

Kapitel 4 – Reprise, Coda und Schlussakkord

A. Résumé

In einem seiner letzten Interviews antwortete einer der berühmtesten Komponisten des 20. Jahrhunderts, *Leonard Bernstein*, auf die Frage, ob es etwas wie einen „*classy unconscious steal*“ (also einen stilvollen unbewussten Diebstahl) von fremder Musik gebe: „*If you're a good composer you steal good steals*“.¹⁰²⁹

So humorvoll die Aussage gemeint sein mag, bringt sie doch auf besonders plakative Weise die fundamentale Erkenntnis auf den Punkt, die am Anfang der hier vorgenommenen Untersuchung stand: kreatives Schaffen in der Musik baut stets auf anderem kreativem Schaffen auf. Die Benutzung ist einer der Grundbausteine des Musikschaffens. Auf die Frage, wo die Freiheit der Benutzung im Einzelnen endet, kann nur eine differenzierte Antwort gegeben werden, die sich nicht einfach an wenigen Schlagworten oder quantitativen Grenzen messen lässt. Diese differenzierte Antwort schlägt sich, wie gezeigt, auf ganz unterschiedlichen Ebenen der urheberrechtlichen Verletzungsprüfung nieder.

Die erste Grundfrage der freien Benutzung ist, ob überhaupt ein geschütztes Element benutzt wird (Kapitel 2). Selbst wenn ein benutztes Musikstück als Ganzes schutzfähig ist, bleibt zu klären, ob auch die konkret übernommenen Elemente für sich genommen schutzfähig sind. Die Originalität leistet als Hauptkriterium dieser Frage die Abgrenzung zu solchen Elementen, die urheberrechtlich stets frei benutzt werden können (Kapitel 2 A.). Das betrifft insbesondere den musikalischen Formenschatz, bei dem jedoch entgegen der überwiegenden Meinung objektive Feststellungskriterien interessengerechter erscheinen als subjektive. Die Ideen- und Inhaltsfreiheit als weitere Konzepte der urheberrechtlichen Untersuchung von Schutzfähigkeit sind in der Musik nicht zielführend (Kapitel 2 C.).

In einem zweiten Schritt (Kapitel 3) ist danach zu fragen, ob der Bestandteil, auf den zurückgegriffen werden soll, im neuen Werk wiedererkennbar ist und so regelmäßig keinen hinreichenden Abstand einhalten würde. Dafür ist es nach hier vertretener Auffassung vor allem relevant, ob der Bestandteil

1029 *Cott*, *Dinner with Lenny*, 2013, 35.

auch bei durchschnittlichen Hörern eine Bedeutung für den Höreindruck hat (Kapitel 3 A. und B.) – und zwar über die Frage der objektiven Übernahme und subjektiven – zumindest aber unbewussten – Entlehnung hinaus. Gerade stark verarbeitende Verwendungen, die nicht auf eine erkennbare Inspiration oder Interaktion mit dem älteren Werk setzen, können in diesem Zusammenhang frei bleiben.

Sollte aber eine wiedererkennbare Einfügung vorliegen, dann kann die Benutzung weiterhin frei sein, wenn sich diese erkennbare Verwendung in einer der freigestellten künstlerischen Fallgestaltungen zeigt (Kapitel 3 C.). Das ursprünglich in § 24 Abs. 1 UrhG a.F. verortete Kriterium des inneren Abstands geht nun teilweise in diesen Schrankenregelungen auf. Wenn nicht gerade einer der seltenen Fälle von musikalisch ausgedrücktem Humor vorliegt, kommen für das verarbeitende Musikschaffen regelmäßig zwei Schranken in Betracht: zum einen der künstlerische Dialog im Zusammenhang mit einem konkret entnommenen Ausschnitt im Rahmen des Zitates oder der künstlerische Dialog mit dem Gesamtzusammenhang eines Werkes im Rahmen des Pastiches.

In konsequenter Reaktion auf die unionsrechtlichen Implikationen und Inkonsistenzen des § 24 UrhG a.F. mit der InfoSoc-Richtlinie wurde § 24 UrhG a.F. gestrichen, § 23 UrhG neu gefasst und neue Schrankenbegriffe wurden ausdrücklich in das UrhG aufgenommen.¹⁰³⁰ Damit ist zu erwarten, dass sich die unionsrechtlichen Einflüsse zukünftig auch in der Gesetzessystematik des UrhG stärker widerspiegeln werden.

Dass die Abwägung von Urheberrechtsverletzungen bei Musikstücken, die fremde Werkelemente wiedererkennbar verarbeiten, nicht mehr auf Ebene des Schutzbereiches stattfinden soll, führt wohl formell zu einer Entflexibilisierung des Urheberrechts. Fragen, die zuvor im Rahmen des offenen Tatbestandes von § 24 UrhG a.F. abgehandelt wurden, sind nun in einigen Fällen auf den unionsrechtlich begrenzten Schrankenbereich verwiesen.

Blickt man aus Sicht der künstlerischen Praxis auf diese neu zu verstehende freie Benutzung im weiteren Sinne, zeigt sich, dass die Begründung für freies kreatives Schaffen großen Änderungen unterliegt. Das ist insbesondere im Anwendungsbereich der neuen Pasticheschranke oder des immer stärker ausgeweiteten Zitatrechts der Fall. Mit dem gegenwärtigen Verständnis der Wiedererkennbarkeit des BGH scheint sich auch eine strengere Abwägung im

1030 Vgl. die Begründung des RegE 2021 hinsichtlich dieser Entwicklung, BT-Drs. 19/27426 78 ff., 89 ff.

Rahmen der Schutzbereichsgrenzen durchzusetzen, obgleich das nach hier vertretener Auffassung weder zwingend noch erstrebenswert ist. Ob diese Änderungen schon als „Systemwechsel“ – weg vom Verblässen und hin zu einem „Gebot der Interaktion“ – verstanden werden können, ist allerdings fraglich.¹⁰³¹ Die alte Rechtslage schien mit ihrem Dogma, nicht nur bei einem äußeren, sondern auch bei einem inneren Abstand die Benutzung freistellen zu wollen, eigentlich stärker dem allgemeinen Gedanken der Interaktion zugeneigt als die neue Rechtslage.

Wünschenswert wäre es, dass sich solche Schranken, die dem Ziel der Verwirklichung von Kunstfreiheit dienen, in Zukunft nicht an Gattungsbegriffen wie Pastiche oder Parodie orientieren. Dort, wo allgemeine künstlerische Praktiken privilegiert werden müssen, sollten die maßgeblichen Kriterien benannt und nicht in Gattungsbegriffen versteckt werden. Das schließt weite, generalklauselartige Normen nicht aus. Gerade solche Normen sind aber darauf angewiesen, dass ihre Abwägungsmaßstäbe deutlich hervortreten und nicht etwa hinter dem Schleier eines Pastichebegriffs verhüllt bleiben. Nicht zuletzt wäre das auch im Sinne eines Urheberrechts, das auf präzisiertem Interessenausgleich und auf der ästhetisch neutralen Gleichbehandlung unterschiedlicher Werkgattungen aufbaut.

Die neue Aufteilung des Regelungsgehalts von § 24 UrhG a.F. auf Schutzbereich und Schrankenbereich bietet allerdings auch große Vorteile: Während im Rahmen einer „freien Benutzung“ als Schutzbereichsregelung manche gesetzestechnischen Ausgleichsmechanismen, wie gesetzliche Vergütungspflichten, schon wegen der fehlenden Differenzierung innerhalb von § 24 UrhG a.F. schwer realisierbar waren,¹⁰³² können nun auch Vergütungskonzepte präzise an gewisse Interessenlagen und Schrankenregelungen angepasst werden.¹⁰³³

Bei der Schaffung neuer Schranken oder auch der breiteren Interpretation jetziger Schranken im Zusammenhang mit der gebotenen kunstspezifischen Betrachtung bieten sich solche Vergütungspflichten an.¹⁰³⁴ Sie steigern ei-

1031 Diesen Systemwechsel annehmend *Döhl*, UFITA 2020, 236.

1032 Insofern war der Hinweis in *BVerfG BVerfGE* 142, 74, Rn. 80 – *Sampling* zwar im Rahmen der Interessenlage nicht unangemessen, aber gesetzestechnisch schwierig umsetzbar.

1033 Siehe erste Ansätze zu Differenzierungsmöglichkeiten nun bei *Hilty*, in: *Fischer u.a.* (Hrsg.), FS Dreier, 445.

1034 Siehe *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1015; vgl. auch die Ansätze bei *Quintais*, Copyright in the Age of Online Access, 2017; *Senftleben*, ZUM 2019, 369, 373; kritisch *Stieper*, GRUR 2020, 792, 795. Vgl. eingehend zu Vergütungsüberlegungen bei kreativen

nerseits die Möglichkeiten des kreativen fremdreferenziellen Schaffens und schließen andererseits die Interessen des Urhebers benutzter Werke mit ein. Vielleicht können sich so in Zukunft die Urheber benutzter Werke und die kreativen Benutzer beide am Klang einer neuen freien – wenn auch nicht mehr kostenlosen – Benutzung erfreuen.

B. Zusammenfassung in Thesen

- Der Grundgedanke der freien Benutzung, dass kulturelles Schaffen auf anderem kulturellen Schaffen aufbaut, führt auf zwei unterschiedliche Weisen zu urheberrechtlichen Freiheiten: Zum einen bleiben gewisse Werkelemente generell frei benutzbar, zum anderen werden bestimmte Nutzungsformen – bei der Abgrenzung des Schutzzumfangs oder durch Schranken – privilegiert.
- Werkbezogene Freiheiten entscheiden sich anhand der Schutzfähigkeitskriterien. Den Gedanken, dass gewisses kulturelles Schaffen generell frei bleiben muss, sollen insbesondere die Kriterien von Originalität und Ideen- bzw. Inhaltsfreiheit zum Ausdruck bringen.
- Der musikalische Schutzgegenstand, an dem die Schutzfähigkeitskriterien untersucht werden können, ist nicht nur in ganzen Musikstücken oder gar größeren Opera zu suchen. Vor dem Hintergrund des Werkteileschutzes kann auch die Schutzfähigkeit einzelner Elemente eines Musikstückes gegeben sein oder sich aus einem Zusammenspiel unterschiedlicher musikalischer Parameter ergeben.
- Das Verständnis von Originalität kann sich je nach Perspektive auf den Untersuchungsgegenstand unterscheiden. Auf Musik bezogen bestehen im Wesentlichen drei Betrachtungsweisen: Es kann auf den Entstehungsprozess eines Musikstücks, auf das Musikstück selbst oder auf die Wirkung eines Musikstückes geblickt werden. Die Betrachtungsweisen schließen sich zwar in Einzelfragen nicht gegenseitig aus, es können aber bei den ver-

Werkverwendungen Hilty, in: *Fischer u.a.* (Hrsg.), FS Dreier, 445. Im Zusammenhang mit solchen flexiblen Ausgleichsmechanismen ist auch zu erwägen, ob das Zitatrecht weiterhin einheitlich wissenschaftliche oder journalistische Zitate mit einem Belegzweck und künstlerische Zitate wie das Musikzitat erfassen sollte. Denn während eine gesetzliche Vergütung von Zitaten mit Belegzwecken wohl eher dysfunktional wäre, besteht im Bereich des künstlerisch motivierten Musikzitats eine anders gelagerte Interessenverteilung. Die große Nähe zum Pastiche und im Einzelfall kaum lösbare Abgrenzungsprobleme ließen es nur konsequent erscheinen, Pastiche und Musikzitat gleich zu behandeln.

tretenen Ansichten zumindest unterschiedliche Schwerpunktsetzungen beobachtet werden. Der EuGH setzt eher den Entstehungsprozess ins Zentrum, der BGH stärker die Wirkung des Werkes. Teile der Literatur blicken hingegen vor allem auf das Werk als solches.

- Zur Beurteilung von Einzelfällen in der Musik sind häufig Kriterien entscheidend, die definieren, welche Elemente *nicht* originell sind. Nach der deutschen Rechtsprechung sollen solche musikalischen Elemente vom Schutz ausgeschlossen sein, die auf Kompositionslehren beruhen. Das ist vor dem Hintergrund einer kaum möglichen objektiven und universalgültigen Feststellbarkeit solcher Kompositionslehren fragwürdig.
- Ein weiteres negatives Abgrenzungskriterien zur Originalität stellt der musikalische Formenschatz dar. Dessen Bestimmung läuft jedoch Gefahr, durch subjektive und musikethnologisch sehr unterschiedliche Prägungen beeinflusst zu werden. Der musikalische Formenschatz sollte daher nach historischen und damit objektiven Kriterien bestimmt werden. Hieraus folgt auch eine vorzugswürdige objektive Neuheit im Bereich der Schutzfähigkeitsbeurteilung. Weder die subjektive Perspektive nach der Entscheidungsfreiheit, wie vom EuGH in der Tendenz präferiert, noch die Neuheitsvorstellung des BGH sind bei der Bestimmung eines musikalischen Formenschatzes praktikabler, wertneutraler und interessengerechter.
- Ideen- und Inhaltsfreiheit verstehen sich als weitere Konzepte, die den Grundgedanken aufgreifen, dass manche Werkelemente nicht monopolisiert werden sollen. Eine scharfe Unterscheidbarkeit von Ideenfreiheit und Inhaltsfreiheit ist kaum möglich. Dennoch gilt das Konzept der Inhaltsfreiheit als weitgehend überholt, während sich der Grundsatz, dass Ideen frei bleiben müssen, vor allem in Argumentationen zum unionsrechtlichen Werkbegriff im Vordringen befindet.
- Der Ursprung von Ideen- und Inhaltsfreiheit liegt in Freihaltebedürfnissen, die für bestimmte „Ideen“ oder „Inhalte“ – zumeist Schriftwerke betreffend – bestehen. Die jeweilige Unterscheidung von Idee und Ausdrucksform oder Inhalt und Form war weder in der frühen Rechtsprechung des US-amerikanischen *Supreme Courts* noch in den Schriften *Kohlers* als Grundregel für sämtliche Werke vorgesehen.
- Auch in der Musik können grundsätzlich Ideen oder Inhalte festgestellt werden, etwa in musikalisch provozierten Assoziationen oder nach einem weiten Verständnis sogar in musikalischen Abstraktionen. Für die musikalischen Bestandteile, die als Ideen oder Inhalte bezeichnet werden können, besteht aber kein spezifisches Freihaltebedürfnis. Idee und Ausdruck sowie

Form und Inhalt sind als Unterscheidungskriterium für die Beurteilung der Schutzfähigkeit von musikalischen Werken daher ungeeignet.

- Es ist vor diesem Hintergrund zweifelhaft, die Form-Inhalt-Unterscheidung oder auch die Dichotomie von Idee und Ausdrucksform als universalgültige urheberrechtliche Grundsätze zu verstehen. Das Beispiel des musikalischen Schutzgegenstands legt nahe, dass eine Verallgemeinerung des Konzepts, Ideen und Inhalte frei zu halten, nicht interessengerecht ist, sondern dass Freihaltebedürfnisse für bestimmte Ideen oder Inhalte auch nur für spezifische Interessenkonstellationen zu regeln sind.
- § 24 UrhG a.F. zielte seiner Systematik entsprechend vor allem auf die Bestimmung des Schutzbereichs im Rahmen der §§ 15 ff. UrhG ab. Dabei unterschied § 24 UrhG a.F. im Bereich der Musik zwischen Regeln für Melodien (Abs. 2) und Regeln für übrige Werkteile (Abs. 1).
- Aus § 24 Abs. 1 UrhG a.F. konnte sich keine klare und widerspruchsfreie Linie der Auslegung ergeben. Drei Begriffe, Selbständigkeit, Abstand und Verblassen, dominierten zwar die inhaltliche Diskussion, wurden in der Rechtsprechung aber effektiv gleichgesetzt.
- Demgegenüber wies der besondere Melodienschutz nach § 24 Abs. 2 UrhG a.F. klarere Kriterien auf. Eine Sonderbehandlung der Melodie ist aber weder ökonomisch noch persönlichkeitsrechtlich rechtfertigbar. Ihr Fortbestehen bis 2021 erklärt sich vor allem aus historischen, aber nicht mehr überzeugenden Gründen der Rechtssicherheit. Den besonderen Melodienschutz zu streichen und die Melodie nun gem. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG wie andere Werkteile zu behandeln erscheint vor diesem Hintergrund interessengerecht.
- An die Stelle des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. trat – abgesehen von der Überführung einzelner Regelungsgegenstände in den Schrankenbereich – § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG. Diese Norm bestimmt, dass ein Werk dann aus dem Schutzbereich eines alten Werkes austritt, wenn es einen hinreichenden Abstand einhält. Dieser Begriff des Abstands ist aber nicht im Sinne eines vormals teilweise beschriebenen „inneren“ Abstands zu verstehen, sondern lediglich als „äußerer“ Abstand auszulegen.
- Zur weiteren Bestimmung dieses Schutzbereiches ist auch das Unionsrecht relevant: Das unionsrechtliche Verständnis von Benutzung, das etwa im Vervielfältigungsbegriff zum Ausdruck kommt, ist vor dem Hintergrund des Teileschutzes und der bisherigen Rechtsprechungsentwicklung weit zu verstehen. Deshalb werden die Grenzen der Bearbeitung faktisch unionsrechtlich mitbestimmt. Das gilt zwar nur im Rahmen der Anwendung von

- EU-Richtlinien, betrifft aber wegen des umfangreichen Anwendungsbereichs der InfoSoc-Richtlinie das Gros der möglichen Fallkonstellationen.
- Ausschlaggebend für eine unionsrechtskonforme Abgrenzung des Schutzbereiches ist das Kriterium der Wiedererkennbarkeit. Um dem Kriterium überhaupt eine Bedeutung beizumessen und es insbesondere für den Ausgleich der ökonomischen Interessen fruchtbar zu machen, sollte die Wiedererkennbarkeit ähnlich dem Kriterium des Verblassens verstanden werden. Daher sollte die Wiedererkennbarkeit im musikalischen Bereich danach beurteilt werden, wie ein unvoreingenommener Durchschnittshörer beim erstmaligen Anhören die Erkennbarkeit beurteilt. Um eine Differenzierung zwischen den tatsächlichen Werkelementen und den Elementen einer Tonaufnahme zu bewerkstelligen, ist aber regelmäßig die Hilfe eines Musikexperten notwendig.
 - Dieses Verständnis der Wiedererkennbarkeit bietet so auch eine Grundlage, um den unbestimmten Rechtsbegriff des hinreichenden Abstands (§ 23 Abs. 1 S. 2 UrhG) näher auszugestalten und einheitlichen Auslegungskriterien zuzuführen. Diese Auslegung zeigt eine große Parallele zur Verblassenslehre unter § 24 UrhG a.F. Es besteht insoweit also eine Kontinuität zwischen § 24 Abs. 1 UrhG a.F. und § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG n.F.
 - Ein Großteil der urheberrechtlichen Freistellung von kreativem und benutzendem Musikschaffen ist auf die Ebene der Schranken verwiesen. Dort sind für diese Form des Musikschaffens insbesondere die Schranken für Zitate (Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-Richtlinie), Parodien und Pastiche (Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie) relevant. Während die Zitatschranke bereits seit längerer Zeit explizit umgesetzt ist (§ 51 UrhG), fanden Parodie- und Pastichechranke unter dem Ziel der Umsetzung der DSM-Richtlinie erst 2021 Eingang in das UrhG (s. § 51a UrhG).
 - Das Zitatverfolgt im musikalischen Bereich regelmäßig keine Belegfunktion, sondern zielt auf einen künstlerischen Dialog ab. Die kunstspezifische Auslegung des Zitats macht es erforderlich, dass einzelne Einschränkungen, wie das Änderungsverbot, nicht in gleicher Weise Geltung haben wie etwa im Bereich wissenschaftlicher oder journalistischer Zitate. Insofern zeigen sich gewisse Inkonsistenzen, will man dem Grunde nach ästhetisch motivierte Musikzitate und wissenschaftliche Zitate in einer Norm erfassen.
 - Die Parodieschranke erweitert die rechtliche Möglichkeit musikalisch-kreativen Schaffens nur begrenzt. Ein Ausdruck mit humoristisch-kritischer Zielrichtung ist mit musikalischen Mitteln eher selten. Die Parodie unter gleichzeitiger Verwendung von Musik, die dann etwa im Liedtext

die humoristisch-kritische Zielrichtung zum Ausdruck bringt, kommt hingegen häufiger vor.

- Der Pastiche kann zwar neue Möglichkeiten musikalisch-kreativen Schaffens eröffnen, er ist aber nicht als Kunstschranke – versteckt in einem Gattungsbegriff – zu verstehen. Die Grenzen der Auslegungsmöglichkeiten wären dann überschritten, wenn lediglich Imitation oder Kompilation als notwendiges Kriterium vorausgesetzt würde. Insofern ist auch der Pastiche als Schranke zu betrachten, die einen künstlerischen Dialog erfordert. Er zielt aber mehr auf eine Gesamtbetrachtung von Musikstücken ab als das Musikzitat.
- Um den Rahmen für wiedererkennbare musikalisch-kreative Arbeiten konsistenter auszugestalten, erscheint die Ausweitung und Generalisierung von bislang nur gattungsbezogenen Schrankenregelungen (wie „Parodie“ und „Pastiche“) bei gleichzeitiger Einführung einer angemessenen gesetzlichen Vergütung für weitergehende Nutzungen sinnvoll. Als Kriterium könnte hierfür auch auf bislang diskutierte Konzepte wie die ästhetische Selbständigkeit zurückgegriffen werden. Eine derartige Regelung kann aber vor dem Hintergrund des Art. 5 InfoSoc-Richtlinie nur auf Ebene des Unionsrechts umgesetzt werden.