werden, wo gesellschaftliche oder künstlerische Interessen auch sonst mit den Schutzinteressen abgewogen werden: im Bereich der urheberrechtlichen Schranken.⁷⁹⁰

786 Vgl. A.III. und IV.

787 Eine detaillierte Auslegung dieses weiten Begriffs und die Einzelheiten seiner Anwendung auf den Einzelfall werden sich wohl erst durch eine ausgiebige Kasuistik in den nächsten Jahren herausbilden. Das erfordert einen entsprechend andauernden Prozess – wie es schon die letzten Jahrzehnte an § 24 UrhG a.F. zeigten. Insofern kann im Folgenden freilich nicht mehr und nicht weniger als ein „Aufschlag“ für die genauere Bestimmung der neuen Bearbeitungsgrenze geleistet werden.

788 Siehe neben B.II.2. auch *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 413.

789 Siehe B.II.

790 Vgl. auch *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 413.

Die Bestimmung des Schutzbereiches in § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG trägt damit nur noch in begrenztem Maße die Last des ursprünglich § 24 UrhG a.F. zugedachten Interessenausgleichs in sich. Die „Erkenntnis, dass kulturelles Schaffen nicht ohne ein Aufbauen auf früheren Leistungen anderer Urheber denkbar ist“⁷⁹¹ hat zwar weiterhin in Teilen ihren Niederschlag in § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG gefunden, § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG kann aber jedenfalls nicht mehr den Anspruch haben, eine alleinige Grundlage für die interessengerechte Abwägung im Dienste des kulturellen Fortschritts zu bieten, wie es teils § 24 UrhG a.F. zugedacht war. Denn hinsichtlich desjenigen kulturellen Schaffens, das von einer deutlich wiedererkennbaren Auseinandersetzung mit anderen Kunstwerken lebt, bleibt der Benutzer nach der hier vertretenen Auffassung auf Schrankenregelungen oder vertragliche Lizenzen verwiesen. Insoweit stellt die neue Rechtslage einen Bruch mit der alten dar.

2. Kontinuitäten zu § 24 UrhG a.F.

Dass der Abstandsbegriff des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG mit dem alten Begriff des Abstands in der Rechtsprechung nicht verwechselt werden darf und die unionsrechtliche Wiedererkennbarkeit auf dem Rücken eines unionsrechtswidrigen § 24 UrhG a.F. formuliert wurde, bedeutet indes nicht, dass sich keine Kontinuitäten zu § 24 UrhG a.F. ergeben können. Selbst eine Auslegung des hinreichenden Abstands im Einklang mit dem hier näher ausgelegten Kriterium der Wiedererkennbarkeit ändert daran nichts. Das Kriterium der Wiedererkennbarkeit mag zwar für die InfoSoc-Richtlinie neu erscheinen. Dem deutschen Urheberrecht ist es aber nicht völlig fremd, den Eingriff in Verwertungsrechte nach Erkennbarkeitskriterien zu beurteilen.⁷⁹² Zum einen zeigen sich sogleich näher zu untersuchende Parallelen zum Verblässen als zentralem Kriterium des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. Zum anderen trat der Begriff „erkennbar“ bereits im Urheberrechtsgesetz in Erscheinung, wie oben im Zusammenhang mit dem besonderen Melodienschutz ausgeführt.⁷⁹³ Denn der Tatbestand des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. fordert die Erkennbarkeit der Melodieübernahme, um daran die scheinbar privilegierenden Rechtsfolgen zu knüpfen.

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

792 Siehe oben A.I.2.c. und A.II.2.b.

793 Genau genommen sogar zweimal: zum einen in § 97a Abs. 4 UrhG im Zusammenhang mit der Abmahnung. Diese Erwähnung ist hier irrelevant, da sie nicht im Zusammenhang mit dem Werk, sondern der Berechtigung der Abmahnung steht. Zum anderen die hier interessante Erwähnung in § 24 Abs. 2 UrhG a.F.

a. Parallelen zum Verblassen

Schon dem Begriff nach weist das Verblassen auf die schwierigere Erkennbarkeit hin: Was blass ist, kann schwerlich erkannt werden.⁷⁹⁴ Parallelen lassen sich aber freilich nur zum Verblassen „im wörtlichen Sinne“ herstellen und nicht zu dem, was der BGH im erweiterten, nicht wörtlichen Sinn des Verblassens versteht, wenn er einen inneren Abstand annimmt.⁷⁹⁵ Bei diesem *inneren* Abstand, den der BGH als Verblassen im nicht wörtlichen Sinne verstehen möchte, ist es geradezu typisch, dass das ursprüngliche Werk erkennbar bleibt.⁷⁹⁶ Relevant für mögliche Gemeinsamkeiten mit dem Wiedererkennbarkeitskriterium kann also nur das Verblassen im wörtlichen Sinne sein.⁷⁹⁷

Grundsätzlich wird dieses im eigentlichen Sinne verstandene Verblassen an der Frage gemessen, wie stark das benutzte Werk hinter den Zügen des neuen Werks zurücktritt.⁷⁹⁸ Das Zurücktreten beinhaltet wiederum eine Untersuchung, inwiefern das alte Werk in dem neuen nach einer Gesamtbeurteilung deutlich erkennbar bleibt oder nur so im Verborgenen bleibt, dass es den eigenschöpferischen Elementen des neuen Werkes Platz verschafft.⁷⁹⁹ Der Grad an Erkennbarkeit und an Bedeutung des äußeren Erscheinungsbildes eines älteren Werkes im neuen stellt damit den ursprünglichen Kern des Verblassens dar.

794 Siehe A.I.2.c.

795 Vgl. zur Differenzierung BGH GRUR 2016, 1157, Rn. 22 – *auffett getrimmt*.

796 BGH GRUR 2014, 258, Rn. 39 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm*: „Auf den inneren Abstand kommt es vor allem bei Fallgestaltungen an, in denen eine künstlerische Auseinandersetzung mit einem älteren Werk es erfordert, dass dieses und seine Eigenheiten, soweit sie Gegenstand der Auseinandersetzung sind, im neuen Werk erkennbar bleiben.“ Wortgleich BGH GRUR 2016, 1157, Rn. 22 – *auffett getrimmt*; siehe auch Schulze, in: Dreier/Schulze, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 24 Rn. 16.

797 Der erste Senat des BGH versteht dies in BGH GRUR 2022, 899, Rn. 47 – *Porsche 911* so, dass es hierbei um eine „unionsrechtskonforme Auslegung“ des Verblassens gehe. Inwiefern bei einem Begriff, der keine gesetzliche Erwähnung findet, sondern nur durch Literatur und Rechtsprechung entwickelt wurde, eine „unionsrechtskonforme Auslegung“ methodisch korrekt ist, ist zweifelhaft. Jedenfalls aber wird der BGH wohl so zu verstehen sein, dass der Begriff des Abstands unionsrechtskonform so verstanden werden muss, dass auch die untergeordneten Hilfsbegriffe wie das Verblassen nur bei fehlender Wiedererkennbarkeit der schutzbegründenden eigenschöpferischen Elemente vorliegt.

798 BGH GRUR 2016, 1157, Rn. 20, 22 – *auffett getrimmt*.

799 Siehe hierzu schon näher A.I.2.c.

Allerdings werden graduelle Unterschiede im Verständnis dessen vorgebracht, was als nicht „wiedererkennbar“ im Rahmen des EuGH-Verständnisses gilt und was bisher als nicht erkennbar im Sinne von „verblasst“ verstanden wurde.⁸⁰⁰ So besteht nach Auffassung des BGH etwa die Möglichkeit, dass Audiofragmente, wie im Falle des Samples in der Fallbetrachtung von *Metall auf Metall* als wiedererkennbar gelten, aber dennoch im neuen Werk nach Maßstab des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. verblassen.⁸⁰¹

Das Verblassen ist primär ein am Gesamteindruck des Werks ausgerichteter Kriterium, während das Kriterium der Wiedererkennbarkeit von vielen primär auf den konkreten Vergleich des einzelnen Werkelements bezogen wird.⁸⁰² Versteht man das Wiedererkennbarkeitskriterium in diesem Sinne und setzt insbesondere den maßgeblichen Vergleich des Schutzgegenstandes am Sample selbst an, ist das Wiedererkennbarkeitskriterium strenger als das Kriterium des Verblassens.⁸⁰³

Sinnvoller erscheint es aber nach hier vertretener Ansicht, den Begriff der Wiedererkennbarkeit enger und damit offener für künstlerische Verarbeitungen zu fassen.⁸⁰⁴ Insofern sollte das Musikstück, in das ein fraglicher Werkteil eingebettet wurde, als Ganzes betrachtet werden und dessen Höreindruck nach Maßgabe des Durchschnittshörers beim erstmaligen Hören beurteilt werden. Dieses Kriterium zeigt erhebliche Gemeinsamkeiten zum Verblassen. Denn treten die individuellen Aspekte eines Werkes im anderen zurück, wird das regelmäßig dann der Fall sein, wenn auch der Durchschnittshörer beim Höreindruck des ganzen Werkes das Element nicht mehr heraushört. In beiden Fällen gehen im weiteren Sinne so auch „hörpsychologische“ Aspekte in die Unterscheidung mit ein⁸⁰⁵ und in beiden Fällen ist der Werkteil im Kontext zu betrachten.

800 *Homar*, ZUM 2019, 731, 736; *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1010.

801 Siehe *BGH GRUR* 2017, 895, Rn. 25 – *Metall auf Metall III* im Gegensatz zu *BGH GRUR* 2020, 843, Rn. 31 – *Metall auf Metall IV*.

802 Vgl. auch schon *BGH GRUR* 2015, 1189, Rn. 109 – *Goldrapper*.

803 *Homar*, ZUM 2019, 731, 736: „Mit der Erkennbarkeit legt der EuGH somit einen Maßstab an, der deutlich strenger als das bisher relevante »Verblassen« i. S. d. der freien Benutzung des § 24 UrhG ist.“; *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1010: „Das Kriterium der Wiedererkennbarkeit ist ersichtlich deutlich strenger als eine Wesentlichkeitsbegrenzung, eine *de minimis*-Begrenzung oder die im deutschen Recht bisher unter bestimmten Voraussetzungen in Betracht kommende Analogie zur freien Benutzung (§ 24 UrhG), für die es in der Regel auf ein ‚Verblassen‘ des vorausgehenden Schutzgegenstands im neu geschaffenen Werk ankommt.“

804 Näher bei B.II.

805 Vgl. *LG München I ZUM-RD* 2009, 101, 112.

Ein enger Begriff der Wiedererkennbarkeit beim Hören entspricht damit grob dem bisherigen Verblissen in der Musik.

b. Parallelen zum Melodieschutz in § 24 Abs. 2 UrhG a.F.

Bei einem Vergleich mit der oben behandelten Erkennbarkeit aus § 24 Abs. 2 UrhG a.F. werden die Parallelen schon im Wortlaut deutlich. Trotzdem wird in der Literatur teilweise darauf verwiesen, dass im Rahmen der Wiedererkennbarkeit nicht auf die Gedanken des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. zurückgegriffen werden könne.⁸⁰⁶ Jedenfalls was einen direkten Vergleich betrifft, kann dem insoweit zugestimmt werden, als dass sich § 24 Abs. 2 UrhG a.F. nur auf Melodien bezog.⁸⁰⁷

Allerdings zeigen sich zumindest abstrakte Gemeinsamkeiten, wenn man die Erkennbarkeit des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. für sich genommen – unabhängig von ihren Bezügen zur Melodie – versteht. Zum einen sollte sie ebenfalls auf die Verkehrskreise ausgerichtet sein und knüpfte in letzter Konsequenz an die Überlegung an, Elemente dann nicht als Bearbeitung oder Vervielfältigung zu erachten, wenn sie für die relevante Hörerschaft im neuen Werk nicht erkennbar sind (siehe A.II.2.b.). Auch das Wiedererkennbarkeitskriterium der *Pelham*-Entscheidung ist nach überwiegender Ansicht an der Hörerschaft, dem Durchschnittshörer bzw. den Verkehrskreisen auszurichten.⁸⁰⁸

806 *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748, 750: „Dabei kann nicht auf die Rechtsprechung zur Erkennbarkeit im Rahmen des § 24 Abs. 2 UrhG zurückgegriffen werden. Ungeachtet einer möglichen unionskonformen Auslegung des § 24 UrhG zielt die Erkennbarkeit in dessen Abs. 2 auf die Übernahme einer urheberrechtlich schutzfähigen Melodie ab und teilt sich in eine objektive und eine subjektive Komponente (Schricker, GRUR 1988, 812, 816).“

Die Interpretation der Erkennbarkeit als Kriterium mit objektiver und subjektiver Komponente scheint allerdings ein Missverständnis zu sein. Die zitierte Anmerkung in *Schricker*, GRUR 1988, 815, 816 handelt nicht von derartigen Komponenten. *Schricker* schreibt von einem objektiven Kriterium der Erkennbarkeit, das alleine nicht über die Rechtsverletzung entscheidet und den subjektiven Kriterien, dass der Rechtsverletzer das Werk gekannt haben muss, um eine Rechtsverletzung zu begehen. Die Erkennbarkeit ist daher nach *Schricker* ein Kriterium, das nicht aus Sicht des Komponisten, sondern von außen bewertet werden muss (so im Ergebnis auch oben B.II.).

807 *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748, 750.

808 *BGH GRUR* 2020, 843, Rn. 29 – *Metall auf Metall IV*; *Apel*, MMR 2019, 601, 602; *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1010; *Wagner*, MMR 2019, 727, 729; *Stumpf*, GRUR Int. 2019, 1092, 1094.

Die Anknüpfung an die Entnahme und Zugrundelegung in § 24 Abs. 2 UrhG a.F. ist ferner ein Bezugspunkt, der auch beim Wiedererkennbarkeitskriterium des EuGH unausgesprochen mitschwingt. Obgleich es im Rahmen des Wiedererkennbarkeitskriteriums bei der Vervielfältigung nicht notwendig ist, den musikalischen Abschnitt „zugrunde“ zu legen, ist die Wiedererkennbarkeit wohl als Erkennbarkeit einer Übernahme des entsprechenden musikalischen Werkteils zu verstehen.

Außerdem bestand eine gewisse Tendenz, im Falle der Erkennbarkeit im Rahmen von § 24 Abs. 2 UrhG a.F. einen Vergleich der konkreten Werkteile so vorzunehmen, dass dabei nicht beschränkt ist, unter welchen Bedingungen der entsprechende Werkteil im Vergleich angehört wird, sodass wohl auch hier ein mehrmaliges Hören möglich ist.⁸⁰⁹ Das Erkennbarkeitskriterium des Melodienschutzes wird also ebenfalls eher weit ausgelegt und entspricht so im Groben dem Verständnis des weiten – hier aber nicht vertretenen – Verständnisses des Wiedererkennbarkeitskriteriums der *Pelham*-Entscheidung.

3. Zwischenergebnis

Bisherige Abgrenzungskonzepte, die im Bereich von Erkennbarkeitskriterien spielen, sind also teilweise auch im Rahmen des Wiedererkennbarkeitskriteriums weiterhin ihrem wesentlichen Gehalt nach verwirklicht. Parallelen des Verblässens zum Wiedererkennbarkeitskriterium bestehen jedenfalls in dem Ausmaß, in dem unter dem Begriff Verblässen eine Untersuchung vorgenommen wird, wie sehr sich die alten Elemente im neuen Werk finden und nicht gänzlich von den neuen eigenschöpferischen Zügen verdeckt werden.

Versteht man das Kriterium der Wiedererkennbarkeit – wie hier – als enges Kriterium, das sich offener für künstlerische Verarbeitungen zeigt, sind die Übereinstimmung mit dem Verblässen sogar sehr weitgehend. Das Konzept des Verblässens im Urheberrecht als äußere Grenze der Bearbeitung bzw. Vervielfältigung zu betrachten steht daher im Einklang mit dem unionsrechtlichen Kriterium der Wiedererkennbarkeit. Denn sie beachtet die grundrechtliche Interessenabwägung, setzt an der Übernahmequalität von Werkelementen selbst an und lässt sich auch als „echte Schutzbereichsbestimmung“, also im Sinne eines Ausschlusskriteriums für Vervielfältigung bzw. Bearbeitung, betrachten.⁸¹⁰

809 Vgl. A.II.2.b.

810 Vgl. auch schon *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 413 ff.

Insbesondere müssen vor diesem Verständnis musikalisch auch solche Benutzungen urheberrechtlich frei bleiben, die, wie oben dargelegt, derart stark umgearbeitet wurden, dass sich die früheren Werkelemente zwar noch als Anregung verstehen lassen können, allerdings keines der Werkelemente etwa beim erstmaligen Hören (z.B. im Radio) wiedererkennbar ist. Ein beträchtlicher Teil des Microsamplings fiel nach diesem Verständnis kaum in den Schutzbereich. Auch eine kunstvoll verarbeitete Tonfolge kann so im Kontext der Gesamtbetrachtung eines Musikstückes als frei betrachtet werden, ohne dass sie auf Schranken angewiesen ist.

Nähme man hingegen die Grenzen eines weiten Wiedererkennbarkeitsbegriffs an, dann läge die Grenze unterhalb dessen, was als Gehalt des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. und insbesondere unter der daraus hergeleiteten Verblässensformel (im wörtlichen Sinne) verstanden wird.⁸¹¹ Die Grenze entspräche in etwa der aus kunstspezifischer Perspektive kritisch zu betrachtenden Grenze des Melodienschutzes gem. § 24 Abs. 2 UrhG a.F. und verallgemeinert den dortigen auf Melodien bezogenen Gedanken auf sämtliche (verändernden) Vervielfältigungen.

Sollte sich ein enges Verständnis der Wiedererkennbarkeit entgegen der hier vertretenen Auffassung auf europäischer Ebene nicht als gangbare Möglichkeit erweisen, wäre wohl spätestens dann der unionsrechtliche Gesetzgeber gefragt, den Umfang von Verwertungsrechten der InfoSoc-Richtlinie klarer und einer kunstspezifischen Betrachtung gegenüber offener zu definieren.

Legt man aber den Begriff des Abstandes so aus, dass er die Frage der Wiedererkennbarkeit wie oben beschrieben umsetzt, ergibt sich eine erhebliche Kontinuität zur früheren Abgrenzung des Verblässens – freilich ohne ihre künstliche Erweiterung auf Parodien. Was die Feststellung eines „äußeren“ Abstandes oder des sogenannten Schutzbereiches angeht, sind daher der hier vertretenen Auffassung folgend nur wenige materielle Neuerungen im Bereich des sogenannten „äußeren“ Abstandes durch die Aufhebung des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. zu erwarten.

811 *Homar*, ZUM 2019, 731, 736; *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1010.

IV. Fazit und Ausblick

Die gesamte urheberrechtliche Neuordnung des Schutzbereiches steht zusammenfassend unter dem Stern einer materiellen Kontinuität bei formellem Umbruch.

Vor allem betrifft das den besonderen Melodienschutz: Der besondere Schutz der Melodie ist, wie oben dargelegt, im Hinblick auf die kaum noch erkennbare Sonderstellung der Melodie in künstlerischer Hinsicht und vor allem auf die geänderte Ausgangslage in der Rechtspraxis nicht mehr zeitgemäß.⁸¹² Auch die praktischen Erwägungen bei Einführung des besonderen Melodienschutzes haben im Kontext des heutigen Verständnisses der Verwertungsrechte, insbesondere aber der Bearbeitung sowie der Bestimmung des urheberrechtlichen Schutzgegenstandes keinen Bestand mehr.⁸¹³

So radikal es scheinen mag, den sogenannten besonderen Melodienschutz nun aufzugeben, ist die materielle Auswirkung wohl überschaubar. Denn das erkennbare Zugrundelegen einer entnommenen Melodie in einem neuen Werk hält wohl ebenso wenig einen hinreichenden Abstand i.S.d. § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG ein wie es schon in den seltensten Fällen unter den Voraussetzungen des § 24 UrhG a.F. „verblasst“ sein dürfte.

Tatsächliche Neuerungen sind eher im Bereich der unionsrechtskonformen Betrachtung der Grenzen einer unfreien Bearbeitung hin zu dem, was nicht mehr den Schutzbereich der Bearbeitung berührt, zu suchen.⁸¹⁴ Denn der Vorstellung, dass bei Parodien formell schon gar nicht der Schutzbereich der Verwertungsrechte oder der Bearbeitung berührt wäre, wie es die Subsumtion unter § 24 UrhG a.F. aus Perspektive der Gesetzessystematik suggerierte, wurde der unionsrechtliche Riegel vorgeschoben, was sich nicht zuletzt in der gesetzgeberischen Begründung des neuen § 23 UrhG bestätigt.⁸¹⁵ Im Ergebnis sind materiell zwar auch diesbezüglich keine massiven Änderungen zu erwarten – die Parodie wird gem. § 51a UrhG auch weiterhin gesetzlich erlaubt sein – allerdings wird zumindest der systematische Zusammenhang und die aufgegebene Flexibilität des § 24 UrhG a.F. hier deutlicher spürbar.

Im Übrigen sind aber nach hier vertretener Auffassung selbst die neuen Kriterien zur Bestimmung des Schutzbereiches altbekannter als es die Situation auf den ersten Blick vermuten lässt. Auch ohne § 24 UrhG a.F. bedarf es der Abgrenzung der freien Benutzung eines Werkes in veränderter Form von

812 Siehe hierzu schon A.II.4.

813 Ebd.

814 Im Ganzen A.III und B.

815 Vgl. insb. Begründung RegE 2021, BT-Drs. 19/27426, 78 f.

der unfreien Benutzung. Grundlage hierfür bietet die unionsrechtskonforme Auslegung des „hinreichenden Abstands“ nach § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG, der neu verstanden werden muss. Der Begriff des „Abstands“, wie er zuvor von der Rechtsprechung verwandt wurde, ist jedenfalls in seiner weiten Auslegung bestehend aus den Komponenten eines „inneren“ und eines „äußeren“ Abstands nicht mehr passend. Zwar ist jegliche Abgrenzung vom Schutzbereich dadurch gekennzeichnet, einen gewissen Abstand zu wahren. Die entscheidende Frage eines neuen Kriteriums ist allerdings nicht, *ob* ein Abstand zu wahren ist, sondern *wie* dieser Abstand bestimmt wird.

Für dieses *Wie* der Konkretisierung bietet sich den unionsrechtlichen Vorzeichen folgend die Wiedererkennbarkeit an, deren Maß ebenfalls noch unterschiedlich bestimmt werden kann. Während die Wiedererkennbarkeit nach der momentan vorherrschenden Auslegung dem Erkennbarkeitskriterium des bisherigen § 24 Abs. 2 UrhG a.F. nahekommt, ist sie nach der hier als vorzugswürdig betrachteten Auslegung ein Kriterium, das sich erheblich mit dem bisher bekannten Verblaffen überschneidet.⁸¹⁶ Denn nach dem hier vertretenen Verständnis sollte ein Musikstück, in das ein Werkteil eingebettet wurde oder das umgearbeitet wurde, als Ganzes betrachtet werden und dessen Höreindruck nach Maßgabe des Durchschnittshörers beim erstmaligen Hören beurteilt werden. In sämtlichen Auslegungsdifferenzen sind aber die materiellen Unterschiede zu dem, was zuvor den „äußeren“ Abstand ausmachte, gering. Insoweit gehen die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG n.F. und die Vorgaben des Unionsrechts Hand in Hand.⁸¹⁷

Die größten Änderungen dürften wohl nun in der rechtspolitischen Diskussion, aber auch rechtswissenschaftlichen Systematisierung der neuen Rechtslage zu finden sein. Mit der Aufhebung des § 24 UrhG a.F. wurde jegliche Diskussion darum, dem Selbständigkeitsbegriff in kunstspezifischer Betrachtungsweise weite Anwendungsbereiche auf Ebene des Schutzbereiches zu verschaffen, im Keim erstickt. Beruht das Bedürfnis einer urheberrechtlichen Freistellung auf Selbständigkeit und innerem Abstand, sind derartige gesetzlichen Erlaubnistatbestände nun auf die Schranken verwiesen.⁸¹⁸ Die Grenzen der Vielfältigung und Bearbeitung bleiben aber anderen Abgrenzungskriterien vorbehalten.

816 Hierzu insb. B.III.2.

817 Vgl. Begründung RegE 2021, BT-Drs. 19/27426, 78.

818 Siehe auch *Grisse/Kaiser*, ZUM 2021, 401, 415.

C. Funktionaler Ersatz des § 24 UrhG a.F. durch Schranken

Das kreative verarbeitende Schaffen, das vormalig in Teilen von der freien Benutzung erfasst werden sollte, ist also in den Fällen der Wiedererkennbarkeit auf die Schranken des Urheberrechts verwiesen.⁸¹⁹

Der Schrankenkatalog des Art. 5 InfoSoc-Richtlinie ist lang. Sucht man allerdings die Möglichkeiten kreativer Spielräume für das Musikschaffen in der abschließenden Regelung (siehe ErwG 32 InfoSoc-Richtlinie), erweisen sich schon auf den ersten Blick nur wenige Schranken als zweckmäßig. Solche Schranken, die lediglich den Bereich der journalistischen oder politischen Meinungsfreiheit aber weniger der Kunstfreiheit bezwecken, wie Art. 5 Abs. 3 lit. c, f InfoSoc-Richtlinie, können angesichts der wenig konkreten Möglichkeiten musikalischer Mittel, eine politische Aussage zu treffen, kaum für das Musikschaffen relevant sein. Auch die Nutzung von Baukunst oder Plastiken (Art. 5 Abs. 3 lit. h, m InfoSoc-Richtlinie) ist in der Musik regelmäßig irrelevant. Selbst eine „beiläufige Einbeziehung“ (Art. 5 Abs. 3 lit. i InfoSoc-Richtlinie, § 57 UrhG) bietet wenige Möglichkeiten, wenn die musikalische Verarbeitung fremden Materials gerade bezweckt wird und so gezwungenermaßen eine gewisse Bedeutung im Werk einnimmt.⁸²⁰ Die Freistellung der beiläufigen Einbeziehung kann aber zumindest in kleinerem Rahmen für Rechtssicherheit sorgen, wenn solche Werkteile vereinzelt übernommen wurden, die im Höreindruck nicht ins Gewicht fallen.⁸²¹

Offen für künstlerische Auseinandersetzungen sind hingegen Art. 5 Abs. 3 lit. d und k InfoSoc-Richtlinie bzw. Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 lit. a und b DSM-Richtlinie.⁸²² Selbst dort werden aber einzelne Regelungsgehalte der Schranken, wie die Kritik, Rezension (Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 lit. a DSM-Richtlinie) oder Karikatur (Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie, Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 lit. b DSM-Richtlinie), kaum in der Musik zu finden sein.⁸²³

Dem hehren Ziel eines Schaffensspielraums für selbständige musikalische Verarbeitungen, das § 24 UrhG a.F. jedenfalls teilweise verwirklichen sollte,

819 Siehe *Döhl*, UFITA 2019, 19, 20; vgl. auch: *Schulze*, GRUR 2020, 128, 133; vgl. auch die Ansätze bei *Kocatepe*, *Recht auf Referenz?*, 2022, 239 ff.

820 Vgl. ferner *BGH* GRUR 2020, 843, Rn. 58 f. – *Metall auf Metall IV*.

821 Gerade bei modernen Nutzungsformen im Zusammenhang mit Sampling ist die Schranke aber nicht einschlägig, *Pötzlberger*, *Kreatives Remixing*, 2018, 432.

822 *Schunke*, ZUM 2020, 447, 454 f.; vgl. auch *Stieper*, GRUR 2020, 792; *Döhl*, *Zwischen Pastiche und Zitat*, 2022, 118 ff.; mit Bezug zum Zitat *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1012 ff.;

823 Anders ist die Ausgangslage, was etwa das Schreiben *über* musikalisches Schaffen angeht. Hier mag die Kritik oder Rezension durchaus eine größere Rolle spielen, die aber die Möglichkeiten für musikalisch-kreatives Schaffen selbst kaum erweitern dürfte.

verbleibt also auf Schrankenebene die Erfassung von Nutzungen unter Zitate, Parodien oder Pastiches. Angesichts dieser wenigen für die musikalische Schaffensfreiheit sinnvoll anwendbaren Schranken, steht infrage, ob die kreative Benutzung von Musikwerken in einer Sackgasse gelandet ist.

Die Problematik streng reglementierter Schrankenlösungen in der EU wurde bereits in der Vergangenheit hervorgehoben.⁸²⁴ Die Frage, inwieweit die vorgesehenen Schranken des UrhG dem Bedürfnis nach Freiräumen für kreatives Schaffen gerecht werden, kann aber insofern neu aufgeworfen werden, als dass zumindest im deutschen Recht durch weitere Entwicklungen der bestehenden Normen einerseits,⁸²⁵ aber auch durch neu umgesetzte Schrankenbestimmungen andererseits,⁸²⁶ manch neue Spielräume auszuloten sind.

Daher werden im Folgenden die diskutierten Möglichkeiten im Rahmen von Zitat (§ 51 UrhG), Parodie und Pastiche (§ 51a UrhG) näher untersucht.

I. Das Zitat in der Musik

Das Musikzitat nach § 51 S. 2 Nr. 3 UrhG ist der Sonderling unter den Zitatformen des deutschen UrhG. Nicht nur, weil es sich ausschließlich auf erschienene Werke oder auf eine bestimmte Werkgattung bezieht, sondern auch, weil es in der gesamten Anlage untypischere Zitatzwecke und einen anderen Umgang mit der Erkennbarkeit des Zitats als „Fremdkörper“ erfordert.⁸²⁷

Zitate in der Musik juristisch aber als etwas zu betrachten, das sich kategorisch von anderen Zitaten unterscheidet, entspricht nicht der gegenwärtigen

824 *Hilty/Senfileben*, in: *Dreier/Hilty* (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, 317, 324 ff. und insbesondere zusammenfassend 330: „Um zu einer solideren Lösung des Problems nutzergenerierter Inhalte zu gelangen, bedarf es einer expliziten Schranke mit klar umrissenen Tatbestandsvoraussetzungen. Das EU-Recht bietet dafür allerdings nicht Hand – was nicht erstaunt. Die primär relevante InfoSocRL 2001/29/EG reflektiert die technischen Möglichkeiten des ausgehenden letzten Jahrhunderts, und in den Folgejahren schaffte es der europäische Gesetzgeber bislang lediglich, Randphänomene in den Griff zu bekommen.“

825 Siehe *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1012 ff.

826 Der zum 7. Juni 2021 in Kraft getretene § 51a UrhG war dem wesentlichen Gehalt nach obligatorisch vorgesehen in Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 DSM-Richtlinie, vgl. *Spindler*, CR 2019, 277, 288. Vgl. auch die nun erfolgte Analyse bei *Döhl*, Zwischen Pastiche und Zitat, 2022, 131 ff.

827 Vgl. *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164.

gen Rechtslage. Schon das deutsche Urheberrechtsgesetz nennt das Musikzitat lediglich als urheberrechtlichen Regelfall („insbesondere“) und die europäischen Richtlinien differenzieren nicht zwischen Zitaten in der Musik und anderen Werkarten, Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-Richtlinie, Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 lit. a DSM-Richtlinie.⁸²⁸ Der weitreichend harmonisierte unionsrechtliche Zitatbegriff betrifft daher auch das Musikzitat.⁸²⁹ Zwar ist das Zitatrecht als Ganzes nicht vollständig harmonisiert,⁸³⁰ die verbliebenen Spielräume sind auch nicht klein,⁸³¹ sie konzentrieren sich aber vor allem auf die Umstände des Zitats und in gewissen Grenzen auch auf die Zwecke.⁸³² Der Zitatbegriff selbst ist ein autonomer Begriff des Unionsrechts.⁸³³

Inwiefern das Zitat damit in Bereichen einer kreativen Benutzung anderer Werke in der Musik eine Rolle spielen kann, ergibt sich nur im Zusammenspiel unionsrechtlicher Normen mit der nationalen Ausgestaltung von Freiräumen. In Anknüpfung an das kulturell aufeinander aufbauende Musikschaffen ist vor allem von Relevanz, inwiefern das Zitatrecht für musikalisch kreativ-verarbeitende Verwendungen, insbesondere auch klangverarbeitende Nutzungen herangezogen werden kann.⁸³⁴

1. Künstlerische Zweckrichtung

Inwieweit diese künstlerisch-kreativ ausgerichteten Formen der Nutzung möglich sind, schlägt sich zunächst an der Frage nieder, welche durch das

828 A.A. wohl *Spindler*, in: Schrickler/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 51 Rn. 22, 79, der das Musikzitat für die Zitierung in Musikwerken für abschließend hält.

829 Zur unionsrechtskonformen Betrachtung: *BGH GRUR* 2020, 843, Rn. 38, 52 – *Metall auf Metall IV*.

830 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (= *GRUR* 2019, 934), Rn. 41 f. – *Funke Medien/BRD*.

831 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (= *GRUR* 2019, 934), Rn. 43 – *Funke Medien/BRD*; *Leistner*, *GRUR* 2019, 1008, 1012.

832 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (= *GRUR* 2019, 934), Rn. 43, 46 – *Funke Medien/BRD*; Der Zweck wird dann aber wieder im Zusammenhang mit dem Zitatbegriff selbst auf das Ziel der Interaktion mit dem benutzten Werk beschränkt, *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= *GRUR* 2019, 929), Rn. 71 – *Pelham/Hütter*.

833 *Dreier*, *GRUR* 2019, 1003, 1008; vgl. *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (= *GRUR* 2019, 940), Rn. 77 f. – *Spiegel Online/Volker Beck*; *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= *GRUR* 2019, 929), Rn. 70 f. – *Pelham/Hütter*.

834 *Leistner*, *GRUR* 2016, 772, 777; *Schunke*, *ZUM* 2020, 447, 455; vgl. auch zu klassischen Problemen in diesem Bereich *Döhl*, *Zwischen Pastiche und Zitat*, 2022.

Zitatrecht privilegierten Zwecke mit einer musikalisch-kreativen Nutzung vereinbar sind.

Einigkeit herrscht darüber, dass die Übernahme konkreter Textstellen im Rahmen des Zitatrechts nicht privilegiert sein soll, wenn sie ausschließlich einem Schmuckzweck dient.⁸³⁵ Verstünde man einen solchen Schmuckzweck im Sinne eines ästhetischen Zwecks, wäre das Zitatrecht für künstlerische Verwendungen unbrauchbar, denn im Kunst- oder Musikzitat ist ein übergeordneter ästhetischer Zweck gerade die Regel. Der Ausschluss von Schmuckzitataten ist daher wohl eher so zu verstehen, dass zumindest eine gewisse Interaktion mit dem zitierten Ausschnitt erforderlich ist.⁸³⁶

Für eine erforderliche Interaktion kommen vor allem drei Möglichkeiten in Frage. Ganz überwiegend werden vom Zitatrecht gedeckte Zwecke etwa darin gesehen, dass die Nutzung des fremden Werks oder Werkteils dazu dient, „Aussagen zu erläutern“⁸³⁷ oder aber auch „eine Meinung zu verteidigen“⁸³⁸. Diese beiden Zwecke sind wohl weniger im Musikbereich als eher in der Sachliteratur zu finden, insbesondere in wissenschaftlichen oder journalistischen Schriften.

Weiterhin gilt es als Zitat, wenn ein Werkausschnitt übernommen wird, um „eine geistige Auseinandersetzung zwischen dem Werk und den Aussagen des Nutzers zu ermöglichen“.⁸³⁹

Zwar lässt sich der Musik nicht direkt eine „Aussage“ entnehmen, wie es im Bereich der Literatur der Fall ist,⁸⁴⁰ doch wird man hier ebenfalls eine Ermöglichung der Auseinandersetzung oder einen Dialog mit den ästhetischen oder semantischen Eigenheiten eines Musikausschnitts fordern können, also

835 Lüft, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 51 Rn. 5.

836 Vgl. *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 71 – *Pelham/Hütter*; vgl. in diesem Sinne auch *Döhl*, Zwischen Pastiche und Zitat, 2022, 118.

837 So *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 71 – *Pelham/Hütter*; *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (= GRUR 2019, 940), Rn. 78 – *Spiegel Online/Volker Beck*; Vgl. außerdem den Wortlaut des Regelfalls eines Großzitats, § 51 S. 2 Nr. 1 UrhG: „zur Erläuterung des Inhalts“; Fernerhin: *Spindler*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 51 Rn. 27 f.

838 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 71 – *Pelham/Hütter*; *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (= GRUR 2019, 940), Rn. 78 – *Spiegel Online/Volker Beck*. Dieser Zweck wird vom UrhG selbst nicht konkret genannt, wird aber auch übergreifend in der Literatur anerkannt: *Spindler*, in: Schricker/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 51 Rn. 27 f.

839 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 71 – *Pelham/Hütter*.

840 Vgl. in einem weiteren Sinne zu Aussagen mit musikalischen Mitteln Kapitel 2 C.IV.1.

insbesondere durch die assoziative Verknüpfung zu örtlichen oder zeitlichen Begebenheiten oder auch durch Erinnerung an einen Komponisten.⁸⁴¹ Um dabei dem Zitatcharakter Rechnung zu tragen, bleibt es allerdings notwendig, dass der Dialog am konkreten übernommenen Bestandteil festgemacht werden kann und nicht nur in einer abstrakten ästhetischen Gesamtbetrachtung zum Ausdruck kommt.⁸⁴²

Anwendungsfälle eines solchen Dialogs müssen nicht auf komplexe Zitierungen in anspruchsvoller Kunstmusik beschränkt bleiben. Ein Paradebeispiel einer solchen Ermöglichung der geistigen Auseinandersetzung könnte etwa im weltweit bekannten Hit „*Down Under*“ der Gruppe „*Men at Work*“ gesehen werden.⁸⁴³ Das aus Australien stammende und gleichzeitig Australien thematisierende populäre Musikstück nimmt in sein Zwischenspiel einen Teil eines bekannten australischen Kinderlieds („*Kookaburra Sits in the Old Gum Tree*“) auf.⁸⁴⁴ Es wird eine Ebene des Dialogs aus der Thematik von „*Down Under*“ geschaffen, indem der australische Protagonist auf einer Reise immer wieder an seine Heimat erinnert wird und dann der Ausschnitt des australischen Kinderliedes eingefügt wird. Auch im Bereich gesampelter Werke kann durch die intertextuelle Verknüpfung eine Auseinandersetzung hergestellt werden.⁸⁴⁵ Wichtig ist aber auch hier, dass das Ziel die Interaktion mit dem Sample bleibt, nicht die schlichte Aneignung.⁸⁴⁶

Somit zeigt sich der Zitatzweck durchaus offen für musikalisch kreativ-verarbeitende Verwendungen.⁸⁴⁷ Wenngleich auch die klangverarbeitende Nutzung oder ähnliche Nutzungsmöglichkeiten im kreativen Bereich nicht selbst als Zitatzweck gelten können, liegt ein hinreichender Zitatzweck zumindest in vielen Fällen vor, in denen die Interaktion auf einer künstlerischen, teils assoziativen, Ebene des Hörers stattfindet.

841 Zu letzteren Fällen *Lüft*, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 51 Rn. 20; eine „Referenz“ lässt genügen: *Schulz*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 51 Rn. 22; vgl. zur semantischen Ebene im Musikwerk ferner: Kapitel 2 C.IV.1.

842 Vgl. *Hertin*, GRUR 1989, 159, 165 f.

843 Vgl. Larrikin Music Publishing v. EMI Songs Australia [2010] FCA 29 FC Aust.; *McDonagh*, IIC 2012, 401, 414 f.

844 Siehe auch *McDonagh*, IIC 2012, 401, 414 f.

845 Siehe *Döhl*, UFITA 2019, 19, 35.

846 GA *Szpunar*, Schlussantr. v. 12. Dezember 2018, C-476/17, ECLI:EU:C:2018:1002, Rn. 64, 67 – *Pelham/Hütter*.

847 *Schunke*, ZUM 2020, 447, 455; vgl. *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1013 ff.

2. Erkennbarkeit und Identifikation

Eine geistige Auseinandersetzung mit dem älteren Werkelement ist aber nur dann im Zitatsinne denkbar, wenn auch erkannt wird, dass ein Ausschnitt aus einem fremden Werk verwendet wurde.⁸⁴⁸

Während Erkennbarkeit im Rahmen der Vervielfältigung noch als Kriterium für die Verletzung des Schutzbereiches galt, privilegiert sie hier den Benutzer und ist sogar notwendige Voraussetzung für die Freistellung. Allerdings wird von vielen das Objekt, auf das sich die Erkennbarkeit bezieht, schon anders verstanden als im Rahmen der Vervielfältigung. Es gehe nämlich in erster Linie nicht um die Erkennbarkeit des zitierten Ausschnitts selbst, sondern um die Erkennbarkeit seiner Fremdheit.⁸⁴⁹

In Anwendung auf Schriftwerke ist eine klare Differenzierung im zu erkennenden Objekt einfach zugänglich und einleuchtend: Im Bereich der Schriftwerke etablierten sich Mittel, die auf die Fremdheit einer Textstelle hinweisen sollen, wie etwa Anführungszeichen oder auch die Verwendung indirekter Rede.⁸⁵⁰ Durch diese Codierung muss dem Betrachter nicht schon aus der zitierten Stelle selbst heraus klar sein, dass es sich um einen fremden Ausschnitt handelt. Denn die Kennzeichnung im Text hebt die Fremdheit schon äußerlich hervor.⁸⁵¹

In der Musik ist das allerdings anders. Es haben sich dort keine einheitlichen akustischen Zeichen etabliert, um einem Hörer zu vermitteln, dass ein fremder Abschnitt folgt.⁸⁵² Zitate werden stets in den Fluss eines Musikwerkes eingebunden, ohne dass ihnen eine klare Deklaration der Fremdheit entnommen werden kann. Eine solche Fremdheit muss sich also aus dem Ausschnitt selbst und dessen Einbettung in den Kontext ergeben. Insofern sind kaum Fälle denkbar, in denen die Fremdheit, nicht aber der entnommene Ausschnitt selbst, vom Hörer erkannt wird. Die für Schriftwerke differenzierte Betrachtung von Erkennbarkeit der Fremdheit und Erkennbar-

848 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 73 – *Pelham/Hütter*.

849 *BGH* GRUR 2017, 895, Rn. 33 f. – *Metall auf Metall III*; *BGH* GRUR 2020, 843 – *Metall auf Metall IV*; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, 7. Aufl. 2022, UrhG, UrhG, § 51 Rn. 19; *Stieper*, ZUM 2019, 713, 719.

850 *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 51 Rn. 5.

851 Siehe ebd.

852 Davon unabhängig ist die Frage der Kennzeichnung von Quellen (nicht der Fremdheit), die zumindest auf dem Tonträger erfolgen kann, wenn dies im konkreten Werk möglich ist. Hierzu an späterer Stelle im Detail.

keit des übernommenen Ausschnitts verschmilzt also im Falle des Musikzitats bis zu einem gewissen Grad.⁸⁵³

Das darf aber wiederum nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Zielsetzung dieser Frage der Erkennbarkeit im Kontext der Zitatschranke nicht dieselbe ist, wie die Zielsetzung der Frage, ob ein Werk im Sinne der oben erörterten Vervielfältigung wiedererkennbar ist.⁸⁵⁴ Mit dem Kriterium der Erkennbarkeit im Falle des Zitats ist wohl jedenfalls nicht gemeint, dass das Werk aus der Perspektive eines durchschnittlichen Hörers bei einer Gegenüberstellung wiedererkannt werden kann. Denn die Zielsetzung muss darüberhinausgehend die Möglichkeit der geistigen Auseinandersetzung sein.⁸⁵⁵ Der Hörer soll es nicht nur wiedererkennen, sondern auch *als einem anderen Werk zugehörig* erkennen. Die Anforderungen liegen mithin höher als im Falle der Wiedererkennbarkeit bei Vervielfältigungen im Sinne der unter B.II. behandelten Materie.

Auch der EuGH zeigt im Rahmen der *Pelham*-Entscheidung bei genauem Blick diesen Unterschied. In der deutschen Sprachfassung bleibt das aber sehr subtil: Während er im Zusammenhang mit der Vervielfältigung den Begriff „wiedererkennbar“ verwendet, müsse das Zitat „zu erkennen“ sein.⁸⁵⁶ Bei einem Blick in die englische Sprachfassung wird aber unterschieden zwischen *recognition*⁸⁵⁷ im Falle des Vervielfältigungsbegriffs und *identification*⁸⁵⁸ im Falle des Zitats. Der Begriff der *identification* weist über die *recognition* hinausgehend darauf hin, dass auch die Identität des älteren erkannten

853 Das zeigt sich auch implizit in *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929) – *Pelham/Hütter*. Aus der Vorlageentscheidung des BGH geht explizit hervor, dass sich in der Frage des BGH die Erkennbarkeit eigentlich darauf bezieht, ob der aufgenommene Werkteil fremd ist, also aus einem anderen Werk stammt. Der EuGH setzt hier kurzerhand sein eigenes Verständnis an die Stelle der Frage des BGH und formuliert die Vorlagefrage in dieser Hinsicht um, *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 25, 66 – *Pelham/Hütter*. Der EuGH bezieht sich im Folgenden nicht auf die Erkennbarkeit der Fremdheit, sondern auf die Erkennbarkeit des entnommenen Werkes bzw. Werkteils.

854 Vgl. B.II.

855 Vgl. *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1013.

856 Vgl. etwa *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 72 f. – *Pelham/Hütter*.

857 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 72 – *Pelham/Hütter*, (engl. Sprachfassung); für die Umkehrung *unrecognisable* auch Rn. 31, 36, 37, 39.

858 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 73 – *Pelham/Hütter*, (engl. Sprachfassung).

Werkes relevant ist. Der Hörer soll also nicht nur bei einer Gegenüberstellung der Werke eine Ähnlichkeit erkennen, sondern es soll ihm möglich sein, beim Hören des zitierenden Musikstücks eine Identifikation des zitierten Werkes vorzunehmen.

Im französischen Text wird in ähnlicher Weise zwischen *reconnaissable* und *possible d'identifier* unterschieden.⁸⁵⁹ Liest man die Ausführungen mit dieser Unterscheidung, ist auffällig, dass der EuGH im Rahmen des Zitats bereits von einer (wiedererkennbaren) Vervielfältigung ausgeht.⁸⁶⁰ Die so verstandene Erkennbarkeit ist auch nach Auffassung des EuGH ein zusätzliches Erfordernis des Zitatbegriffs. Die Nähe der deutschen Begriffe darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass hier mehr als eine bloße Zweistufigkeit der Prüfung verlangt wird und somit nicht jede wiedererkennbare Benutzung schon im Sinne des Zitatrechts erkennbar ist.

Sähe man die Identifizierbarkeit nun darin, dass ein durchschnittlicher Hörer das ursprüngliche Werk konkret erkennen und benennen müsste, liefe das Musikzitat effektiv leer. Denn hierfür müsste davon auszugehen sein, dass jeder durchschnittliche Hörer das ältere Werk überhaupt kennt – eine schier unerfüllbare Voraussetzung, wenn nicht gerade ein weltbekanntes „Evergreen“ zitiert wird.

Sinnvoller ist es daher von einem Hörer auszugehen, der den besonders angesprochenen Verkehrskreisen des zitierenden Musikstückes angehört und insofern bereits eine gewisse Vorbildung für den zu erkennenden Musikausschnitt mitbringt.⁸⁶¹ So kann auch sichergestellt werden, dass für das Publikum besonders kreativ verschlüsselte Zitate und besondere Hörerkreise (etwa ein Jazz-Publikum im Falle eines Zitats im Jazz) erfasst werden können.⁸⁶² Auch die Benennungsmöglichkeit des Titels wird dabei nicht erforderlich sein, aber die assoziative Verknüpfung muss zumindest das konkrete zitierte Werk betreffen. Das Erkennbarkeitskriterium ist also regelmäßig dann erfüllt, wenn der entnommene Ausschnitt dem vorgebildeten Hörer der Zielgruppe bekannt ist und er unter normalen Bedingungen eine assoziative Verknüpfung zum verwendeten Werk herstellen kann.

859 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 72 f. – *Pelham/Hütter*, (franz. Sprachfassung).

860 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 72 – *Pelham/Hütter*.

861 Vgl. *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164.

862 Ebd.

3. Quellenangabe

Inwiefern trotz Identifizierbarkeit eine Quellenangabe im Rahmen des Musikzitats erforderlich ist, gilt seit Jahrzehnten als problematisch.⁸⁶³

Der Wortlaut der gesetzlichen Grundlage setzt einen strengen Maßstab voraus: Nur dann, wenn sich die Quellenangabe als unmöglich erweist, kann sie unterlassen werden, Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-Richtlinie. In richtlinienkonformer Auslegung ist so auch § 63 UrhG zu verstehen.⁸⁶⁴ Es kommt hier nach also maßgeblich darauf an, ob die Fälle des Musikzitats einen solchen Unterfall bilden und somit die Quellenangabe vor dem Hintergrund der kunstspezifischen Auslegung als unmöglich erachtet werden kann.⁸⁶⁵

Eine akustische Kennzeichnung der Quelle, also etwa ein in der Audiodatei oder gar bei Aufführungen eingesprochener Hinweis, ist zwar technisch zumeist möglich,⁸⁶⁶ würde aber bei akustischer Beifügung an der Zitatstelle im Werk wohl die ästhetische Wirkung des Musikstückes weitgehend beeinträchtigen.⁸⁶⁷ Insofern erscheint es auch aus einer kunstspezifischen Betrachtungsweise heraus „unmöglich“.

Denkbar wäre zumindest die Kennzeichnung auf Datenträgern oder durch einen sonstigen Hinweis im Rahmen der Vervielfältigung, Veröffentlichung oder Verbreitung eines Werkes.⁸⁶⁸

Teilweise wird aber auch ein Hinweis bei Musikzitatens generell als unnötig erachtet.⁸⁶⁹ Insofern könnte an eine teleologische Reduktion zu denken sein. Zweck der Vorschrift einer Quellenangabe ist insbesondere, dem persönlichkeitsrechtlichen Interesse des Autors eines zitierten Werkes gerecht zu werden.⁸⁷⁰ Die Interessenlage im Falle des Musikzitats unterscheidet

863 *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164 f.; *Schlingloff*, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 134 ff.

864 *Spindler*, in: Schrickler/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 63 Rn. 20.

865 *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 201.

866 *Homar*, ZUM 2019, 731, 737; a.A. schon *Hertin*, in: *Moser/Scheuermann/Drücke* (Hrsg.), Handbuch der Musikwirtschaft, 7. Aufl. 2018, § 49. Grundlagen des Musikurheberrechts Rn. 76.

867 Zur ästhetischen Beeinträchtigung *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164.

868 *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1013 f.; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 51 Rn. 20.

869 *Hertin*, in: *Moser/Scheuermann/Drücke* (Hrsg.), Handbuch der Musikwirtschaft, 7. Aufl. 2018, § 49. Grundlagen des Musikurheberrechts Rn. 76; *Spindler*, in: *Schrickler/Loewenheim*, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 51 Rn. 31; noch nicht unter Geltung der InfoSoc-Richtlinie: *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164 f.

870 *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1013.

sich in diesem Zusammenhang von der Interessenlage vieler anderer Zitatformen: Die erforderliche Identifizierbarkeit macht bereits die Fremdheit des Zitates deutlich und auch ein assoziativer Bezug zum zitierten Werk kann häufig hergestellt werden.⁸⁷¹ Das ist etwa beim wissenschaftlichen Zitat zumeist nicht der Fall; die Herkunft bliebe dort ohne Quellenangabe meist völlig unerkannt. Ferner wird auch behauptet, dass der Zitat Zweck durch jegliche Quellenangabe zunichte gemacht werden könne, wenn der eigentlich künstlerische Effekt darin liegen soll, dass der Hörer die Interaktion selbst bemerkt.⁸⁷²

Allerdings erscheint es nicht einleuchtend, warum ein einfacher Hinweis im Begleitmaterial schon den Zitat Zweck regelmäßig in seiner Funktion unmöglich machen soll. Ein Hinweis auf dem Begleitmaterial eines Musikwerks greift gerade nicht in den konkreten Höreindruck ein. Eine solche kontextuelle Deklaration ist eher eine dezente Weise, die Fremdheit des Werkes und die Assoziation auf ein konkretes Werk kenntlich erscheinen zu lassen, ohne dass dieser zwingend das Hörerlebnis anders wahrnimmt.

Ferner ist die Interessenlage zwar angesichts der erkennbaren Fremdheit durchaus anders als etwa im Falle des wissenschaftlichen Zitates, allerdings führt die Identifizierbarkeit nicht zwingend zur Kenntnis der genauen Herkunft eines Zitates.⁸⁷³ Gerade diese liegt aber im persönlichkeitsrechtlichen Interesse des Autors, dem durch die Erkennbarkeit der Fremdheit und einen assoziativen, aber nicht klar benennbaren Bezug nicht immer nachgekommen würde.

Insofern sind Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-Richtlinie, § 63 UrhG im Falle des Musikzitates so zu verstehen, dass zwar eine Quellenangabe beim „primären Vermittlungsvorgang“⁸⁷⁴ entbehrlich ist, allerdings im Begleitmaterial oder

871 Vgl. *Spindler*, in: *Schricker/Loewenheim*, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 51 Rn. 31.

872 *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164: „Für den Regelfall ist sie [die Quellenangabe] indes nicht notwendig, denn das Musikzitat funktioniert nur, wenn es ohnehin bekannt genug ist, um in seiner Fremdheit empfunden zu werden. Manchem Komponisten wird es widerstreben, eine jedermann offensichtlich bekannte fremde Melodie wie z. B. eine bekannte Nationalhymne oder einen Evergreen nach dessen Quelle zu benennen. Vor allem wenn eine parodistische Assoziation angestrebt wird, wirkt eine solche Quellenangabe schulmeisterlich, sie könnte den Spaß relativieren, ähnlich wie einem das Lachen vergeht, wenn der Erzähler seinen Witz erst erklären muß.“

873 Vgl. oben C.I.2.

874 *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164.

in einem ähnlichen Rahmen je nach konkreter sich ergebender Möglichkeit notwendig wird.⁸⁷⁵

4. Veränderung des zitierten Bestandteils

Im kreativen Umgang mit fremden Werken ist es üblich, den Ausschnitt auch zu verändern oder an das neue Werk anzupassen. Auch „nicht-wörtliche“ Übernahmen von musikalischen Elementen können als Zitat im außerjuristischen Sinne gelten.⁸⁷⁶ Weiter stellt sich daher die Frage, ob das auch dem rechtswissenschaftlichen Sinn des Zitats entspricht: Wie sehr darf ein Bestandteil verarbeitet oder verändert werden, wenn er Zitat im Sinne des § 51 UrhG und Art. 5 Abs 3 lit. d InfoSoc-Richtlinie sein soll?

Schon aus der Erkennbarkeit folgt, dass der übernommene Ausschnitt bis zu einem gewissen Grad unverfälscht sein muss.⁸⁷⁷ Einigen genügt es daher, wenn die Unverfälschtheit so zu verstehen ist, dass veränderte, aber noch erkennbare Übernahmen möglich sind.⁸⁷⁸ Zum Großteil wird diese Unverfälschtheit aber so streng verstanden, dass der zitierte Ausschnitt völlig unverändert übernommen werden muss.⁸⁷⁹

Mit Ausnahme von Tonart und Stimmlage entspricht § 62 Abs. 2 UrhG für das deutsche Urheberrecht dieser strengen Auffassung auch für das Musikzitat.⁸⁸⁰ Zwecksetzung eines solchen Gebotes der Unverändertheit ist es wohl vor allem, den Zitatzweck in Verbindung mit der Identifizierbarkeit nicht zu

875 So im Wesentlichen auch *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1013 f.; *Lüft*, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 51 Rn. 20.

876 *Lissa*, Die Musikforschung 1966, 364, 366: „Das musikalische Zitat kann, aber muß nicht (wie z.B. in der Literatur oder in wissenschaftlichen Werken) absolut ‚wörtlich‘ sein; unbedeutende Veränderungen in ihm (ein Wandel der Aufführungsmittel, des Registers usw.) liquidieren seine strukturelle Qualität nicht so weit, daß es aufhören würde, als Repräsentation des Antefactums zu funktionieren.“

877 GA *Szpunar*, Schlussantr. v. 12. Dezember 2018, C-476/17, ECLI:EU:C:2018:1002, Rn. 65 – *Pelham/Hütter*; *Stieper*, GRUR 2020, 792, 793. Wohl auch in diesem Sinne angelehnt an die Ausführungen des Generalanwalts *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 73 – *Pelham/Hütter*; vgl. ferner *Stieper*, GRUR 2020, 699, 701, 705.

878 *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164; in dieser Richtung auch *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 73 – *Pelham/Hütter*.

879 *Lüft*, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 51 Rn. 20: „Auch das Musikzitat muss unverändert angeführt werden.“ Auf Unverändertheit abstellend auch GA *Szpunar*, Schlussantr. v. 12. Dezember 2018, C-476/17, ECLI:EU:C:2018:1002, Rn. 65 – *Pelham/Hütter*; mit ähnlicher Tendenz ferner: *Stieper*, GRUR 2020, 699, 705.

880 Kritisch aber *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164.

gefährden.⁸⁸¹ Beim literarischen – insbesondere wissenschaftlichen – Zitat mag die Unveränderlichkeit vor allem noch dadurch vorgegeben sein, dass der Zitatzzweck in der Erläuterung oder dem Beleg bzw. einer Meinungsbekräftigung besteht.⁸⁸² In diesem Sinne besteht auch ein besonderes Interesse daran, nicht falsch wiedergegeben zu werden, da der Leser regelmäßig von der Unverändertheit einer übernommenen Stelle ausgeht.⁸⁸³

Besteht aber der Zweck, wie beim Musikzitat regelmäßig, in einer geistigen und künstlerischen Auseinandersetzung, wird kaum ein Hörer eine unveränderte Einfügung annehmen.⁸⁸⁴ Dementsprechend ist ein Interesse des zitierten Urhebers nicht an der Integrität des Zitats vorhanden. Maßgeblich bleibt beim Musikzitat also die Unverändertheit zum Zwecke einer ausreichenden Identifizierbarkeit.

Vor diesem Hintergrund findet sich kaum eine plausible Begründung dafür, dass die Änderungen von Musikwerken zwar hinsichtlich Tonart und Stimmlage gem. § 62 Abs. 2 UrhG generell freigestellt werden, andere Änderungen, wie Anpassungen des Tempos aber nicht, sofern sie sich in der Erkennbarkeit nicht stärker auswirken als ein Tonart- oder Stimmlagenwechsel. Wie oben dargestellt, besteht eine musikalische Schöpfung aus zahlreichen für sich genommen ungeschützten und oft auch wenig charakteristischen Parametern. Erst das Zusammenspiel dieser Parameter ergibt den eigentümlichen, originellen Charakter eines Musikwerkes oder geschützten Werkteils.⁸⁸⁵ Eine Veränderung anderer Parameter, etwa des Tempos, muss die Erkennbarkeit keineswegs stärker beeinträchtigen als etwa die Tonart.

Insofern bliebe auch die vom BVerfG geforderte kunstspezifische Betrachtung sowie der Sinn einer vom EuGH als möglich erachteten geistigen Auseinandersetzung zu wenig berücksichtigt:⁸⁸⁶ Der Künstler eines zitierenden Werkes würde aus ästhetischen Gründen in vielen Fällen dazu gedrängt werden, sein Werk dem Zitat unterzuordnen, während der Sinn der Zitiermöglichkeit gerade die Einfügung und Auseinandersetzung im Zuge eigener, neuer Gestaltungen ist. Eine Forderung, das Musikzitat nur unverändert zuzulassen, verkennt damit die Eigenheiten des künstlerischen Bereiches und

881 GA Szpunar, Schlussantr. v. 12. Dezember 2018, C-476/17, ECLI:EU:C:2018:1002, Rn. 65 – Pelham/Hütter.

882 Vgl. Hertin, GRUR 1989, 159, 164.

883 Vgl. ebd.

884 Ebd.

885 Vgl. Kapitel 2 A.I.

886 Siehe BVerfG BVerfGE 142, 74, Rn. 85 – Sampling; EuGH, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 71 – Pelham/Hütter.

dortiger Zitate – insbesondere deren Kontextualisierung und Einflechtung in ein Musikwerk.⁸⁸⁷

Besser wäre es, Veränderungen des Musikzitates insofern zuzulassen, wie es die Zweckrichtung des Zitats erfordert.⁸⁸⁸ Das geht letztlich über die in § 62 Abs. 2 UrhG genannte Tonlage hinaus. Im Sinne unionsrechtlicher Vorgaben und einer kunstspezifischen Betrachtung wäre daher eine Aufhebung oder flexiblere Ausgestaltung des dortigen Änderungsverbot (ähnlich dem neuen § 62 Abs. 4a UrhG für § 51a UrhG) sinnvoll. Die oben genannte Erkennbarkeit der Fremdheit und auch die Quellenangabe im Kontext bieten bereits enge Kriterien, die einen Missbrauch bei korrekter Anwendung ausschließen können und sowohl einer kunstspezifischen Betrachtungsweise als auch dem Ziel gerecht werden, einen Werkdialog in der Musik innerhalb gewisser Grenzen zu ermöglichen.

5. Umfang des Zitats und Rolle im neuen Werk

§ 51 S. 1 UrhG und Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-Richtlinie machen deutlich, dass es keinen in absoluten Grenzen vorbestimmten Umfang des Zitates gibt, sondern der Umfang des Zitates vom jeweiligen Zweck abhängt.⁸⁸⁹ Beide Normen nehmen dabei den Umfang der „Nutzung“ in den Fokus und beziehen sich folglich sowohl auf den Umfang oder die Länge der entnommenen Stelle selbst als auch auf den Umfang, den das Zitat im neuen Werk einnimmt.

In beiderlei Hinsicht legt § 51 S. 2 Nr. 3 UrhG strenge Kriterien an. Hinsichtlich der Länge werden nur „einzelne Stellen“ erfasst. Ferner wird hinsichtlich des Umfangs im neuen Musikstück vorausgesetzt, dass ein Musikzitat „angeführt“ werden müsse. Ein Ausschnitt, der im neuen Werk zentral ist und auf dem das neue Musikstück aufbaut, wird kaum noch „angeführt“. § 51 S. 2 Nr. 3 UrhG spricht daher für einen begrenzten Umfang sowohl hinsichtlich der Länge des entnommenen Ausschnitts als auch der Rolle des entnommenen Ausschnitts im neuen Musikstück.

Wie oben dargelegt, wird mit § 51 S. 2 Nr. 3 UrhG aber nur ein Regelbeispiel benannt; dementsprechend zeigt § 51 S. 2 Nr. 3 UrhG nicht abschließend die Grenzen für Zitate in Musikstücken auf. Jedenfalls dann, wenn der Zweck es

887 *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164; vgl. zu den ästhetischen Funktionen des Musikzitates aus musikwissenschaftlicher Perspektive *Lissa*, Die Musikforschung 1966, 364.

888 So schon *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164.

889 Vgl. *Schlingloff*, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 130.

erfordert, können Zitate also über den in § 51 S. 2 Nr. 3 UrhG genannten Umfang hinausgehen.

Eine geistige Auseinandersetzung ist freilich dann nicht mehr möglich, wenn der entnommene Bestandteil wegen seines Umfangs in weiten Teilen seinen spezifischen eigenen ästhetischen Charakter in den Vordergrund stellt und gar nicht mehr als Fremdkörper erkennbar ist.⁸⁹⁰ Die Komplettenahme eines längeren Musikstückes wird daher im Rahmen musikalischer Zitate kaum vom Zitatzweck gedeckt sein können.

Prinzipiell können aber auch umfangreichere Abschnitte als Zitat gelten. Was die Rolle des Zitats im neuen Musikstück betrifft, kann ein größerer Umfang insbesondere dann zulässig sein, wenn auch der zitierende Gegenstand einen größeren Umfang hat.⁸⁹¹ Die Auseinandersetzung kann dann trotz einer umfangreichen Entnahme in einem ausführlicheren Rahmen stattfinden und so dem Hörer einen künstlerischen Dialog mit jedem Bestandteil der Entnahme bieten. In diesem Zusammenhang kann es der Zweck auch erforderlich machen, ein Zitat mehrmals anzuführen. Es ist aber auch hier notwendig, dass der Zweck in jedem einzelnen zitierten Bestandteil zum Ausdruck kommt.

Musikstücke, die ein Sample wiederkehrend im gesamten Musikstück verwenden, müssen deshalb auch in ihrer gesamten wiederkehrenden Verwendung eine Interaktion mit den übrigen Musikelementen zeigen. Dementsprechend ist die Verwendung eines Samples in einem „Loop“, wenn sie in Teilen nur als reine klanglich-ästhetische Grundlage verwendet wird, regelmäßig nicht vom Zitatzweck umfasst. Der künstlerische Dialog findet dann gerade nicht mit jeder einzelnen vermeintlich zitierten Stelle statt, sondern ist höchstens einem größeren ästhetischen Gesamtzusammenhang zu entnehmen. Das entspricht aber nicht dem Zitatcharakter, der die Interaktion mit dem konkret aufgegriffenen Bestandteil erfordert, sondern kann höchstens im Zusammenhang mit den in Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie, Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 lit. b DSM-Richtlinie bzw. § 51a UrhG genannten Schrankenbestimmungen gerechtfertigt sein.⁸⁹²

890 In dieser Richtung auch *Hertin*, GRUR 1989, 159, 165 f.

891 *Hertin*, GRUR 1989, 159, 166; *Schlingloff*, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 131.

892 Zur Parodie unter C.II., zum Pastiche unter C.III.

6. Fazit

Die Schranke des Urheberrechts für Zitate kann ihren Ursprung im Textzitat kaum verleugnen.⁸⁹³ Die dort entwickelten Voraussetzungen können daher kaum ohne Weiteres auf die musikalische Benutzung fremder Werke übertragen werden. Das wird, wie dargelegt, schon an vermeintlich klar ausgeschlossenen Zwecken sichtbar, wie dem Zweck der Zierde im Falle des „Schmuckzitats“.⁸⁹⁴

Auch unter unionsrechtskonformem Verständnis des Zitats bleiben aber für die Kunst Freiräume. Auf diese Freiräume weist der EuGH insbesondere durch die Ermöglichung von Musikzitat in Falle von künstlerischen Auseinandersetzungen mit der konkret entnommenen Stelle auch hin. Faktisch kommt in einem solchen künstlerisch verstandenen Zitatrecht in letzter Konsequenz sogar die Privilegierung selbständiger Werke noch zur Geltung. Zwar ist die Selbständigkeit nicht mehr Grundvoraussetzung der Anwendung der Zitatschranke.⁸⁹⁵ Aber gerade die Fälle, in denen ein hohes Maß an selbständiger, origineller Neugestaltung sichtbar ist, sind es, die von einer weitgehenden Zitiermöglichkeit profitieren, wenn sie das Altbekannte als Fremdkörper in einen neuen Kontext einbetten. Das Zitatrecht schafft in der Erkenntnis, dass kulturelles Schaffen auf kulturellem Schaffen aufbaut, also auch im Musikschaffen, Benutzungsfreiräume – allerdings in den engen Grenzen von Zitat Zweck, Identifizierbarkeit, Quellenangabe und gewissen Einschränkungen des Umfangs.

Ein erster Schritt hin zur kunstspezifischeren Nutzung dieser Freiräume und einer Ermöglichung von kreativen, klangverarbeitenden Umgangsformen im Zitat wäre es, das Änderungsverbot in § 62 Abs. 2 UrhG in der gegenwärtigen Form für Musikzitate abzuschaffen. Versteht man die Unverändertheit des Zitates als Bestandteil des Zitatbegriffes, könnte es sogar unionsrechtlich geboten sein, § 62 Abs. 2 UrhG im Sinne einer unionsrechtskonformen Auslegung des vereinheitlichten Zitatbegriffes schon jetzt nicht mehr anzuwenden.

Der Spagat zwischen Belegfunktion und künstlerischer Funktion sowie die unterschiedliche Beurteilung notwendiger und sinnvoller Unverändertheit

893 GA Szpunar, Schlussantr. v. 12. Dezember 2018, C-476/17, ECLI:EU:C:2018:1002, Rn. 62 – *Pelham/Hütter*.

894 Siehe hierzu oben C.II.

895 *EuGH*, Urt. v. 1. Dezember 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 (= GRUR 2012, 166), Rn. 137 – *Painer/Standard*.

des wissenschaftlichen Zitats und fehlgerichtetem Unverändertheitserfordernis bei Musikzitaten lässt vermuten, dass im Kern zwei völlig unterschiedliche Schrankenregelungen in § 51 UrhG, Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-Richtlinie materiell geregelt sind, die lediglich im gleichlautenden Begriff „Zitat“ eine große Gemeinsamkeit finden.⁸⁹⁶ Es könnte erwogen werden, diese beiden Aspekte des Zitatbegriffs auch in gesetzgeberischer Hinsicht voneinander zu trennen. So könnte der Schwerpunkt unmissverständlich dorthin verlagert werden, wo der maßgebliche Interessenausgleich des Musikzitats liegt: im künstlerischen Zweck und der Identifizierbarkeit der entnommenen Stelle.

II. Die Parodie in der Musik

Angesichts der lange Zeit vorherrschenden systematischen Einordnung der Parodie in § 24 Abs. 1 UrhG a.F. ist es nicht überraschend, dass die Parodieschranke in den letzten Jahrzehnten wahrscheinlich die umstrittenste der hier genannten Schrankenregelungen war. Insbesondere ihre systematische Einordnung stand in der Kritik.⁸⁹⁷

Ungeachtet dessen, ob die Parodie nun aber Teil des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. war oder des § 51a UrhG ist, stammen ihre maßgeblichen inhaltlichen Voraussetzungen aus der Auslegung des Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie durch den EuGH. Die Hauptmerkmale der Parodie sieht der EuGH darin, zum einen an ein bestehendes Werk zu erinnern, gleichzeitig aber wahrnehmbare Unterschiede aufzuweisen, und zum anderen einen Ausdruck von Humor oder eine Verspottung darzustellen.⁸⁹⁸

Die Erinnerung an ein bestehendes Werk ist dabei nur unter der Voraussetzung möglich, dass eine Wiedererkennbarkeit des bestehenden Werkes in der Parodie vorliegt;⁸⁹⁹ genauso müssen auch die Unterschiede zum Ursprungswerk erkennbar („wahrnehmbar“) bleiben.

Das Erfordernis des Humors und der Verspottung ist der zusätzlich geforderte kommunikative Zweck dieser wiedererkennbaren Benutzung. Darin kommt der für die Parodie spezifisch rechtfertigende Grund der Schranke

896 Zur Offenheit des Begriffs, deren Gefahren und zu den unterschiedlichen Zielrichtungen vgl. nun *Döhl*, *Zwischen Pastiche und Zitat*, 2022, 223 ff.

897 Siehe zur systematischen Einordnung in § 24 UrhG a.F. oben insb. A.I.2.b.

898 *EuGH*, Urt. v. 3. September 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 (= GRUR 2014, 972), Rn. 20, 33 – *Deckmyn/Vandersteen*; *BGH* GRUR 2016, 1157, Rn. 25 – *auf fett getrimmt*.

899 Dies insbesondere im Sinne des Wiedererkennbarkeitskriteriums unter B.II.

zum Vorschein: Humor und Verspottung sollen als kulturell bedeutsames und unterhaltendes Element der parodistischen Kritikform privilegiert werden, da sie in solchen Fällen der Freiheit der Meinungsäußerung dienen.⁹⁰⁰ Sie haben im Kontext der Meinungsfreiheit einen derart hohen Stellenwert, dass sie im Fall der Parodie eine klassische und meist umfassende Werknutzung urheberrechtlich freistellen.

1. Fallgruppen musikalischer Parodie

Mit Blick auf die Musik ist die Anwendung der Parodieschranke nicht einfach, da die üblichen humoristisch-verspottenden Elemente angesichts des inhaltlichen Bedeutungsgehalts von Musik anders in Erscheinung treten als beispielsweise im Fall von Gattungen, die sich der Sprache bedienen.⁹⁰¹ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und inwiefern Musik überhaupt eine so konkrete emotionale Wirkung erzielen kann, dass sie als Verspottung oder Humor verstanden werden kann.

Für das Verständnis dieser Problematik muss gedanklich zwischen solchen Parodien unterschieden werden, die *mittels* Musik Humor oder Verspottung transportieren und solchen, die nur *bei gleichzeitiger Verwendung* von Musik Humor oder Verspottung vermitteln.⁹⁰²

Zu letzteren gehören klassischerweise Parodiecoverversionen, die ein bekanntes populäres Lied durch einen veränderten Text parodieren.⁹⁰³ Humor und Verspottung werden dabei nicht von den Mitteln der Tongestaltung an

900 Siehe *EuGH*, Urt. v. 3. September 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 (= GRUR 2014, 972), Rn. 25 – *Deckmyn/Vandersteen*; *Vlah*, Parodie, Pastiche und Karikatur, 2015, 36; *Stieper*, GRUR 2020, 792, 794.

901 Vgl. hierzu auch Kapitel 2 C.IV.

902 *Brunner*, Melodienschutz, 2013, 185 f.

903 Siehe *OLG München ZUM* 1991, 432, wobei die Entscheidung einer Ablehnung des Parodiebegriffs in diesem Fall noch darauf beruht, dass die Auseinandersetzung nicht das parodierte Werk selbst ins Zentrum der Auseinandersetzung stellt. Das dürfte nach gegenwärtiger unionsrechtskonformer Rechtslage anders zu beurteilen sein, *EuGH*, Urt. v. 3. September 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 (= GRUR 2014, 972), Rn. 21 – *Deckmyn/Vandersteen*; *BGH* GRUR 2016, 1157, Rn. 25, 28 – *auffett getrimmt*; siehe ferner auch *Döhl*, UFITA 2019, 19, 31. Siehe weitere Beispiele auch bei *Brunner*, Melodienschutz, 2013, 186, Fn. 721. Als weiteres Beispiel könnte auch die parodistische Version „Steuersong“ des Stimmenimitators *Elmar Brandt* genannt werden, der in den Jahren 2002/2003 viele Wochen an der Spitze der Charts in Deutschland stand. Dieser übernahm im Wesentlichen die musikalische Grundlage des von *Las Ketchup* interpretierten Liedes *Aserejé (The Ketchup Song)*, einem anderen sehr erfolgreichen Stück des Jahres 2002.

sich getragen. Die Musik an sich bleibt dabei regelmäßig gleich, während sich Kontext oder nicht-musikalische Werkteile des Werkes ändern, beispielsweise ein hinzugesungener Text.

Von gegenwärtig besonderer Brisanz sind solche Fallkonstellationen im Bereich nutzergenerierter Inhalte, etwa wenn Videos das Hauptmedium der Plattformen darstellt. Dabei ist es regelmäßig möglich und sehr üblich, die aufgenommenen Videos mit einer fremden Audiodatei zu hinterlegen. Bekannte Apps wie *TikTok* setzen insbesondere auf ein Konzept, das es den Nutzern ermöglicht bei gleichzeitiger Verwendung von Musik Bildmaterial aufzunehmen, das mit der Tonspur in humoristischer oder verspottender Art und Weise interagieren kann.⁹⁰⁴

Der Humor oder die Verspottung mögen sich zwar manchmal – nicht immer – auf einer eher oberflächlichen Ebene abspielen. Der humoristische Zweck solcher Videos unter Verwendung von Musik tritt aber deutlich hervor.

Diese Fallgruppen sind dennoch aus Sicht der hier übergeordnet gestellten Frage, wo musikalisch-kreatives Schaffen in der Parodie ermöglicht wird, kaum relevant. Denn die möglichen Parodien bestehen regelmäßig nicht in einer „musikalischen“ Verarbeitung oder in der kreativen gestalterischen Bearbeitung von Musik, sondern im Einsatz von Musik innerhalb eines außermusikalischen Kontextes.⁹⁰⁵ In diesen Fallkonstellationen wird die musikalische Gestaltungsfreiheit an sich also nicht durch die Parodieschranke erweitert.

Mit den Mitteln der Musik selbst kommunizierter Humor gestaltet sich schwieriger und ist wohl auch deutlich seltener vorzufinden. Bereits der Blick auf die von Musik semantisch getragenen Bedeutungsebenen zeigt, dass sich der Ausdruck von Humor oder Verspottung durch Musik komplizierter gestaltet als es vergleichsweise in einem Schriftwerk der Fall ist.⁹⁰⁶

Die Beispiele für solche musikalische Parodien sind daher auch in zweierlei Hinsicht seltener zu finden. Zum einen setzt eine solche Parodie voraus, dass die semantische Bedeutungsebene überhaupt begriffen wird und so Humor und Verspottung erkannt werden. Zum anderen sind sie insofern schwieriger

904 Allgemein zu urheberrechtlichen Problemfeldern und Auswirkungen durch *TikTok* Gräfe/Kunze, in: *Schrör u.a.* (Hrsg.), *Tipping Points: Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts*, 55.

905 Nicht zur Parodie, aber zur getrennten Betrachtungsweise von Musik und Text im Urheberrecht, vgl. *OLG Stuttgart GRUR-RS 2020, 44323, Rn. 78 ff.*

906 Siehe *Döhl, UFITA 2019, 19, 31.*

zu finden, als dass sie nicht so häufig vorkommen. Ein bekanntes Beispiel – allerdings nicht urheberrechtlich relevant – wäre wohl der Auftritt von *Jimi Hendrix* beim *Woodstock-Festival* 1969.⁹⁰⁷ Dort verspottete *Hendrix* die Außenpolitik der USA, indem er die US-amerikanische Nationalhymne *Star Spangled Banner* auf der E-Gitarre spielte und dabei musikalische Elemente mit der Gitarre einfügte, die Kriegsassoziationen weckten (insbesondere das Fallen und Explodieren von Fliegerbomben). In diesem seltenen Beispiel wurde eine Verspottung mit Mitteln der Musik selbst herbeigeführt. Die Erinnerung und gleichzeitig wahrnehmbaren Unterschiede an ein anderes Werk sind dabei der Ausgangspunkt.

Manche Beispiele finden sich auch in der klassischen Musik. Ein bereits in der urheberrechtlichen Literatur genanntes Beispiel ist etwa der Einsatz des berühmten Eingangsmotivs aus *Beethovens* 5. Symphonie in *El sombrero de tres picos* von *Manuel de Falla*, das auf humoristische Weise in diesem Ballett Unheil ankündigt.⁹⁰⁸

In allen genannten Fällen fordert die humoristische Zweckrichtung allerdings dem Hörer ein besonderes Hintergrundwissen ab, durch das die humoristische Assoziation überhaupt erst entstehen kann. An dieser Situation lässt sich jedoch auch erkennen: der Spielraum, durch die Parodieschranke musikalisch kreativ in dem Sinne tätig zu sein, dass die Musik selbst gestaltet wird, sind mit der Fokussierung auf Humor oder Verspottung extrem eng gezogen.

2. Parodie als Lösung für die musikalisch-kreative Nutzung?

Hinsichtlich der durch die Parodieschranke gebotenen Freiräume im Musikbereich ist die Bedeutung der Parodieschranke also differenziert zu betrachten. Nicht zu verkennen ist die Bedeutung im Rahmen der hier weniger relevanten nutzergenerierten Inhalte, in denen insbesondere die unveränderte Verwendung von ganzen Musikstücken oder größeren Musikabschnitten als Untermalung eine Rolle spielen kann. Allerdings betrifft dieser Bereich keine musikalisch-kreative Bearbeitung im hier behandelten Sinne. Dort, wo musikalisch-kreativ gearbeitet wird, ist die gezielte Ausrichtung auf Humor oder Verspottung deutlich seltener und in der künstlerischen Praxis eher in Sonderfällen relevant.

907 Zu diesem Beispiel bereits *Brunner*, Melodienschutz, 2013, 185.

908 *Hertin*, GRUR 1989, 159, 162.

Wegen dieses engen Anwendungsbereiches kommt der Parodie im musikalisch-kreativen Schaffen allenfalls eine Nebenrolle zu.⁹⁰⁹ Freiräume bietet sie stärker im Einsatz von Musik als im Bereich des Schaffens von Musik. Die Praxis des musikalischen fremdreferenziellen Arbeitens kann sich damit nur zu einem kleinen Teil auf eine urheberrechtliche Parodieschranke stützen.

III. Der Pastiche in der Musik

Innerhalb der letzten Jahre wurde vermehrt die schrankenmäßige Freistellung von Pastiche als vielversprechender Lösungsansatz für die Abwägung der kreativen Benutzung eines anderen Werkes behandelt.⁹¹⁰ Spätestens mit der expliziten Aufnahme in das UrhG (§ 51a UrhG) ist der Pastiche auch für das deutsche Urheberrecht von hoher Relevanz.⁹¹¹ Die rechtliche Beurteilung, was der Pastichebegriff im Sinne der Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie, Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 lit. b DSM-Richtlinie bezeichnet, ist aber noch weitestgehend ungeklärt – es besteht keine Legaldefinition, keine Spruchpraxis beim EuGH und auch in der Literatur ist der Begriff weitestgehend umstritten.⁹¹² Notwendigerweise wird daher nicht nur auf eine juristische Begriffstradition, sondern auch auf die kunstwissenschaftlichen und – sofern vorhanden – all-gemeinsprachlichen Dimensionen von Pastiche zurückzukommen sein.⁹¹³ Daher sollen im Folgenden zwei Schritte die Untersuchung prägen: Zum

909 *Vlah*, Parodie, Pastiche und Karikatur, 2015, 70; *Döhl*, UFITA 2019, 19, 31 hinsichtlich einer „humoristisch-kritische[n] Stoßrichtung“: „Für die Musik ist also wenig gewonnen. Denn um genau diese Intention geht es bei einer Vielzahl der typischen Fälle, gerade auch von Sound Sampling, eben nicht, bei denen die Übernahme z.B. oft schlicht erfolgt, weil man spezifische klangliche Aspekte der Vorlage um ihrer selbst willen nutzen möchte – so wie im *Metall-auf-Metall*-Fall.“ Als Ausnahme wird dort ferner auf den US-amerikanischen Fall *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994) verwiesen.

910 *Hudson*, Intellectual Property Quarterly 2017, 346; siehe auch *Quintais*, Copyright in the Age of Online Access, 2017, 234 ff.; *Senfleben*, ZUM 2019, 369, 374.

911 Eine hohe Relevanz für moderne Nutzungsformen sollte dem Pastiche seit Beginn des Gesetzgebungsprozesses beigemessen werden, vgl. etwa die Begründung im frühen Diskussionsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes des BMJV vom 24.6.2020, URL: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (Abrufdatum: 24. August 2022), 62 f.

912 Im Überblick: *Döhl*, UFITA 2019, 19, 29 m.w.N.; nochmals im Zusammenhang mit dem Gesetzesentwurf zum jetzt gültigen § 51a UrhG *Döhl*, ZGE 2020, 380.

913 Vgl. *Pötzlberger*, Kreatives Remixing, 2018, 246 ff.

einen die Analyse des Pastichebegriffes im außerjuristischen Sprachgebrauch, zum anderen die Frage der juristischen Auslegung, die an diesen vorgeformten Begriff anknüpft.

1. Annäherung an den Begriff im außerjuristischen Sprachgebrauch

Etymologisch stammt der Pastiche vom italienischen Begriff *pasticcio* sowie der französischen *pâté*, was beides grob mit „Pastete“ übersetzt werden kann und insofern für die Begriffsbestimmung nur eingeschränkt hilfreich ist.⁹¹⁴

In der Alltagssprache findet der Pastichebegriff kaum Verwendung.⁹¹⁵ Jenseits der allgemeinsprachlichen Bedeutung entwickelte sich der Terminus des Pastiches über die Jahre hinweg im Bereich der Kunst und kommt dementsprechend im Sprachgebrauch mehrerer kunstbezogener Wissenschaftsbereiche vor.⁹¹⁶

a. Das Pasticcio in der Musik

In der Musik spielt vor allem der italienische Begriff *pasticcio* eine größere Rolle. Das Pasticcio bezeichnet eine besondere Art der Zusammenstellung einzelner Musikstücke aus Opern, Oratorien oder sonstigen musikdramatischen Werken. Musikstücke mehrerer Komponisten werden dabei in einen neuen musikdramatischen Zusammenhang gestellt.⁹¹⁷ Häufig werden darunter auch solche Werke erfasst, die von vornherein kompositorisch auf ein solches musikdramatisches Werk unter der Mitarbeit mehrerer Komponisten angelegt waren.⁹¹⁸

Das Pasticcio in der Musik versteht sich also als verhältnismäßig enger Gattungsbegriff, der vor allem im Zusammenhang mit der Opernmusik des 18. und 19. Jahrhunderts gebräuchlich ist. Auch dieser Begriff wandelte sich aber historisch. Wurde das Pasticcio noch bis zu Beginn des 19. Jahrhunderts

914 Fletcher, *Reading Revelation as Pastiche*, 2017, 49 f.; vgl. nun auch Döhl, *Zwischen Pastiche und Zitat*, 2022, 203 ff.

915 Reh binder/Peukert, *Urheberrecht*, 2015, Rn. 525 greift den Pastiche insofern als „veralte Bezeichnung“ auf.

916 Vgl. etwa die unterschiedlichen berücksichtigten Gattungen bei Hoesterey, *Pastiche*, 2001, 16 ff.; 45 ff.; 80 ff.; 104 ff.

917 Heyink, Art. „Pasticcio“, in: Lütteken (Hrsg.), *MGG online*, 2016 (Version 1997).

918 Ebd.

teilweise rein auf Instrumentalmusik bezogen, tritt die spezifische Bedeutung für die Oper erst später in den Vordergrund.⁹¹⁹

Im Verlauf des 19. Jahrhunderts wurde das Pasticcio eher abwertend betrachtet, da das Originalitätsverständnis des späteren 19. Jahrhunderts und die höhere Bedeutung der Unverwechselbarkeit einer Komposition in den Vordergrund künstlerischer Bewertungsmaßstäbe traten.⁹²⁰ Dementsprechend finden sich auch pejorative Synonyme wie die Bezeichnung als „Flickoper“.⁹²¹

Diese Bewertung ist vor dem Hintergrund zu verstehen, dass die Neukreation einzelner Musikstücke für das Pasticcio keine Grundvoraussetzung ist. Häufig war sie eine ökonomisch mitbedingte Praxis der Opernhäuser, um „neue“ Opern präsentieren zu können.⁹²²

b. Pastiche als Stilimitation

„*Pastiche called pastiche*“ nennt *Richard Dyer* vor allem solche Schriftwerke aus dem 19. und 20. Jahrhundert, die den Stil anderer Werke nachahmen und nicht selten mit „Pastiche“ überschrieben sind.⁹²³ Der Duden versteht unter dem Begriff Pastiche sehr ähnlich die „Nachahmung des Stiles und der Ideen eines Autors“.⁹²⁴

Dieses Verständnis des Pastiches als künstlerischer Form, in deren Zentrum die Imitation eines bestimmten Stiles steht, entspricht wohl der geläufigsten Bedeutung des Pastiches und findet sich besonders häufig in Bezug auf Literatur.⁹²⁵ Der Stil, der dabei imitiert wird, betrifft regelmäßig einen einzelnen Autor oder eine einheitlich erscheinende Korpusauswahl.⁹²⁶ Der Zweck ist in diesen Fällen manchmal humoristisch, aber nicht gezwungenermaßen. Auch der Zweck einer Hommage kann hinter einem Pastiche nach diesem

919 Ebd. Ein Beispiel für ein solches (veraltetes) instrumentales Pasticcio-Verständnis ist etwa in der Bezeichnung einer Konzertbearbeitung (KV 40) von *Mozart* 1767 zu finden.

920 *Heyink*, Art. „Pasticcio“, in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1997).

921 *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 677.

922 *Heyink*, Art. „Pasticcio“, in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1997).

923 *Dyer*, Pastiche, 2007, 52 ff.

924 *Dudenredaktion*, Art. „Pastiche“ in: *Duden online*, URL: <https://www.duden.de/node/108995/revision/109031> (Abrufdatum: 24. August 2022).

925 *Antonsen*, Art. „Pasticcio. Pastiche“, in: *Müller* (Hrsg.), Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft, Bd. 3: P-Z, 2003, 34–36.

926 *Antonsen*, Art. „Pasticcio. Pastiche“, in: *Müller* (Hrsg.), Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft, Bd. 3: P-Z, 2003, 34.

Verständnis stehen.⁹²⁷ Beispielsweise wird also in diesem Sinne ein neuer Text mit stilistischer Anlehnung an einen bekannten Autor geschrieben.⁹²⁸ Allerdings verheimlicht der neue Autor seine Autorenschaft im Gegensatz zur Fälschung nicht, sondern die Autorenschaft soll gerade offen erkennbar sein.⁹²⁹ Die schlichte Nachahmung eines einzelnen Werkes, um es zu plagieren, zählt also in der Regel nicht unter dieses Verständnis von Pastiche.

Mit Blick auf die Musik könnten derartige Konstellationen des Pastiche etwa in der Nachahmung eines spezifischen Komponisten gesehen werden,⁹³⁰ zum Beispiel im Schreiben einer Filmmusik, die stilistisch an *Ennio Morricone* erinnern soll oder etwa das Verwenden von Stilelementen der Werke *Beethovens*, um eine Hommage zu bezwecken.

c. Neuere weite Pasticheverständnisse

Neben diesen herkömmlichen Pastichebegriffen ist nicht zu verkennen, dass sich neuere Vorstöße in den Kunstwissenschaften über die klassischen Begriffsrahmen hinwegsetzen. Abgesehen von kleineren Verwendungen des Pastichebegriffs für sehr spezifische Phänomene oder Kunstformen,⁹³¹ betrachtet ein Teil der neueren Literatur den Pastiche nicht mehr in einem allzu engen Rahmen, sondern sieht ihn offen für eine Vielzahl neuer Kunstformen.⁹³²

In Teilen wird etwa in *Richard Dyers* Monographie zum Pastichebegriff ein solcher weiter Begriff vorgeschlagen.⁹³³ Mit Fokus auf dem imitativen

927 Ebd.

928 Beispiele etwa bei *Proust*, *Pastiches et mélanges*, 1927 (1919 erstmalig erschienen). Als deutschsprachiges Beispiel mit parodistischer Zweckrichtung etwa: *Neumann*, *Mit fremden Federn*, 1927. *Stieper* nennt ferner beispielhaft *Vergils Aeneis*, *Stieper*, AfP 2015, 301, 304.

929 *Antonsen*, Art. „Pasticcio. Pastiche“, in: *Müller* (Hrsg.), *Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft*, Bd. 3: P-Z, 2003, 34.

930 In diesem Sinne *Holtmeier*, in: *Schwab-Felisch/Thorau/Polth* (Hrsg.), *Individualität in der Musik*, 203, 206.

931 Vgl. etwa *Schur*, *Parodies of Ownership*, 2009, 31 f.; dem folgend auch *Döhl*, *UFITA* 2019, 19, 35: „Im Hip-Hop wird Pastiche u.a. als spezifische Art einer weitgehend modifikationslosen Revision fremder Arbeiten beschrieben, eine Verfahrensweise zur Sicherung beabsichtigter und für den Hörer identifizierbarer Intertextualität, die obendrein nur in einer bestimmten Phase, bis zu den 1990er Jahren nämlich, besondere Relevanz für das Genre hatte (Schur 2009: 31f).“

932 *Hoestery*, *Pastiche*, 2001, 10 ff.; *Fletcher*, *Reading Revelation as Pastiche*, 2017, 48 ff.

933 *Hudson*, *Intellectual Property Quarterly* 2017, 346, 350.

Aspekt eines Pastiches, weniger der Pasticcio-artigen Zusammensetzen neuer Elemente, glossiert Dyer seine vorangestellte Definition: „*pastiche is a kind of imitation that you are meant to know is an imitation.*“⁹³⁴ Zentral sind also nach Dyer zwei Dinge: die Imitation bzw. Nachahmung und die Offenlegung dieser Imitation in der Weise, dass der Wahrnehmende – im Falle der Musik der Hörer – die Imitation erkennt oder zumindest erkennen kann.⁹³⁵ Der Begriff der Nachahmung oder Imitation impliziert dabei, dass sich das spätere Werk bewusst das ältere Werk in einer bestimmten Hinsicht zum Vorbild nimmt – nicht aber nur darauf verweist. Das unterscheidet sie von einer Referenz.⁹³⁶

Dyer betont aber ebenfalls, dass der Pastichebegriff darüber hinaus keine Wertung über das imitierte Werk treffen muss, also weder humoristisch noch eine Hommage oder Kritik sein muss.⁹³⁷

Neben diesem klarer umrissenen Begriffsverständnis, das Dyer in den Fokus rückt, sieht er aber auch eine große Flexibilität in dem Begriff, sodass daneben auch in einer zweiten Bedeutung Kombinationen vorbekannter Werkelemente als Pastiche bezeichnet werden können.⁹³⁸ Einen in dieser Hinsicht sehr weiten und rudimentär vom Pasticcio abgeleiteten Pastichebegriff erörtert vor allem Hoesterey, die so etwa auch schlichte Adaptionen, Collagen und sogar den Fake im Rahmen des Pastichebegriffs aufgreift.⁹³⁹ Hoesterey setzt dabei einen offenen und dualistischen Begriff voraus, der entweder den Nachahmungsaspekt erfassen kann oder, alternativ, die „*pâté*“ unterschiedlicher Komponenten.⁹⁴⁰

Unter Berücksichtigung dieser unterschiedlichen Bedeutungsbereiche sieht etwa Fletcher die einzig wesentlichen Elemente eines Pastiches in der Imitation oder der Kombination.⁹⁴¹

934 Dyer, Pastiche, 2007, 1.

935 Ebd.; ferner bei Dyer auf Seite 133: „*it [the pastiche] is always inescapably historical in two senses: it always references something before it and it always signals the fact (if it did not, it would not be pastiche).*“

936 Dyer, Pastiche, 2007, 22; a.A. wohl Pötzlberger, GRUR 2018, 675, 681.

937 Dyer, Pastiche, 2007, 23 f.

938 Dyer, Pastiche, 2007, 9.

939 Hoesterey, Pastiche, 2001, 10 ff.

940 Hoesterey, Pastiche, 2001, 9.

941 Fletcher, Reading Revelation as Pastiche, 2017, 48 ff.

2. Juristische Rückschlüsse und Pastichekriterien

Inwiefern sich dieses Spektrum auf einen klar umrissenen Pastichebegriff in der rechtlichen Anwendung einer Pasticheschränke reduzieren sollte, ist Frage der weiteren juristischen Auslegung des Begriffes.

a. EuGH und Auslegungsmethode der Richtlinienvorgaben

Die dahinterstehenden Vorgaben sind aber keine Frage einer nationalen Rechtsordnung, sondern vom Verständnis des EuGH abhängig, da der Pastiche ein autonomer Begriff des Unionsrechts ist.⁹⁴²

Eine Begriffsbestimmung des EuGH darüber, was seines Erachtens vom Pastichebegriff umfasst ist, besteht noch nicht. Lediglich aus dem engeren Umfeld der Regelung und der gerichtlichen methodischen Vorgaben lassen sich daher Annahmen darüber treffen, wie der Terminus Pastiche aus Perspektive unionsrechtlicher Auslegungsvorgaben zu verstehen ist.

Es könnte etwa angenommen werden, dass an den Begriff des Pastiches methodisch ähnliche Maßstäbe anzulegen sind wie an den bereits über mehrere Jahre juristisch geformten Begriff der Parodie.⁹⁴³ Hierzu stellte der EuGH seine häufig verwendete Auslegungsformel für Begriffe des Unionsrechts an. Diese bestimmt, dass ein Begriff „entsprechend seinem Sinne nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch auszulegen“ ist.⁹⁴⁴ Dabei sei ferner „zu berücksichtigen [...], in welchem Zusammenhang er verwendet wird und welche Ziele mit der Regelung verfolgt werden, zu der er gehört (Urteile Probst (C-119/12, EU:C:2012:748, Rn. 20) und Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419, Rn. 32))“.⁹⁴⁵

942 Schon Pötzlberger, Kreatives Remixing, 2018, 244 f.; Stieper, GRUR 2020, 699, 701; Lauber-Rönsberg, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 51a Rn. 15; Dreier, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 51a Rn. 17; vgl. auch Döhl, ZGE 2020, 380, 438.

943 Kritisch zur Übertragbarkeit Lauber-Rönsberg, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 51a Rn. 15, die annimmt, dass die Auslegung als „stilistische Nachahmung“ den gewöhnlichen Sprachgebrauch treffe. Der EuGH müsse daher von seinen üblichen Auslegungsmaßstäben abweichen, da der Stil ohnehin nicht geschützt sei. Einer Übertragbarkeit wohl eher zugeneigt jüngst Döhl, Zwischen Pastiche und Zitat, 2022, 177 ff.

944 EuGH, Urt. v. 3. September 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 (= GRUR2014, 972), Rn. 45 – Deckmyn/Vandersteen.

945 Ebd.

Der EuGH äußerte sich schon im *Deckmyn*-Fall dazu, dass die Begriffe des Art. 5 Abs. 3 lit. k. InfoSoc-Richtlinie, also auch der *Pastiche*, eng auszulegen seien.⁹⁴⁶ Diese generell zurückhaltende Grundposition scheint wohl ständige Rechtsprechung des EuGH zu sein; sie wird auch zu anderen Schrankenbestimmungen in mehreren Entscheidungen wiederholt.⁹⁴⁷ Gerade die jüngeren Entscheidungen zeigen allerdings zumindest eine Offenheit gegenüber grundrechtlichen Einflussmöglichkeiten und damit auch Flexibilisierungen des engen Schrankenverständnisses.⁹⁴⁸ Insofern lassen sich auch aus den methodischen Vorgaben des EuGH nur rudimentäre Überlegungen ableiten.

aa. Systematische Einordnung

Die Regelung der Richtlinie entstammt – bei allen Unterschieden – wohl weitgehend dem Einfluss des französischen Rechts, das bereits zum Zeitpunkt der Richtlinienformulierung eine Ausnahme für Karikatur, Parodie und *Pastiche* kannte.⁹⁴⁹ Dort wurden unterschiedliche Meinungen zum Verhältnis der drei Begriffe vertreten. Teils wurde der *Pastiche* als Unterkategorie der Parodie aufgefasst,⁹⁵⁰ teils wurde auch angenommen, der französische *Pastiche* beziehe sich begrifflich nur auf Werke der Literatur, während die

946 *EuGH*, Urt. v. 3. September 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 (= GRUR 2014, 972), Rn. 43 – *Deckmyn/Vandersteen*.

947 Vgl. allgemein zu Schranken *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (= GRUR 2019, 934), Rn. 69 – *Funke Medien/BRD*; *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (= GRUR 2019, 940), Rn. 53 – *Spiegel Online/Volker Beck*.

948 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (= GRUR 2019, 934), Rn. 71 – *Funke Medien/BRD*; *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (= GRUR 2019, 940), Rn. 55 – *Spiegel Online/Volker Beck*; ferner in ähnlicher Weise: *EuGH*, Urt. v. 1. Dezember 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 (= GRUR 2012, 166), Rn. 133 ff. – *Painer/Standard*; kritischer *Kaiser/Scheuerer*, GRUR Int. 2019, 1153, 1160.

949 *Bayreuther*, ZUM 2001, 828, 836; *Vlah*, *Parodie, Pastiche und Karikatur*, 2015, 43; *Hudson*, *Intellectual Property Quarterly* 2017, 346, 353; zuletzt auch *Stieper*, GRUR 2020, 699, 702, der ferner darlegt, dass die Richtlinie in diesem Punkt einem Antrag Frankreichs entgegenkam.

Die französische Regelung lautet: *Article L122-5*: „Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire: [...] 4° La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre.“

950 *Lucas-Schloetter*, UFITA 2019, 99, 101; *Lucas u.a.*, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2017, Rn. 480.

Parodie Musikwerke betreffe, die Karikatur Werke der bildenden Kunst.⁹⁵¹ Oft wird dem Pastichebegriff das Element einer stilistischen Imitation beige-messen.⁹⁵² Meist wird der Pastiche dabei aber als humoristische Gattung betrachtet und spielte dementsprechend in der Praxis neben der Parodie eine untergeordnete Rolle.⁹⁵³

Während der Abgrenzung von Parodie und Pastiche in Frankreich selten Bedeutung zukam, nahm die Europäische Kommission durchaus an, dass Pastiche, Parodie und Karikatur voneinander zu unterscheiden seien und drei eigenständige Begriffe bildeten.⁹⁵⁴ Das ist aus der systematischen Stellung heraus auch konsequent: Es ist unverständlich, warum drei unterschiedliche Begriffe in der Norm nebeneinander gestellt werden sollten, wenn einer der Begriffe gegenüber den anderen bereits die Stellung eines Oberbegriffes einnimmt, vgl. Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie, Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 lit. b DSM-Richtlinie – ebenso übertragbar auf § 51a UrhG. Zum einen hätte das Begriffsverhältnis dann ohne weiteres deutlicher gemacht werden können, indem der eine Begriff als Spezialfall des anderen formuliert worden wäre. Zum anderen wären weitere Begriffe neben dem Oberbegriff faktisch überflüssig, sofern sie nicht zumindest eine deklaratorische Funktion hätten. Eine solche Klarstellungsfunktion kann aber dem selbst kaum klaren Pastichebegriff nicht entnommen werden.

Auch aus Perspektive der oben dargelegten außerjuristischen Bedeutungen des Pastiche wäre eine fehlende eigenständige Funktion, etwa als Unterfall

951 *Colombet*, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 1999, Rn. 234. Dem folgt allerdings nicht die überwiegende französische Literatur oder Rechtsprechung. Insofern etwas missverständlich *Vlah*, *Parodie, Pastiche und Karikatur*, 2015, 43, 49.

952 *Galloux*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), *Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts/Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe: Urheberrecht im deutsch-französischen Dialog/Rencontres franco-allemandes*, 321, 322.

953 *Lucas-Schloetter*, *UFITA* 2019, 99, 101; *Galloux*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), *Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts/Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe: Urheberrecht im deutsch-französischen Dialog/Rencontres franco-allemandes*, 321, 322.

954 *GA Cruz Villalón*, *Schlussantr. v. 22. Mai 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:458*, Rn. 41 – *Deckmyn/Vandersteen*: „Dazu ist sogleich zu bemerken, dass die Kommission vorschlägt, den Begriff ‚Parodie‘ dahin auszulegen, dass es sich um die Nachahmung eines durch die Richtlinie geschützten Werkes handelt, die keine Karikatur und kein Pastiche darstellt [...].“

der Parodie, unplausibel, denn die dortige Begriffsbestimmung unterscheidet sich auch außerhalb der Rechtssprache von dem der Parodie.⁹⁵⁵

Eine im Zusammenhang mit dem französischen Recht von wenigen vertretene Abgrenzung nach unterschiedlichen Werkgattungen⁹⁵⁶ ist aber ebenso ausgeschlossen, da schon der in bisheriger Literatur und Rechtsprechung öfters behandelte Parodiebegriff nach einhelliger Meinung auf Musik, Literatur und sonstige Werkgattungen gleichermaßen angewandt werden kann. Auch sonst lässt sich aus den Begrifflichkeiten nicht entnehmen, dass sie in irgendeiner Weise unterschiedlichen Werkgattungen zugeordnet sein sollen.⁹⁵⁷

Übrig bleibt daher lediglich ein nach qualitativen Kriterien unterscheidbarer Anwendungsbereich des Pastiches. Die begriffliche Aneinanderreihung in Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie, Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 lit. b DSM-Richtlinie gibt also für die Kriterienbestimmung vor, dass der Pastichebegriff gegenüber den übrigen Begriffen der Normen eine eigenständige Bedeutung einnimmt und entsprechend auch durch andere Kriterien zu bestimmen ist.

bb. Zielbestimmung und Grundrechte

Während Anhaltspunkte zur Zielbestimmung einer Pastiche schranke aus der InfoSoc-Richtlinie höchstens rudimentär hervorgehen, zeigt die DSM-Richtlinie konkretere Hinweise für eine Zielbestimmung: ErWG 70 DSM-Richtlinie folgend besteht der Zweck der dort genannten Schranken, wozu mit Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 lit. b DSM-Richtlinie auch der Pastiche zählt, in der Verwirklichung von Meinungs- und Kunstfreiheit.⁹⁵⁸ Für den Pastiche liegt

955 Keiner der oben genannten drei Aspekte des Pastichebegriffs (Pasticcio, Stilmachung oder weites postmodernes Pasticheverständnis) könnte als reiner Unterfall der Parodie verstanden werden, vgl. C.II. und III.1.

956 Im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie: *Vlah*, Parodie, Pastiche und Karikatur, 2015, 49.

957 *Stieper*, GRUR 2020, 699, 702 f.

958 Vgl. *Stieper*, GRUR 2020, 699, 703. ErWG 70 DSM-Richtlinie nimmt besonderen Bezug auf nutzergenerierte Inhalte: „Nutzer sollten Inhalte, die von Nutzern generiert wurden, zu Zwecken des Zitierens, der Kritik, Rezension, Karikatur, Parodie oder Pastiche hochladen dürfen. Das ist besonders wichtig, um ein Gleichgewicht zwischen den in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerten Grundrechten (im Folgenden ‚Charta‘), insbesondere dem Recht auf freie Meinungsäußerung und der Freiheit der Kunst, und dem Eigentumsrecht, auch betreffend das geistige Eigentum, zu schaffen.“

eine stärkere Fokussierung auf die Kunstfreiheit (Art. 13 GRCh) nahe, versteht man ihn als kreative künstlerische Gestaltungsart, wie die außerjuristischen Pastichebegriffe nahelegen.⁹⁵⁹ Der Kunstfreiheit gegenüber steht das in Art. 17 Abs. 2 GRCh verankerte Eigentumsrecht für immaterielle Güter.⁹⁶⁰ Das „Recht des geistigen Eigentums“ solle aber, wie der EuGH vermehrt betont, nicht „schrankenlos“, sondern nur in Abwägung zu anderen Grundrechten gewährt werden müssen.⁹⁶¹

Folglich ist im Pastichebegriff auch der Ausgleich dieser Grundrechte zu berücksichtigen und die Kriterien sind in Ihrer Gesamtheit an der Kunstfreiheit auszurichten.

cc. Drei-Stufen-Test

Konkretere Anhaltspunkte für das Schrankenverständnis könnten ferner aus dem Drei-Stufen-Test hervorgehen. Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-Richtlinie legt im Bereich der Schrankenregelungen des Art. 5 Abs. 1–4 InfoSoc-Richtlinie Bestimmungen fest, die in ähnlicher Weise schon aus Art. 9 Abs. 2 RBÜ (in Bezug auf Vervielfältigungen), Art. 13 TRIPS-Abkommen und Art. 10 Abs. 1 WCT hervorgehen.⁹⁶² Nach dem Drei-Stufen-Test ist die Anwendung der Schranken nur auf bestimmte Sonderfälle (1) begrenzt, die weder die normale Verwertung des Werks beeinträchtigen (2) noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers ungebührlich verletzen (3).

Dem ersten Erfordernis kann ein mehr oder weniger strenges Bestimmtheitsgebot entnommen werden („bestimmten“).⁹⁶³ Zum anderen müssen die

959 Vgl. *Stieper*, GRUR 2020, 699, 703. Die Meinungsfreiheit wird hingegen vor allem die übrigen genannten Schrankenregelungen betreffen.

960 Das kommt besonders deutlich in ErwG 70 DSM-Richtlinie zum Ausdruck.

961 *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 33 – *Pelham/Hütter*.

962 Gleichwohl können die jeweiligen Regelungsbereiche nicht mit Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-Richtlinie vollständig gleichgesetzt werden: v. *Lewinski*, in: v. *Lewinski/Walter* (Hrsg.), *European Copyright Law 2010*, 1061.

963 Hierzu *Senfleben*, GRUR Int. 2004, 200, 206 f.; ausführlicher noch *Senfleben*, *Copyright, limitations, and the three-step test*, 2004, 133 ff.; für eine strenge Auffassung des Bestimmtheitsgebots *Ficsor*, *The law of copyright and the internet*, 2002, 516. Weder sehr eng noch sehr weit fasst das Bestimmtheitsgebot *Reinbothe*, in: *Reinbothe/v. Lewinski* (Hrsg.), *The WIPO Treaties*, 2. Aufl. 2015, 154 f. auf.

Sonderfälle auch durch einen legitimen Zweck gedeckt sein, also auch in qualitativer Hinsicht *Sonderfälle* sein.⁹⁶⁴

Der legitime Zweck des Pastiche kann in qualitativer Hinsicht in der Kunstfreiheit gesehen werden und ist bei der Auslegung von Pastiche – ob eng oder weit – wohl stets vorhanden.

Hinsichtlich einer begrifflichen Bestimmtheit der Anwendung bestehen allerdings größere Probleme. Strenge Auffassungen fordern für die Bestimmtheit eine präzise Beschreibung des ausgenommenen Gegenstands.⁹⁶⁵ Eine solche erfordert angesichts der Weite, die etwa in postmodernen Pastiche-verständnissen dem Begriff beigemessen wird,⁹⁶⁶ dass der Pastiche im juristischen Verständnis klaren Kriterien zugeführt werden muss, die seine Bestimmung möglich machen. Selbst wenn man das Bestimmtheitsgebot weniger streng und damit offen für flexible Lösungen versteht, müssten die Kriterien zumindest klar gefasst sein, damit überhaupt erkennbar wird, welche freigestellten Nutzungsfälle mit der Schranke bezweckt werden.⁹⁶⁷

Weiter sollte die „normale Verwertung“ eines Werkes nicht beeinträchtigt werden. Hierfür ist insbesondere relevant, welche gewichtigen Verwertungswege ökonomisch für das betroffene ältere Werk relevant werden und inwiefern diese beeinträchtigt werden.⁹⁶⁸ Der Pastichebegriff muss also auch so konkretisiert werden, dass er die Hauptverwertung von benutzten Werken nicht verhindert.⁹⁶⁹

964 *Senfleben*, GRUR Int. 2004, 200, 207. Insofern bestehen gewisse Überschneidungen zum zweiten Kriterium, der fehlenden Beeinträchtigung einer „normalen Verwertung“.

965 *Ficor*, The law of copyright and the internet, 2002, 516: „*precisely and narrowly determined*“.

966 *Hoesterey*, Pastiche, 2001, 10 ff.

967 Siehe im Allgemeinen zu einem solchen flexibleren Verständnis auch *Senfleben*, GRUR Int. 2004, 200, 207.

968 *Senfleben*, GRUR Int. 2004, 200, 209: „Von einer Beeinträchtigung der normalen Auswertung kann gesprochen werden, wenn die in Frage stehende Beschränkung die Rechtsinhaber einer aktuellen oder potenziellen Einnahmequelle beraubt, die typischerweise ganz erhebliches Gewicht innerhalb der Gesamtverwertung von Werken einer betroffenen Werkart hat.“ Im Detail in: *Senfleben*, Copyright, limitations, and the three-step test, 2004, 189–194.

969 Zu Hauptverwertungsbereichen in der Musikwirtschaft vgl. etwa *Bießmann/Möllmann/Scheuermann*, in: *Moser/Scheuermann/Drücke* (Hrsg.), Handbuch der Musikwirtschaft, 7. Aufl. 2018, § 60. Künstler-, Produzenten- und Bandübernahmeverträge Rn. 60; ferner: *Musikwirtschaft in Deutschland. Studie zur volkswirtschaftlichen Bedeutung von Musikunternehmen unter Berücksichtigung aller Teilssektoren und Ausstrahlungseffekte*, 2015, URL: <https://www.musikindustrie.de/fileadmin/bvmi/uplo>

Schließlich setzt der Test eine Abwägung dazu voraus, inwiefern berechnigte Interessen des Rechtsinhabers ungebührlich verletzt sein könnten. Das Bestands- und Integritätsinteresse des Urhebers ist unabhängig von einer Pastichebeschränkung durch § 14 UrhG und die darin enthaltene Interessenabwägung geschützt.⁹⁷⁰ Für ökonomische Interessen gilt ein weiterer Maßstab als im Rahmen der zweiten Stufe und gerade im Zusammenhang mit dem hier zu treffenden Ausgleich kann es auch relevant sein, inwiefern finanzielle Ausgleichsmechanismen greifen.⁹⁷¹ Hier ist also insbesondere bei einem weiten Pasticheverständnis zu berücksichtigen, wo ökonomische Nachteile im Verhältnis von Verwender zu Urheber des benutzten Werkes ausgeglichen werden können.

Die drei Stufen zeigen damit zwar keine grundsätzliche Unvereinbarkeit mit der Pastichebeschränkung. Es werden aber Implikationen für die Bestimmung des Pastichebegriffs und dessen Regelungskontext deutlich: das betrifft zum einen die Präzision der Kriterien, die den Pastiche letztlich definieren, zum anderen auch die Frage der ökonomischen Einflüsse unterschiedlicher verteilter Pastichebegriffe auf die Verwertungsmöglichkeiten des benutzten Werkes und eventuelle Ausgleichsmechanismen.

b. Bewertung und Kriteriendiskussion

Die oben genannte Vielfalt nicht-juristischer Auffassungen darüber, was Pastiche ist und was nicht, ist kaum zu überblicken. Zum einen besteht die – jedenfalls über viele Jahre – vorwiegende Ansicht, die den Pastiche als Stilmachung betrachtet. Das andere Feld betrifft die Zusammenstellung bekannter musikalischer Stücke in einen neuen musikdramatischen Zusammenhang im Sinne des musikalischen Pasticcios.

ad/06_Publikationen/Musikwirtschaftsstudie/musikwirtschaft-in-deutschland-2015.pdf (Abrufdatum: 24. August 2022).

970 Insofern ergeben sich Parallelen zum Verhältnis von Parodie und § 14 UrhG. Zum Verhältnis der Freistellung der Parodie (noch als Bestandteil von § 24 UrhG a.F.) und § 14 UrhG: *Specht/Koppermann*, ZUM 2016, 19, 24; vgl. neuer auch *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, 7. Aufl. 2022, UrhG, 14 Rn. 24.

971 Siehe etwa *Senftleben*, in: *Aplin* (Hrsg.), *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, 136, 153 ff.; vgl. zu einer konsequenterweise geforderten Ausgleichsmöglichkeit von Vergütungen schon auf der zweiten Stufe: *Geiger/Griffiths/Hilty*, GRUR Int. 2008, 822, 824. Zur ähnlichen Problematik im Zusammenhang mit dem Gedanken einer urheberrechtlichen Zwangslizenz und den unionsrechtlichen Hindernissen: *Hilty*, GRUR 2009, 633, 637.

Die neuesten Konzepte, die dem Begriff beigemessen wurden, machen aus dem Pastiche einen allumfassenden und generischen Begriff für Benutzungen fremder Werke. Sie abstrahieren dabei einige Elemente des zuvor bekannten Begriffsverständnis: Dem Pastiche wird ein Imitationselement und ein Kombinationselement (oder Kompilationselement) entnommen. Dass dieses Verständnis in seiner gesamten Weite für den juristischen Pastiche kein Vorbild sein kann, zeigt schon die Erfassung klassischer urheberrechtlich gerade nicht privilegierungswürdiger Gattungen wie dem *Fake* oder gar dem Plagiat.⁹⁷²

Dennoch zeigen sich die juristischen Auffassungen darüber, was Pastiche im Sinne der Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie, Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 lit. b DSM-Richtlinie und bei unionsrechtskonformer Auslegung auch in § 51a UrhG ist, in beinahe ebenso vielfältiger Weise wie außerhalb des juristischen Begriffsverständnisses.

aa. Pastiche als Generalklausel für imitative und kompilierende Nutzungsformen

Neuere juristische Ansätze nehmen sich für ein Pasticheverständnis vor allem die jüngeren Ansätze erweiterter Pastediskussionen zum Vorbild. Andere Interpretationen des Pastichebegriffs sind weniger weit und orientieren sich etwa am klassischeren Verständnis eines Nachahmungselements, stehen aber der Erstreckung auf jegliche kompilatorischen Elemente kritisch gegenüber.⁹⁷³

Dem weiten Verständnis entsprechend will *Hudson* auf der britischen Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie basierend den Pastichebegriff auf viele Sachverhalte anwenden.⁹⁷⁴ Der Pastiche soll auch folgende

972 Vgl. zum *Fake Hoesterey*, Pastiche, 2001, 111; zum nicht eindeutigen Verhältnis von Pastichebegriff und Plagiatsbegriff: *Dyer*, Pastiche, 2007, 25 ff.

973 *Gabler*, Die urheberrechtliche Drittnutzung, 2018, 224 f.; *Stieper*, GRUR 2020, 699, 703.

974 *Hudson*, Intellectual Property Quarterly 2017, 346.

975 *Hudson*, Intellectual Property Quarterly 2017, 346, 347. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass *Hudson* diesen weiten Begriff unter dem Eindruck der Section 30A des britischen „Copyright, Designs and Patents Act 1988“ vorschlägt. Dort muss eine Nutzung zusätzlich der Voraussetzung des *fair dealing* entsprechen. Aus Perspektive des autonomen unionsrechtlichen Pastichebegriffs müsste aber das Pasticheverständnis gleichwohl im Einklang mit Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie stehen, wo ein *fair dealing*-Kriterium nicht erforderlich ist.

S. 30A CDPA lautet:

„*Caricature, parody or pastiche*

Fallkonstellationen erfassen: „*mash-ups, fan fiction, music sampling, appropriation art and other forms of homage and compilation*“.⁹⁷⁵

Der Pastiche wäre damit ein eher generalisierter Begriff, der faktisch jegliche Formen der Imitation oder Kompilation erfassen kann, sofern sich das Endprodukt vom verwendeten ausreichend unterscheidet.

Bezugnehmend auf *Hudson* wird ein solcher weiter Pastichebegriff häufiger aufgegriffen. So wird teilweise gefordert, nutzergenerierte Inhalte, die auf fremdes Quellmaterial zurückgreifen, als Pastiche zu verstehen.⁹⁷⁶ Ebenso wird eine ähnliche Weite und Abstrahierung der Elemente Imitation und Kompilation in Bezug auf Remix, Sampling und ähnliche fremdreferenzielle Musikformen herangezogen.⁹⁷⁷

Das ist angesichts der Bedeutung des Pasticcios als einer besonderen Form der Zusammenstellung unterschiedlicher Elemente zunächst einleuchtend. Die Vielfalt, die der Begriff neben der eher klassischen Bedeutung einer Nachahmungsgattung hatte, kann kaum anders unter einem generalisierten Begriffsverständnis erfasst werden.⁹⁷⁸

Für ein weites Verständnis spricht auch das Bedürfnis flexibler Abwägungsmöglichkeiten im ohnehin starr geprägten Schranken katalog des Art. 5 InfoSoc-Richtlinie.⁹⁷⁹ Die Erfassung von neuen Kunstformen und Entwicklungen ist nur schwer damit vereinbar, vorgefertigte Gattungsbegriffe als gesetzliche Scharniere der Kunstfreiheit zu sehen. Eine kunstspezifische Betrachtung der Schranken des Urheberrechts erfordert flexible Möglichkeiten für eine Interessenabwägung.

Andererseits ist aber unklar, warum gerade der Pastichebegriff diese Rolle der Flexibilisierung des urheberrechtlichen Schranken katalogs nach einer Abstraktion von allen erdenklichen historischen Pastichebegriffen einnehmen soll. Bereits der Begriff des Kunstzitats ließe für sich genommen weitere

(1) *Fair dealing with a work for the purposes of caricature, parody or pastiche does not infringe copyright in the work.*

(2) *To the extent that a term of a contract purports to prevent or restrict the doing of any act which, by virtue of this section, would not infringe copyright, that term is unenforceable.*“

976 *Senfileben*, ZUM 2019, 369, 374; kritisch aber: *Stieper*, GRUR 2020, 699, 703.

977 *Pötzlberger*, *Kreatives Remixing*, 2018, 263; zuletzt auch *Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG; i.E. weitaus kritischer *Döhl*, UFITA 2019, 19, 29 ff.

978 Zum entsprechend weiten Verständnis kommt daher *Hoesterey*, *Pastiche*, 2001, 10 ff. und *Fletcher*, *Reading Revelation as Pastiche*, 2017, 48 ff.

979 Zu dieser Problematik der Flexibilität: *Senfileben*, IIC 2020, 751; siehe auch *Senfileben*, ZUM 2019, 369, 374; ferner *Döhl*, UFITA 2019, 19, 35 ff.

Grenzen zu als die Beschränkung auf geistige Auseinandersetzungen.⁹⁸⁰ Die Parodie bezeichnete im 17. und 18. Jahrhundert ebenfalls unabhängig von spöttischen oder humoristischen Zwecken musikalische Umgestaltungen und findet auch heute noch Verwendung für die Unterlegung geistlicher Musik mit einem weltlichen Text.⁹⁸¹ Warum nun die historische Begriffsverwendung des Pasticcios in der Oper in der juristischen Begriffsbildung dazu führen sollte, dass Kombinationen von unterschiedlichem Quellmaterial bei nutzergenerierten Inhalten oder weite Teile des Sampling generell als Pastiche aufgefasst werden könnten,⁹⁸² erschließt sich daher nur aus einer Notsituation der Flexibilisierung, weniger aber aus der juristischen Auslegung heraus.⁹⁸³

Die flexible Auslegung wäre in einer radikalen Offenheit gegenüber jeglicher Kombination von Quellmaterial auch vor dem Hintergrund des Drei-Stufen-Tests problematisch. Zum einen, weil sie bereits durch die Erfassung von substituierenden Werken Gefahr läuft, in die Hauptverwertungswege einzugreifen.⁹⁸⁴ Zum anderen, weil bei der Erfassung beinahe jeglicher Fallkonstellation der Bearbeitung kaum noch von „bestimmten Sonderfällen“ gesprochen werden könnte.⁹⁸⁵

Die Übertragung von einzelnen kunstwissenschaftlichen Überlegungen auf die juristische Auslegung und die damit verbundene Forderung, dem Pastiche in einer postmodernen Begriffsbildung einzelne verallgemeinerte Kriterien zu entnehmen, ist auch vor dem Hintergrund der vorherrschenden Auslegungsmethode des Unionsrechts problematisch: Zumindest kann die progressive Begriffsbildung kunstwissenschaftlicher Erörterungen nur bedingt unter der Voraussetzung eines erforderlichen „gewöhnliche[n] Sprachgebrauch[s]“⁹⁸⁶ in der juristischen Auslegung durch den EuGH Bestand

980 Zur Weite des Musikzitats aus musikwissenschaftlicher Perspektive: *Lissa*, Die Musikforschung 1966, 364; *von Noé*, Die Musik kommt mir äußerst bekannt vor, 1985, 51 ff.

981 *Dadelsen u.a.*, Art. „Parodie und Kontrafaktur“, in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1997).

982 Siehe *Ohly*, GRUR 2017, 964, 968 f.; *Senfleben*, ZUM 2019, 369, 374; vgl. *Hudson*, Intellectual Property Quarterly 2017, 346, 348 ff.

983 Ähnlich *Stieper*, GRUR 2020, 699, 703. Vgl. auch *Döhl*, ZGE 2020, 380, 415, der stärker auf eine historische Auslegung nach den gesetzgeberischen Vorstellungen abstellt.

984 *Stieper*, GRUR 2020, 699, 703.

985 Noch stärker gefährdet sieht die Berücksichtigung des Drei-Stufen-Tests *Haberstumpf*, ZUM 2020, 809, 818. *Haberstumpf* fordert insofern, den Dreistufenest in den Wortlaut einer expliziten Schranke für Parodie, Pastiche und Karikatur aufzunehmen.

986 Siehe oben unter C.III.2.a.; vgl. *EuGH*, Urt. v. 3. September 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 (= GRUR 2014, 972), Rn. 45 – *Deckmyn/Vandersteen*.

haben. Es ergeben sich auch keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Begriffsbildung der historisch-teleologischen Zielsetzung entspricht, die noch mit der Übernahme des französischen Normvorbilds verfolgt wurde.⁹⁸⁷ Den Pastiche als zentralen Begriff für sämtliche kompilatorische Gestaltungen zu betrachten, dürfte dementsprechend weit über das Begriffsverständnis hinausgehen, das bei Aufnahme des Pastichebegriffs in die InfoSoc-Richtlinie herrschte.

Eine weite generalklauselartige Auslegung des Pastiches erscheint daher als Lösungsweg für flexiblere Schrankenregelungen nicht angemessen.⁹⁸⁸ Plausibler ist es mithin den Begriff entsprechend dem klassischeren Verständnis als Teil der Nachahmungskunst zu verstehen und in diesem Rahmen weitere Kriterien zu untersuchen, die eine unter der Zielbestimmung der Kunstfreiheit freistellungsbedürftige von einer unfreien Nutzung unterscheiden sollen.

bb. Pastichezweck

Eine erste Möglichkeit, den Anwendungsbereich des Pastiches insofern zu spezifizieren, stellt die Zweckbestimmung dar. Eine solche Zweckbestimmung wird teils in einem humoristisch unterhaltenden Effekt gesehen, ähnlich der Parodie.⁹⁸⁹ Andere sehen den möglichen Zweck aber in einer irgendwie gearteten Interaktion des Anklangs, Kontrasts oder der Hommage und fassen ihn somit weiter.⁹⁹⁰

Die Beschränkung auf humoristische Zwecke erscheint zunächst insofern schlüssig, als dass Karikatur und Parodie als systematisch neben dem Pastiche stehende Konzepte ebenfalls auf humoristische Gattungen verweisen.⁹⁹¹ Auch

987 Vgl. oben C.III.2.a.aa.

988 Im Ergebnis so auch schon *Döhl*, ZGE 2020, 380, 438 ff.

989 *Vlah*, Parodie, Pastiche und Karikatur, 2015, 21, 37; dort wird auch angenommen, dass hierüber „Einigkeit besteht“; siehe ferner *Döhl*, Media in Action 2/2017, 37, 49 mit ähnlicher Konnotation den Generalanwalt Cruz Villalón zum Pastichebegriff zitierend (möglicherweise war aber die Parodie gemeint, vgl. GA Cruz Villalón, Schlussantr. v. 22. Mai 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:458, Rn. 41 – *Deckmyn/Vanderveken*). Vgl. aus der französischen Literatur auch *Colombet*, Propriété littéraire et artistique et droits voisins, 1999, Rn. 234.

990 *Stieper*, GRUR 2020, 699, 703; *Ohly*, GRUR 2017, 964, 968; *Pötzlberger*, Kreatives Remixing, 2018, 255. In der französischen Literatur schon vor der InfoSoc-Richtlinie: *Durrande*, in: Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur de André Françon, 133, 140 f.

991 Vgl. *Vlah*, Parodie, Pastiche und Karikatur, 2015, 37.

bekannte typischerweise als Pastiche bezeichnete Werke, wie etwa das oben bereits benannte Werk *Mit fremden Federn* (1927) von Robert Neumann, haben einen humoristischen Zweck.⁹⁹²

Keine der oben genannten außerjuristischen Bedeutungen impliziert allerdings – trotz vieler humoristischer Beispiele – einen zwingend humoristischen Zweck. Es ergibt sich deshalb auch keine an der klassischen Wortverwendung des Begriffes begründbare Beschränkung auf humoristische Zwecke. Ferner sind die Begriffe Parodie, Karikatur und Pastiche wie oben dargelegt sinnvollerweise unabhängig voneinander zu bestimmen.⁹⁹³ Gerade im Sinne einer Zweckbestimmung im Dienste der Kunstfreiheit erscheint es daher naheliegend, im Falle des Pastiches auch Zwecke wie die Hommage oder auch Anklänge und Kontraste – also einen gewissen weit verstandenen Dialog – grundsätzlich genügen zu lassen.

cc. Erkennbarkeit

Angesichts dieses Erfordernisses eines gewissen Dialogs mit den entnommenen Werkelementen, stellt sich auch die Frage, welche Rolle die Erkennbarkeit von Werkelementen im Rahmen des Pastiches spielt. So könnte das Erfordernis eines Dialogs – ähnlich dem Zitatrecht – eine Identifikation des älteren Werkes an jedem übernommenen Werkteil erforderlich machen.⁹⁹⁴

Andererseits könnte der Dialog im Falle des Pastiches auch im Sinne eines künstlerischen Dialogs zu verstehen sein, der nicht mit jedem einzelnen übernommenen Werkteil beim Hörer keine geistige Auseinandersetzung ermöglichen muss, sondern in einem generellen Sinne mit dem Nachahmungsobjekt. In diesem Fall wäre der Dialog nicht so zu verstehen, dass er die erkennbare Fremdheit jedes übernommenen Elements verlangt, sondern es müsste lediglich eine überhaupt bestehende künstlerische Auseinandersetzung mit dem nachgeahmten Werk, Künstler oder sonstigen Bezugsobjekt erkennbar sein.⁹⁹⁵

992 Neumann, *Mit fremden Federn*, 1927; vgl. oben C.III.1.b.

993 Vgl. oben C.III.2.a.aa.

994 Vgl. in dieser Tendenz GA Szpunar, Schlussantr. v. 12. Dezember 2018, C-476/17, ECLI:EU:C:2018:1002, Rn. 64 f., 70 – *Pelham/Hütter*; im Sinne einer „kritische[n] Auseinandersetzung“ wohl Maier, *Remixe auf Hosting-Plattformen*, 2018, 62.

995 In dieser Richtung Stieper, GRUR 2020, 699, 703: „Die Pastiche steht damit dem Kunst- und Musikzitat nahe, ohne dass es aber der für ein Zitat charakteristischen unveränderten und als fremder Bestandteil erkennbaren Übernahme in das neue

Für eine erforderliche Identifikation wie im Falle des Zitates spricht zunächst, dass in beiden Fällen eine Interaktion gefordert wird und es *prima facie* unklar ist, weshalb diese Interaktion beim Hörer im Falle des Zitats andere Erfordernisse aufweisen soll als im Bereich des Pastiche.

Dagegen spricht allerdings die unterschiedliche Gewichtung der grundrechtlichen Zielbestimmung. Während im Rahmen des Zitats eher die allgemeine Meinungsfreiheit im Vordergrund steht und die Kunstfreiheit eine geringere Rolle spielt, ist Zielbestimmung des Pastiche vor allem die Kunstfreiheit. Dementsprechend sollte dem Pastiche auch weniger die an einzelnen Übernahmen orientierte Auseinandersetzung entnommen werden, als vielmehr eine Auseinandersetzung in der Gesamtbetrachtung.⁹⁹⁶ Ähnlichkeiten bestehen insofern auch zur Parodie, wo die humoristische Auseinandersetzung des Gesamtwerks, nicht aber der Dialog einzelner Werkelemente entscheidend ist.

Dem entspricht es auch, dass einige außerjuristische Pasticheverständnisse den Pastiche so definieren, dass er eine Nachahmung sei, die sich auch selbst offen als Nachahmung zu erkennen gibt.⁹⁹⁷ Es überzeugt daher, die erkennbare Auseinandersetzung und Interaktion nur auf diesen Aspekt zu beziehen und so lediglich die erkennbare Distanz zum Ursprungswerk als notwendig anzusehen.

dd. Selbständigkeit

Es wird auch regelmäßig eine Selbständigkeit mit dem neuen Werk einhergehen müssen, da der künstlerische Dialog ohne eigene schöpferische Elemente kaum denkbar ist.⁹⁹⁸ Die Benutzung eines Musikstückes darf insofern auch nicht zu einer schlichten Substitution dieses benutzten Musikstückes oder im Wesentlichen unverarbeiteten Einfügung führen. Dafür spricht auch

Werk bedarf.“ Im Widerspruch dazu wird aber das Kriterium der Interaktion aus den Ausführungen des GA *Szpunar*, Schlussantr. v. 12. Dezember 2018, C-476/17, ECLI:EU:C:2018:1002, Rn. 64 f., 70 – *Pelham/Hütter* hergeleitet, wo die Erkennbarkeit als notwendige Folge erachtet wird.

996 Insofern kann auch das Änderungsverbot im Rahmen des Pastiche keine Geltung haben, § 62 Abs. 4a UrhG. Zur Begründung der Aufnahme in den RegE 2021, BT-Drs. 19/27426, 90.

997 Siehe oben C.III.1.c. und die dort schon genannte Definition bei *Dyer*, Pastiche, 2007, 1.

998 *Stieper*, GRUR 2020, 699, 703.

die Zielbestimmung der Kunstfreiheit.⁹⁹⁹ Die übernommenen Elemente müssen also so im neuen Musikstück verarbeitet sein, dass sie unter neuer schöpferischer Leistung eine hinreichende künstlerische Distanz zum Ursprungswerk wahren.

ee. Zusammenfassung

Der Pastichebegriff kann für das Gros kompilatorischer Werke vor dem Hintergrund des Begriffskerns und der Auslegungsmaßstäbe also nicht die notwendige Interessenabwägung im Sinne einer Kunstschranke leisten (s. aa.).

Im Ergebnis ist es deshalb überzeugender, dass sich der Pastichebegriff auf das Kerncharakteristikum einer Nachahmung bezieht. Da offensichtlich auch nicht jegliche Nachahmung unter einem freizustellenden juristischen Pastichebegriff verstanden werden kann, ist ein künstlerischer Dialog erforderlich. Die Interaktion kann dabei auch in der Gesamtbetrachtung – nicht zwingend in jedem der einzelnen übernommenen Werkteile – desjenigen Gegenstands zum Ausdruck kommen, der als Pastiche in Frage steht (s. bb. und cc.). Dabei ist regelmäßig auch ein neuer Werkcharakter notwendig, der eine Substitutionswirkung des neuen Musikstücks gegenüber dem benutzten Werk ausschließt (s. dd.).

3. Musikalische Anwendungsfälle

Bei all den abstrakten und weitreichenden Definitionswegen stellt sich im musikalischen Kontext die weiterführende Frage: Welche musikalischen Fälle können unter diesen Bedingungen als Pastiche aufgefasst werden?

Offenkundig kann hier keine vollständige Auflistung und Abwägung darüber gegeben werden, welche Musikstücke unter den oben genannten Vorbedingungen als Pastiche gelten müssten. Allerdings erscheint es notwendig, solche musikalischen Werkverwendungen zu untersuchen, an denen sich eine Diskussion um den Pastiche entzündet oder die zumindest in aktuelle Fragestellungen des Pastichebegriffs eingeordnet werden können.

999 Vgl. *Stieper*, GRUR 2020, 699, 703, der die Verknüpfung von Kunstfreiheit und neuem Werkschaffen auch in *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (= GRUR 2019, 929), Rn. 35–37, 72 – *Pelham/Hütter* gestützt sieht.

a. Sampling, Mashup, Remix

Nicht zuletzt an der Praxis des vieldiskutierten Samplings schlägt sich das Grundproblem, wie weit Pastiche im konkreten Fall gefasst werden kann, deutlich nieder. Aus musikwissenschaftlicher Perspektive ist die Frage, ob Remix und Sampling als postmoderner „Pastiche“ aufgefasst werden können, nicht von höchster Relevanz, da eine reine kategorische Zuordnung inhaltlich keine Konsequenzen hat.¹⁰⁰⁰ Entsprechend findet sich in der Musikforschung kaum eine systematische Auseinandersetzung mit der Frage, ob eine solche Zuordnung sinnvoll ist oder nicht.¹⁰⁰¹

In einem generalklauselartigen Verständnis von Pastiche wäre letztlich jede Form von Sampling, Mashup oder Remix erfasst, da diese Musikbereiche als Paradebeispiele einer Kombination schutzfähiger Elemente in einem neuen Kontext gelten können. Legt man aber die oben diskutierten und vorzugswürdigen Kriterien zugrunde, wird deutlich, dass Sampling, Mashup oder Remix keinen eindeutigen Unterfall des Pastiches darstellen.

Häufig wird im Rahmen dieser Gestaltungsarten das entnommene Element eines anderen Werkes in einen stilistisch völlig anderen Kontext gesetzt. Das Werk soll regelmäßig nicht an das benutzte Werk erinnern oder es in sonstiger Hinsicht nachahmen.¹⁰⁰² Es verwendet andere Werke auch teilweise als Steinbruch neuer Klangbausteine.¹⁰⁰³ Dabei werden die Elemente so zusammengesetzt, dass sie etwa im Bereich des Microsamplings eine neue klangliche Grundlage ergeben, auf dem das Musikstück aufbaut.¹⁰⁰⁴ Das entspricht weder dem Erfordernis einer Imitation noch dem oben dargelegten Werkzweck eines pastichespezifischen Dialoges. Auch umfangreiche übernommene Elemente eines anderen Werkes, die unverarbeitet in das neue Werk eingebunden werden, können nicht als Pastiche gelten, da sie regelmäßig nicht die Selbständigkeit erlangen, die im Rahmen des Pastiches notwendig ist und häufig keinen künstlerischen Dialog eingehen. Versteht

1000 Insofern ist der Pastiche eher ein juristisches Definitionsproblem als ein kommunikatives Problem der Musikwissenschaft. Vgl. entfernt oben Kapitel 1 C.

1001 Vgl. zumindest für die Verwendung des Pastichebegriffs in Teilbereichen: *Döhl*, UFITA 2019, 19, 35.

1002 Siehe auch *Döhl*, UFITA 2019, 19, 31.

1003 Ebd.

1004 Beispielsweise wird im Sachverhalt des Streits um *Metall auf Metall* mit den metallischen Klangelementen, die im sog. „Loop“ wiederholt werden, eine neue, stilistisch völlig andere Grundlage für den anschließend hinzugefügten Rap der Hip-Hop-Künstlerin geschaffen..

man den Pastiche im Sinne der oben genannten Imitation, sind fremdreferenzielle Musikformen wie Sampling, Mashup oder Remix daher zu einem großen Teil nicht umfasst.¹⁰⁰⁵ Manche Musikstücke des Hip-Hop mögen konkretere Bezüge zum Autor des gesampelten Werkes aufweisen, und stellen durch die wiederholte Einbindung des Samples in ein neues Musikwerk gerade den künstlerischen Dialog her, den es für einen Pastiche erfordert.¹⁰⁰⁶ In solchen Fällen ist die Freistellung als Pastiche denkbar. Es eröffnet so auch gegenüber dem vor allem im Umfang und im Dialogerfordernis engeren Zitat andere Freistellungsmöglichkeiten.

b. Musikalischer *User Generated Content*

Weitere Erstreckungsüberlegungen des Pastichebegriffs beziehen sich auf den *User Generated Content (UGC)*, also nutzergenerierte Inhalte, die vor allem im Rahmen der Nutzung digitaler Plattformen eine große Rolle spielen.¹⁰⁰⁷

Soziale Medien und einfache digitale Verbreitungskanäle führen zu einem beträchtlichen Anteil an täglichem kreativem Schaffen nutzergenerierter Inhalte und führen dazu, dass der begriffliche Rahmen angesichts der vielen unterschiedlichen Bereiche extrem weit zu ziehen ist.

1005 A.A. Pötzberger, GRUR 2018, 675, 679 ff., der Imitationen auch im Bereich von Remixen annimmt, dabei aber nicht stets zwischen Referenz und Imitation unterscheidet (680).

1006 Ein Beispiel im letzten Sinne ist etwa das Werk „Gold Digger“, das durch den US-amerikanischen Hip-Hop-Künstler *Kanye West* bekannt wurde. Dort wird eine Gesangsstelle des Musikers *Ray Charles* in fortwährender Wiederholung verwendet. Das Werk unterscheidet sich in der Verwendung dieses Samples gerade stilistisch deutlich vom gesampelten Musikstück „I Got a Woman“ und zielt auch nicht darauf ab dessen Stil nachzuahmen. Stattdessen wird die gesampelte Stelle in einen neuen künstlerischen Kontext gesetzt.

1007 In einem synonymen Sinne wird teilweise auch der Begriff *user-created content (UCC)* verwandt, OECD, DSTI/ICCP/IE(2006)7/FINAL, URL: <https://www.oecd.org/sti/38393115.pdf> (Abrufdatum: 24. August 2022). In einem breiteren Sinne ist der Begriff *user-uploaded Content (UUC)* zu verstehen, der auch solche Inhalte erfasst, die nicht vom Nutzer erstellt oder bearbeitet wurden, sondern jegliche Inhalte, die von Nutzern auf Plattformen geladen werden, *Holz Müller*, ZUM 2017, 301; *Houareau*, in: *Moser/Scheuermann/Drücke* (Hrsg.), Handbuch der Musikwirtschaft, 7. Aufl. 2018, § 52. Strategien zur Durchsetzung von Urheber- und Leistungsschutzrechten im Internet Rn. 60.

Eine grobe Bestimmung anhand dreier Merkmale wurde 2006 von der OECD vorgeschlagen und wird häufiger rezipiert.¹⁰⁰⁸ Danach bedarf es einer Veröffentlichung („*publication requirement*“), einer kreativen Leistung („*creative effort*“) und das Endprodukt sollte ohne professionelle Routine und Praxis entstanden sein („*creation outside of professional routines and practises*“).¹⁰⁰⁹ Die drei Merkmale, insbesondere das letzte, sind nicht im Sinne harter Ausschlusskriterien zu verstehen, sondern dienen eher der groben Erfassung dessen, was als *UGC* verstanden werden kann.

UGC erfasst hiernach auch einen großen Bereich, der ersichtlich nichts mit Nachahmungskunst, neuer kreativer Zusammenstellung von Werkteilen oder sonstigen Pasticheverständnissen zu tun hat, sondern auch komplett neue Kompositionen oder sonstige weitgehend kreative Nutzerinhalte betrifft.¹⁰¹⁰

Jedenfalls im Bereich der *Fan Fiction*, die so aber kaum im musikalischen Bereich vorkommt, ergeben sich selbständige Imitationen, die in einen Dialog mit dem Ursprungswerk treten, weshalb dieser Bereich – der in der Musik maximal im Bereich der Hommage eine Rolle spielt – als Pastiche im Rechtssinne einzuordnen ist.¹⁰¹¹ Das teilweise auch im Kontext von *UGC* besprochene musikalische Sampling¹⁰¹² dürfte gerade im Bereich des *UGC*-Merkmals eines nicht professionellen – oft auch nicht kommerziellen – Inhalts von untergeordneter praktischer Bedeutung sein. Gerade der Gedanke der Kommerzialisierung trägt dazu bei, dass *UGC* in der Argumentation vieler privilegiert behandelt werden soll. Ein Kommerzialisierungsgedanke spiegelt sich aber im Begriff des Pastiches nicht wider.

1008 OECD, DSTI/ICCP/IE(2006)7/FINAL, URL: <https://www.oecd.org/sti/38393115.pdf> (Abrufdatum: 24. August 2022), 8. Siehe auch *Senfleben*, in: *Aplin* (Hrsg.), *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, 136, 139 f. In wettbewerbsrechtlichem Kontext: *Frank*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, 5. Aufl. 2021, UWG, § 5a Rn. 376; Kritisch: *Wimmers/Barudi*, GRUR 2017, 327, 336 Fn. 122.

1009 OECD, DSTI/ICCP/IE(2006)7/FINAL, URL: <https://www.oecd.org/sti/38393115.pdf> (Abrufdatum: 24. August 2022), 8.

1010 Siehe für den Bereich der rein nutzergenerierten musikalischen Inhalte etwa *Lee*, *University of Illinois Law Review* 2008, 1459, 1507. Insofern ist ein Konzept, das den *UGC* bei Verhinderung weitgehender Uploadfilter ganzheitlich erfasst, eher im Bereich klarer und quantitativ bestimmbarer Beschränkungskonzepte denkbar. Vgl. insofern im Zusammenhang mit der Haftung von Diensteanbietern: § 10 UrhDaG.

1011 *Stieper*, *AFP* 2015, 301; vgl. auch differenzierend *Kocatepe*, *Recht auf Referenz?*, 2022, 231, 346 ff.

1012 Siehe *Lee*, *University of Illinois Law Review* 2008, 1459, 1510 f.

Der Pastiche wird, wie oben gezeigt, auch noch weiter dort als relevant vorgeschlagen, wo schlicht eine „Kombination von unterschiedlichem Quellmaterial mit eigenen Nutzerbeiträgen“ vorliegt.¹⁰¹³ Das beträfe auch die Kombination eigenen Bildmaterials mit fremdem Tonmaterial wie sie etwa verbreitet auf Plattformen wie *TikTok* oder *YouTube* zu finden sind und würde auch einfachere Kompositionen und musikalische Kompilationen erfassen, die Nutzer am heimischen Computer erstellen. Einem solch weiten Verständnis ist unter den oben genannten Gesichtspunkten aber nicht zuzustimmen.¹⁰¹⁴ Für schlichte musikalische Kompilationen ist unter den oben genannten Kriterien wenig Platz. Der erforderliche Dialog und die Selbständigkeit des neuen Werkes gegenüber dem vorherigen verlangt häufig einen solchen Grad musikalisch-kreativer Arbeit, den das außerhalb professioneller Routine und Praxis entstehende Musikschaffen nicht immer leisten kann. Im häufigen Fall der Verwendung von Musik als Hintergrundmusik für unterschiedliche nutzergenerierte Videos fehlt es bereits im Gros der Fälle an einer hinreichenden Interaktion mit der Musik.¹⁰¹⁵ Diese Nutzung zu reinen Ausschmückungszwecken geht über den Regelungsbereich des Pastiche hinaus.¹⁰¹⁶ Der Anwendungsbereich für Pastiches im Falle von musikalischem UGC ist deshalb gering, sofern nicht einer Auffassung gefolgt wird, die den oben genannten methodischen Problemen begegnet.

Allerdings wird einer insofern fehlenden Flexibilität für musikalischen UGC zumindest dadurch begegnet, als dass gerade dieser Bereich von den besonderen Vermutungsregeln des Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes (UrhDaG) profitieren dürfte (vgl. insb. §§ 9 Abs. 2, 10 UrhDaG).¹⁰¹⁷ Das kann zwar nicht als neue Form der freien Benutzung oder als deren Ersatz betrachtet werden, denn die Regelung schafft oder definiert keine eigenen Freiräume, sie kann aber darauf hinwirken, dass bestehende Freiräume für kreative Benutzungen faktisch umsetzbar sind.

1013 *Senfileben*, ZUM 2019, 369, 374; Vgl. auch *Senfileben*, in: *Aplin* (Hrsg.), *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, 136, 161. Kritisch: *Stieper*, GRUR 2020, 699, 703 f.

1014 *Stieper*, GRUR 2020, 792, 796 f.

1015 Ebd.

1016 Ebd.

1017 Zum Vorschlag derartiger Vermutungsregeln schon *Hilty/Kaiser/Moscon/Richter/Stumpf/Sutterer*, Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 2. September 2020, URL: https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/Stellungnahme_UrhDaG_Referententwurf_MPI.pdf (Abrufdatum: 24. August 2022), a.E.

c. Soundalikes

Ein Bereich des Musikschafterns, der in der Diskussion um den Pastichebegriff bislang weniger Berücksichtigung fand, ist das Erstellen sogenannter Soundalikes. Hierbei handelt es sich um Musikstücke, die in ihrem Hör-eindruck eine größtmögliche Ähnlichkeit zu einem bestimmten Original anstreben, aber dabei keine Rechtsverletzung darstellen sollen, um – etwa im Werbereich – Lizenzen einzusparen oder Verwendungsverbote zu umgehen.¹⁰¹⁸ Der Soundalike kann daher als klassischer Fall einer Imitation bzw. Nachahmung gelten.

Zwar ist es kaum ein Anliegen im Diskurs um einen weiten Pastichebegriff, auch derartige Soundalikes urheberrechtlich freizustellen, allerdings kommen sie mit Blick auf die dort hauptsächlich erwogenen Kriterien unweigerlich ins Spiel. Insbesondere vor dem Hintergrund einer Missbrauchsgefahr der Schranke müssen sie berücksichtigt werden.¹⁰¹⁹

Angesichts der gegenwärtigen Rechtslage liegt das Ziel nicht selten darin, eine Qualifizierung als Vervielfältigung oder Bearbeitung zu vermeiden. Es ist jedoch nur schwerlich vorstellbar, dass der erstrebte gleiche Höreindruck zum Original nicht objektiv an konkreten zur Originalität beitragenden Parametern festgemacht werden kann, die übernommen wurden. Dementsprechend kommt es auch dort häufig zur Vervielfältigung oder Bearbeitung, was allerdings im Prozess nicht immer einfach feststellbar sein mag.

Der Pastiche als weiter Begriff verstanden, der die Übernahme konkreter Elemente erlaubt und lediglich eine imitative Vorgehensweise erfordern würde, gäbe in diesem Bereich weitgehende Freiheiten. Das engere Verständnis würde Soundalikes aber zumeist nicht erfassen, da in den dortigen Fällen die Nachahmung nicht offen zu Tage tritt und entsprechend auch zumeist kein erkennbarer Dialog mit dem verwendeten Werk erfolgen kann. Die Abgrenzung kann jedoch angesichts des weichen Kriteriums eines erkennbaren Dialogs in Einzelfällen auch bei einem engen Pastichebegriff problematisch sein.

1018 Strötgen, in: *Moormann* (Hrsg.), *Musik im Fernsehen. Sendeformen und Gestaltungsprinzipien*, 105, 111 f.; siehe auch *Czychowski*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), *Handbuch des Urheberrechts*, 3. Aufl. 2021, § 9 Die Werkarten Rn. 121.

1019 Generell auf die hohe Missbrauchsgefahr hinweisend: *Gabler*, *Die urheberrechtliche Drittnutzung*, 2018, 224; *Stieper*, *AfP* 2015, 301, 305.

4. Der Pastiche als neue freie Benutzung in musikalisch-kreativer Bearbeitung?

Den weiten Pastichebegriff nach dem Vorbild der neuerlichen generalisierenden Begriffsbildung auf den juristischen Pastiche zu übertragen, hat seinen Charme im Ausgleich eines Flexibilitätsproblems der Schrankenregelung.¹⁰²⁰ Allerdings stößt eine Orientierung an diesem Begriffsverständnis vor allem auf die zwei oben erörterten Probleme.

Zum einen ist mit einer einfachen Übertragung das Grundproblem nicht gelöst: Auch der Begriff bei *Dyer*, *Hoesterey* oder *Fletcher* enthält keine geeignete Interessenabwägung, sondern müsste konsequenterweise sogar in großem Maße weniger privilegierungswürdige Formen der Benutzung in der Musik wie etwa Soundalikes erfassen. Die dortigen Abhandlungen orientieren sich an kunstwissenschaftlichen Begriffsbildungen und Erörterungen, nicht an juristischer Auslegung oder einem Interessenausgleich.

Zum zweiten gibt der Pastiche dieses weite Begriffsverständnis nach einer juristischen Auslegungsmethode der Richtlinienbegriffe auch gar nicht her. Besonders vor dem Hintergrund der bisherigen Auslegungspraxis des EuGH, eine Eingrenzung der Auslegungsgrenzen nach dem „gewöhnlichen Sprachgebrauch“ vorzunehmen, erscheint es unrealistisch, den Pastiche als eine Art urheberrechtliche Kunstschranke zu verstehen. Einen älteren Gattungsbegriff, wie den Pastiche, zum Einfallstor juristischer Freistellung eines Großteils kreativer Werkbenutzungen zu machen, nur weil die seltene Verwendung über Jahre hinweg sehr unterschiedliche kleine Teilbereiche erfasste, entspricht nur bedingt einer methodenehrlichen Auslegung, sondern stellt eher eine hier schwerlich begründbare Rechtsfortbildung dar.¹⁰²¹ Man wird sich im Rahmen des Pastiches daher auf einen engeren Anwendungsbe-
reich beschränken müssen.

Auch die oben benannte selbständige Imitation unter dem Zweck des künstlerischen Dialogs, die ihren imitativen Charakter offenlegt, kann aber ihren Teil zum Interessenausgleich zwischen kunstfreiheitlich fundierten Interessen und den Interessen von Schutzrechtsinhabern beitragen. Sie ergänzt

1020 Zum Flexibilitätsproblem siehe eingängig: *Kaiser/Scheuerer*, GRUR Int. 2019, 1153; *Senfleben*, IIC 2020, 751. Nicht zuletzt dadurch dürfte auch die erst in jüngerer Zeit stärker diskutierte Bedeutung des Pastiches zu erklären sein.

1021 Schon eine für eine Analogie zu fordernde planwidrige Regelungslücke ist angesichts des insgesamt eng gewählten Ansatzes von Art. 5 InfoSoc-Richtlinie nicht erkennbar. Vgl. in methodischer Hinsicht: *Metzger*, in: *Leistner* (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, 101.

die starr gefassten Schranken des Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie und § 51a UrhG durch den zweckoffeneren künstlerischen Dialog neben den Freistellungen der Parodie zu humoristisch-kritischen Zwecken. Damit reiht er sich letztlich in das ein, was vormals im Rahmen von § 24 Abs. 1 UrhG a.F. noch als Bestandteil des „inneren Abstands“ verstanden werden konnte.¹⁰²² Zumindest Teile neuer Kunstformen werden erfasst, wie bestimmte Fälle von Sampling und Mashup.¹⁰²³ Andererseits werden aber auch viele Bereiche, wie Soundalikes oder auch viele kreativ gestaltete Mashups, gegenüber einem weit verstandenen Pastiche von der Freistellung ausgenommen.

Der Begriff Pastiche, wie er hier verstanden wird, ist als Ausgangspunkt für die Lösung neuerer musikalischer Urheberrechtsprobleme daher in manchen Fällen geeignet, in vielen aber auch nicht. Eine Pasticheschranke ist damit jedenfalls keine umfassende Abwägungsnorm für musikalisch-kreative Verwendungen fremder Werke.

IV. Freie Benutzung in einer Sackgasse der Schrankenbestimmungen?

Die Erörterungen zeigen, dass die Diskussionen um eine freie Benutzung im weiteren Sinne zumindest teilweise in den Bestimmungen der Schrankennormen aufgehen. Während die Parodie, die schon seit langem von § 24 Abs. 1 UrhG a.F. erfasst wurde, eine kleinere Rolle im musikalischen Schaffen spielt, zeigen Zitat und Pastiche einige Anwendungsmöglichkeiten.

Dabei ist unweigerlich an das bisherige Kriterium des inneren Abstands zu denken, wenn in allen hier besprochenen Bereichen eine Interaktion oder ein Dialog mit übernommenen Werkteilen bzw. Werken erforderlich ist. Gerade in diesem Dialog wird schließlich die Distanz zum benutzten Werk gewahrt, die zuvor als hinreichend für eine in § 24 Abs. 1 UrhG a.F. genannte Selbstständigkeit galt.¹⁰²⁴

Warum dies aber in der Formulierung bestimmter Gattungsbegriffe wie Parodie oder Pastiche geschieht, erschließt sich rechtspolitisch nur bedingt.

1022 *Ohly*, GRUR 2017, 964, 969; *Schulze*, GRUR 2020, 128, 133; *Stieper*, GRUR 2020, 699, 705 ff. Dem nicht folgend, dann aber mit magerer Begründung: *BGH GRUR 2020, 843, Rn. 65 – Metall auf Metall IV*.

1023 Siehe auch schon in ähnlichem Sinne *Stieper*, GRUR 2020, 792, 796.

1024 Insofern ist es inkonsequent, dass der BGH zwar einen inneren Abstand voraussetzt, aber diesen nur in den parodistischen Zwecken von Humor oder Verspottung annahm, *BGH GRUR 2020, 843, Rn. 65 – Metall auf Metall IV*. Vgl. *Ohly*, GRUR 2017, 964, 969; *Schulze*, GRUR 2020, 128, 133; *Stieper*, GRUR 2020, 699, 705 ff.

Das kann im Sinne einer methodisch sauberen Auslegung zwar kaum dazu führen, dass man die Merkmale der jeweiligen Gattung schlicht unberücksichtigt lässt.¹⁰²⁵ Es sollte aber zumindest für die Gesetzgebung zu bedenken geben, ob es mit Blick auf die teils ungerechtfertigte kulturelle Privilegierung einzelner Gattungen nicht sinnvoller wäre, Gattungsbegriffe in den Schranken außen vor zu lassen. Der flexiblen Interessenabwägung wäre wohl eher genüge getan, wenn die dahinterstehenden Kriterien, die den jeweiligen Interessenausgleich bewerkstelligen, explizit – also durch Aufnahme in den Normtext – ins Zentrum gerückt würden. Insofern kommen etwa Zwecke einer geistigen Auseinandersetzung, ein gewisser Grad der Identifizierbarkeit, aber auch das in § 24 Abs. 1 UrhG a.F. genannte Kriterium des selbständigen Werkes in Betracht.¹⁰²⁶

Um auf die eingangs in diesem Abschnitt formulierte Ausgangsfrage zurückzukommen:¹⁰²⁷ Die freie Benutzung befindet sich im Bereich eines auf selbständiges Werkschaffen angelegten Musikschaffens also tatsächlich in einer gewissen Sackgasse.¹⁰²⁸ Diese Sackgasse hat zwar durch Zitat und Pastiche bereits eine gewisse Ausdehnung erlebt, findet aber ihre Grenzen in den festgelegten Vorgaben des Art. 5 InfoSoc-Richtlinie und insbesondere den nur gattungsmäßig privilegierten Kunstformen aus § 51a UrhG, Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie und Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 DSM-Richtlinie.

Die gesetzgeberische Aufgabe, das Urheberrecht langfristig aus der oben beschriebenen Sackgasse herauszuführen, liegt indes wohl nicht mehr beim deutschen Gesetzgeber, sondern muss auf Ebene der Europäischen Union gelöst werden.

1025 Siehe C.III.2.b.aa.

1026 Überdies hat der deutsche Gesetzgeber mit der Vermutungsregel in § 9 Abs. 2 i.V.m. § 10 UrhDaG sowie durch Vergütungs- (§ 12 UrhDaG) und Beschwerdeverfahrensvorschriften (§§ 13 ff. UrhDaG) die Möglichkeiten aufgezeigt, darauf hinzuwirken, dass bestehende Freiräumen für kreative Benutzungen fremder Werke auch tatsächlich genutzt werden können. Das bleibt aber zum einen vorerst auf die Nutzung von Online-Diensten beschränkt und zum anderen – ungeachtet der faktischen Auswirkung, die eine solche Regelung haben mag – ohne *rechtliche* Auswirkung für die Bearbeitungsgrenzen oder den Schrankenumfang selbst.

1027 Siehe oben einleitend zu C.

1028 Auch nach neuerlichen Ausdehnungen mancher Schranken ist also das von *Hilty/Senftleben*, in: *Dreier/Hilty* (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, 317, 326 ff.; *Kaiser/Scheuerer*, GRUR Int. 2019, 1153; *Senftleben*, IIC 2020, 751 hervorgehobene Grundproblem eingeschränkter Flexibilität eines Interessenausgleichs auf Schrankenebene kaum als gelöst zu betrachten.

