

Kapitel 1 – Einleitung

A. Problemaufriss

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

sondern auch durch neu hinzugekommene Richtlinien⁷ verbreitert sich der unionsrechtliche Einflussbereich.

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

B. Gang der Untersuchung

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

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

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

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

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

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

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

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

C. Musik und Urheberrecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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