

Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Samplings kleinster Tonsequenzen

Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Laura Marie Münster

aus: Bergisch Gladbach

Referent: Professor Dr. Karl-Nikolaus Peifer

Korreferent: Professor Dr. Dan Wielsch, LL.M. (Berkeley)

Tag der mündlichen Prüfung: 20.12.2023

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	III
Literaturverzeichnis	VI
Materialien	XVI
A. Einführung	1
I. Problemstellung	1
II. Arbeitshypothese	2
III. Stand von Forschung und Rechtsprechung.....	2
IV. Gang der Darstellung.....	4
B. <i>Kraftwerk</i> und der Fall „Metall auf Metall“	6
C. Die Technik des Samplings als musikalisches Ausdrucksmittel	10
I. Sampling als technisches Phänomen	10
II. Sampling als Grundstein zur Schaffung neuer Werke.....	11
1. Die Entstehung des Samplings als musikalisches Ausdrucksmittel	11
a) Die Entstehung von Aufnahmetechniken, Abspielgeräten und Abspielmedien	11
b) Vorstufen des modernen Samplings.....	13
c) Die Geschichte des Samplings	14
2. Der technische Vorgang des Samplings	19
3. Heutige Bedeutung des Samplings in der Musik.....	23
III. Möglichkeiten und Hürden bei der Lizenzierung von Samples	31
D. Urheberrechtlicher Schutz.....	38
I. Zum Werkbegriff und Urheberrechten an Musikstücken	38
II. Rechtsprechung zum urheberrechtlichen Schutz kleinster Teile von Musikwerken.....	41
III. Urheberrechtlicher Schutz von Samples.....	43
1. Der urheberrechtliche Schutz von Rhythmen	44
2. Der urheberrechtliche Schutz von Klangfarben.....	46
3. Der urheberrechtliche Schutz von kurzen Tonfolgen, Klängen, Geräuschen und kleinsten Textbestandteilen.....	47
4. Anwendung der Maßstäbe auf den „Metall auf Metall“-Fall	48
IV. Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts	49
E. Leistungsschutzrechtlicher Schutz	54

I. Mögliche Leistungsschutzrechte an einem Musikstück	54
II. Einfluss des europäischen und des internationalen Rechts.....	56
III. Sampling als Eingriff in das Recht der ausübenden Künstler	61
IV. Sampling als Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht.....	65
1. Das „Metall auf Metall“-Verfahren	66
a) Der Verfahrensgang bis zum Bundesverfassungsgericht.....	67
b) Das Urteil des BVerfG vom 31.05.2016.....	70
c) Das Vorabentscheidungsersuchen beim EuGH	73
d) Die Umsetzung der EuGH-Rechtsprechung durch den BGH.....	79
e) Auswirkungen des EuGH-Urteils auf das deutsche Recht.....	82
f) Neue Entscheidung des OLG Hamburg.....	83
2. Kritik und Beurteilung der „Metall auf Metall“-Rechtsprechung zum Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht.....	86
a) Schutz kleinster Tonsequenzen.....	87
aa) Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht – Meinungsstand und Bewertung....	87
bb) Restriktive Auslegung des Tonträgerherstellerrechts	94
b) Sampling ist keine Kopie i. S. d. Art. 9 Abs. 1 Buchst. b RL 2006/115/EG	104
c) Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der unionsrechtlichen Bestimmungen.....	106
F. Zulässigkeit des Samplings nach § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG.....	108
G. Zulässigkeit des Samplings nach § 24 Abs. 1 UrhG a. F.....	113
I. Anwendbarkeit des § 24 Abs. 1 UrhG a. F. vor Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 2001/29/EG.....	113
II. Unvereinbarkeit der freien Benutzung mit Art. 5 RL 2001/29/EG	114
H. Zulässigkeit des Samplings nach den Schrankenbestimmungen der §§ 51, 51a UrhG.....	118
I. Spielräume bei der Umsetzung der in Art. 5 Abs. 2 und 3 RL 2001/29/EG normierten Ausnahmen und Beschränkungen.....	118
II. Zulässigkeit des Samplings als Zitat nach § 51 UrhG.....	119
III. Zulässigkeit des Samplings nach § 51a UrhG	130
1. Sampling als Parodie oder Karikatur	130
2. Sampling als Pastiche	131
a) Begriffsbestimmung.....	132
aa) Wortsinn.....	132

(1) Begriffsherkunft.....	132
(2) Lexika und Enzyklopädien	135
bb) Gesetzeszweck	137
cc) Gesetzssystematik	141
dd) Schlussfolgerung und weitere Eingrenzung des Begriffs	144
(1) Weiter oder enger Pastiche-Begriff?.....	145
(2) Eigener künstlerischer Aussagegehalt und Erkennbarkeit.....	149
(3) Vorzugswürdige Begriffsbestimmung	152
b) Weitere ungeschriebene Voraussetzungen der Pastiche-Schranke?	155
aa) Keine Vergütungspflicht	155
bb) Drei-Stufen-Test und weitere Interessenabwägung	156
c) Subsumtion des Samplings unter den Pastiche-Begriff	157
d) „Metall auf Metall“-Sample als Pastiche	164
3. Kritik und Ausblick	169
I. Entsprechende Auslegung des § 24 Abs. 1 UrhG a. F. nach Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 2001/29/EG und vor Inkrafttreten des § 51a UrhG	174
J. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen für die Praxis.....	176

Literaturverzeichnis

Ahlberg, Hartwig/Götting, Horst-Peter: Beck'scher Online Kommentar Urheberrecht, 36. Ed., München 2022, zit.: BeckOK UrhR/*Bearb.*

Alpert, Frank: Zum Werk- und Werkteilbegriff bei elektronischer Musik – Tracks, Basslines, Beats, Sounds, Samples, Remixes und DJ-Sets, ZUM 2002, S. 525–534.

Apel, Simon: Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films (USA), Metall auf Metall (Germany) and Digital Sound Sampling – „Bright Line Rules“?, ZGE 2010, S. 331–350.

Apel, Simon: „Metall auf Metall“ und § 24 UrhG im „Trans Europa Express“ nach Luxemburg, K&R 2017, S. 536–566.

Apel, Simon: Metall auf Metall (Episode) IV – Eine neue Hoffnung für das Sound Sampling? – Zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 30.4.2020 – I ZR 115/16 – Metall auf Metall IV (ZUM 2020, 617), ZUM 2020, S. 760–769.

Baroni, Michael L.: The Sound Marks the Song: The Dilemmas of Digital Sound Sampling and Inadequate Remedies under Trademark Law. Hofstra Property Law Journal, 6, S. 187-214, zit.: *Baroni*, Sound Marks.

Bayreuther, Frank: Beschränkungen des Urheberrechts nach der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie, ZUM 2001, S. 828–839.

Beaucamp, Sophie/Schrör, Simon: Tipping Points in der Rechtsentwicklung: Zur Situation von Low-Budget Musiker:innen im Spannungsfeld von Verwertungsinteresse und Drittnutzung, in: Schrör, Simon/Fischer, Georg/Beaucamp, Sophie/Hondros, Konstantin (Hrsg.): Tipping Points, S.175–198, zit.: *Beaucamp/Schrör*, Low-Budget Musiker:innen, in: Tipping Points.

Benz, Sebastian: Der Teileschutz im Urheberrecht, Tübingen 2018, zit.: *Benz*, Teileschutz.

Bibi, Alexander: Wirklich unknowable? – Die neue Pasticheschanke in § 51a UrhG, ZUM-RD 2022, S. 505–509.

Bindhardt, Heiner: Der Schutz von in der Populärmusik verwendeten elektronisch erzeugten Einzelsounds nach dem Urheberrechtsgesetz und dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, Frankfurt 1998, zit.: *Bindhardt*, Einzelsounds.

Bortloff, Nils: Tonträgersampling als Vervielfältigung, ZUM 1993, S. 476–481.

Brewster, Bill/Broughton, Frank: Last night a DJ saved my life: the history of the disc jockey, New York 2014, zit.: *Brewster/Broughton*: Last night.

Canaris, Afra: Melodie, Klangfarbe und Rhythmus im Urheberrecht, Baden-Baden 2012, zit.: *Canaris*, Melodie.

Dack, John: Forschung im Innern des Klangs, Neue Zeitschrift für Musik 3/2014, S. 58–59, zit.: *Dack*, Neue Zeitschrift für Musik 3/2014.

Dierkes, Sven: Die Verletzung der Leistungsschutzrechte des Tonträgerherstellers, Baden-Baden 2000, zit.: *Dierkes*, Leistungsschutzrechte.

Döhl, Frédéric/Wöhrer, Renate: Zitieren, appropriieren, sampeln: Referenzielle Verfahren in den Gegenwartskünsten, Bielefeld 2014, zit.: *Döhl/Wöhrer*, Zitieren, appropriieren, sampeln.

Döhl, Frédéric: Mashup in der Musik, Bielefeld 2016.

Döhl, Frédéric: Nach § 24 Abs. 1 UrhG: Zum Pastichebegriff im Kontext der anstehenden Neuaufstellung der Spielregeln freier Benutzung, UFITA 1/2019, S. 19–41.

Döhl, Frédéric: Pastiche zwischen Generalklausel und Auffangtatbestand, ZGE/IPJ 12 (2020), S. 380–442.

Döhl, Frédéric: Das neue Bearbeitungsrechtsregime, kunstspezifisch betrachtet, ZUM 2020, S. 740–750.

Döhl, Frédéric: Zwischen Pastiche und Zitat, Bielefeld 2022.

Dreier, Thomas: Die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG in deutsches Recht, ZUM 2002, S. 28–43.

Dreier, Thomas/Schulze, Gernot: Urheberrechtsgesetz Kommentar, 7. Aufl., München 2022, zit.: Dreier/Schulze/*Bearb.*

Duhanic, Ines: Copy this Sound! The Cultural Importance of Sampling for Hip Hop Music in Copyright Law – A Copyright Law Analysis of the Sampling Decision of the German Federal Constitutional Court, GRUR Int. 2016, S. 1007–1017.

Ernst, Stefan: Urheberrecht und Leistungsschutz im Tonstudio, München 1995, zit.: *Ernst*, Urheberrecht.

Fischer, Georg: Sampling in der Musikproduktion: Das Spannungsfeld zwischen Urheberrecht und Kreativität, Marburg 2020, zit.: *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion.

Fletcher, Michelle: Pastiche: Imitation and Combination, London 2017, zit.: *Fletcher*, Pastiche.

Freischem/Würtenberger: Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zum Diskussionsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts vom 24.6.2020, GRUR 2020, S. 1063–1068.

Föllmer, Golo: Einflüsse technischer Medien auf die Musikpraxis im 20. Jahrhundert, in: Viehoff, Reinhold/Rusch, Gebhard: Siegener Periodicum zur Internationalen Empirischen Literaturwissenschaft, H. 1, Frankfurt/M 2005, S. 150-161, zit.: *Föllmer*, Einflüsse technischer Medien.

Fromm, Friedrich Karl/Nordemann, Wilhelm: Urheberrecht Kommentar, 12. Aufl., Stuttgart 2018, Fromm/Nordemann/*Bearb.*

Gabler, Mariella: Die urheberrechtliche Drittnutzung zwischen Vervielfältigung, Bearbeitung und freier Benutzung, Baden-Baden 2018, zit.: *Gabler*, Die urheberrechtliche Drittnutzung.

Gelke, Erik: Mashups im Urheberrecht, München 2013, zit.: *Gelke*, Mashups.

Genette, Gérard: Palimpseste. Die Literatur auf zweiter Stufe, 9. Aufl., Frankfurt a. M. 2021, zit.: *Genette*, Palimpseste.

Goldhammer, Michael: Berichterstattung im Lichte des europäischen Grundrechtsverbunds – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 30.4.2020 – I ZR 228/15 – Reformistischer Aufbruch II (ZUM 2020, 777), ZUM 2020, S. 798–790.

Grave, Johannes: Der Fall Trouillebert oder das Urheberpersönlichkeitsrecht des Pasticheurs. Trouvaillen aus der Kunstgeschichte des 19. Jahrhunderts, in: Fischer, Veronika/Nolte, Georg/Senftleben, Martin/Specht-Riemenschneider, Louisa (Hrsg.): Gestaltung der Informationsrechtsordnung – Festschrift für Thomas Dreier zum 65. Geburtstag, München 2022, S. 413–428; zit: *Grave*, Der Fall Trouillebert.

Grossmann, Rolf: Die Geburt des Pop aus dem Geist der phonographischen Reproduktion, in: Bielefeld, Christian/Dahmen, Udo/Grossmann, Rolf (Hrsg.): Popmusicology. Perspektiven der Popmusikwissenschaft, Bielefeld 2008, S. 119–134, zit.: *Grossmann*, Popmusicology.

Grünberger, Michael/Podszun, Rupprecht: Die Entwicklung des Immaterialgüterrechts im Recht der Europäischen Union in den Jahren 2013/14 – Teil 1, GPR 2015, S. 11–25.

Grünberger, Michael: Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2017 Teil I, ZUM 2018, S. 271–285.

Grünberger, Michael: Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2017 Teil II, ZUM 2018, S. 321–340.

Grünberger, Michael: Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2019, ZUM 2020, S. 175–212.

Grünberger, Michael: Metall auf Metall: Eine weitere Zwischenstation auf einer unendlichen Reise, ZUM 2022, 579–583.

Haberstumpf, Helmut: Die freie Benutzung darf nicht sterben, ZUM 2020, S. 809–819.

Harkins, Paul: Appropriation, Additive Approaches and Accidents: The Sampler as Compositional Tool and Recording Dislocation, Journal of the International Association for the Study of Popular Music 2010, zit.: *Harkins*, Appropriation.

Häuser, Markus: Sound und Sampling, Der Schutz der Urheber, ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller gegen digitales Soundsampling nach deutschem und US-amerikanischem Recht, München 2002, zit.: *Häuser*, Sound und Sampling.

Hertin, Paul: Das Musikzitat im deutschen Urheberrecht, GRUR 1989, S. 159–167.

Hertin, Paul: Sounds von der Datenbank – Eine Erwiderung auf Hoeren, GRUR 1989, 11 ff., GRUR 1989, S. 578–579.

Hieber, Thomas: „Metall auf Metall“ – doch ein Ende ohne Schrecken? – Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 29.7.2019 – C-476/16, ZUM 2019, S. 746–748.

Hilty, Reto M.: Vergütungspflicht für (kreative) Werkverwendungen? Zitate – Karikaturen – Parodien – Pastiches, in: Fischer, Veronika/Nolte, Georg/Senftleben, Martin/Specht-Riemenschneider, Louisa (Hrsg.): Gestaltung der Informationsrechtsordnung – Festschrift für Thomas Dreier zum 65. Geburtstag, München 2022, S. 445–460; zit: *Hilty*, Vergütungspflicht.

Hoeren, Thomas: Sounds von der Datenbank – Zur urheber- und wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Samplings in der Popmusik, GRUR 1989, S. 11–16.

Hoeren, Thomas: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.11.2008 – I ZR 112/06, MMR 2009, S. 257–258.

Hoeren, Thomas: Anmerkung zu BVerfG, Urteil vom 31.05.2016 – 1 BvR 1585/13, MMR 2016, S. 469.

Hoesterey, Ingeborg: Pastiche, Bloomington (USA) 2001.

Hofmann, Franz: Update für das Urheberrecht, GRUR 2021, S. 895–903.

Homar, Philipp: Enge Handlungsspielräume für das Sampling, ZUM 2019, S. 731–737.

Hondros, Konstantin: Onlinemärkte für Musiksamples und die Fixierung flüchtiger Waren, in: Schrör, Simon/Fischer, Georg/Beaucamp, Sophie/Hondros, Konstantin (Hrsg.): Tipping Points, S. 155–174, zit.: *Hondros*, Onlinemärkte für Musiksamples, in: Tipping Points, S. 165.

Hudson, Emily: The pastiche exception in copyright law: a case of mashed-up drafting?, Intellectual Property Quarterly 2017, 4, S. 346-368, zit.: *Hudson*, The pastiche exception.

Jameson, Fredric: Postmodernism, or, The Cultural Logic of Late Capitalism, USA 1992, zit.: *Jameson*, Postmodernism.

Knies, Bernhard: Die Rechte der Tonträgerhersteller in internationaler und rechtsvergleichender Sicht, München 1999, zit.: *Knies*, Rechte der Tonträgerhersteller.

- Kummer, Max: Das urheberrechtlich schützbare Werk, Schweiz (Bern) 1968.
- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991, zit.: *Larenz, Methodenlehre*.
- Lauber-Rönsberg, Anne: Reform des Bearbeitungsrechts und neue Schrankenregelung für Parodien, Karikaturen und Pastiches, ZUM 2020, 733–740.
- Leistner, Matthias: Urheberrecht in der digitalen Welt, JZ 2014, S. 846–857.
- Leistner, Matthias: Die „Metall auf Metall“-Entscheidung des BVerfG, GRUR 2016, S. 772–777.
- Leistner, Matthias: „Ende gut, alles gut“ ... oder „Vorhang zu und alle Fragen offen“? Das salomonische Urteil des EuGH in Sachen „Pelham [Metall auf Metall]“, GRUR 2019, S. 1008–1015.
- Leistner, Matthias: Filtertechnologien und das Urheberrecht – Acht Thesen zur Umsetzung des Art. 17 DSM-RL mit einem Vorschlag für ein komplementär menschlich-algorithmisches Durchsetzungssystem für OCSP-Plattformen, ZUM 2020, S. 505–514.
- Lindhorst, Hermann: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.11.2008, I ZR 112/06, GRUR 2009, S. 406–507.
- Loewenheim, Ulrich: Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl., München 2021, zit.: *Loewenheim/Bearb, UrhR*.
- Maier, Henrike: Remixe auf Hosting Plattformen, Tübingen 2018, zit.: *Maier, Remixe*.
- Marmontel, Jean François: Elements de littérature, Paris 1879.
- McLeod, Kembrew/DiCola, Peter: Creative License, USA 2011.
- Mendis, Dinusha/Kretschmer, Martin: The Treatment of Parodies under Copyright Law in Seven Jurisdictions, Großbritannien 2013, zit.: *Mendis/Kretschmer, The Treatment of Parodies*.
- Müller, Bianca: Die Klage gegen unberechtigtes Sampling, ZUM 1999, S. 555–560.
- Münker, Reiner: Urheberrechtliche Zustimmungserfordernisse beim Digital Sampling, Frankfurt 1995, zit.: *Münker, Digital Sampling*.

Oebbecke, Johannes S.: Der „Schutzgegenstand“ der verwandten Schutzrechte, Köln 2010, zit.: *Oebbecke*, Schutzgegenstand.

Ohly, Ansgar: Hip Hop und die Zukunft der „freien Benutzung“ im EU-Urheberrecht. Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des BGH „Metall auf Metall III“, GRUR 2017, S. 964–969.

Ohly, Ansgar: Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt – Die Urheberrechtsnovelle 2021 im Überblick, ZUM 2021, S. 745–755.

Ortland, Eberhard: Pastiche oder Pasticcio im europäischen Sprachgebrauch, in: Fischer, Veronika/Nolte, Georg/Senftleben, Martin/Specht-Riemenschneider, Louisa (Hrsg.): Gestaltung der Informationsrechtsordnung – Festschrift für Thomas Dreier zum 65. Geburtstag, München 2022, S. 461–475; zit: *Ortland*, Pastiche.

Paschke, Marian/Berlit, Wolfgang/Meyer, Claus/Kröner, Lars, Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2020, zit.: Paschke/Berlit/Meyer/Kröner/*Bearb.*

Peifer, Karl-Nikolaus: Appropriation und Fan Art – geknebelte Kreativität oder klare Urheberrechtsverletzung?, in: Bullinger, Winfried/Grunert, Eike/Ohst, Claudia/Wöhrn, Kirsten-Inger (Hrsg.): Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag am 26. März 2013, Berlin 2013, S. 99–109, zit.: *Peifer*, Appropriation und Fan Art.

Peifer, Karl-Nikolaus: Parodie, Mashup, Medienkritik: Das urheberrechtlich geschützte Werk als Gegenstand und Beiwerk der filmischen Auseinandersetzung – Möglichkeiten und Grenzen im Lichte des aktuellen Urheberrechtsgesetzes, ZUM 2016, S. 805–811.

Peifer, Karl-Nikolaus: Pastiche – Niedergang oder Karriere eines Begriffs?, in: Fischer, Veronika/Nolte, Georg/Senftleben, Martin/Specht-Riemenschneider, Louisa (Hrsg.): Gestaltung der Informationsrechtsordnung – Festschrift für Thomas Dreier zum 65. Geburtstag, München 2022, S. 477–485; zit: *Peifer*, Pastiche.

Petri, Grischka: Der Pastiche als urheberrechtlicher Begriff, in: Fischer, Veronika/Nolte, Georg/Senftleben, Martin/Specht-Riemenschneider, Louisa (Hrsg.): Gestaltung der Informationsrechtsordnung – Festschrift für Thomas Dreier zum 65. Geburtstag, München 2022, S. 487–504; zit: *Petri*, Pastiche.

Peters, Nils: Das Pastiche – erste Gehschritte zur neuen Freiheit?, GRUR 2022, S. 1482–1489.

Podszun, Rupprecht: Postmoderne Kreativität im Konflikt mit dem Urheberrechtsgesetz und die Annäherung an „fair use“. Besprechung zu BVerfG ZUM 2016, 626 – Sampling, ZUM 2016, S. 606–612.

Pötzlberger, Florian: Kreatives Remixing. Musik im Spannungsfeld von Urheberrecht und Kunstfreiheit, Baden-Baden 2018, zit.: *Pötzlberger*, Kreatives Remixing.

Pötzlberger, Florian: Pastiche 2.0: Remixing im Lichte des Unionsrechts. Zu § 24 UrhG und Art. 5 III Buchst. k InfoSoc-RL im Kontext der „Metall auf Metall“-Rechtsprechung, GRUR 2018, S. 675–681.

Pötzlberger, Florian: „Metall auf Metall“ im Loop: Erneuter Wendepunkt im Sampling-Streit? – Anmerkung zu GA Maciej Szpunar, Schlussanträge vom 12.1.2018 – C-476/17 (ZUM 2019, 237), ZUM 2019, S. 250–253.

Rasek, Eduard: Über die historische Entwicklung der Datenspeichertechnik auf Magnetband, in: *it – Information Technology*, 27. Jahrgang, Heft 4/1985, S. 221–235, zit.: *Rasek*, Die historische Entwicklung.

Rehbinder, Manfred/Peukert, Alexander: Urheberrecht – Ein Studienbuch, 18. Aufl., München 2018, zit.: *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht.

Röhl, Christoph: Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Tonträger-Samplings. Zugleich Kommentar zu BGH, Urteil vom 20.11.2008, I ZR 112/06, K&R 2009, S. 172–175.

Rose, Margaret A.: Post-modern Pastiche, *British Journal of Aesthetics*, Vol. 31, No. 1 1991, S. 26–38.

Rossa, Elisabeth: Kunstfreiheit und Eigentumsschutz im Lichte des Europarechts. Das Stilmittel des Samplings vor dem EuGH, *MMR* 2017, S. 665–670.

Russolo, Luigi: *L'arte die rumori/The Art of Noise* (futurist manifesto, 1913), übersetzt ins englische von Robert Filliou, 1967, zit.: *Russolo*, *The Art of Noise*.

Salagean, Emil: Sampling im deutschen, schweizerischen und US-amerikanischen Urheberrecht, Baden-Baden 2008, zit.: *Salagean*, *Sampling*.

Schonhofen, Sven: Sechs Urteile über zwei Sekunden, und kein Ende in Sicht: Die „Sampling“-Entscheidung des BVerfG, GRUR-Prax 2016, S. 277–279.

Schonhofen, Sven: Die unendliche Geschichte um „Metall auf Metall“: Urheberrechtliche Zulässigkeit von Sampling vor dem EuGH, GRUR-Prax 2019, S. 432–434.

Schorn, Franz: Sounds von der Datenbank – Eine notwendige Ergänzung zum Beitrag von Thomas Hoeren in GRUR 1989, 11 ff, GRUR 1989, S. 579–580.

Schricker, Gerhard/Loewenheim, Ulrich: Urheberrecht Kommentar, 6. Aufl., München 2020, zit.: Schricker/Loewenheim/*Bearb.*, UrhG.

Schulze, Gernot: Urheberrecht und neue Musiktechnologien, ZUM 1994, S. 15–14.

Schulze, Gernot: Die freie Benutzung im Lichte des EuGH-Urteils Pelham/Hütter (Metall auf Metall) vom 29.7.2019, in: Fischer, Veronika/Nolte, Georg/Senftleben, Martin/Specht-Riemenschneider, Louisa (Hrsg.): Gestaltung der Informationsrechtsordnung – Festschrift für Thomas Dreier zum 65. Geburtstag, München 2022, S. 297–308; zit: *Schulze*, Freie Benutzung.

Schulze, Gernot: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, NJW 2019, S. 2918.

Schuster, Mike/Mitchell, David/Brown, Kenneth: Sampling Increases Music Sales: An Empirical Copyright Study, American Business Journal, Volume 56, Issue 1, Spring 2019, S. 177–229; zit.: *Schuster/Mitchell/Brown*, American Business Journal, Vol. 56, Iss. 1.

Schütte, Uwe: German Pop Music, Berlin 2017.

Schweer, Markus: Olivier Massiaen und die Synästhesie, Berlin 2017, zit.: *Schweer*, Olivier Messiaen.

Senftleben, Martin: Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int 2004, S. 200–211.

Simmeth, Alexander: Krautrock transnational: Die Neuerfindung der Popmusik in der BRD, 1968-1978, Bielefeld 2016, zit.: *Simmeth*, Krautrock transnational.

Smart, James R.: Emile Berliner and Nineteenth-Century Disc Recordings. The Quarterly Journal of the Library of Congress, vol. 37, no. 3/4, USA 1980, S. 422–440; zit.: *Smart*, Emile Berliner.

Spieß, Andreas: Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme des Sampling in der Popmusik, ZUM 1991, S. 524–535.

Spindler, Gerald/Schuster, Fabian: Recht der elektronischen Medien Kommentar, 4. Aufl., München 2019, zit.: Spindler/Schuster/*Bearb.*, Recht der elektronischen Medien, UrhG.

Stefan, Papastefanou: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, CR 2019, S. 600–602.

Stieper, Malte: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.11.2008, I ZR 112/06, ZUM 2009, S. 223–225.

Stieper, Malte: Harmonisierung der Urheberrechtsschranken durch den EuGH?, ZGE 2012, S. 443–451.

Stieper, Malte: Reformistischer Aufbruch nach Luxemburg. Die Schranken des Urheberrechts im Lichte europäischer Grundrechte, GRUR 2017, S. 1209–1212.

Stieper, Malte: Der Trans Europa Express ist aus Luxemburg zurück – auf dem Weg zu einer Vollharmonisierung der urheberrechtlichen Schranken, ZUM 2019, S. 713–720.

Stieper, Malte: Die Umsetzung von Art. 17 VII DSM-RL in deutsches Recht (Teil 2), GRUR 2020, 792–797.

Summerer, Claudia: „Illegale Fans“. Die urheberrechtliche Zulässigkeit von Fan Art, 1. Aufl., Berlin 2015, zit.: *Summerer*, Illegale Fans.

Thonemann, Jannick/Farkas, Thomas: All Samples Cleared? – Oder gehört das Sample „Nur mir“ – Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 29.07.2019 – C-476/17 – Pelham u. a. (ZUM 2019, 738), ZUM 2019, S. 748–751.

Topal, Cansu: Die Umsetzung der InfoSoc-Richtlinie in Deutschland und in der Türkei, Göttingen 2014, abrufbar unter <https://univerlag.uni-goettingen.de/handle/3/isbn-978-3-86395-185-6?locale-attribute=en>, zul. abgerufen am 25.11.2022, zit.: *Topal*, InfoSoc-Richtlinie.

Ullmann, Eike: Anmerkung zu OLG Hamburg, Urteil vom 07.06.2006, 5 U 48/05, jurisPR-WettbR 10/2006 Anm. 3.

Vlah, Tudor: Parodie, Pastiche und Karikatur – Urheberrechte und ihre Grenzen, Frankfurt a. M. 2015, zit.: *Vlah*, Parodie, Pastiche und Karikatur.

von Ungern-Sternberg, Joachim: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten in den Jahren 2008 und 2009 (Teil II), GRUR 2010, S. 386–396.

von Ungern-Sternberg, Joachim: Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahr 2019, GRUR 2020, S. 113–127.

Wagner, Kristina: Sampling als Kunstform und die Interessen der Tonträgerhersteller. Auswirkungen der BVerfG-Rechtsprechung auf die Kunstfreiheit, MMR 2016, S. 513–518.

Wagner, Kristina: Entstehung eines neuen Urheberrechtswerks am Beispiel des Musiksampling. Spannungsverhältnis mit vorbestehenden Schutzrechten, MMR 2019, S. 727–732.

Wandtke, Artur/Hauck, Ronny: Ein neues Haftungssystem im Urheberrecht – Zur Umsetzung von Art. 17 DSM-RL in einem »Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz«, ZUM 2020, S. 671–681.

Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried: Praxiskommentar zum Urheberrecht, 6. Aufl., München 2022, zit.: Wandtke/Bullinger/*Bearb.*

Wegener, Poto: Sound Sampling: Der Schutz von Werk- und Darbietungsteilen der Musik nach schweizerischem Urheberrechtsgesetz, Basel 2007, zit.: *Wegener*, Sound Sampling.

Wegmann, Katrin: Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, 1. Aufl., Baden-Baden 2013, zit.: *Wegmann*, Rechtsgedanke der freien Benutzung.

Materialien

Balzer, Jens: Podcast „Über die hohe Kunst des Sampelns“, www.br.de/radio/bayern2/sendungen/nachtstudio/balzer-sample-100.html, zul. abgerufen am 07.06.2023.

Dichtung und Wahrheit – Wie Hip Hop nach Deutschland kam, hr Dokumentation, Teil 1–4, www.ardmediathek.de/sendung/dichtung-und-wahrheit-wie-hip-hop-nach-deutschland-kam/staffel-1/Y3JpZDovL2hyLW9ubGluZS8zODIyMDE0NA/1, zul. abgerufen am 07.06.2023.

Düsseldorf: Wo Kraftwerk entstand, arte Dokumentation, www.arte.tv/de/videos/107952-001-A/duesseldorf-wo-kraftwerk-entstand/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

Essl, Karlheinz: Sample. Ein verwaschener Begriff, essl.at/bibliogr/musiklexikon-sample.html, zul. abgerufen am 07.06.2023.

Fischer, Georg: Pierre Schaeffer und die Musique concrète museum.rechtaufremix.org/exponate/pierre-schaeffer-und-die-musique-concrete/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

Grammophon-Platten.de, grammophon-platten.de/page.php?181, zul. abgerufen am 07.06.2023.

Herzog, Michael: Deutschraps Aufstieg: Eine Geschichte in Nummer-1-Hits, hip-hop.de/magazin/hintergrund/deutschraps-aufstieg-eine-geschichte-in-nummer-1-hits-318405, zul. abgerufen am 07.06.2023.

Heyink, Rainer: Pasticcio, www.mgg-online.com/article?id=mgg15888&v=1.0&rs=id-3386b340-ca50-3925-35f1-2f61d6cea4f2, zul. abgerufen am 07.06.2023.

iMusician, SAMPLING, Teil 1, imusician.pro/de/ressourcen/blog/sampling-technologie-und-auswirkungen-teil-1, zul. abgerufen am 07.06.2023.

iMusician, SAMPLING, Teil 2, imusician.pro/de/ressourcen/blog/sampling-technologie-und-auswirkungen-teil-2, zul. abgerufen am 07.06.2023.

IPO, Exceptions to copyright: Guidance for creators and copyright owners, 2014, abrufbar unter assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/448274/Exceptions_to_copyright_-_Guidance_for_creators_and_copyright_owners.pdf, zul. abgerufen am 07.06.2023.

IPO: Guidance: Exceptions of copyright, www.gov.uk/guidance/exceptions-to-copyright#fair-dealing, zul. abgerufen am 07.06.2023.

Kah, Ronald: Klangfarbe Musik – Definition und Beispiele, ronaldkah.de/klangfarbe-musik/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

Levy, Bruce: Wie du rechtlich sicher Samples für deine Musik verwendest, imusician.pro/de/ressourcen/blog/wie-du-rechtlich-sicher-samples-fur-deine-musik-verwendest#:~:text=SchlieÙe%20eine%20Vereinbarung,deine%20Musik%20nicht%20gut%20finden., zul. abgerufen am 07.06.2023.

Looperman, www.looperman.com/loops/genres/free-acoustic-loops-samples-sounds-wavs-download, zul. abgerufen am 07.06.2023.

Louis, Patric:

www.bonedo.de/artikel/einzelansicht/diy-instrumente-absamplen.html, zul. abgerufen am 07.06.2023.

Malke, Klaus: Sampler, musikalisch24.de/elektronische-musikinstrumente/sampler/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

Münster, Robert, Hobby-Produzent, Interview mit der Verfasserin vom 22.01.2019, zit.: Hobby-Produzent *Robert Münster* im Interview mit der Verfasserin vom 22.01.2019.

Native Instruments, www.native-instruments.com/de/products/komplete/samplers/kontakt-7/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

Schonhofen, Sven: Streit um 2 Sekunden geht in die nächste Runde, www.lto.de/persistent/a_id/23095/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

Tracklib, www.tracklib.com/licensing, zul. abgerufen am 07.06.2023.

Tracklib, www.tracklib.com/plans/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

Tracklib, www.tracklib.com/how-it-works, zul. abgerufen am 07.06.2023.

Tracks – Das große Recycling-Geschäft im Pop, arte Dokumentation, www.arte.tv/de/videos/106757-005-A/tracks/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

Wegerle, Annika: 4 Sampling-Mythen, die in die Vergangenheit gehören, blog.landr.com/de/4-sampling-mythen/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

Weingarten, Christopher R.: Danny Brown Details New LP 'Atrocity Exhibition', www.rollingstone.com/music/music-news/danny-brown-details-new-lp-atrocity-exhibition-252309/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

WhoSampled, www.whosampled.com/browse/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

WhoSampled, www.whosampled.com/hot-samples/, zuletzt abgerufen am 13.06.2023.

WhoSampled, www.whosampled.com/Kraftwerk/?sp=7, zul. abgerufen am 07.06.2023.

WhoSampled, www.whosampled.com/Kraftwerk/sampled/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

WhoSampled, www.whosampled.com/The-Winstons/Amen,-Brother/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

WhoSampled, [www.whosampled.com/sample/937864/Luciano-\(German-Rapper\)-Beautiful-Girl-Sean-Kingston-Beautiful-Girls/](http://www.whosampled.com/sample/937864/Luciano-(German-Rapper)-Beautiful-Girl-Sean-Kingston-Beautiful-Girls/), zul. abgerufen am 07.06.2023.

WhoSampled, [www.whosampled.com/sample/863196/RAF-Camora-Bonez-MC-Blaues-Licht-Eiffel-65-Blue-\(Da-Ba-Dee\)-\(DJ-Ponte-Ice-Pop-Mix\)](http://www.whosampled.com/sample/863196/RAF-Camora-Bonez-MC-Blaues-Licht-Eiffel-65-Blue-(Da-Ba-Dee)-(DJ-Ponte-Ice-Pop-Mix)), zul. abgerufen am 07.06.2023.

WhoSampled, www.whosampled.com/sample/688884/Ado-Kojo-Shirin-David-Du-Liebst-Mich-Nicht-Sabrina-Setlur-Du-Liebst-Mich-Nicht/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

WhoSampled, [www.whosampled.com/sample/405695/Rihanna-Drake-Work-Richie-Stephens-Mikey-2000-Sail-Away-\(Riddim\)](http://www.whosampled.com/sample/405695/Rihanna-Drake-Work-Richie-Stephens-Mikey-2000-Sail-Away-(Riddim)), zul. abgerufen am 07.06.2023.

WhoSampled, www.whosampled.com/sample/595624/Bonez-MC-RAF-Camora-Gzuz-Kokain-La-Bouche-Be-My-Lover/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

WhoSampled, www.whosampled.com/sample/567933/Kontra-K-Oder-Nicht-Lew-Stone-%26-the-Monseigneur-Band-Al-Bowly-My-Woman/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

Winkler, Thomas: Formation Kraftwerk – Musik für die Zukunft, www.goethe.de/ins/cz/de/kul/mag/20426960.html, zul. abgerufen am 07.06.2023.

www.tune-battle.de/type-beats.php, zul. abgerufen am 07.06.2023.

A. Einführung

I. Problemstellung

Das Kopieren von Teilen einer Tonaufnahme und deren Übernahme in eine andere Aufnahme („Sampling“) ist nicht nur ein technisches, sondern auch ein künstlerisch wertvolles Ausdrucksmittel. Die Entnahme kleinster Tonsequenzen ist seit Jahrzehnten ein bedeutendes Mittel der Musikproduktion. Wird die Lizenz für die Nutzung einer Tonsequenz nicht eingeholt, könnte darin jedoch zugleich ein Eingriff in Urheber- und Leistungsschutzrechte liegen. Diese Frage wird seit Langem in Rechtsprechung und Literatur diskutiert.¹ Aufgrund der Harmonisierung des Urheber- und Leistungsschutzrechts durch das Unionsrecht sind hierzu neue gesetzliche und richterliche Vorgaben zu berücksichtigen.

Am 28. April 2022 hat das Oberlandesgericht (OLG) Hamburg nach einem Vorabentscheidungsverfahren beim Europäischen Gerichtshof (EuGH)² und dem darauffolgenden Bundesgerichtshofs (BGH)-Urteil³ entschieden, dass Sampling unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein kann.⁴ In dem zugrundeliegenden Fall kopierten die Beklagten eine zweisekündige Tonsequenz aus dem Stück „Metall auf Metall“ der Band *Kraftwerk* und unterlegten den Song „Nur mir“ von *Sabrina Setlur* in wiederholter Form mit diesem „Sample“.⁵

Das Verfahren provoziert die Frage, ob und unter welchen Bedingungen Sampling in Deutschland unter Berücksichtigung europäischen Rechts lizenzfrei möglich ist und welche Bedeutung diese Beurteilung für die Musik hat.

¹ Zusammenfassend OLG Hamburg, GRUR-RR 2022, 9866; *Apel*, ZUM 2020, 760; *Wandtke/Bullinger/Schaefer*, § 85 Rn. 25, 27 f.

² EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 – *Pelham u.a.*

³ BGH, GRUR 2020, 843.

⁴ OLG Hamburg, GRUR-RR 2022, 9866.

⁵ BGH, GRUR 2017, 895, 896.

II. Arbeitshypothese

Diese Dissertation untersucht, ob das deutsche Urheberrecht im Hinblick auf unionsrechtliche Vorgaben Raum für das Sampling kleinster Tonsequenzen zu künstlerischen Zwecken ohne Einholung der entsprechenden Lizenz lässt. Geprüft wird zudem, ob diese Rechtslage einerseits den Interessen der Rechtsinhaber⁶ und andererseits den Interessen der sampelnden Künstler gerecht wird.

III. Stand von Forschung und Rechtsprechung

Der dieser Dissertation zugrunde liegende Rechtsstreit begann vor über fünfundzwanzig Jahren⁷ und ist noch nicht abgeschlossen. Im Laufe des unter E. IV. 1. näher dargestellten Verfahrens sind die Gerichte und auch die Forschung zu verschiedenen Ergebnissen gekommen. Nachdem das Verfahren schließlich auch Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens beim EuGH war, hat es schließlich zu einer Gesetzesänderung im deutschen Urheberrecht geführt. Zuletzt hat am 28. April 2022 das OLG Hamburg ein Urteil⁸ im „Metall auf Metall“-Verfahren erlassen. Derzeit ist die Sache beim BGH anhängig.⁹

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat im Rahmen des Verfahrens im Mai 2016 entschieden, dass beim Sampling kleinster Tonsequenzen zwar grundsätzlich ein Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht nach § 85 Abs. 1 S. 1 Urheberrechtsgesetz (UrhG) in Betracht kommt, aber bei dieser Einschätzung auch die Entfaltungsfreiheit der Künstler berücksichtigt werden muss. Deshalb müsse eine Abwägung zwischen der Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 Grundgesetz (GG) und dem Eigentumsschutz nach Art. 14 Abs. 1 GG, welcher den Tonträgerherstellerschutz umfasse, stattfin-

⁶ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Dissertation ausschließlich die männliche Form verwendet. Sie bezieht sich auf Personen jeden Geschlechts.

⁷ Das erste Parteigutachten wurde am 28.10.1997 eingeholt, LG Hamburg, BeckRS 2013, 7726.

⁸ OLG Hamburg, GRUR-RR 2022, 9866.

⁹ Az. I ZR 74/22; der Verkündungstermin ist am 14.09.2023.

den.¹⁰ Die durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gebotene kunstspezifische Betrachtung verlange, die Übernahme fremder Werkausschnitte als Mittel künstlerischen Ausdrucks und künstlerischer Gestaltung anzuerkennen.¹¹ Diese Privilegierung der Technik des Samplings zu künstlerischen Zwecken wird auch im Schrifttum überwiegend begrüßt.¹²

Diskutiert wird allerdings, wie sich dieses Ergebnis rechtlich umsetzen lässt. Denn nach der Rechtsprechung kann Sampling im ersten Schritt durchaus eine Rechtsverletzung darstellen.¹³ Eine Zulässigkeit des Samplings ist deshalb nur über eine Schutzbereichsbegrenzung bzw. eine einschränkende Auslegung der betroffenen Rechte oder über Schrankenregelungen zu erreichen.

Problematisch ist dabei insbesondere der Einfluss des europäischen Rechts. Bei den in Art. 5 der Richtlinie 2001/29/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (RL 2001/29/EG) genannten Ausnahmen und Beschränkungen handelt es sich nach der Rechtsprechung des EuGH um einen abschließenden Schrankenkatalog. Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union dürfen deshalb keine nationalen Ausnahmen oder Beschränkungen, die nicht in Art. 5 RL 2001/29/EG genannt sind, vorsehen.¹⁴ Seit Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 2001/29/EG in nationales Recht am 22. Dezember 2002 sind in der Richtlinie nicht vorgesehene Schranken des nationalen Rechts deshalb nicht mehr anwendbar.

Am 7. Juni 2021 wurde indes eine neue nationale Schranke (§ 51a UrhG) nach Vorgabe des Art. 5 RL 2001/29/EG eingeführt, bei deren Auslegung abermals das europäische Recht zu berücksichtigen ist. Diese Regelung enthält unter anderem die Zulässigkeit der Nutzung fremder Werke zum Zwe-

¹⁰ BVerfG, MMR 2016, 463.

¹¹ BVerfGE 142, 74 Rn. 86; vgl. BVerfG, NJW 2001, 598, 599.

¹² Siehe dazu unter E. IV. 2.a).

¹³ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 26–29 – *Pelham u.a.*; BGH, Urt. v. 30.04.2020, GRUR 2020, 843, 846 Rn. 28.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 56–65 – *Pelham u.a.*

cke des Pastiches, wobei es bislang an einer europarechtlich einheitlichen Definition dieses Begriffs mangelt.

Diskutiert werden der Schutzzumfang der möglicherweise durch das Sampling verletzten Rechte sowie die Auslegung etwaiger Schrankenregelungen. Eine klare Rechtslage im Hinblick auf die Fragen, wann Sampling eine Rechtsverletzung in welche Rechte darstellt und unter welchen Voraussetzungen Sampling zulässig ist, besteht derzeit deshalb nicht.

IV. Gang der Darstellung

Um die Hintergründe des „Metall auf Metall“-Falls zu verstehen, werden neben diesem zunächst die besondere Bedeutung der Musik von *Kraftwerk* sowie der Gruppe selbst für die Musik erläutert (B.).

Daraufhin wird zur Verdeutlichung der Problematik die Wichtigkeit des Samplings in der Musik erörtert (C.). Dazu wird die Technik des Samplings erklärt und ein Blick auf die geschichtliche Entstehung und Entwicklung des Samplings sowie die heutige Bedeutung des Samplings in der Musik geworfen. Auch auf die Möglichkeiten und Hürden bei der Lizenzierung von Samples wird eingegangen.

Der darauffolgende Teil der Arbeit beschäftigt sich mit dem Werkbegriff in Bezug zu einem möglichen urheberrechtlichen Schutz von Samples (D.). Nach einer Untersuchung, ob kleinste Teile von Musikstücken generell geschützt sind, werden die aufgestellten Maßstäbe auf den „Metall auf Metall“-Fall angewendet. Schließlich wird eine Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts geprüft.

Daraufhin wird die Verletzung von Leistungsschutzrechten durch Sampling untersucht (E.). Dabei wird vorangestellt geprüft, welche Rechte möglicherweise verletzt sind und es wird der Einfluss des europäischen und internationalen Rechts auf die Problematik erläutert. Sodann wird untersucht, ob das Recht der ausübenden Künstler und der Tonträgerhersteller durch

Sampling verletzt werden kann. Im Rahmen der Frage nach einem Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht wird das „Metall auf Metall“-Verfahren dargestellt und diese Rechtsprechung sodann beurteilt.

Im darauffolgenden Kapitel wird geprüft, ob Sampling eine freie Bearbeitung gem. § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG (F.) sein kann und ob es, vor Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 2001/29/EG, eine freie Benutzung gem. § 24 Abs. 1 UrhG a. F. sein konnte (G.). Zudem wird erörtert, ob § 24 Abs. 1 UrhG a. F. nach Ablauf dieser Frist noch mit dem europäischen Recht vereinbar war.

Weiterhin wird beurteilt, ob Sampling ausnahmsweise als Zitat gem. § 51 UrhG zulässig sein kann (H. II.). Schließlich wird die neue Schranke des § 51a UrhG untersucht (H. III.). Nach kurzer Prüfung der Karikatur- und Parodie-Schranke wird als Schwerpunkt dieses Kapitels die Bedeutung und Einordnung der Pastiche-Schranke einschließlich der diesbezüglichen „Metall auf Metall“-Rechtsprechung untersucht. Mangels einer Definition des „Pastiche“-Begriffs wird mit Hilfe verschiedener Herangehensweisen eine Begriffsbestimmung erarbeitet. Auch die Frage, ob der Begriff an weitere ungeschriebene Voraussetzungen geknüpft werden sollte, wird erörtert. So kann letztendlich geprüft werden, ob Sampling generell und im konkreten „Metall auf Metall“-Fall unter die Pastiche-Schranke fallen kann.

Sodann wird beurteilt, ob § 24 Abs. 1 UrhG a. F. für die Zeit nach Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 2001/29/EG und vor Inkrafttreten der Pastiche-Schranke entsprechend auf Sampling-Fälle angewendet werden kann (I.).

Abschließend werden die Ergebnisse der Arbeit zusammengefasst, die Arbeitshypothese wird beantwortet und es werden Schlussfolgerungen für die Praxis gezogen (J.).

B. *Kraftwerk* und der Fall „Metall auf Metall“

Die Kläger des „Metall auf Metall“-Verfahrens sind *Ralf Hütter* und *Florian Schneider-Esleben*, Mitglieder der Band *Kraftwerk*. Die Band wurde im Jahr 1970 von *Hütter* und *Schneider-Esleben* in Düsseldorf gegründet, wo sie sich in einer ehemaligen Werkstatt ihr Tonstudio, das sog. „Kling-Klang-Studio“, aufbauten. Die Musik von *Kraftwerk* zeichnet sich durch experimentelle Rhythmen und maschinenhafte Klänge aus, die von der für Düsseldorf in den 1970er Jahren typischen industriellen und gleichsam modernen Entwicklung geprägt worden sind. Vieles, was das deutsche Wirtschaftswunder in dieser Zeit symbolisiert, wurde von *Kraftwerk* verwendet und in ihre Kompositionen integriert, so z. B. Telefonzellen, Züge und Kraftfahrzeuge.¹⁵ *Hütter* selbst bezeichnet die Musik in Anspielung an das hochindustrialisierte Rhein-Ruhr-Gebiet und die moderne Zivilisation als „industrielle Volksmusik“¹⁶.

Mit ihrem im November 1974 veröffentlichten Album „Autobahn“ gelang es *Kraftwerk*, durch die Verbindung eines einfachen Texts mit ihrer experimentellen Musik und einem ausdrucksstarken Albumcover ein Gesamtkunstwerk zu kreieren. Das danach erschienene Album „Radio-Aktivität“ (1975) spielt sowohl auf die Gefahr der Radioaktivität als auch das Radio-Gerät an.¹⁷ Der streitgegenständliche Titel „Metall auf Metall“ erschien schließlich im Jahre 1977 auf dem Album „Trans Europa Express“. Dieses Album verbindet futuristische Klänge mit nostalgischen Gedankenbildern, durch deren Gegensätzlichkeit eine künstlerische Spannung erzeugt wird. Der Trans Europa Express (TEE) war ein in den 1950er bis 1990er Jahren verkehrender Eisenbahnzug, der durch die Verbindung zwischen europäischen Staaten ein Symbol der Modernisierung und Industrialisierung war. Darauf spielt *Kraftwerk* in ihrem Album an. *Schütte* beschreibt die Musik

¹⁵ WhoSampled, www.whosampled.com/Kraftwerk/?sp=7, zul. abgerufen am 07.06.2023.

¹⁶ *Rapp/Thadeusz*, www.spiegel.de/kultur/maschinen-sind-einfach-lockererer-a-1bbb97c6-0002-0001-0000-000068074001, zul. abgerufen am 07.06.2023.

¹⁷ *Schütte*, German Pop Music, S. 86 f.; *Rapp/Thadeusz*, www.spiegel.de/kultur/maschinen-sind-einfach-lockererer-a-1bbb97c6-0002-0001-0000-000068074001, zul. abgerufen am 07.06.2023; Das Album „Autobahn“ erreichte international Top-10-Platzierungen in den Charts und wurde im Jahr 2015 in die Grammy Hall of Fame aufgenommen.

des Albums als „retrofuturistische Ästhetik“. Dabei würden utopische Vorstellungen mit nostalgischen Gedanken-Bildern verschmolzen, um eine Spannung zu erzeugen, die die Gegenwart mit nicht eingelösten Versprechen einer besseren Zukunft konfrontiere.¹⁸ Das Titelstück des Albums besteht aus drei Kompositionen, die nahtlos ineinander übergehen: „Trans Europa Express“, „Metall auf Metall“ und „Abzug“. Wie bei dem Album „Autobahn“ werden industrielle Klänge in die Produktion integriert und es entsteht ein Gefühl von Geschwindigkeit und Vorwärtsdrang. Dank neuartiger Technik konnten vorbestimmbare Muster (sog. Patterns) ständig wiederholt werden. So basiert das Lied „Trans Europa Express“ auf sich wiederholenden Rhythmen, die die Geräusche einer Zugfahrt simulieren sollen. Das Lied „Metall auf Metall“ ist von klirrenden, perkussiven und stampfenden Klängen geprägt und zeigt *Kraftwerks* Bestrebungen, das industrielle Leben musikalisch darzustellen.

Das Album „Trans Europa Express“ stellt einen wichtigen Schritt zur elektronischen Tanzmusik dar. Vor allem in den mehrheitlich von Afroamerikanern besiedelten Gemeinden der USA und insbesondere bei den New Yorker Disk-Jockeys (DJs) stieß die Kombination von metallisch-futuristischen, perkussiven Klängen und tanzbarer Popmusik auf Begeisterung. Samples von „Trans Europa Express“ und dem Titel „Nummern“ aus dem Album „Computerwelt“ (1981) bilden das Fundament des Titels „Planet Rock“ von *Afrika Bambaataa* und *Soulsonic Force* (1982). „Planet Rock“ wiederum brachte das Techno-Genre hervor. *Kraftwerks* rhythmusorientierte Musik leistete damit einen wichtigen Beitrag für die Entwicklung der Genres Techno, House und Hip-Hop, einer auf Sprechgesang basierenden Musikrichtung.¹⁹

Kraftwerks Musik zeichnet sich durch eine Verknüpfung von Alltagsgeräuschen mit musikalischen Elementen bzw. durch die Integration dieser in

¹⁸ Schütte, German Pop Music, S. 91–93.

¹⁹ Schütte, German Pop Music, S. 95 f., 107 f., 111; Düsseldorf: Wo Kraftwerk entstand, arte Dokumentation, www.arte.tv/de/videos/107952-001-A/duesseldorf-wo-kraftwerk-entstand/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

musikalische Kompositionen aus. Die Mitglieder von *Kraftwerk* beschreiben sich selbst als Arbeiter, nicht als Musiker, und *Kraftwerk* als Konzept, nicht als Band. Dabei schwebt ihnen eine Verschmelzung von Mensch und Maschine vor. Dies zeigt ebenfalls das im Jahre 1978 erschienene Album „Mensch-Maschine“.²⁰ Auch später beschrieb *Hütter* das von ihm geliebte Radfahren noch als einen „Tanz von Mensch und Maschine“²¹.

Heute gilt *Kraftwerk* als Begründer des Elektropops und gehört zu den Bands, die immer noch am häufigsten gesampelt werden, weshalb ihre Musik in der zeitgenössischen Elektromusik-Szene weiterhin eine Rolle spielt.²² Ausschnitte aus Titeln von *Kraftwerk* sind in über 930 Songs anderer Künstler wiederzufinden (Stand: Juni 2023).²³

Die Beklagten zu 2) und 3) des „Metall auf Metall“-Verfahrens sind die Komponisten *Moses Pelham* und *Martin Haas* des Titels „Nur mir“, den die Beklagte zu 1), die *Pelham GmbH* des Musikproduzenten *Moses Pelham*, mit der Sängerin und Rapperin *Sabrina Setlur* eingespielt hat. Der Titel befindet sich in zwei Versionen auf dem gleichnamigen, im Jahre 1997 von der *Pelham GmbH* veröffentlichten Tonträger.

Die Kläger (*Kraftwerk*) machen geltend, dass die Beklagten eine zweisekündige Schlagzeugrhythmussequenz aus den Takten 19 und 20 des Titels „Metall auf Metall“ entnommen sowie im Wege des Samplings dem Titel „Nur mir“ in fortlaufender Wiederholung (Loop), metrischer Verschiebung (bei „Nur mir“ fängt die Zählzeit 1 mit der Zählzeit 3 des Taktes 19 von „Metall auf Metall“ an) und um 5% verlangsamt unterlegt hätten. Damit

²⁰ *Schütte*, German Pop Music, S. 97 f., 111, 114.

²¹ *Rapp/Thadeusz*, www.spiegel.de/kultur/maschinen-sind-einfach-lockerer-a-1bbb97c6-0002-0001-0000-000068074001, zul. abgerufen am 07.06.2023.

²² *Simmeth*, Krautrock transnational, S. 175 f.; Düsseldorf: Wo Kraftwerk entstand, arte Dokumentation, www.arte.tv/de/videos/107952-001-A/duesseldorf-wo-kraftwerk-entstand/, zul. abgerufen am 07.06.2023; *Winkler*, www.goethe.de/ins/cz/de/kul/mag/20426960.html, zul. abgerufen am 07.06.2023.

²³ WhoSampled, www.whosampled.com/Kraftwerk/?sp=7, zul. abgerufen am 07.06.2023.

hätten die Beklagten die Rechte der Kläger als Tonträgerhersteller gem. § 85 Abs. 1 S. 1 UrhG verletzt.²⁴

Durch erste Beweiserhebungen mittels Sachverständigengutachten einschließlich Messprotokollen im Jahr 1999 wurde das Vorliegen eines Samples bewiesen.²⁵ Die ersten sieben Takte des Titels „Nur mir“ bestehen vordergründig in einer fortlaufenden Wiederholung des Samples aus „Metall auf Metall“. Zusätzlich ertönen melodische Synthesizer-Klänge, die immer lauter werden („crescendo“). Es folgen Schlagzeugklänge mit eigenen Rhythmusfiguren, bevor der Sprechgesang von *Sabrina Setlur* einsetzt, teilweise untermalt von Background-Sängerinnen. Im späteren Verlauf erscheinen zudem längere E-Gitarrensoli.²⁶

Kraftwerk begehrt Unterlassung, Auskunft, Herausgabe der Tonträger zum Zwecke der Vernichtung und die Feststellung der Schadensersatzpflicht.²⁷



Streitgegenständliches Sample; Quelle: <https://www.heise.de/select/ct/2019/18/1566919748859850>, zul. abgerufen am 06.06.2023.

²⁴ Zur Sachverhaltsdarstellung vgl. OLG Hamburg, GRUR-RR 2007, 3; GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 54.

²⁵ OLG Hamburg, GRUR-RR 2007, 3; LG Hamburg, BeckRS 2013, 7726.

²⁶ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 54.

²⁷ OLG Hamburg, GRUR-RR 2007, 3.

C. Die Technik des Samplings als musikalisches Ausdrucksmittel

Im Folgenden werden die Bedeutung des Samplings in der Kultur und der technische Vorgang des musikalischen Samplings erklärt.

I. Sampling als technisches Phänomen

„Sample“ bedeutet wörtlich aus dem Englischen übersetzt „Stichprobe“, „Muster“ oder „Beispiel“.²⁸ Der Begriff des Samplings ist weitreichend. Das Sampling in der Kultur im Allgemeinen bedeutet, dass aus etwas Bestehendem ein Teil entnommen und damit Vorhandenes neu kombiniert wird oder der entnommene Teil in Neues eingefügt sowie gegebenenfalls mit anderen „Stichproben“ zusammengesetzt wird.²⁹

Sampling kann in verschiedenen Kunstformen eingesetzt werden, wie z. B. in der Musik, im Film und in der Fotografie. Bei dem in dieser Arbeit allein betrachteten Musik-Sampling werden in der Regel kürzere Sequenzen von bestehenden Tonaufnahmen entnommen, wie z. B. perkussive Samples, Melodie-Schlaufen, gesprochene Wörter oder Vokale, Geräusche aus der Natur, Effektgeräusche oder Instrumenten-Parts. Jeder aufgenommene Klang und jedes aufgenommene Geräusch, gleich welchen Ursprungs, kann gesampelt werden. Die entnommenen Geräusche, Klänge oder Töne stellen Samples dar. Das Sample wird dann gleichbleibend oder in veränderter Form in ein neues Musikstück übernommen. Diesen Vorgang der Kombination nennt man Sampling.³⁰

²⁸ www.leo.org, zul. abgerufen am 07.06.2023.

²⁹ *Essl*, essl.at/bibliogr/musiklexikon-sample.html, zul. abgerufen am 07.06.2023; *Salagean*, Sampling, S. 20.

³⁰ *Ernst*, Urheberrecht, S. 84; *Hertin*, GRUR 1989, 578; *Hoeren*, GRUR 1989, 11; *iMusician*, SAMPLING, Teil 1, imusician.pro/de/ressourcen/blog/sampling-technologie-und-auswirkungen-teil-1, zul. abgerufen am 07.06.2023; *iMusician*, SAMPLING, Teil 2, imusician.pro/de/ressourcen/blog/sampling-technologie-und-auswirkungen-teil-2, zul. abgerufen am 07.06.2023.

II. Sampling als Grundstein zur Schaffung neuer Werke

Für die rechtliche Einordnung und Bewertung des Tonträger-Samplings sind die Kenntnis der technischen Grundlagen sowie ein Verständnis für die Bedeutung des Samplings als musikalisches Ausdrucksmittel wichtig. Dazu wird im Folgenden dargestellt, wie das Sampling entstanden ist und wie es sich im Laufe der Jahre entwickelt hat (C. II. 1.), wie es technisch funktioniert (C. II. 2.) und welche Bedeutung es heute in der Musik hat (C. II. 3.).

1. Die Entstehung des Samplings als musikalisches Ausdrucksmittel

a) Die Entstehung von Aufnahmetechniken, Abspielgeräten und Abspielmedien

Das erste Gerät zur Schallaufzeichnung war der Phonograph, welcher von *Thomas Alva Edison* erfunden und im Jahre 1878 patentiert wurde. Der Phonograph verfügte über mit Stanniol überzogene Tonwalzen, um Klänge aufzuzeichnen. Sieben Jahre später wurde das sog. Graphophone durch *Charles S. Tainter* und *Chichester A. Bell* erfunden. Es handelte sich dabei um Walzen mit Rillenvertiefungen aus Metall, welche – anders als beim Phonographen – nicht mit Stanniol, sondern mit Wachs überzogen waren. Die *North American Phonograph Company*, die *Edison's* Phonographen vertrieb, konkurrierte nun mit der *American Graphophone Company*, welche das Graphophone herstellte. Im Jahre 1891 schloss sich die *American Graphophone Company* mit der *Columbia Phonographe Company*, einem Tochterunternehmen der *North American Phonograph Company* zusammen.³¹

Unterdessen reichte *Emil Berliner* im Jahre 1887 das Patent für die von ihm erfundene Schallplatte ein. Anders als der Phonograph, dessen Walzen nur einzeln bespielt werden konnten, waren Schallplatten reproduzierbar sowie günstiger herzustellen. Ergänzt um ein Aufnahme- und Abspielgerät ent-

³¹ <https://grammophon-platten.de/page.php?181>, zul. abgerufen am 07.06.2023; *Smart*, *Emile Berliner*, S. 425.

stand das Grammophon. In den Jahren 1893 und 1894 gründete er die *U. S. Gramophone Company*.³²

Im Dezember 1906 konnte schließlich das erste Radioprogramm gesendet werden. Das Programm wurde von dem Ingenieur *Reginald A. Fessenden* präsentiert, welcher deshalb als der erste DJ bezeichnet wird.³³

Das Radio führte zu einer erweiterten Wahrnehmung und Verbreitung von Klängen, Geräuschen und Musik. So bezeichnete der Maler und Komponist *Luigi Russolo* in seinem Manifest „L'arte dei rumori“ (1914) Geräusche als eigenständige Objekte: durch Auswahl und Kombination von Geräuschen könnten Musikstücke erweitert werden.³⁴ In den 1920er-Jahren begann der französische Komponist *Olivier Messiaen* Melodien von Vogelstimmen per Notation auf dem Papier zu speichern, sodass eine große Sammlung aus Melodien entstand.³⁵ Der deutsche Filmregisseur *Walter Ruttmann* sammelte im Jahre 1930 verschiedenste Geräusche aus der Umwelt und fertigte daraus eine als Hörspiel konzipierte Klangmontage, die er „Weekend“ nannte. Dort umrahmen einzelne Tonfragmente die Erzählungen, wodurch eine Gesamtaufnahme erzeugt wird – ein wichtiger Beitrag für die Entwicklung des Hörspiels.³⁶ Schon früh zeigte sich folglich, dass einzelne Töne oder Geräusche eine große Bedeutung für die Musik haben. Auch der Komponist *John Cage* befürwortete es im Jahre 1937, Geräusche einzufangen, um sie wie Instrumente zu gebrauchen.³⁷

Um diese Zeit entwickelte zudem *Fritz Pfeumer* das erste Magnettonband und überließ sodann die Rechte der AEG Aktiengesellschaft. Diese stellte ab dem Jahre 1935 das sog. Magnetophon als Abspielgerät für Magnettonbänder her.³⁸

³² *Smart*, Emile Berliner, S. 426 f., 429.

³³ *Brewster/Broughton*, Last night, Ch. 2.

³⁴ *Russolo*, The Art of Noise.

³⁵ *Schweer*, Olivier Messiaen, S. 196 f.

³⁶ *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion, S. 114, 116.

³⁷ *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion, S. 112.

³⁸ *Rasek*, Die historische Entwicklung, S. 221.

Im Jahre 1949 wurde von *Sir Edmund Taylor Whittaker* schließlich das „Nyquist-Shannon-Sampling-Theorem“ formuliert, das besagt, dass eine analoge Schallwelle mit einer mindestens doppelt so hohen Frequenz abgetastet (Registrierung von Messwerten) werden muss, damit es mit möglichst wenig Klangverfälschung digital abgebildet werden kann. Dies war ein entscheidender Beitrag zur Entwicklung der Analog-Digital-Wandler, welche die Grundlage für digitale Sampler, Aufzeichnungsgeräte und CDs waren.³⁹

b) Vorstufen des modernen Samplings

In den 1940er und 1950er Jahren entstand die Technik der von *Pierre Schaeffer* begründeten „musique concrète“. *Schaeffer* nahm Naturklänge aus der Umgebung auf. Sein Ziel war es, durch vorhandenes Klangmaterial „konkrete“ Musik zu erschaffen. Das bedeutet, dass Musik nicht durch eine ihr zugrundeliegende abstrakte Notation entstehen sollte, sondern aus einer Montage bereits existierender Töne. Eine mögliche Ursache für diese Idee der Lösung der Komposition von einer Notation ist, dass *Schaeffer*'s Mittel zur Musikproduktion zunächst stark begrenzt waren, sodass er sich auf das wenige Vorhandene konzentrieren musste. Er arbeitete mit einem Phonografen, welcher dazu diente, Schallplattenrohlinge zu beschreiben. Mit einem mobilen Phonografen nahm er etwa die Geräusche an einem Bahnhof auf und bearbeitete die Aufnahme sodann, etwa durch Wiederholung aufgenommener Sequenzen. Die dadurch entstandene sog. „Eisenbahnstudie“ gilt als eines der ersten Beispiele der „musique concrète“.

Eine präzisere Arbeit wurde durch die Entstehung von Tonbandgeräten möglich. Zusammen mit dem Komponisten *Pierre Henry* schnitt *Schaeffer* einzelne Fragmente aus und fügte sie aneinander – „Copy and Paste“. Dies war die Geburtsstunde des Loops.⁴⁰

³⁹ *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion, S. 116 f.

⁴⁰ *Dack*, Neue Zeitschrift für Musik 3/2014, S. 58; *Essl*, essl.at/bibliogr/musiklexikon-sample.html, zul. abgerufen am 07.06.2023; *Fischer*, museum.rechtaufremix.org/exponate/pierre-schaeffer-und-die-musique-concrete/, zul. abgerufen am 07.06.2023; *Salagean*, Sampling, S. 26 f.; *Wegener*, Sound Sampling, S. 9.

Im Jahre 1951 wurde das Studio für elektronische Musik Köln (NWDR) als Klangforschungslabor und Produktionsstudio gegründet. Dort erzeugte *Karlheinz Stockhausen*, ein Schüler des bereits o. g. *Olivier Messiaen*, Klangmaterial ausschließlich elektronisch. Er gilt als „Papa des Techno“ und einer der bedeutendsten Komponisten des 20. Jahrhunderts. Unter anderem beschäftigte sich *Stockhausen* in der „Telemusik“ mit der Verschmelzung von Musikstücken und prägte mit seinen experimentellen Studien das Genre der Elektro-Musik.⁴¹ Weitere erste Collage-Techniken der 1950er Jahre sind zum Beispiel auch bei den *Beatles* in ihrem Lied „Revolution 9“ aus „The White Album“ zu finden.⁴²

In den 1960er-Jahren wurden dann vermehrt Produktionstechniken eingesetzt, die den Klang als musikalisches Alleinstellungsmerkmal fokussierten. So entwickelte der Musikproduzent *Phil Spector* eine Produktionstechnik Namens „Wall of Sound“, bei der er Tonbandaufnahmen übereinanderschichtete (sog. „overdubbing“ oder „multitracking“).⁴³ Der US-Amerikaner *Terry Riley* experimentierte unterdessen ebenfalls mit Tonbändern und insbesondere – wie zuvor *Pierre Schaeffer* – mit der Wiederholung einzelner Passagen. Dazu setzte er verschiedene Ausschnitte aus einem Lied als Kopien, teils überlappend oder verzögert, zusammen.⁴⁴

c) Die Geschichte des Samplings

Der erste Sampler, das sogenannte „Mellotron“, war ab dem Jahre 1963 erhältlich. Aufgezeichnete Klänge konnten mit einer Tastatur wiedergegeben werden. Zwar führte die dauerhafte Nutzung des Mellotrons zu einer Verzerrung der Töne, dadurch entstanden jedoch ganz eigene Klänge, da eine Verzerrung einem Signal sog. Obertöne hinzufügt. Dies machten sich etwa die *Beatles* zunutze, um moderne Lieder zu kreieren.⁴⁵

⁴¹ *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion S. 120 f.

⁴² *Duhanic*, GRUR Int. 2016, 1007, 1009.

⁴³ *Föllmer*, Einflüsse technischer Medien, S. 154.

⁴⁴ *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion, S. 123.

⁴⁵ *Balzer*, Podcast, www.br.de/radio/bayern2/sendungen/nachtstudio/balzer-sample-100.html, zul. abgerufen am 07.06.2023; *Wegener*, Sound Sampling, S. 11.

Durch die Nutzung von Samplern wurden in den folgenden Jahren immer wieder neue Klangaspekte offenbart, da sie ein Umkehren, Beschleunigen und Verzögern von Tonfrequenzen sowie deren Neukombination ermöglichten. Die Verwendung von nicht-instrumentalen Klängen und Geräuschen gewährte einen Einblick in die bisher nicht auf Band hörbare Naturwelt.⁴⁶

Während in der Rockmusik noch vorsichtiger mit den neuen Produktionstechniken umgegangen wurde, waren die Jugendlichen aus den Straßen der Bronx in New York City und die jamaikanischen DJs radikaler, indem sie bestehende Klänge mit neuen mixten.⁴⁷ In Jamaika entwickelte sich aus dem Reggae heraus der Dub, bei dem erstmals die Veränderung von bestehenden Aufnahmen als zentrales ästhetisches Element in Erscheinung trat. Der Name des Dubs leitet sich von dem Verb „to double“ ab und zeigt, dass diese Kunst auf dem Kopieren bzw. Sampling beruht.⁴⁸

In den 1970er Jahren entwickelte sich der Remix, bei welchem es zu umfangreicheren Übernahmen als beim Sampling kommt und das Originalmaterial wesentlich verändert oder ergänzt wird. Dadurch konnten verschiedene Versionen eines Stücks ausgearbeitet oder erprobt werden. Die DJs nutzten die Instrumental-Spur eines Songs ohne Gesang auf der B-Seite der Platten („riddim“). Zu dieser Musik konnte das Publikum singen oder „toasten“. Das Toasten war als Sprechgesang der Vorläufer zum „Rappen“.⁴⁹

In den folgenden Jahren entwickelte sich parallel zur Disco-Musik der Rap und das darauf basierende Genre des Hip-Hop in den USA und die Nutzung vorhandenen Materials mittels Sampling wurde zu einer gängigen Praxis. Instrumente brachten vorgefertigte Klänge mit und es wurde mit Synthesizern gearbeitet.⁵⁰ Diese dienen sowohl als Speichermedium, als auch als Bearbeitungs- und Wiedergabegerät für Klänge und Klangelemente.

⁴⁶ *Dack*, Neue Zeitschrift für Musik 3/2014, S. 58, 59.

⁴⁷ *Duhanic*, GRUR Int. 2016, 1007, 1009; *Grossmann*, Popmusicology, S. 126; *Häuser*, Sound und Sampling, S. 8; *Salagean*, Sampling, S. 29 f.

⁴⁸ *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion S. 126 f.

⁴⁹ *Grossmann*, Popmusicology, S. 128; *Salagean*, Sampling, S. 30.

⁵⁰ *Dack*, Neue Zeitschrift für Musik 3/2014, 58; *Duhanic*, GRUR Int. 2016, 1007, 1009; *Grossmann*, Popmusicology, S. 127; *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748.

Der Einsatz von Digitaltechnik war zu dieser Zeit allerdings noch aufwändig und teuer.⁵¹ Bei sog. „Blockpartys“ (Zusammenkünfte der afroamerikanischen Community) in der Bronx traten keine Bands auf, sondern DJs und MCs („Master of Ceremony“) mit ihren Soundsystemen. Dabei reihten die DJs die Schallplatten aneinander, während die MCs diese – vorzugsweise mit melodischem Sprechgesang – anmoderierten. Die einzelnen Soundsysteme standen sich dabei oft im Wettbewerb gegenüber.

Der DJ *Kool Herc* soll zu dieser Zeit die Technik des „Backspinnings“ entwickelt haben, bei der eine bestimmten Passage mit zwei gleichen Platten wiederholt wird: während eine Platte abgespielt wird, wird die andere zurückgedreht („back spin“). Das Geräusch des Zurückdrehens wird dabei durch einen „Crossfader“ (Schiebeschalter auf dem Mischpult) ausgeblendet.⁵²

Weitere zu dieser Zeit entwickelte Praktiken sind das „Scratching“ (das rhythmische Vor- und Zurückdrehen einer Platte), das „Cutting“ (das ruckartige Einblenden einer Platte mit Hilfe des Crossfadere) und das „Mixing“ (Zusammenführung mehrerer Tonspuren).⁵³ Durch diese neuen Transformationstechniken, die den Rückgriff auf und die Verwendung von Samples ermöglichte, waren die Möglichkeiten der DJs zur Herstellung neuer Songs schier unendlich.

In der Nacht vom 13. Juli 1977 gab es den sog. „Blackout von New York“, bei dem zwei Blitze das New Yorker Stromnetz lahmlegten. Da in der Folge Kassen und Alarmanlagen nicht mehr funktionierten, wurden zahlreiche Geschäfte geplündert. Dies nutzten auch viele DJs und deckten sich mit der für ihre Musik notwendigen Technik ein, die sie sich sonst nicht leisten konnten. Diese Nacht wird deshalb als Katalysator für das Genre des Hip-

⁵¹ *iMusician*, SAMPLING, Teil 1, imusician.pro/de/ressourcen/blog/sampling-technologie-und-auswirkungen-teil-1, zul. abgerufen am 07.06.2023.

⁵² *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion, S. 131 f.

⁵³ *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion, S. 133.

Hops angesehen.⁵⁴ In den 1980er-Jahren wurde der Hip-Hop schließlich zu einem der erfolgreichsten Genres der Musikindustrie.⁵⁵

Im Jahre 1979 kam der erste digitaler Sampler, der „Fairlight CMI“, auf den Markt, konnte jedoch aufgrund seines hohen Preises nur von großen Produktionsstudios erworben werden.⁵⁶ Das änderte sich im Jahre 1983 mit dem MIDI Standard (Musical Instrument Digital Interface Standard), welcher die zentrale digitale Steuerung von elektronisch erzeugten Tönen ermöglichte.⁵⁷ Die Digitaltechnik wurde erschwinglicher und Methoden der digitalen Produktion waren als Software-Produkte erhältlich. Dazu zählen z. B. Sequenzer Programme, „Sample-Editoren“ (Bearbeitungsprogramme), „Plug-Ins“ (Softwareerweiterungen) und „Tools“ (Dienstprogramme).⁵⁸ So entstand die Möglichkeit, Musik auf ästhetische Art digital zu produzieren.⁵⁹ Auch Sprach-Samples konnten losgelöst von ihrer Tonspur verwendet werden, um andere Rapper zitieren zu können. Der Hip-Hop blühte weiter auf und die DJ-Kultur, die elektronische Musik sowie Sampling verschmolzen und brachten neue Ausdrucksformen, wie z. B. die Elektronik-Musik der Band *Kraftwerk* und den *Break Dance* als neuen Tanzstil hervor.⁶⁰ Dank der

⁵⁴ *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion, S. 133.

⁵⁵ Vgl. *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion, S. 135.

⁵⁶ *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion, S. 138.

⁵⁷ *Grossmann*, Popmusicology, S. 129; *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748.

⁵⁸ *Balzer*, www.br.de/radio/bayern2/sendungen/nachtstudio/balzer-sample-100.html, zul. abgerufen am 07.06.2023; *Duhanic*, GRUR Int. 2016, 1007, 1009; *Grossmann*, Popmusicology, S. 130; *Häuser*, Sound und Sampling, S. 9; www.leo.org, zul. abgerufen am 07.06.2023; *iMusician*, SAMPLING, Teil 1, imusician.pro/de/ressourcen/blog/sampling-technologie-und-auswirkungen-teil-1, zul. abgerufen am 07.06.2023; *Wegener*, Sound Sampling, S. 13.

⁵⁹ *Grossmann*, Popmusicology, S. 130.

⁶⁰ *Balzer*, www.br.de/radio/bayern2/sendungen/nachtstudio/balzer-sample-100.html, zul. abgerufen am 07.06.2023; *Duhanic*, GRUR Int. 2016, 1007, 1009; *Grossmann*, Popmusicology, S. 130; *iMusician*, SAMPLING, Teil 1, imusician.pro/de/ressourcen/blog/sampling-technologie-und-auswirkungen-teil-1, zul. abgerufen am 07.06.2023; *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748; *Wagner*, MMR 2016, 513, 51.

Sampler erhielt die Technik, bestehende Sequenzen zu entnehmen und in etwas Neues zu übernehmen den Namen „Sampling“.

Aufgrund des technischen Fortschritts wurden zudem sog. bedroom productions, d. h. die Produktion von zu Hause aus, möglich.⁶¹ Das Suchen nach neuem Material in Form von möglichst ausgefallenen Samples wird „Diggin’ in the Craves“ genannt und ist meist mit stundenlanger Arbeit verbunden.⁶² Die Nutzung von Samples ohne Lizenzerwerb, d. h. ohne sog. „Sample-Clearing“ (der Erwerb von Lizenzrechten an Samples) wurde in dieser Zeit zunächst noch geduldet.⁶³

Einen weiteren Aufschwung erfuhr das Sampling in den 1990er Jahren. Grund dafür waren die fallenden Preise der Sampler, ihre erhöhte Speicherkapazität („Sampling-Zeiten“) und die Kommerzialisierung von Programmen mit Audiospuren und software-basierten Effekten.⁶⁴ Das digitale Sampling wurde – durch seine Einbettung in softwarebasierte Digital Audio Workstations (DAW) – nun auch zentral für andere klangbasierte und DJ-getriebene Genres wie z. B. House und Techno und beeinflusste ebenso die Pop-Musik.⁶⁵

Zu dieser Zeit entstand der im „Metall auf Metall“-Verfahren streitgegenständliche Titel „Nur mir“ von *Sabrina Setlur* (1997). Der Hip-Hop war in den 1980er Jahren durch die in Deutschland stationierten Soldaten und die amerikanischen Wohngemeinden nach Deutschland, insbesondere nach Frankfurt a. M. gekommen. Das friedvolle „Bekriegen“ in Rap- und Breakdance-Battles faszinierte in Frankfurt lebende Immigranten und Deutsche mit Migrationshintergrund. Sie konnten sich endlich einer Gruppe zuordnen,

⁶¹ www.urbandictionary.com/define.php?term=Bedroom+Producer, zul. abgerufen am 07.06.2023; *iMusician*, SAMPLING, Teil 1, imusician.pro/de/ressourcen/blog/sampling-technologie-und-auswirkungen-teil-1, zul. abgerufen am 07.06.2023.

⁶² *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion, S. 180 f.

⁶³ *iMusician*, SAMPLING, Teil 1, imusician.pro/de/ressourcen/blog/sampling-technologie-und-auswirkungen-teil-1, zul. abgerufen am 07.06.2023.

⁶⁴ *iMusician*, SAMPLING, Teil 1, imusician.pro/de/ressourcen/blog/sampling-technologie-und-auswirkungen-teil-1, zul. abgerufen am 07.06.2023.

⁶⁵ *Baroni*, Sound Marks, S. 194; *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion S. 143.

bekamen durch den Rap eine Stimme und wurden sichtbar, so der Musikproduzent *Moses Pelham*. Laut dem deutschen Rapper *D-Flame* war der Hip-Hop der „Lebensretter für Immigranten“. Mitte der 1990er-Jahre zeigte *Sabrina Setlur* mit Hilfe ihres Produzenten *Moses Pelham*, dass auch Frauen durch den Rap ihre Meinung äußern konnten. Der deutsche Musiker *Chima* beschreibt sie deshalb als „Ikone der Musikgeschichte“. ⁶⁶

Die Band „Die Fantastischen Vier“ sorgte schließlich mit ihren kommerziellen Titeln, wie „Die Da!?!“ und „Sie ist weg“, endgültig für die Aufnahme des deutschen Hip-Hops (sog. Deutschrapp) in die deutsche Medienwelt. ⁶⁷

Anfang der 2000er-Jahre wurde der Deutschrapp jedoch zunehmend aufgrund seiner Aggressivität und Belanglosigkeit unbeliebt, es verkauften sich weniger Platten und Musiklabels wurden aufgelöst. ⁶⁸ Erst ab etwa dem Jahr 2010 lebte der Deutschrapp wieder auf.

2. Der technische Vorgang des Samplings

Beim Sampling werden Töne entnommen und in andere Musikstücke übernommen. In diesem Prozess können sie umgeformt werden. Bei der dazu genutzten Software, dem sog. Sampler, werden die Klänge gespeichert. ⁶⁹ Es können sowohl musikalische oder instrumentale als auch nicht-

⁶⁶ Dichtung und Wahrheit – Wie Hip Hop nach Deutschland kam, hr Dokumentation, Teil 1–4, www.ardmediathek.de/sendung/dichtung-und-wahrheit-wie-hip-hop-nach-deutschland-kam/staffel-1/Y3JpZDovL2hyLW9ubGluZS8zODIyMDE0NA/1, zul. abgerufen am 10.03.2023.

⁶⁷ Dichtung und Wahrheit – Wie Hip Hop nach Deutschland kam, hr Dokumentation, Teil 1–4, www.ardmediathek.de/sendung/dichtung-und-wahrheit-wie-hip-hop-nach-deutschland-kam/staffel-1/Y3JpZDovL2hyLW9ubGluZS8zODIyMDE0NA/1, zul. abgerufen am 10.03.2023.

⁶⁸ Dichtung und Wahrheit – Wie Hip Hop nach Deutschland kam, hr Dokumentation, Teil 1–4, www.ardmediathek.de/sendung/dichtung-und-wahrheit-wie-hip-hop-nach-deutschland-kam/staffel-1/Y3JpZDovL2hyLW9ubGluZS8zODIyMDE0NA/1, zul. abgerufen am 10.03.2023.

⁶⁹ *Ernst*, Urheberrecht, S. 84 f.; *Salagean*, Sampling, S. 20 f.; es gibt auch Hardware-Sampler, das Prinzip ist aber das gleiche wie beim Software-Sampler.

instrumentale Töne, wie z. B. Geräusche in der Natur, gesampelt werden.⁷⁰

Im Folgenden wird der technische Vorgang des Samplings erklärt.

Der erste Schritt beim Sampling liegt darin, aus bereits aufgenommenem Audiomaterial einen Teil zu entnehmen bzw. herauszukopieren. Meist wird ein Sample dann auf eine Klaviatur übertragen, das durch Drücken der Klaviertaste C3 („root key“) in seiner Ursprungsform wiedergegeben werden kann. Durch Spielen höherer oder tieferer Tasten kann das Sample in veränderter Tonhöhe („pitch“) und Geschwindigkeit („Tempo“) abgespielt werden.⁷¹ Mithilfe des sog. „Audiowarp“ kann ein Sample beim Spielen höherer oder tieferer Tasten im Vergleich zum root key C3 seine Tonhöhe beibehalten, ohne die Geschwindigkeit zu verändern. Je nach verwendetem Softwareprogramm führt dies jedoch zu einer schlechteren Audioqualität.⁷² Auch wenn zu wenige Töne aufgenommen werden, können die digital erstellten Töne künstlich oder unausgewogen klingen.⁷³

Es können auch mehrere Samples auf verschiedene Tasten „geroutet“ werden. Häufig wird hierfür ein elektronisches Drum- bzw. Sample-Pad verwendet, wo sich auf verschiedenen Pads verschiedene Samples, meist die Komponenten eines akustischen Schlagzeugs wie eine Kick- oder Snare-Drum, Toms und Hi-Hats, befinden.⁷⁴

Nach dem darauffolgenden „Tagging“, der Beschriftung der Samples, kann die Qualität des gespeicherten Musters durch Beseitigung eines etwaigen

⁷⁰ Ernst, Urheberrecht, S. 84; *iMusician*, SAMPLING, Teil 2, imusician.pro/de/ressourcen/blog/sampling-technologie-und-auswirkungen-teil-2, zul. abgerufen am 07.06.2023; Wegener, Sound Sampling, S. 15.

⁷¹ Ernst, Urheberrecht, S. 84 f.; Louis, www.bonedo.de/artikel/einzelansicht/diy-instrumente-absamplen.html, zul. abgerufen am 07.06.2023; Hobby-Produzent Robert Münster im Interview mit der Verfasserin vom 22.01.2019.

⁷² Hobby-Produzent Robert Münster im Interview mit der Verfasserin vom 22.01.2019.

⁷³ Louis, www.bonedo.de/artikel/einzelansicht/diy-instrumente-absamplen.html, zul. abgerufen am 07.06.2023; *iMusician*, SAMPLING, Teil 1, imusician.pro/de/ressourcen/blog/sampling-technologie-und-auswirkungen-teil-1, zul. abgerufen am 07.06.2023.

⁷⁴ Hobby-Produzent Robert Münster im Interview mit der Verfasserin vom 22.01.2019.

Rauschens verbessert werden. Dieser Vorgang wird „Denoising“ genannt.⁷⁵ Der Sampler kann die Töne anschließend wiedergeben.

Der technisch äußerst komplizierte Vorgang des Samplings setzt einen analytischen Umgang mit dem Material voraus. Töne und Klänge werden dekonstruiert und neu kombiniert. Das Unterlegen eines Liedes mit der endlosen Wiederholung einer bestimmten Tonfolge wird, wie bereits erläutert, als Loop bezeichnet.⁷⁶ Bei der Veränderung von Klängen gibt es zahlreiche weitere Möglichkeiten: Das „Pitchen“ (Änderung der Tonhöhe), der „Reverse-Sample“ (rückwärts Abspielen) und das „Stretchen“ (Dehnen) von Tönen sind nur einige davon.⁷⁷ Außerdem kann das Sample im Rahmen der Einbettung in das Gesamtprojekt mit weiteren Effekten bearbeitet werden (z. B. mit Equalizern oder Hallgeräten). Dies verändert den Sound abermals.

Neben dem Sampler gibt es noch den Sample-Player, der keine Möglichkeit hat, Töne selbst aufzunehmen, sondern diese nur wiedergibt. Ein Sample-Player besitzt eine sogenannte Sample-Library, aus der bereits fertige Samples entnommen und abgespielt werden. So entsteht die Möglichkeit, Sample-basierte, virtuelle Instrumente computergesteuert über sogenannte „Master-Keyboards“ abzuspielen. Ein bekannter softwarebasierter Sample-Player ist z.B. „Kontakt“ des Berliner Unternehmens „Native Instruments“.⁷⁸

⁷⁵ *Louis*, www.bonedo.de/artikel/einzelansicht/diy-instrumente-absamplen.html, zul. abgerufen am 07.06.2023.

⁷⁶ *Duhanic*, GRUR Int. 2016, 1007, 1009; *Essl*, essl.at/bibliogr/musiklexikon-sample.html, zul. abgerufen am 07.06.2023; *Louis*, www.bonedo.de/artikel/einzelansicht/diy-instrumente-absamplen.html, zul. abgerufen am 07.06.2023; *Müller*, ZUM 1999, 555; *iMusician*, SAMPLING, Teil 1, imusician.pro/de/ressourcen/blog/sampling-technologie-und-auswirkungen-teil-1, zul. abgerufen am 07.06.2023; *Wegerle*, blog.landr.com/de/4-sampling-mythen/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

⁷⁷ Hobby-Produzent *Robert Münster* im Interview mit der Verfasserin vom 22.01.2019.

⁷⁸ Hobby-Produzent *Robert Münster* im Interview mit der Verfasserin vom 22.01.2019; www.native-instruments.com/de/products/komplete/samplers/kontakt-7/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

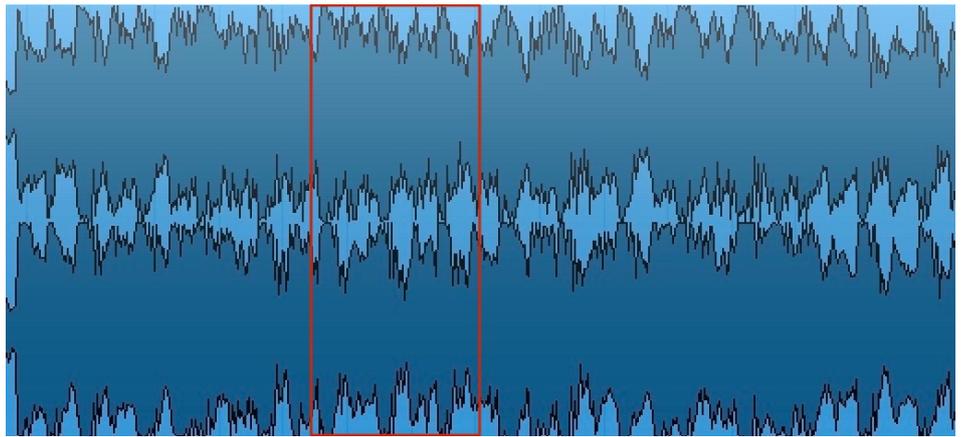


Eigens für diese Arbeit erstellter Screenshot von „Noire“, ein virtuelles, samplebasiertes Instrument im „Kontakt“-Sampler.

Für die Erstellung eines Songs muss das im Sampler abgespielte und veränderte Sample aufgenommen werden, sofern es nicht bereits im Sample-Player enthalten ist (so bei „Kontakt“). Dies geschieht in einem Sequenzer, einer Hard- oder Software für die Aufnahme von Audiomaterial. Heutzutage sind Sampler und Sequenzer als Software erhältlich. Anders als bei den früheren Hardware-Samplern können Samples so sichtbar gemacht werden (s. folgende Abbildung).⁷⁹ Mittlerweile sind für die Musikproduktion vor allem diese Software basierten Sequenzer, auch Digital Audio Workstation („DAW“) genannt, gängig. Bekannte DAWs sind beispielsweise „Pro Tools“, „Ableton Live“, „Logic Pro“ und „Cubase“. Der „Akai MPC“ ist ein noch heute verwendeter, Hardware basierter Sequenzer, der gleichzeitig auch ein Sampler und Sample-Player ist.⁸⁰

⁷⁹ vgl. *Fischer*, *Sampling in der Musikproduktion*, S. 144 f.

⁸⁰ Hobby-Produzent *Robert Münster* im Interview mit der Verfasserin vom 22.01.2019.



Eigens für diese Arbeit von Hobby-Produzent *Robert Münster* erstellte Darstellung eines Samples (rotes Rechteck), wie er in digitaler Form auf dem Bildschirm angezeigt wird.

3. Heutige Bedeutung des Samplings in der Musik

Der digitale Sampler war für die Musikwelt revolutionär.⁸¹ Neben den Vorteilen, die seine Portabilität mit sich bringt, eröffnet er unerschöpfliche Möglichkeiten virtueller Instrumentation, sodass gleich mehrere Musiker oder sogar ein ganzes Orchester ersetzt werden können.⁸² Außerdem kann jede Klangquelle digitalisiert und verfremdet werden.⁸³

Dank der Technik des Samplings können heute auch (Hobby-)Produzenten ohne professionelles Studio, hohe Investitionen und sogar ohne Instrumentenkenntnisse Songs herstellen und dank internetbasierten Musikvermarktungsplattformen auch vermarkten.⁸⁴ Die digitale Technik hat neue Formen von Kreativität ermöglicht. Ohne Sampling wären für die Musikproduktion stets Musiker mit den realen, analogen Instrumenten nötig, die die erwünschte Intonation finden müssten. Dank Sampling kann aber auch Musik

⁸¹ *Duhanic*, GRUR Int. 2016, 1007, 1008; *Salagean*, Sampling, S. 21.

⁸² *Ernst*, Urheberrecht, S. 85 f.; *iMusician*, SAMPLING, Teil 2, imusician.pro/de/ressourcen/blog/sampling-technologie-und-auswirkungen-teil-2, zul. abgerufen am 07.06.2023.

⁸³ *iMusician*, SAMPLING, Teil 2, imusician.pro/de/ressourcen/blog/sampling-technologie-und-auswirkungen-teil-2, zul. abgerufen am 07.06.2023.

⁸⁴ *Beaucamp/Schrör*, Low-Budget Musiker:innen, in: *Tipping Points*, S.178; *Harkins*, Appropriation, S. 14.

produziert werden, ohne dass ein klassisches Instrument (mit Ausnahme des Samplers) gespielt oder Noten gelesen werden müssten. Kreativität kann allein mit Hilfe von Sampling und moderner Technik ausgedrückt und zu Gehör gebracht werden.⁸⁵

Diese Möglichkeiten sind in einer Zeit, in der die Konsumgesellschaft ständig etwas Neues hören möchte, besonders wichtig. Auf Streaming-Diensten wie *Spotify* oder *Apple Music* kann zwischen Millionen von Songs gewählt werden. Ein so breites Konsum-Angebot ist insbesondere in der Musik möglich, weil die Titel zu Hause gleichermaßen wiedergegeben werden können, wie die Aufnahme im Original klingt und es sich nicht lediglich um eine ggf. andersklingende Kopie handelt (wie das etwa bei der Abbildung von Gemälden der Fall wäre). Gerade deshalb sind die digitalen Techniken der Musikindustrie so wichtig – mit ihrer Hilfe kann ein Song mit möglichst geringem Zeit- und Ressourcenaufwand produziert werden und damit eine Massenproduktion von Songs ermöglicht werden.⁸⁶ Da Streaming-Dienste sowie andere Portale, z. B. *YouTube*, *Instagram* und *TikTok*, nicht nur professionellen Musikern vorbehalten sind, können auch Songs, die nicht in professionellen Tonstudios aufgenommen wurden, dort vermarktet werden.

Dabei ist jedoch eine Beherrschung der digitalen Technik durch den Produzenten erforderlich. Zusätzlich muss er sich geistig mit den bestehenden Klängen auseinandersetzen und sich ihre musikalische Komponente zu eigen machen.⁸⁷ Die Kunst besteht darin, besondere und/oder den Vorstellungen des Produzenten entsprechende Tonsequenzen bestehender Stücke zu finden und in ein neues Stück einzubauen oder Klänge mithilfe von Samplern und Sample-Libraries zu kreieren oder zu verwenden, Sounds zu kombinieren und auszubalancieren. Der Sampler dient dabei als eigenes Instru-

⁸⁵ *Baroni*, *Sound Marks*, S. 193; *Harkins*, *Appropriation*, S. 12, 14.

⁸⁶ Hobby-Produzent *Robert Münster* im Interview mit der Verfasserin vom 22.01.2019.

⁸⁷ *Podszun*, *ZUM* 2016, 606, 608; *Wegerle*, blog.landr.com/de/4-sampling-mythen/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

ment.⁸⁸ Als kompositorisches Werkzeug bietet er die Möglichkeit, mit Effekten, Filtern und anderen, dem Synthesizer ähnlichen Prozessen zu arbeiten, sodass das Original verändert werden kann.⁸⁹ Dies ermöglicht die Produktion von Liedern, ohne dass die Beherrschung eines klassischen Instruments erforderlich ist. Allein durch die Bedienung des Samplers können professionelle Songs produziert werden. Insbesondere in der zeitgenössischen Rap- und Hip-Hop-Szene wird zu großen Teilen mit Samples gearbeitet.

Zu beachten ist, dass es dabei nicht in erster Linie darum geht, sich den Aufwand eigener Produktion zu ersparen. Zweck der neuen digitalen Techniken ist u. a. der Transfer vorhandener Klänge in einen neuen Kontext, um zeitgleich mit der Vertrautheit und Überraschung der Hörer zu spielen.⁹⁰ Die Technik, etwas Bestehendes wiederzuverwenden und damit Neues zu erschaffen, beruht auf dem Gedanken, kulturelles Erbgut in neuen Kreationen weiterleben zu lassen.⁹¹

Der wohl am häufigsten genutzte Sample stammt aus dem Lied „Amen Brother“ von *The Winstons* aus dem Jahre 1969. Die sechssekündige Sequenz, bekannt unter dem Namen „Amen Break“, wurde insgesamt bereits über 6.000-mal übernommen bzw. in überarbeiteter Form gesampelt (Stand: Juni 2023). Auch heute wird das Sample noch genutzt, z. B. in dem bekann-

⁸⁸ Bundesrechtsanwaltskammer in BVerfGE 142, 74 Rn. 39; *Ernst*, Urheberrecht, S. 86; *Harkins*, Appropriation, S. 7; Hobby-Produzent *Robert Münster* im Interview mit der Verfasserin vom 22.01.2019; *Salagean*, Sampling, S. 23 f.; vgl. *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748 f.

⁸⁹ *Harkins*, Appropriation, S. 14.

⁹⁰ *Janisch*, Kunstfreiheit, die Große Unbekannte, www.sueddeutsche.de/kultur/europaeisches-recht-und-pop-kunstfreiheit-die-grosse-unbekannte-1.4035768, zul. abgerufen am 07.06.2022.

⁹¹ *Duhanic*, GRUR Int. 2016, 1007, 1008; *iMusician*, SAMPLING, Teil 2, imusician.pro/de/ressourcen/blog/sampling-technologie-und-auswirkungen-teil-2, zul. abgerufen am 07.06.2023.

ten Song „No Money“ von *Galantis*, welcher es im Jahr 2016 in die deutschen Charts schaffte.⁹²

Sampling führt demnach dazu, dass Musik nicht vergessen wird.⁹³ So ist es fraglich, ob sich heute noch jemand an *The Winston's* „Amen Brother“ erinnern könnte, wenn das Sample „Amen Break“ nicht immer noch genutzt würde oder ob der kommerzielle Erfolg der Band *Kraftwerk* so hoch wäre, wenn ihre besondere Art der Musikerzeugung nicht heute noch dem Sampling dienen würde. Durch Sampling können musikalische Bezüge hergestellt werden, sodass der Hörer in eine bestimmte Zeit zurückversetzt wird oder Erinnerungen hervorgerufen werden, weil mit bestimmten Zeiten bestimmte Sounds assoziiert werden, auch wenn der Hörer die verwendete Aufnahme gar nicht kennt. Die Wertigkeit des Samples setzt sich dabei zum einen aus seiner eigenen, ihm innewohnenden Qualität und zum anderen aus der von ihm hergestellten kulturellen Referenz zusammen. Aufgrund dessen ist es gerade nicht ausreichend, den Sound selbst einzuspielen, sondern das Originalsample zu verwenden.⁹⁴

Andererseits kann Sampling auch rein tongestalterischen Zwecken dienen. Der Original-Sound wird häufig irrelevant und ist auch bei genauem Zuhören kaum noch wiederzuerkennen.⁹⁵ Einzigartige Fragmente von Aufnahmen anderer Künstler, die nicht oder nur sehr aufwendig selbst aufgenommen werden könnten, werden verwendet, um „neue Farben und Schattierungen zu kreieren“⁹⁶ und u.U. aus diesen Fragmenten ein ganzes Lied zu produzieren.⁹⁷ Viele Sounds werden genau wegen ihrer inhärent unverwechselbaren Qualität gesampelt, und diese einzigartigen Sounds werden oft als

⁹² WhoSampled, www.whosampled.com/The-Winstons/Amen,-Brother/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

⁹³ Hobby-Produzent *Robert Münster* im Interview mit der Verfasserin vom 22.01.2019; *Wagner*, MMR 2016, 513, 514.

⁹⁴ *McLeod, DiCola*, Creative License, S. 98–101.

⁹⁵ *Harkins*, Appropriation, S. 9.

⁹⁶ *Harkins*, Appropriation, S. 14.

⁹⁷ *Baroni*, Sound Marks, S. 194; *Harkins*, Appropriation, S. 14.

„Aufhänger“ für einen neuen Song verwendet.⁹⁸ Die Notwendigkeit der Lizenzierung von Samples könnte diese kreative Entwicklung einfrieren.⁹⁹

Fischer differenziert zwischen drei Arten des Samplings, deren Übergang jeweils fließend ist. Die erste Art, die er „eineindeutige [sic] Referentialität“ nennt, lässt das genutzte Werk erkennen und zeichnet sich durch die Kreativität der Kombination aus. Zu dieser Art zählt z. B. das Mashup. Dabei werden wenig bis gar nicht bearbeitete, große Ausschnitte oft gegenteiliger Musikstücke kombiniert, um eine Art Irritation beim Zuhörer zu bewirken.¹⁰⁰ Es soll eine „maximale Transformation bei minimaler Manipulation“ erreicht werden.¹⁰¹ Die zweite Art, die sog. „eindeutige Referentialität“, lässt zwar erkennen, dass es sich um ein Sample handelt, jedoch nicht dessen Ursprung oder die Art der Transformation. Diese Technik prägt das Genre des Hip-Hops: „Die Entdeckung unbekannter, obskurer, rarer oder anderweitig als originell empfundener Samples wird zu einer kreativen Praxis.“¹⁰² Die hier verwendeten Samples sind wenige Sekunden bis mehrere Takte lang. Bei der von *Fischer* als „uneindeutige [sic] Referentialität“ bezeichneten, dritten Art ist maximal eine Anspielung auf das Original zu erkennen. Zudem wird hier durch Variationen innerhalb des neuen Stücks eine interne Referenz produziert. Uneindeutige Samples werden z. B. im Techno, Dub oder House eingesetzt. Die Samples bestehen aus sehr kurzen Klangfetzen unter einer Sekunde und werden meist instrumental eingesetzt. Dabei können aber auch Samples aus einer Gesangsspur verwendet und entfremdet werden und innerhalb eines Loops als Sounds eingesetzt werden.¹⁰³ Das Sample, welches in dem Titel "Nur mir" aus dem in dieser Arbeit untersuchten „Metall auf Metall“-Verfahren verwendet wird, ordnet *Fischer* zwischen der eindeutigen und der uneindeutigen Referentialität ein. Es ist rhythmisch-perkussiv und nur zwei Sekunden lang, gleichzeitig aber relativ

⁹⁸ *Baroni*, Sound Marks, S. 202.

⁹⁹ *McLeod, DiCola*, Creative License, S. 98.

¹⁰⁰ *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion, S. 53 f.

¹⁰¹ *Döhl*, Mashup in der Musik, S. 324.

¹⁰² *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion, S. 55.

¹⁰³ *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion, S. 55–57 f.

bekannt, da schon einige Male verwendet und nach Auffassung *Fischers* auch noch erkennbar, da nur geringfügig verändert. Zudem komme ihm im gesamten Lied nur eine untergeordnete Rolle zu.¹⁰⁴

Heute sind neue Techniken wie das Sampling als Kunstformen von der Gesellschaft anerkannt.¹⁰⁵ Durch diese weite Interpretation des Kunstbegriffs wird Kreativität und Originalität gefördert. In der Gesellschaft hat sich eine Remix-Kultur herausgebildet (wobei Remix dabei im weiteren Sinne als jede Verwendung bereits bestehender Werke verstanden wird), in der Sampling eine gängige Praxis geworden ist.¹⁰⁶ Dies gilt sowohl für professionelle als auch für Hobby-Produktionen.¹⁰⁷ Die Musikindustrie ist vom Rückgriff auf bestehendes Material abhängig und zahlreiche Aufnahmen in der Pop-Musik beinhalten Samples.¹⁰⁸ Nur einige Beispiele davon sind „Love Again“ von *Dua Lipa* (Sample aus „My Woman“ von *Lew Stone & the Monseigneur Band* feat. *Al Bowlly*), „I Wonder“ von *Kanye West* (Samples aus „My Song“ von *Labi Siffre* und „2Pac“ von *Ambitionz Az a Ridah*), „Poker Face“ von *Lady Gaga* (Sample aus „Ma Baker“ von *Boney M.*) und „Miracle“ von *Calvin Harris* und *Ellie Goulding* (Sample aus „The Worm“ von *Jimmy McGriff*).¹⁰⁹

¹⁰⁴ *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion, S. 59.

¹⁰⁵ vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführer in BVerfGE 142, 74 Rn. 26; *Grossmann*, Popmusicology, S. 127; Rapper und Anwalt *Sebastian Möllmann* im Interview mit Spiegel Online, *Giammarco*, www.spiegel.de/kultur/musik/moses-pelham-erstreitet-recht-auf-samplen-experteninterview-a-1095111.html, zul. abgerufen am 07.06.2023.; *Müller*, www.spiegel.de/kultur/musik/100-jahre-copyright-im-haus-der-kulturen-der-welt-hkw-in-berlin-a-1234279.html, zul. abgerufen am 07.06.2023; *Pelham* im Interview mit Spiegel Online, *Hipp*, www.spiegel.de/kultur/musik/bundesverfassungsgericht-moses-pelham-gegen-kraftwerk-a-1064607.html, zul. abgerufen am 07.06.2023.

¹⁰⁶ *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion, S. 51; *Duhanic*, GRUR Int. 2016, 1007, 1008 f.

¹⁰⁷ *Beaucamp/Schrör*, Low-Budget Musiker:innen, in: Tipping Points, S.177.

¹⁰⁸ *Baroni*, Sound Marks, S. 192; *Peifer*, Appropriation und Fan Art, S. 101; *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675 f.

¹⁰⁹ www.whosampled.com/hot-samples/, zuletzt abgerufen am 13.06.2023.

Auch dem Remix (im engeren Sinne, das heißt ein Titel mit umfangreichen Übernahmen aus einem bereits bestehenden Titel) liegt das Sampling zugrunde. Der Remixer transformiert fremde Originale und ist damit zeitgleich Konsument und Hersteller. Im Vergleich zum Sampling lediglich einzelner Tonsequenzen kommt es hier allerdings zu einem erhöhten Umfang an Übernahmen und das Original bleibt in der Regel erkennbar.¹¹⁰ Das Alte wird weder vollständig überwunden noch negiert, sondern es entsteht eine Verbindung zwischen neu und alt, durch die eine gewünschte Spannung bzw. Gegensätzlichkeit entsteht.¹¹¹

Insbesondere das Genre des Hip-Hops ist von der Technik des Samplings abhängig – ohne Sampling würde Hip-Hop nicht existieren.¹¹² Es versteht Musik als ein digitales Produkt der Kultur und übermittelt Gedanken auf digitale Weise. Charakteristisch für den Hip-Hop ist insbesondere der Kontrast, der durch die Anlehnung an ältere Werke aus anderen Stilrichtungen entsteht.¹¹³ So hat sich auch *Moses Pelham*, der Produzent des Songs „Nur mir“, mit vorhandenem Material auseinandergesetzt und es weiterentwickelt:¹¹⁴ Die Entnahme musikalischen Materials aus anderen Tonaufnahmen im Wege des Samplings und die Gestaltung einer individualisierten Medienmontage seien Teil der Musikkultur des Hip-Hop, für die entscheidend sei, dass direkt auf phonographische Ursprungsdokumente zurückgegriffen werde und die übernommenen Passagen nicht nur nachgebaut seien.¹¹⁵

In den letzten Jahren hat auch der deutsche Hip-Hop einen Aufschwung erlebt. Im Jahre 2010 erschien das erste Album des Rappers *Haftbefehl*, durch das der sog. „Gangsta-Rap“ einen neuen Hype in Deutschland er-

¹¹⁰ *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675.

¹¹¹ *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion, S. 51 f.

¹¹² *Baroni*, The sound marks the song, S. 194; *Duhanic*, GRUR Int. 2016, 1007, 1009; *Müller*, ZUM 1999, 555; *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748, 749; *Wagner*, MMR 2016, 513.

¹¹³ *Podszun*, ZUM 2016, 606, 608; *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748, 749.

¹¹⁴ *Podszun*, ZUM 2016, 606, 608.

¹¹⁵ BVerfGE 142, 74 Rn. 26.

reichte.¹¹⁶ Kurz darauf verbreitete sich das vom Deutschraper *CRO* ins Netz gestellte Musikvideo des Titels „Easy“ in Deutschland rasend. Heute hat es 68 Millionen Aufrufe auf *YouTube* und über 96 Millionen Aufrufe auf *Spotify* (Stand: Juni 2023). Auch die Rapper *Bushido*, *Sido*, *Marteria*, *Kollegah* und *Azad* wurden zu dieser Zeit bekannt. Zwar waren Nummer-1-Hits vor dem Jahre 2017 noch eine Seltenheit im Deutschrapp, ab dem Jahre 2011 landeten Deutschrapp-Alben aber regelmäßig in den deutschen Charts. Allein im Jahr 2018 gab es 14 Nummer-1-Hits, davon sieben von dem Rapper *Capital Bra*.¹¹⁷ Künstler wie *Capital Bra*, *RAF Camora*, *Kollegah*, *Kontra K*, *Kollegah*, *Shirin David*, *KC Rebell*, *Apache 207*, *Sido*, *Loredana*, *Luciano*, *Gzuz*, *Bausa*, *Bonez MC*, *Mero*, *Samra*, *Eno*, *Farid Bang* und *Alligatoah* erobern mit ihren Singles laufend die Charts. Deutschrapp ist nach langer Zeit wieder „Mainstream“ geworden. Beispiele, bei denen diese Künstler mit Samples berühmter älterer Songs gearbeitet haben, sind „Kokain“ von *Bonez MC*, *RAF Camora* und *Gzuz* (2018), die „Be My Lover“ von *La Bouche* (1995) gesampelt haben¹¹⁸ und „Oder Nicht“ von *Kontra K* (2018), der „My Woman“ von *Lew Stone & the Monseigneur Band* und *Al Bowlly* (1932) gesampelt hat.¹¹⁹

Dabei ist Sampling nicht mit der heute bei Künstlern ebenfalls sehr beliebten Interpolation zu verwechseln. Die Interpolation ist ebenfalls eine Möglichkeit, einen älteren Song zu benutzen und neu zu „verpacken“, anders als beim Sampling wird jedoch nicht die Aufnahme selbst benutzt, sondern die Komposition oder die Melodie eines Titels. Interpolation kann dabei plaka-

¹¹⁶ Dichtung und Wahrheit – Wie Hip Hop nach Deutschland kam, hr Dokumentation, Teil 1–4, www.ardmediathek.de/sendung/dichtung-und-wahrheit-wie-hip-hop-nach-deutschland-kam/staffel-1/Y3JpZDovL2hyLW9ubGluZS8zODIyMDE0NA/1, zul. abgerufen am 12.05.2022.

¹¹⁷ *Herzog*, hiphop.de/magazin/hintergrund/deutschraps-aufstieg-eine-geschichte-in-nummer-1-hits-318405, zul. abgerufen am 07.06.2023.

¹¹⁸ www.whosampled.com/sample/595624/Bonez-MC-RAF-Camora-Gzuz-Kokain-La-Bouche-Be-My-Lover/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

¹¹⁹ www.whosampled.com/sample/567933/Kontra-K-Oder-Nicht-Lew-Stone-%26-the-Monseigneur-Band-Al-Bowlly-My-Woman/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

tiv als Hommage eingesetzt werden oder einfach den Wiedererkennungswert älterer, erfolgreicher Titel nutzen. „Große Musikkonzerne sitzen auf einem Schatz von Klassikern die auf ihren zweiten Frühling warten und auch Newcomern zu einer ersten Aufmerksamkeit verhelfen können.“¹²⁰ Ein Beispiel dafür ist der Titel „Cold Heart – PNAU Remix“ von *Elton John*, *Dua Lipa* und *PNAU* (2021), eine Kombination aus vier älteren Hits von *Elton John* („Sacrifice“, „Rocket Man“, „Kiss the Bride“ und „Where’s the Shoorah?“)¹²¹. Weitere Beispiele für Interpolationen sind „Du Liebst Mich Nicht“ von *Ado Kojo* und *Shirin David* (2015), (Interpolation von „Du Liebst Mich Nicht“ von *Sabrina Setlur* (1997))¹²², „Beautiful Girl“ von *Luciano* (2022) (Interpolation von „Beautiful Girls“ von *Sean Kingston* (2007))¹²³ und „Blaues Licht“ von *RAF Camora* und *Bonez MC* (2021) (Interpolation von „Blue (Da Ba Dee)“ von *Eiffel 65* (1998))¹²⁴.

III. Möglichkeiten und Hürden bei der Lizenzierung von Samples

Nicht nur die künstlerische Technik, sondern auch deren Verwertungsmöglichkeiten haben sich aufgrund der häufigen Nutzung von Samples weiterentwickelt. Die Einnahmen durch die Vergabe von Sample-Nutzungsrechten können für die Rechtsinhaber an den Ausgangswerken möglicherweise eine erhebliche Rolle für die Finanzierung neuer Produktionen spielen.¹²⁵

Zu beachten ist unterdessen, dass die Übernahme des „Hooks“, also einer charakteristischen Sequenz des verwendeten Werks, für den gesampelten

¹²⁰ Tracks – Das große Recycling-Geschäft im Pop, arte Dokumentation, www.arte.tv/de/videos/106757-005-A/tracks/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

¹²¹ Tracks – Das große Recycling-Geschäft im Pop, arte Dokumentation, www.arte.tv/de/videos/106757-005-A/tracks/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

¹²² www.whosampled.com/sample/688884/Ado-Kojo-Shirin-David-Du-Liebst-Mich-Nicht-Sabrina-Setlur-Du-Liebst-Mich-Nicht/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

¹²³ [www.whosampled.com/sample/937864/Luciano-\(German-Rapper\)-Beautiful-Girl-Sean-Kingston-Beautiful-Girls/](http://www.whosampled.com/sample/937864/Luciano-(German-Rapper)-Beautiful-Girl-Sean-Kingston-Beautiful-Girls/), zul. abgerufen am 07.06.2023.

¹²⁴ [www.whosampled.com/sample/863196/RAF-Camora-Bonez-MC-Blaues-Licht-Eiffel-65-Blue-\(Da-Ba-Dee\)-\(DJ-Ponte-Ice-Pop-Mix\)](http://www.whosampled.com/sample/863196/RAF-Camora-Bonez-MC-Blaues-Licht-Eiffel-65-Blue-(Da-Ba-Dee)-(DJ-Ponte-Ice-Pop-Mix)), zul. abgerufen am 07.06.2023.

¹²⁵ Stellungnahme der Kläger und des Verbands unabhängiger Musikunternehmen in BVerfGE 142, 74 Rn. 46, 56.

Künstler unterschiedliche Auswirkungen haben kann. Sofern der neue Titel bei den Hörern beliebter wird als das ältere Lied und zu einer Art Ersatz für dieses wird, könnte er den Markt für den gesampelten Song negativ beeinträchtigen. Wenn sein Werk aber dadurch wieder in Erinnerung gerufen und gehört wird, profitiert er vom Sampling.¹²⁶

Ein Schutz der Inhaber der Rechte an den bestehenden Songs vor Bedrohungen der wirtschaftlichen Verwertungsmöglichkeiten könnte aufgrund dieser Erwägungen erforderlich sein.¹²⁷

Auf der anderen Seite stehen die Interessen der sampelnden Künstler, bei denen die Lizenzierung von Samples für Kosten und Komplikationen sorgt.¹²⁸ Oft verursacht das Sample-Clearing hohe Gebühren.¹²⁹ So hat der Rapper *Danny Brown* für sein Album „Atrocity Exhibition“ aus dem Jahre 2016 70.000 US-\$ Lizenzgebühren bezahlt.¹³⁰

Übliche Lizenzgebühren liegen zwischen 0,01 und 0,15 US-\$ pro Aufnahme, wobei ein genauer Wert nicht angegeben werden kann. Die exakten Lizenzgebühren für ein Sample hängen von verschiedenen Faktoren ab, wie der Länge und der Eigenart des Samples, der Bekanntheit des Songs, der Art der Nutzung und dem sampelnden Künstler. Ein und dasselbe Sample kann deshalb für unterschiedliche Verwendungen unterschiedliche Preise haben. Insbesondere die Bekanntheit des genutzten Songs spielt eine wichtige Rolle. Ziel des Samplings bekannter Musikstücke ist es, besonders charakteristische Tonsequenzen im Original (und nicht selbst nachgespielt) zu nutzen, etwa um besondere Stimmungen, Gefühle oder Erinnerungen auszudrücken

¹²⁶ *McLeod, DiCola*, Creative License, S. 90, 125.

¹²⁷ *Podszun*, ZUM 2016, 606, 610.

¹²⁸ *McLeod, DiCola*, Creative License, S. 83.

¹²⁹ *Podszun*, ZUM 2016, 606, 608.

¹³⁰ *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748, 749; *Weingarten*,

www.rollingstone.com/music/music-news/danny-brown-details-new-lp-atrocity-exhibition-252309/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

oder zu erzeugen.¹³¹ Besonders bekannte, außergewöhnliche Samples können deshalb auch besonders teuer sein.

Ebenfalls entscheidend ist, ob die Lizenz bereits vor oder erst nach der Veröffentlichung des sampelnden Titels eingeholt wird. Im letzteren Fall können höhere Lizenzsummen verlangt werden, da die Rechtsinhaber den Erfolg des Titels und damit die Zahlungsfähigkeit des Sampling-Künstlers einschätzen können¹³² und dieser außerdem bei erforderlicher Lizenzvergabe auf diese angewiesen ist. Besonders teuer kann es werden, wenn ein Titel mehrere Samples enthält und bereits sämtliche Lizenzen bis auf eine eingeholt wurden. Diese Lage könnten die Rechtsinhaber des noch nicht lizenzierten Samples ausnutzen und besonders hohe Gebühren verlangen.¹³³

Vor der Veröffentlichung des sampelnden Titels bleibt indes die Schwierigkeit, den Preis für ein Sample abzuschätzen. Samples werden erst dann als Ware wahrgenommen, wenn der interessierte Künstler die Sequenz identifiziert hat und das Sample somit losgelöst vom restlichen Werk betrachtet werden kann. Vorher ist es möglich, dass der Rechtsinhaber des Samples von dessen Wert gar nicht weiß, da es zunächst ausgewählt und genutzt werden muss, um einen eigenen wirtschaftlichen Wert zu erlangen. Weiß aber schon der Rechtsinhaber nicht von dessen Wert, ist es für den sampelnden Künstler erst recht schwierig, die Kosten für den Lizenzerwerb zu kalkulieren.¹³⁴ Durch Experten können aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung auf dem Sampling-Markt Erfahrungswerte eingeholt werden, was jedoch zur Erhöhung der Transaktionskosten führt.

Hinzu kommt, dass nicht alle Rechtsinhaber dazu bereit sind, Lizenzen zu vergeben. Andere knüpfen die Lizenzierung an bestimmte Voraussetzungen,

¹³¹ So haben beispielsweise *Rihanna* und *Drake* bei „Work“ (2016) den Song „Sail Away (Riddim)“ von *Richie Stephens* und *Mikey 2000* (1998) gesampelt, mutmaßlich um den dortigen Dancehall/90er-Jahre Vibe auch in ihrem Song zu erzeugen. Aus künstlerischen Gründen wurde der Rhythmus nicht selbst hergestellt.

[www.whosampled.com/sample/405695/Rihanna-Drake-Work-Richie-Stephens-Mikey-2000-Sail-Away-\(Riddim\)/](http://www.whosampled.com/sample/405695/Rihanna-Drake-Work-Richie-Stephens-Mikey-2000-Sail-Away-(Riddim)/), zul. abgerufen am 07.06.2023.

¹³² *McLeod, DiCola*, Creative License, S. 153 f., 169.

¹³³ *McLeod, DiCola*, Creative License, S. 169.

¹³⁴ *Hondros*, Onlinemärkte für Musiksamples, in: *Tipping Points*, S. 165.

z.B. dass das Sample nicht in Hip-Hop Songs verwendet werden darf, keine Schimpfwörter im Text fallen dürfen oder dass bestimmte Themen, wie Gewalt, Sexismus oder Rauschmittel, nicht aufgegriffen werden dürfen.¹³⁵

Zu beachten ist indes, dass die Urheber- und Leistungsschutzrechte im Rahmen des Plattenvertrages häufig an die Plattenfirmen übertragen werden, sodass diese – und nicht die Künstler – die Lizenzverhandlungen kontrollieren und einen beträchtlichen Teil der Einnahmen erhalten.¹³⁶

Des Weiteren wird je nach Länge des Samples neben der Lizenz für die Tonaufnahme auch die Lizenz für die musikalische Komposition benötigt (siehe auch D.). Im schlimmsten Fall sind die Sampling-Kosten höher als die Einnahmen durch den eigenen Song selbst. Letztendlich müssen die Künstler im Vorhinein abwägen, ob die künstlerischen und wirtschaftlichen Vorteile des Samplings die Kosten für das Sample-Clearing überwiegen.¹³⁷

Andererseits konkurrieren die Samples auf dem Markt miteinander. Sind Samples eines bestimmten Künstlers zu kostenintensiv, wird ein Musiker eher die Lizenzierung von Samples anderer Künstler anstreben, sofern diese sein mit dem Sampling erstrebtes Ziel ebenfalls erreichen.¹³⁸

Zu den Lizenzgebühren selbst treten die Transaktionskosten hinzu. Zunächst müssen die Rechtsinhaber des gesampelten Titels gefunden und kontaktiert werden. Gerade bei älteren Aufnahmen kann dies bereits ein sehr aufwendiges Verfahren sein, wenn z.B. das damalige Plattenlabel nicht mehr existiert. Da jedes Sample sowie die Rechtsinhaber, Musiker und ihre Vertreter unterschiedlich sind, muss auch für jede Lizenzierung ein einzelner Vertrag ausgehandelt werden. Deshalb ist es i.d.R. nötig, Musik-Anwälte, Manager oder sog. „Sample Clearance Houses“ (Unternehmen, die sich auf die Lizenzierung von Samples spezialisiert haben) einzuschalten. Hier spielen zudem Beziehungen zwischen den großen Musiklabels

¹³⁵ *McLeod, DiCola*, Creative License, S. 118–121; vgl. *Hondros*, Onlinemärkte für Musiksamples, in: *Tipping Points*, S. 163.

¹³⁶ *McLeod, DiCola*, Creative License, S. 80–82.

¹³⁷ *McLeod, DiCola*, Creative License, S. 196, 210.

¹³⁸ *McLeod, DiCola*, Creative License, S. 125, 162.

(sog. „Major-Labels“) eine wichtige Rolle, da diese an der gegenseitigen Vergabe von Lizenzen interessiert sind.¹³⁹

Für kleinere Labels und insbesondere für Hobby-Künstler ist es mangels entsprechender Rechtskenntnisse, Beziehungen zu Musiklabels und entsprechendem Aufwand schwierig, die Lizenzen für Samples zu erwerben. Auch die Kosten für die Lizenzierung einschließlich Transaktionskosten können ohne vorausgegangenen kommerziellen Erfolg von Hobby-Künstlern kaum getragen werden.¹⁴⁰

Aufgrund dieser Entwicklungen ist ein weiterer Markt für Samples entstanden: Es gibt ganze Sampling-Bibliotheken, in denen Samples bzw. Sample-Packs online erworben werden können.¹⁴¹ Dort werden Samples speziell für die Nutzung durch den Produzenten teilweise frei oder kostengünstig angeboten. Sogar Sample-Packs von namenhaften Musikern können dort erworben werden.¹⁴² Es gibt tausende vorgefertigte Samples, die digital erhältlich und mit Lizenzen ausgestattet sind.¹⁴³ Firmen wie *Prime Loops* sind eigens auf den Verkauf von Samples spezialisiert. Auch Abonnements sind möglich, z. B. bei *Splice* für ca. 10,00 US-\$ monatlich. Dort können vom Abonnenten monatlich eine bestimmte Anzahl von selbst ausgewählten Samples heruntergeladen und dauerhaft genutzt werden. Es handelt sich dabei aber nicht um Samples aus bestehenden Songs, sondern um sog. eigens für das

¹³⁹ *McLeod, DiCola*, Creative License, S. 149 f., 155, 164 f.

¹⁴⁰ *Beaucamp/Schrör*, Low Budget Musiker:innen, in: Tipping Points, S. 182; *McLeod, DiCola*, Creative License, S. 168, 173.

¹⁴¹ *Hoeren*, GRUR 1989, 11; *iMusician*, SAMPLING, Teil 2, imusician.pro/de/ressourcen/blog/sampling-technologie-und-auswirkungen-teil-2, zul. abgerufen am 07.06.2023.

¹⁴² *Levy*, imusician.pro/de/ressourcen/blog/wie-du-rechtlich-sicher-samples-fur-deine-musik-verwendest#:~:text=Schlie%C3%9F%20eine%20Vereinbarung,deine%20Musik%20nicht%20gut%20finden., zul. abgerufen am 07.06.2023; *Louis*, www.bonedo.de/artikel/einzelansicht/diy-instrumente-absamplen.html, zul. abgerufen am 07.06.2023; *Wegerle*, blog.landr.com/de/4-sampling-mythen/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

¹⁴³ *Hondros*, Onlinemärkte für Musiksamples, in: Tipping Points, S. 162.

Sampling vorgefertigte Drum-, Synth- oder Vocalsamples. Auf anderen Plattformen wiederum werden Samples gratis unter den Nutzern getauscht, so z. B. bei *Looperman* oder *Sampleswap*.

Der besondere Online-Shop *Tracklib* ermöglicht es, das „Diggin’ in the Craves“ online durchzuführen. Auf der Website können Lieder angehört und nach Samples durchsucht werden: „*Tracklib* is a subscription service for musicians, producers, and artists who want to sample real music.“ („*Tracklib* ist ein Abo-Service für Musiker, Produzenten und Künstler, die echte Musik sampeln wollen.“)¹⁴⁴ Anders als bei *Splice* können auf *Tracklib* Samples aus bestehenden Songs erworben werden. Für den Lizenzerwerb an den Samples wird dabei zwischen drei Kategorien differenziert, für die jeweils eine feste Gebühr sowie eine Umsatzbeteiligung berechnet wird, wobei sich letztere zusätzlich nach der Länge des Samples misst.¹⁴⁵ Anders als das originäre „Diggin’ in the Craves“ hat dies den Vorteil, dass die Kosten absehbar sind. *Tracklib* bezeichnet sich vielleicht deshalb selbst als „crate-digger’s paradise“.¹⁴⁶

Der Soziologe und Theaterwissenschaftler *Hondros* führt diesbezüglich aus, dass der Unterschied zwischen der Entnahme von Samples aus bestehenden Werken und dem Erwerb von Samples über Online-Plattformen darin liege, dass bei ersterer die Kreativität in der Auswahl („Diggin’ in the Craves“) und Herstellung zu sehen sei, während der Schwerpunkt der Kreativität bei letzterem in der Transformation der eigens dafür angebotenen Samples liege.¹⁴⁷ Dem ist entgegenzuhalten, dass es auch auf den Online-Märkten eine scheinbar grenzenlose Auswahl an Samples gibt und auch dort das Finden und Auswählen des passenden Samples als kreativer Akt angesehen werden kann. Das bedeutet, dass die im „Diggin’ in the Craves“ liegende Kreativität keinesfalls verloren geht, sondern auch auf Online-Märkten ein solches „Graben“ nach dem richtigen Sample erfolgen kann. Im Übrigen findet auch

¹⁴⁴ *Tracklib*, www.tracklib.com/plans/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

¹⁴⁵ *Tracklib*, www.tracklib.com/licensing/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

¹⁴⁶ *Tracklib*, www.tracklib.com/how-it-works/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

¹⁴⁷ *Hondros*, *Onlinemärkte für Musiksamples*, in: *Tipping Points*, S. 167.

bei Samples, die fremden Werken entnommen wurden, meist eine Transformation statt, die Teil des kreativen Schaffensprozesses ist.

Die dritte Möglichkeit – neben den Möglichkeiten der Nutzung von Samples aus älteren Werken sowie dem Erwerb vorgefertigter Samples – besteht darin, die Töne aus Samples selbst nachzuspielen. Zudem können Künstler ihren Song vollständig aus eigenen Samples kreieren. Dies hat den Vorteil, dass weder Rechtsunsicherheiten noch Kosten für das Sample-Clearing entstehen.¹⁴⁸ Die beim Sampling gerade angestrebte Nutzung eines bereits existierenden Sounds ist auf diesem Wege jedoch unmöglich, die Bezugnahme auf ein bestehendes Lied oder das Erwecken einer bestimmten Erinnerung deutlich schwieriger. Der kreative Prozess des „Digging in the Craves“ entfällt.

Demnach ist Sampling heute auch mit überschaubaren Kosten oder sogar kostenfrei möglich – sofern man Samples über Online-Märkte erwirbt oder selbst einspielt. Mangels entsprechender Mittel ist die Lizenzierung von Samples aus bestehenden Titeln indes jedenfalls für Hobby-Künstler kaum möglich. Gegen eine lizenzfreie Nutzung sprechen bestehende Rechtsunsicherheiten. Der Erwerb von Lizenzen und die damit zusammenhängenden Probleme können ferner den kreativen Prozess hemmen.¹⁴⁹ Dieser Status quo sollte nicht hingenommen werden und jedenfalls Rechtsunsicherheiten geklärt werden, um eine Beschränkung des kreativen Schaffens zu vermeiden.

¹⁴⁸ *Hondros*, Onlinemärkte für Musiksamples, in: *Tipping Points*, S. 162 f.

¹⁴⁹ *McLeod, DiCola*, *Creative License*, S. 214 f.

D. Urheberrechtlicher Schutz

I. Zum Werkbegriff und Urheberrechten an Musikstücken

Urheberrechtsinhaber an einem Werk in Form eines Musikstücks können Komponisten und Texter sein. Fraglich ist, ob der Werkbegriff nach § 2 UrhG durch die Rechtsprechung des EuGH vollständig harmonisiert ist. Der EuGH führt diesbezüglich an, dass das Vervielfältigungsrecht gem. Art. 2 Buchst. a RL 2001/29/EG ein geschütztes Werk voraussetzt. Deshalb fühlt das Gericht sich dazu berechtigt, einheitliche Maßstäbe für alle Werkarten zu erarbeiten.¹⁵⁰ Anders sieht es der BGH, nach dem keine vollständige Harmonisierung vorliegt, solange eine solche nicht ausdrücklich im Wege einer Richtlinie für alle Werkarten festgelegt sei.¹⁵¹ Es stellt sich zunächst die Frage, ob die Werkbegriffe des EuGH und des BGH tatsächlich unterschiedlich sind oder ob die unterschiedlichen Auffassungen faktisch keine Auswirkung haben.

Voraussetzung für das Entstehen von Urheberrechten ist nach deutschem Recht stets das Vorliegen einer persönlichen geistigen Schöpfung. Dies setzt ein gewisses Maß an Individualität des Werks voraus, auch Gestaltungshöhe genannt, welche nicht ausdrücklich im UrhG geregelt ist. Die Anforderungen an die Schutzfähigkeit von Werken fallen nach der Rechtsprechung je nach Werkart unterschiedlich aus.¹⁵² Grundsätzlich ist nach aktueller Rechtsprechung des BGH für alle Werkarten eine nicht zu geringe Gestaltungshöhe zu fordern.¹⁵³ Andererseits dürfen auch nicht zu hohe Anforderungen an die Schutzvoraussetzungen geknüpft werden, da das Urheberrecht unabhängig vom künstlerischen Wert auch durchschnittlichen Werken Schutz gewährt.¹⁵⁴ Jedenfalls bei einigen Werkarten genügt ein Minimum an Indi-

¹⁵⁰ Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 2 Rn. 15.

¹⁵¹ Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 2 Rn. 15.

¹⁵² Dreier/Schulze/Schulze, § 2 Rn. 24.

¹⁵³ BGH, GRUR 2021, 1041, 1047 Rn. 60; Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 2 Rn. 24.

¹⁵⁴ BGH, GRUR 2015, 1189, 1192 Rn. 44; Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 2 Rn. 24.

vidualität, die sog. kleine Münze, für das Erreichen des urheberrechtlichen Schutzes.¹⁵⁵

Der nach dem EuGH einheitliche europäische Werkbegriff (ohne Beschränkung auf europarechtlich harmonisierte Werkarten) fordert eine Gestaltung, die originell in Form einer eigenen persönlichen Schöpfung ist.¹⁵⁶ Daher muss die Persönlichkeit des Schöpfers im Werk zum Ausdruck kommen. Auch die europäische Rechtsprechung lässt tendenziell geringe Anforderungen an die Individualität genügen, es wird jedoch vorausgesetzt, dass der Urheber bei der Herstellung des Werks seine schöpferischen Fähigkeiten zum Ausdruck bringen konnte, indem er frei kreative Entscheidungen trifft und dem Werk dadurch seine „persönliche Note“ verleiht.¹⁵⁷ So hat der EuGH z. B. angenommen, dass einzelne Wörter an sich nicht schutzfähig sein können, Auszüge aus Sprachwerken mit einem Umfang von elf Wörtern aber durchaus. Der Schutzzumfang von Art. 2 RL 2001/29/EG sei weit auszulegen.¹⁵⁸

Der EuGH überlässt die Anwendung der von ihm aufgestellten Kriterien im Einzelfall den nationalen Gerichten, sodass immer noch Raum für die nationale Auslegung des Werkbegriffs bleibt.¹⁵⁹ Zudem gilt die vom EuGH geforderte Bedingung, dass allein technische Gegebenheiten keinen Schutz begründen können, auch nach nationaler deutscher Rechtsprechung.¹⁶⁰ Zwischen der „persönlichen geistigen Schöpfung“ und der „eigenen geistigen Schöpfung“ dürften i. E. keine Unterschiede bestehen, setzt letztere doch ebenfalls eine persönliche, d. h. individuelle Schöpfung voraus. Bis zu einem klärenden EuGH-Urteil bleibt allein fraglich, ob noch Raum für den

¹⁵⁵ vgl. nur BGH, GRUR 1991, 533; GRUR 1995, 581, 582; GRUR 1981, 520, 521; GRUR 1981, 267, 268; GRUR 2014, 175, 176 Rn. 18.

¹⁵⁶ EuGH, Urt. v. 16.07.2009, Rs. C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 Rn. 51 – *Infopaq*.

¹⁵⁷ EuGH, GRUR 2012, 386 Rn. 38 f.; GRUR 2012, 166 Rn. 88 ff.; Urt. v. 16.07.2009, Rs. C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 Rn. 51 – *Infopaq*.

¹⁵⁸ EuGH, Urt. v. 16.07.2009, Rs. C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 Rn. 46–48 – *Infopaq*.

¹⁵⁹ EuGH, GRUR 2012, 386, 388 Rn. 43.

¹⁶⁰ EuGH, GRUR 2011, 220, 222 Rn. 48 f.; BGH, GRUR 2012 58, 60 Rn. 22; GRUR 2014, 175, 179 Rn. 41.

nationalen Begriff der „Gestaltungshöhe“ bleibt.¹⁶¹ Diese dient insbesondere der Bestimmung, ob ein Werk gerade noch schutzfähig ist. Für Musik- und Sprachwerke gilt nach nationaler Rechtsprechung der Schutz der kleinen Münze (dazu sogleich). Dies entspricht der o. g. Rechtsprechung des EuGH, geringe Anforderungen an die Individualität genügen zu lassen. Entsprechend der nationalen Rechtsprechung und der sich abzeichnenden Tendenz des EuGH wird in dieser Arbeit von einem weiten Werkbegriff ausgegangen, für den eine niedrige Gestaltungshöhe bzw. Individualität ausreicht.

Liegen die Schutzvoraussetzungen eines Werks jeweils vor, können an einem Musikstück schließlich verschiedene Urheberrechte entstehen. Der Komponist schafft mit der Komposition ein Musikwerk i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG, ohne dass etwa eine Niederschrift der Notation erforderlich wäre. Bei dem Liedtext handelt es sich um ein Sprachwerk des Texters i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 UrhG. Durch die Kombination von Musik und Text entsteht ein verbundenes Werk i. S. d. § 9 Abs. 1 UrhG.

Da sich die Komposition und der Text gesondert verwerten lassen, entsteht aber grundsätzlich keine Miturheberschaft von Texter und Komponist gem. § 8 Abs. 1 UrhG. Eine solche Miturheberschaft liegt nur dann vor, wenn ein Musiktitel in einem gemeinsamen Schaffensprozess mehrerer Urheber entsteht, ohne dass die jeweiligen Beiträge einzeln verwertbar sind, z. B., wenn mehrere Texter einen Liedtext gemeinsam und ohne die Aufteilung einzelner Passagen geschrieben haben. Dann entsteht eine Miturheberschaft aller, die einen schöpferischen Beitrag geleistet haben.¹⁶²

An Musikstücken können folglich verschiedene Urheberrechte bestehen. Sogar Teile können urheberrechtlich geschützt sein. Die für das Sampling relevante Frage, welche Anforderungen an den Schutz kleinster Teile von Musikstücken zu stellen sind, wird im Folgenden untersucht.

¹⁶¹ Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 2 Rn. 14.

¹⁶² Paschke/Berlit/Meyer/Krönert/Hilpert-Kruck, 60. Abschn. Rn. 12 f.

II. Rechtsprechung zum urheberrechtlichen Schutz kleinster Teile von Musikwerken

Bei den hier untersuchten Musik- und Sprachwerken ist der Schutz der kleinen Münze nach deutschem Recht anerkannt.¹⁶³ Dies entschied der BGH zu Musikwerken erstmals im Jahre 1980 im sog. „Dirlada“-Urteil: Die schöpferische Eigentümlichkeit liege bei Musikwerken in ihrer individuellen ästhetischen Ausdruckskraft, an die allerdings nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden dürften. Vielmehr genüge ein geringer Schöpfungsgrad, ohne dass es auf den künstlerischen Wert ankomme. Entscheidend für die Schutzfähigkeit von Liedteilen sei, ob der Gesamteindruck des Liedteils den erforderlichen Eigentümlichkeitsgrad erreiche.¹⁶⁴ Bei Vorliegen dessen besteht nach dem BGH ein Schutz von Teilen unabhängig davon, ob es sich um einen erheblichen Teil des ganzen Werkes handele. Rein handwerkliche Leistungen lägen indes außerhalb des Schutzbereiches.¹⁶⁵

Vergleichbar mit dem „Metall auf Metall“-Fall ist der des „Goldrapper“-Urteils von 2015¹⁶⁶, denn auch dort ging es um die urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Samples. Konkret hatte der beklagte Rapper Tonsequenzen von durchschnittlich zehn Sekunden aus Titeln der klägerischen Band gesampelt. Die Kläger machten ihre Urheberrechte als Komponist bzw. Texter gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 UrhG geltend.

Da der Text selbst indes nicht gesampelt wurde, bestand nach dem BGH keine Aktivlegitimation der Texter. Eine solche ergebe sich auch nicht aus einer Miturheberschaft gem. § 8 UrhG, da Text und Komposition gesondert

¹⁶³ BGH, GRUR 1991, 533; GRUR 1995, 581, 582; GRUR 1981, 520, 521; GRUR 1981, 267, 268; Dreier/Schulze/Schulze, § 2 Rn. 20, 25, 27; Fromm/Nordemann/Nordemann, § 2 Rn. 30 f.; Loewenheim/Nordemann, UrhR, § 6 Rn. 16 f.; Reh binder/Peukert, Urheberrecht § 7 Rn. 199, 201; Spindler/Schuster/Wiebe, Recht der elektronischen Medien, UrhG § 2 Rn. 2; Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 2 Rn. 23 f.

¹⁶⁴ BGH, GRUR 1981, 267, 268.

¹⁶⁵ BGH, GRUR 2015, 1189, 1192 Rn. 44 f.; GRUR 1988, 810, 811; GRUR 1981, 267, 268; GRUR 1959, 197; Alpert, ZUM 2002, 525, 527; Reh binder/Peukert, Urheberrecht § 8 Rn. 239.

¹⁶⁶ BGH, GRUR 2015, 1189.

verwerten werden konnten. Die vorliegende Werkverbindung gem. § 9 UrhG regele nur die Ansprüche der Urheber der verbundenen Werke untereinander, führe jedoch nicht zu einem Schutz gegenüber Dritten hieraus.¹⁶⁷

Demnach ist bei einer alleinigen Übernahme der Melodie nur der Komponist klagebefugt, während dies bei einer alleinigen Übernahme des Textes nur der Texter ist.

Bei der Prüfung der Urheberrechtsverletzung der Komponisten betonte der BGH erneut, dass bei Musikwerken die Eigentümlichkeit in ihrer individuellen ästhetischen Ausdruckskraft liege, wobei der Schutz der kleinen Münze Anwendung finde. Die Eigentümlichkeit könne sich auch aus der Durchführung der Instrumentierung ergeben. Gleichzeitig dürfe nicht eine zu geringe Gestaltungshöhe gefordert werden. Zumindest das rein handwerkliche Schaffen unter Verwendung formaler Gestaltungselemente sowie einfachste Tonfolgen oder bekannte rhythmische Strukturen, die zum Allgemeingut gehören, seien dem Urheberrechtsschutz nicht zugänglich.¹⁶⁸

Nach dem „Dirlada“-Urteil bemisst sich die Beurteilung des erforderlichen Eigentümlichkeitsgrad nach der Auffassung der mit musikalischen Fragen einigermaßen vertrauten und hierfür aufgeschlossenen Verkehrskreise.¹⁶⁹ Im „Goldrapper“-Urteil hat der BGH klargestellt, dass es im Allgemeinen der Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Ermittlung des Verkehrsverständnisses bedarf.¹⁷⁰ Diese Rechtsprechung ist begrüßenswert, da sie den Vorteil hat, dass der Richter sich nicht auf sein (ggf. vermeintliches) Fachwissen berufen muss bzw. kann und die Entscheidung auch mit Hilfe der Einholung eines Privatgutachtens durch die Parteien vorbereitet werden kann. Allerdings erhöhen sich hierdurch Aufwand und Kosten des Prozesses.

¹⁶⁷ BGH, GRUR 2015, 1189 f. Rn. 14–20.

¹⁶⁸ BGH, GRUR 2015, 1189, 1192–1194 Rn. 44, 53, 64.

¹⁶⁹ BGH, GRUR 1981, 267, 268.

¹⁷⁰ BGH, GRUR 2015, 1189, 1194 Rn. 64.

Im „Metall auf Metall“-Verfahren haben sich die Gerichte zunächst nicht mit der Frage beschäftigt, ob auch kleinste Tonsequenzen in Form von Samples urheberrechtlichen Schutz genießen. Das streitgegenständliche Sample besteht aus einer zweisekündigen Schlagzeugrhythmussequenz.

Nach einem Urteil des OLG München vom 20. Mai 1999 erfüllt eine metrisch einfach gestaltete, sich in Sekund- und Terzschritten bewegendes Folge von fünf Tönen nicht die gem. § 2 Abs. 2 UrhG zu stellenden Anforderungen an die erforderliche Gestaltungshöhe. Zu den nicht schutzfähigen Gestaltungselementen würden neben Tonfolge, Metrum der Tonfolge, Tempo, Harmonisierung, klangliche Gestaltung (Instrumentierung) und Wiederholungen und damit einhergehende Veränderungen des Klangbildes auch die Rhythmisierung (insb. durch Bass und Schlagzeug) gehören. Nur die Verwendung einer Vielzahl der genannten Elemente könne die Schutzfähigkeit einer Tonfolge begründen.¹⁷¹

Bei strenger Anwendung dieser Maßstäbe, die einen Schutz von Schlagzeugrhythmen pauschal ausschließen, bestünde im „Metall auf Metall“-Fall kein Urheberrechtsschutz. Das OLG Hamburg, das sich im „Metall auf Metall“-Verfahren mit Urteil vom 28.04.2022 erstmals mit der Frage nach einem Eingriff in die Urheberrechte der Kläger befasst hat, hat eine Urheberrechtsverletzung jedoch aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls bejaht.¹⁷²

III. Urheberrechtlicher Schutz von Samples

Um den urheberrechtlichen Schutz von Samples beurteilen zu können, ist eine genauere Betrachtung von Tonsequenzen erforderlich. Dabei werden hier nur Tonsequenzen ins Auge gefasst, die – wie im „Metall auf Metall“-Fall – wenige Sekunden lang sind.

Letztlich betrifft das Sampling kleinster Tonsequenzen in der Regel einzelne Rhythmen, Klänge, Klangfarben, Geräusche oder Tonfolgen von weni-

¹⁷¹ OLG München, ZUM 2000, 408, 409, 412; a. A. später OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 106–108, welches im Fall „Metall Metall“-Verfahren einen Schutz des streitgegenständlichen Schlagzeugrhythmus’ bejahte.

¹⁷² OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 102–109.

gen Sekunden, so auch im Fall „Metall auf Metall“. Da die entnommenen Tonsequenzen unterschiedlicher Natur sein können, wird im Ergebnis eine Einzelfallbetrachtung erforderlich sein. Um Maßstäbe für diese finden zu können, werden die möglichen Ausgestaltungen im folgenden Abschnitt untersucht.

1. Der urheberrechtliche Schutz von Rhythmen

Bei der Frage nach der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Rhythmen muss zwischen instrumentalisierten Rhythmen, insbesondere Schlagzeugrhythmen und elektronisch erzeugten Rhythmen, sowie zwischen isolierten Rhythmen, denen noch keine bestimmten Tonhöhen oder Klangfarben zugeordnet sind, unterschieden werden. Bei diesen letzteren isolierten Rhythmen, welche im Folgenden „abstrakte“ Rhythmen genannt werden, handelt es sich um eine rein zeitliche Einteilung, während bei erstgenannten instrumentalisierten Rhythmen, welche im Folgenden „konkrete“ Rhythmen genannt werden, die Tonhöhe aufgrund der Instrumentierung bereits festgelegt ist.

Der Schutz von abstrakten Rhythmen würde bedeuten, dass das Spielen des Rhythmus' auf jedem Instrument eine Urheberrechtsverletzung des Komponisten des Rhythmus' darstellen würde. Für einen solchen Schutz müsste bereits der abstrakte Rhythmus einen geistigen Gehalt ausdrücken. Indes kann allein das Spielen auf verschiedenen Instrumenten oder sogar dem gleichen Instrument unterschiedliche Stimmungen auslösen, sodass auch der geistige Gehalt ein anderer ist und sich verändern kann. Dies zeigt, dass der abstrakte Rhythmus selbst noch keine Stimmung und damit auch keinen geistigen Gehalt vorgibt. Hinzu kommt, dass sich ein Großteil der Musikwerke an Tanzstilen orientiert, sodass bestimmte abstrakte Rhythmen durch diese vorgegeben sind. Mögen auch eine Vielzahl komplizierter Rhythmen komponiert werden können, so sind nicht alle von ihnen geeignet, darauf zu tanzen. Insbesondere die Popmusik orientiert sich an Rhythmen, die die Möglichkeit zum Tanzen eröffnen und aufgrund ihrer Vertrautheit auf Beliebtheit bei den Hörern stoßen, im Folgenden „Tanzrhythmen“ genannt

(z. B. der Samba-Rhythmus). Tanzrhythmen sind stets taktgebunden. Ein Urheberrechtsschutz von Tanzrhythmen würde dazu führen, dass sie nur bei Lizenzerwerb verwendet werden könnten, wodurch die künstlerische Entfaltungsfreiheit stark eingeschränkt würde. Alternativ müssten Änderungen an den Tanzrhythmen vorgenommen werden, die jedoch – anders als bei unterschiedlichen Melodien – dem Verlangen des Publikums nach Tanzrhythmen nicht nachkommen und die Vertrautheit bestimmter Rhythmen gravierend beeinflussen würden.

Der abstrakte Rhythmus ist deshalb, entsprechend der hier gewählten Bezeichnung, zu abstrakt, um schutzfähig zu sein.¹⁷³

Bei konkreten Rhythmen, insbesondere Schlagzeugrhythmen und elektronisch erzeugten Rhythmen, muss hingegen differenziert werden.

Die Schutzfähigkeit konkreter Rhythmen könnte unter dem Aspekt zu befürworten sein, dass hier bereits die Tonhöhen festgelegt werden. Dagegen spricht, dass dabei oft eine reine Zusammenstellung von Versatzstücken und damit eine rein handwerkliche Tätigkeit vorliegen. Bei einem solchen, rein handwerklichem Schaffen kann, mangels geistigen Gehalts, kein urheberrechtlicher Schutz bestehen.

Im Fall „Metall auf Metall“ wurde ein konkreter Rhythmus in Form eines Schlagzeugrhythmus⁷ verwendet. Schlagzeugrhythmen müssen aber dann urheberrechtlich geschützt werden, wenn sie sich besonders auszeichnen, wie dies etwa bei in den Vordergrund tretenden Schlagzeugsoli oder individuellen Schlagzeugparts der Fall ist, die durch ihre Individualität einen besonderen Klang erhalten.¹⁷⁴

Diese Erwägungen sind auf die Schutzfähigkeit von Bassläufen, die in der Regel Rhythmuszwecken dienen, im Einzelfall aber individuell ausgestaltet werden und in den Vordergrund treten können, übertragbar.

Die Schutzfähigkeit von elektronisch erzeugten Rhythmen muss ebenfalls differenziert betrachtet werden. Die moderne Technik bietet zahlreiche

¹⁷³ vgl. *Canaris*, Melodie, S. 160–162.

¹⁷⁴ *Canaris*, Melodie, S. 166 f.; a.A. *Hoeren*, GRUR 1989, 11, 13, der einen Urheberrechtsschutz von Schlagzeugfiguren ablehnt.

Möglichkeiten, komplexe und vielfältige Rhythmen elektronisch zu erzeugen. Auch kürzere Sequenzen dieser Rhythmen können je nach Komplexität und Vielfältigkeit grundsätzlich eine geistige Schöpfung darstellen. Wie auch bei den zuvor untersuchten „abstrakten“ Rhythmen wird jedoch auch im Bereich der elektronisch erzeugten Rhythmen oft auf Tanzrhythmen zurückgegriffen. Bei kleinen Sequenzen dieser Tanzrhythmen fehlt es in der Regel an einer hinreichenden Individualität.¹⁷⁵ Im Einzelfall kann eine individuelle Ausgestaltung jedoch auch hier zu einer Schutzfähigkeit führen, solange es sich nicht um eine rein handwerkliche Tätigkeit handelt. Ob ein konkreter Rhythmus schutzfähig ist, hängt deshalb im Ergebnis von den Einzelfallumständen ab.

2. Der urheberrechtliche Schutz von Klangfarben

Die Klangfarbe eines aufgenommenen Tons wird durch dessen Klangspektrum bestimmt. Dieses setzt sich aus Grundton, Oberton, Rauschanteil und Lautstärke zusammen. Durch die Klangfarben klingen verschiedene Instrumente unterschiedlich. Neben der Art und Qualität des Instruments kann die Klangfarbe durch die Spieltechnik beeinflusst werden.¹⁷⁶

Der Komponist kann im Rahmen der Instrumentierung und Anweisungen an die Musiker Einfluss auf die Klangfarbe nehmen. Dass bereits die Art und Weise der Instrumentierung urheberrechtlich geschützt sein kann, hat der BGH bereits entschieden.¹⁷⁷ Ein Schutz des Komponisten vor dem Sampling kleinster Sequenzen ergibt sich daraus aber nicht. Denn schutzbegründend ist nicht die Auswahl der einzelnen Instrumente selbst, sondern der klangliche Charakter des Werks, welcher durch Orchestrierung und Instrumentierung bestimmt wird.¹⁷⁸ Während diese Verteilung in längeren Abschnitten erkennbar wird, ist bei einzelnen Tönen oder Tonsequenzen von wenigen

¹⁷⁵ vgl. *Canaris*, Melodie, S. 168 f.

¹⁷⁶ *Kah*, ronaldkah.de/klangfarbe-musik/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

¹⁷⁷ BGH, GRUR 1968, 321, 325; GRUR 1981, 267, 158; GRUR 1991, 533, 535.

¹⁷⁸ BGH, GRUR 1968, 321, 325.

Sekunden nur die gewählte Besetzung hörbar, sodass kein Urheberrechtsschutz gegeben ist.¹⁷⁹

Im Bereich der elektronischen Musik kann der Komponist die Klangfarbe unmittelbar selbst festlegen, ohne dass sie durch die Musiker beeinflusst wird. Die Herstellung von Klängen durch Klangsynthese ist aufwendig und anspruchsvoll. Dieser Arbeitsaufwand genügt jedoch nicht, um einen Urheberrechtsschutz zu begründen. Dazu ist, wie erläutert, ein geistiger Gehalt erforderlich. Ein solcher könnte in den Gefühlen liegen, die durch einen einzelnen Klang ausgedrückt werden können. Allerdings werden diese Gefühle nicht durch den Komponisten zum Ausdruck gebracht, sondern entstehen vielmehr, weil der Zuhörer sie mit dem Klang verbindet. Ein geistiger Gehalt kann aber, wenn auch nicht durch die Klangfarbe selbst, durch den Einsatz der elektronischen Klangfarben entstehen. So können z. B. aufgrund eines originellen Wechsels von Klangfarben auch kurze Abschnitte schutzfähig sein – sofern nicht nur ein einzelner Klang betroffen ist. Die Klangfarbe als Einzelsound ist aufgrund ihrer Abstraktheit nicht geschützt.¹⁸⁰

3. Der urheberrechtliche Schutz von kurzen Tonfolgen, Klängen, Geräuschen und kleinsten Textbestandteilen

Samples können schließlich aus kurzen Tonfolgen, Klängen, Geräuschen oder kleinsten Textbestandteilen bestehen. Letztere enthalten aufgrund ihrer Kürze in der Regel nur einzelne Wörter oder Wortteile. Da diese jedoch keinen eigenen geistigen Gehalt aufweisen, sind sie urheberrechtlich nicht schutzfähig. Eine Differenzierung ist aber dann vorzunehmen, wenn ein Sample nicht nur ein Wort, sondern einen Satzteil enthält. Bei einem Satzteil ist es, ähnlich wie bei einer Schlagzeugsequenz, nicht ausgeschlossen, dass dieser aufgrund seiner Originalität urheberrechtlich schutzfähig ist.

¹⁷⁹ *Canaris*, Melodie, S. 102.

¹⁸⁰ *Canaris*, Melodie, S. 112 f., 115; *Hoeren*, GRUR 1989, 11, 13.

Denn er kann im Einzelfall bereits durch seinen Inhalt eine geistige Schöpfung ausdrücken.¹⁸¹

Ein Urheberrechtsschutz von kurzen einfachen Tonfolgen oder gar Tönen sowie Klängen, Geräuschen und rein handwerklichem Schaffen ist ebenfalls abzulehnen. Die Entstehung von Musik ist von der Verwendung von Klängen abhängig und ein Schutz würde deshalb zu einer „weitgehenden Einschränkung des freien Spiels der kreativen Kräfte und damit zu einer Monopolisierung und Bürokratisierung des Musikmarktes führen“¹⁸². Musikstücke bauen auf bestimmten Klängen auf, die die Grundlage musikalischen Schaffens bilden und deshalb der Allgemeinheit zugänglich bleiben müssen.¹⁸³

4. Anwendung der Maßstäbe auf den „Metall auf Metall“-Fall

Kleinste Tonsequenzen sind nach den obigen Maßstäben oft urheberrechtlich nicht geschützt, etwa weil eine rein handwerkliche Tätigkeit vorliegt. Ein Urheberrechtsschutz besteht aber im Einzelfall zum Beispiel bei in den Vordergrund tretenden Schlagzeugsoli oder individuellen Schlagzeugparts.¹⁸⁴

Im „Metall auf Metall“-Fall wurde eine kurze Schlagzeugrhythmussequenz aus zum Teil selbst entwickelten Schlaginstrumenten gesampelt. Zwar ist das Sample lediglich zwei Sekunden lang, was gegen eine urheberrechtliche Schutzfähigkeit spricht. Zu berücksichtigen ist aber, dass *Kraftwerk* die Rhythmusfigur in ihrem Studio mit Röhren, Stäben, Ketten, Metallflächen und Stahlblechen erzeugt hat.¹⁸⁵ Bei der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit dieser Sequenz ist nicht nur der Rhythmus als solcher, sondern der konkrete

¹⁸¹ so auch EuGH, GRUR 2009, 1041 Rn. 47.

¹⁸² *Spieß*, ZUM 1991, 524, 529.

¹⁸³ so auch *Hoeren*, GRUR 1989, 11; *Schulze*, ZUM 1994, 15, 19, der eine Schutzfähigkeit von Tonfolgen oder Klangbildern jedoch nicht grundsätzlich ausschließt, sondern ebenfalls eine Einzelfallbetrachtung für erforderlich hält.

¹⁸⁴ *Canaris*, Melodie, S. 166 f.; a. A. *Hoeren*, GRUR 1989, 11, 13, der einen Urheberrechtsschutz von Schlagzeugfiguren ablehnt.

¹⁸⁵ BGH, NJW 2013, 1885 Rn. 37.

Rhythmus einschließlich seines Klangs zu prüfen, da er in dieser Form übernommen wurde. Die entnommene Sequenz ist keine reine Zusammenstellung von Versatzstücken, sondern ein für *Kraftwerk* typisch experimenteller und maschinenartiger Rhythmus. Selbst in diesen zwei Sekunden ist die persönliche Note *Kraftwerks* wiederzuerkennen. Mag die Sequenz auch nur sehr kurz sein, darf dies nicht mit der Gesamtlänge des Liedes „Metall auf Metall“ verglichen werden, da die Eigenart der Sequenz nicht linear an der Gesamtlänge gemessen werden kann, sondern vielmehr die entnommenen zwei Sekunden besonders individuell sind. Der entnommene Schlagzeustrhythmus ist aufgrund seiner besonderen Individualität und Originalität trotz seiner Kürze nach der hier vertretenen Ansicht urheberrechtlich schutzfähig. So hat es auch das OLG Hamburg, welches sich mit Urteil vom 28.04.2022 im „Metall auf Metall“-Verfahren erstmals mit der Frage nach einem Eingriff in die Urheberrechte der Kläger befasste, gesehen.¹⁸⁶ Die gesampelte Sequenz erreiche jedenfalls das Niveau des Schutzes der kleinen Münze als zwar einfache, aber gerade noch schutzfähige Leistung. Es handle sich nicht um eine bekannte rhythmische Struktur, sondern um einen außergewöhnlichen metallischen Klang mit einem einprägsamen und leicht wiedererkennbaren Rhythmus. Die durch den Einsatz außergewöhnlicher Instrumente geschaffene Kreation sei eigentümlich, komplex und anspruchsvoll. Ferner komme eine futuristisch wirkende „Sphärigkeit“¹⁸⁷ hinzu. Als „Keimzelle“ der Tonaufnahme sei eine Klangkomposition verwendet worden, die im Jahr 1977 noch nicht zum musikalischen Allgemeingut gehört habe. Auch die Kürze der Sequenz stehe schon aufgrund der beständigen Wiederholung der Werkqualität nicht entgegen. Im Ergebnis bilde die Sequenz das rhythmische Kernthema des Stücks „Metall auf Metall“.¹⁸⁸

IV. Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts

Im oben geschilderten „Goldrapper“-Urteil beschäftigte sich der BGH weiterhin mit der Frage, ob eine Urheberpersönlichkeitsrechtsverletzung vor-

¹⁸⁶ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 102–109.

¹⁸⁷ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 108.

¹⁸⁸ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 106–108.

liegt, wenn Samples aus einer Aufnahme des einen Genres in eine Aufnahme eines anderen Genres eingebunden werden. In dem zugrundeliegenden Fall ist der genutzte Musiktitel der Stilrichtung des „Gothic“ zuzuordnen, während der neuere Titel dem Genre des Hip-Hops entspringt. Der Rap-Gesang des Beklagten wurde von der klägerischen Seite als unangemessen und konträr zum „Gothic“ empfunden.¹⁸⁹ Ein Anspruch besteht nach dem BGH aber nur bei einer besonders schweren Persönlichkeitsrechtsverletzung, die anders als durch Geldentschädigung nicht ausgeglichen werden kann.¹⁹⁰ Letzteres sei anhand der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Insbesondere maßgeblich seien die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, der Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie der Grad seines Verschuldens.¹⁹¹

Im „Goldrapper“-Urteil hat der BGH die Verpflichtung zur Zahlung einer Geldentschädigung abgelehnt. Zum einen seien nicht das vollständige Musikstück, sondern nur kurze Musiksequenzen verwendet worden und zum anderen sei die Musikgruppe der Klägerin im deutschsprachigen Raum wenig bekannt. Es könne deshalb nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass die Beziehung der Urheber zu ihrem Werk durch die Übernahme des Beklagten in besonders schwerwiegender Weise beeinträchtigt sei.¹⁹²

Diese Begründung zeigt, dass bei der Frage, ob Sampling im konkreten Fall Schadensersatz- und/oder Unterlassungsansprüche wegen Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts auslöst, die Bekanntheit des vorbestehenden Werkes und der Umfang der Übernahme eine Rolle spielen können. Im Ergebnis ist jedoch erst durch eine Einzelfallabwägung zu ermitteln, ob eine solche Rechtsverletzung vorliegt. Bei einer Übernahme in ein Musikstück, das dem Genre des Raps bzw. des Hip-Hops zuzuordnen ist, sollten die be-

¹⁸⁹ BGH, GRUR 2015, 1189.

¹⁹⁰ BGH, GRUR 2015, 1189, 1196 Rn. 89; GRUR 2010, 171, 172 Rn. 11; GRUR 1971, 525, 526; BeckOK UrhR/Reber, § 97 Rn. 131; Wandtke/Bullinger/v. Wolff/Bullinger, § 97 Rn. 94.

¹⁹¹ BGH, GRUR 2015, 1189, 1196 Rn. 89; GRUR 2010, 171, 172 Rn. 11; GRUR 1971, 525, 526.

¹⁹² BGH, GRUR 2015, 1189, 1196 f. Rn. 94.

sonderen Erscheinungsformen dieser Musikrichtung berücksichtigt werden. Oftmals wird die dort verwendete Ausdrucksweise oder der Inhalt des oftmals sozialkritischen Textes häufig als unangemessen oder jedenfalls unerwünscht empfunden, sodass Urheberrechtsinhaber sich in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzt fühlen können, wenn ihre Werke für Musiktitel des Hip-Hops verwendet werden. Leider fehlt es in der Rechtsprechung an klaren Regeln, wann die Grenze zur Urheberpersönlichkeitsrechtsverletzung überschritten wird. Eine klare Rechtslage zum Bestehen etwaiger Ansprüche aus Urheberpersönlichkeitsrechtsverletzung wäre für das Genre des Hip-Hops wünschenswert.

Fraglich ist, ob nach der erläuterten Rechtsprechung eine Urheberpersönlichkeitsrechtsverletzung im Fall „Metall auf Metall“ angenommen werden kann.

Eine solche wurde von der klägerischen Seite nicht geltend gemacht und von den Gerichten auch nicht geprüft. Aus der Urteilsbegründung des OLG Hamburg ergibt sich aber, dass jedenfalls die öffentlich gezeigte Gewaltbereitschaft¹⁹³ des Produzenten *Pelham* des Titels „Nur mir“ nicht gedanklich mit dem Titel „Metall auf Metall“ verknüpft wird. *Pelham* als öffentlich oftmals kritisierte Person ist gerade nur Produzent, aber nicht Interpret von „Nur mir“.¹⁹⁴ Auch Anlass und Beweggrund der Beklagten für die Übernahme führen nicht zu einer Persönlichkeitsrechtsverletzung, liegen diese doch (mutmaßlich) in der künstlerischen Auseinandersetzung mit der Rhythmussequenz aus „Metall auf Metall“.¹⁹⁵ Zudem liegt, wie im „Goldrapper“-Fall, nur die Übernahme einer kurzen Musiksequenz vor. Zwar wurde diese dem gesamten Titel „Nur mir“ als Loop hinterlegt, dies trifft jedoch auch auf den „Goldrapper“-Fall zu. Die dort streitgegenständlichen Sequenzen waren mit zehn Sekunden sogar fünfmal länger als die im „Metall auf

¹⁹³ vgl. nur Wikipedia, de.wikipedia.org/wiki/Moses_Pelham#Trivia, zul. abgerufen am 07.06.2023.

¹⁹⁴ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 86; *Apel*, ZUM 2020, 760, 768, hält indes eine Verletzung des Interpretenpersönlichkeitsrechts aufgrund dessen für möglich.

¹⁹⁵ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 84.

Metall“-Fall. Auch die Kürze der übernommenen Sequenz aus „Metall auf Metall“ spricht mithin gegen eine Urheberpersönlichkeitsrechtsverletzung. Ein Unterscheid zum „Goldrapper“-Fall liegt aber darin, dass es sich bei *Kraftwerk* um eine im deutschsprachigen Raum bekannte Musikgruppe handelt. Für den Hörer des Titels „Nur mir“ sind die Nutzung des Titels „Metall auf Metall“ und die Anspielung auf diesen nach dem OLG Hamburg erkennbar.¹⁹⁶ Fraglich ist aber, ob der Titel „Metall auf Metall“ durch die Übernahme tatsächlich entstellt wurde. Das einem Musiktitel der Elektronik-Musik entstammende Sample wurde einem Musiktitel des Hip-Hops und damit auch dessen Text unterlegt. Wie bereits erörtert, wird die Ausdrucksweise oder der Textinhalt beim Rap oftmals als unangemessen empfunden. Die hier vorliegende légère Ausdrucksweise („Ich hab’ kein’ Bock auf Kompromisse“, Strophe 1, „du laberst mir trotzdem ins Gewissen rein“, Strophe 2 und „Alter, du stiehlest meine Zeit“, Strophe 3) kann allerdings nicht für die Annahme einer Entstellung genügen. Der Text enthält lediglich zwei Kraftausdrücke („Wir gehen ständig Kompromisse ein, die müssen beschissen sein“ und „Ich schieß’ auf deinen Traum von ’nem gemeinsamen Glück“, Strophe 2) und eine Beleidigung („Du törnst mich ab, Spast“, Strophe 3). Verglichen mit dem Streitgegenständlichen Titel im „Goldrapper“-Urteil handelt es sich noch um eine harmlose Wortwahl.¹⁹⁷ Der Text von „Nur mir“ beinhaltet auch keine Gewaltverherrlichungen oder sonstigen Bezüge zu Gewalt, sondern beschäftigt sich allein mit einer zwischenmenschlichen Beziehung. Die Botschaft des Liedtextes liegt darin, dass sich die Sängerin frei entfalten möchte, ohne dass die angesprochene Person sie darin einschränkt, und dass allein sie selbst über ihr Leben bestimmen

¹⁹⁶ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 84.

¹⁹⁷ Bei den Streitgegenständlichen Titeln des Albums „Goldrapper“ von *Bushido* im „Goldrapper“-Urteil werden u. a. Formulierungen wie „Nutte“, „ich schieß auf dich“, „hab ich nicht mein Arsch verkauft“, „Pussy“ (Titel „Goldrapper“), „ich schaufel immer noch in Berlin dein Grab, Opfer“, „deine krassen Freunde sind in meinem Arsch gestorben“, „jeder hier im Rap-Geschäft ist für mich ein schwuler Stricher“ (Titel „Von der Skyline zum Bordsein zurück“), „ich zieh die Nase Koks in der Disco“, „ich ficke dein Gehirn“, „Und ich habe krasse Lust die Stange rein-zu-schieben“ (Titel „Sex in the City“) u. v. m. verwendet.

möchte. Diese Befürwortung eines selbstbestimmten Lebens wird jedenfalls im deutschsprachigen Raum allgemein anerkannt, gefördert und vielseitig befürwortet und führt deshalb keinesfalls zu einer Entstellung des Titels „Metall auf Metall“. Allein die Verwendung von zwei Kraftausdrücken und einem Schimpfwort kann zu keinem anderen Ergebnis führen. Eine Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts liegt mithin nicht vor.

E. Leistungsschutzrechtlicher Schutz

Neben den Urhebern werden vom Urheberrechtsgesetz auch die Inhaber sog. verwandter Schutzrechte bzw. Leistungsschutzrechte geschützt, §§ 70 ff. UrhG. Verwandte Schutzrechte schützen Leistungen, die keine persönlichen geistigen Schöpfungen im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG sind, aber eines den Urheberrechten ähnlichen Schutzes bedürfen. Grund für die Schutzbedürftigkeit ist je nach dem betroffenen Recht die persönliche, die technische und/oder die wirtschaftliche Leistung.¹⁹⁸

Leistungsschutzrechte und Urheberrechte bestehen nebeneinander.¹⁹⁹ Die Regelungen der verwandten Schutzrechte verweisen oftmals auf Vorschriften aus dem ersten Teil des Urheberrechtsgesetzes. Die Verweisungen haben je nach Schutzrecht einen unterschiedlichen Umfang.²⁰⁰

I. Mögliche Leistungsschutzrechte an einem Musikstück

An einem Musikstück können verschiedene Leistungsschutzrechte bestehen. Dazu zählen zunächst die Rechte der ausübenden Künstler gem. §§ 73 ff. UrhG. Sie wurden im Jahr 1965 durch das Urheberrechtsgesetz in das deutsche Recht eingeführt.²⁰¹

Ausübender Künstler ist, wer ein Werk oder eine Ausdrucksform der Volkskunst darbietet, § 73 UrhG. Erforderlich für eine Darbietung ist eine Interpretation im Sinne einer eigenpersönlichen künstlerischen Ausgestaltung, während eine rein technische Mitwirkung nicht ausreicht. Das Lied als Werk im Sinne des Urheberrechtsgesetzes wird von Sängern und von Musi-

¹⁹⁸ Dreier/Schulze/Schulze, Vorb. zu §§ 70 ff. Rn. 2; Loewenheim/Loewenheim, UrhR, § 1 Rn. 3; Spindler/Schuster/Wiebe, Recht der elektronischen Medien, UrhG Vorb. zu §§ 70 ff. Rn. 1.

¹⁹⁹ Dreier/Schulze/Schulze, Vorb. zu §§ 70 ff. Rn. 4; Rehbinder/Peukert, Urheberrecht § 33 Rn. 641; Spindler/Schuster/Wiebe, Recht der elektronischen Medien, UrhG Vorb. zu §§ 70 ff. Rn. 2.

²⁰⁰ BeckOK UrhR/Ahlberg, Einführung zum UrhG Rn. 76; Dreier/Schulze/Schulze, Vorb. zu §§ 70 ff. Rn. 15; Spindler/Schuster/Wiebe, Recht der elektronischen Medien, UrhG Vorb. zu §§ 70 ff. Rn. 2.

²⁰¹ Dreier/Schulze/Dreier, § 73 Rn. 3; Fromm/Nordemann/Schaefer, § 73 Rn. 2; Loewenheim/Vogel, UrhR, § 38 Rn. 3 ff.

kern dargeboten. Sie zählen damit zu den ausübenden Künstlern.²⁰² Der ausübende Künstler hat gem. § 77 Abs. 2 UrhG das ausschließliche Recht der Vervielfältigung und Verbreitung des Bild- oder Tonträgers, auf den seine Darbietung aufgenommen worden ist.²⁰³

Zu beachten ist, dass für Tonaufnahmen heute oft nur wenige Töne eingespielt und klassisch aufgenommen werden und die restlichen Töne dann mittels einer Software erstellt werden.²⁰⁴ Damit kann der Sampler jeden Klang in ein vollständiges Instrument transformieren – egal, ob dieses Instrument real existiert oder auf Grundlage eines einzelnen Geräusches geschaffen wird. Der Sampler wird dadurch selbst zum Instrument oder, so *Salagean* zum „Instrument der Instrumente“²⁰⁵. Derjenige, der den Sampler bedient, spielt deshalb ein Instrument und ist damit Musiker.²⁰⁶ Er – und nicht etwa derjenige, der die wenigen Töne eingespielt hat – ist zugleich ausübender Künstler, wenn er mit dem Sampler eine eigenpersönliche künstlerische Ausgestaltung, wie etwa ein Lied oder eine Melodie, spielt. Folglich bietet er mit dem Sampler als Instrument ein Werk dar.

Daneben genießen die Tonträgerhersteller Schutz gem. §§ 85, 86 UrhG.

Tonträgerhersteller ist, wer die organisatorische und wirtschaftliche Leistung erbringt, dargebotene Musik, gesprochene Texte, Geräusche oder sonstige Laute erstmals festzulegen. Das kann sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person sein, z. B. ein Hobby-Produzent oder ein Musiklabel. Bei Erstellung der Aufnahme in einem Unternehmen gelten nicht etwaige

²⁰² BGHZ 79, 362, 369; Dreier/Schulze/Dreier, § 73 Rn. 1, 7 f., 11 f.; Fromm/Nordemann/Schaefer, § 73 Rn. 7, 15; Loewenheim/Vogel, UrhR, § 38 Rn. 38, 52 ff.; Spindler/Schuster/Wiebe, Recht der elektronischen Medien, UrhG § 73 Rn. 2; Wandtke/Bullinger/Büscher, § 73 Rn. 8, 21.

²⁰³ Dreier/Schulze/Dreier, § 73 Rn. 4; Loewenheim/Vogel, UrhR, § 73 Rn. 60; Wandtke/Bullinger/Büscher, § 73 Rn. 5–10.

²⁰⁴ Dies gilt insbesondere für das Genre des Hip-Hops, während beim Genre des Rocks noch mehr Töne klassisch eingespielt und aufgenommen werden.

²⁰⁵ *Salagean*, Sampling, S. 23.

²⁰⁶ Dreier/Schulze/Dreier, § 73, Rn 12; Ernst, Urheberrecht, S. 86; vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführer in BVerfGE 142, 74 Rn. 26.

Arbeitnehmer als Tonträgerhersteller, sondern das Unternehmen selbst, vgl. § 85 Abs. 1 S. 2 UrhG. Denn Tonträgerhersteller ist nur derjenige, der die wirtschaftliche Leistung erbringt. Dazu gehört insbesondere das Schließen von Verträgen mit den Beteiligten, die Miete des Materials und der Studios und die Organisation und Überwachung der Aufnahme.²⁰⁷

Der Schutz besteht unabhängig davon, was aufgenommen bzw. festgelegt wird. Tonträger können z. B. Schallplatten, Kassetten, CDs und die auf einer Festplatte gespeicherten Tonfolgen sein, da es sich auch bei der Festplatte um einen körperlichen Gegenstand handelt. Das Verfahren der Tonaufnahme ist beliebig, sodass alte Aufnahmeverfahren genauso wie digitale Tonaufnahmen erfasst werden.²⁰⁸

Der Tonträgerhersteller hat das ausschließliche Recht der Vervielfältigung, Verbreitung und öffentlichen Zugänglichmachung, § 85 Abs. 1 S. 1 UrhG. Diese Rechte entsprechen den §§ 16, 17, 19a UrhG.²⁰⁹ Gem. § 85 Abs. 4 UrhG gelten u.a. die Schrankenregelungen der §§ 44a ff. UrhG sowie § 23 UrhG entsprechend. Die Schutzdauer richtet sich nach § 85 Abs. 3 UrhG.

II. Einfluss des europäischen und des internationalen Rechts

Das deutsche Urheber- und Leistungsschutzrecht kann jedoch nicht isoliert betrachtet werden. Besonders im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes ist ein internationaler Schutz aufgrund der weltweiten Vermarktung technischer Erfindungen und kulturellen Materials bedeutend.²¹⁰ Europäische Harmonisierungsbestrebungen haben ihren Niederschlag darin gefunden,

²⁰⁷ BGH, NJW 2009, 770, 771 Rn. 14; Dreier/Schulze/Dreier, § 85 Rn. 1, 4–7; Fromm/Nordemann/Schaefer, § 73 Rn. 40, 44; Loewenheim/Vogel, UrhR, § 40 Rn. 29, 32, 35; Spindler/Schuster/Wiebe, Recht der elektronischen Medien, UrhG § 85 Rn. 2; Wandtke/Bullinger/Schaefer, § 85 Rn. 6, 8.

²⁰⁸ Dreier/Schulze/Dreier, § 85 Rn. 16 f.; Fromm/Nordemann/Schaefer, § 73 Rn. 12; Wandtke/Bullinger/Schaefer, § 85 Rn. 3.

²⁰⁹ Dreier/Schulze/Dreier, § 85 Rn. 30; Fromm/Nordemann/Schaefer, § 73 Rn. 50 f.; Loewenheim/Vogel, UrhR, § 40 Rn. 2, 41; Spindler/Schuster/Wiebe, Recht der elektronischen Medien, UrhG § 85 Rn. 4; Wandtke/Bullinger/Schaefer, § 85 Rn. 19.

²¹⁰ Fromm/Nordemann/Nordemann, Einleitung Rn. 46 f.

dass der europäische Gesetzgeber auf dem Gebiet des Urheberrechts einige Richtlinien verabschiedet hat, die für den Leistungsschutz der darbietenden Künstler und Tonträgerhersteller relevant sind. Im Folgenden wird eine kurze Übersicht über die für diese Arbeit relevanten Richtlinien gegeben.

Dazu zählt insbesondere die bereits genannte Richtlinie 2001/29/EG. Die sog. „InfoSoc-RL“ wurde in Deutschland mit dem sog. „1. und 2. Korb“, Reformen zur Anpassung des Urheberrechts an die neuen technischen Entwicklungen, umgesetzt.²¹¹

Schutzzweck der RL 2001/29/EG ist es insbesondere, den neuen Verwertungsformen Rechnung zu tragen und im Rahmen der grenzüberschreitenden Verwertung des geistigen Eigentums eine Zersplitterung des Binnenmarktes aufgrund unterschiedlicher Regelungen zu vermeiden. Dabei wird in den Erwägungsgründen von einem hohen Schutzniveau ausgegangen. Ohne eine wirksame Regelung könne das kulturelle Schaffen in Europa nicht garantiert werden. Zudem müsse die Unabhängigkeit und Würde der Urheber und ausübenden Künstler gewahrt werden. Ferner müssten die Hersteller von Tonträgern, Filmen oder Multimediaprodukten beträchtliche Investitionen erbringen, sodass ein angemessener Ertrag dieser Investitionen sichergestellt werden müsse.²¹²

Ausnahmen und Beschränkungen des Vervielfältigungsrechts und des Rechts der öffentlichen Wiedergabe werden laut den Erwägungsgründen in der Richtlinie erschöpfend aufgeführt. Die von der Richtlinie erfassten Rechte können zudem übertragen oder abgetreten werden oder Gegenstand vertraglicher Lizenzen sein. Dem Rechtsinhaber ist grundsätzlich ein gerechter Ausgleich für Nutzungen, wie z. B. eine Lizenzgebühr, zu gewähren, welcher jedoch gegebenenfalls entfallen kann, wenn ihm nur ein geringfügiger Nachteil entsteht.²¹³

²¹¹ Dreier/Schulze/Dreier, Einleitung Rn. 52; Fromm/Nordemann/Nordemann, Einleitung Rn. 44.

²¹² ErwGr. 5–11, 22 zur Richtlinie 2001/29/EG vom 22.05.2001 – Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 167/10, 12.

²¹³ ErwGr. 30–32, 35 zur Richtlinie 2001/29/EG vom 22.05.2001 – Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 167/12 f.

Art. 2 Buchst. c RL 2001/29/EG normiert ein ausschließliches Vervielfältigungsrecht für Tonträgerhersteller in Bezug auf ihre Tonträger. Erfasst ist die unmittelbare oder mittelbare, vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigung auf jede Art und Weise und in jeder Form. Das Vervielfältigungsrecht ist mithin nicht auf den Schutz vor vollständigen Übernahmen beschränkt, sondern umfasst auch die teilweise Vervielfältigung. Der Gesetzeswortlaut indes lässt offen, ob eine Mindestschwelle für den Schutz besteht.²¹⁴ Aus Art. 5 Abs. 1 RL 2001/29/EG ergibt sich, dass zumindest vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, die flüchtig oder begleitend sind und einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen und deren alleiniger Zweck es ist, eine Übertragung in einem Netz zwischen Dritten durch einen Vermittler oder eine rechtmäßige Nutzung eines Werks oder sonstigen Schutzgegenstands zu ermöglichen, und die keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben, vom Vervielfältigungsrecht ausgenommen werden.

Tonträgerhersteller haben außerdem das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, Art. 3 Abs. 2 Buchst. b RL 2001/29/EG. Definiert wird dieses als das Recht, Werke der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind. Art. 3 Abs. 2 Buchst. b RL 2001/29/EG ist somit nicht mit dem Recht der öffentlichen Wiedergabe im deutschen Urheberrecht (§ 15 Abs. 2 UrhG) identisch. Erfasst von Art. 3 RL 2001/29/EG sind nur Übermittlungsvorgänge auf Distanz. § 15 Abs. 2 UrhG umfasst hingegen auch die Zugänglichmachung unter Anwesenden nach den §§ 19, 21, 22 UrhG. Auf diese Rechte finden mithin die in der Richtlinie geregelten Schranken keine Anwendung.²¹⁵

Ausnahmen und Beschränkungen der genannten Rechte sind in den Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 RL 2001/29/EG geregelt. So regelt beispielsweise Art. 5 Abs. 3 Buchst. d RL 2001/29/EG eine Ausnahmeregelung für Zitate zu Zwecken wie Kritik oder Rezensionen, sofern die Quelle, einschließlich des Namens des Urhebers angegeben wird, die Nutzung den anständigen

²¹⁴ *Ohly*, GRUR 2017, 964 f.

²¹⁵ *Dreier*, ZUM 2002, 28, 30.

Gepflogenheiten entspricht und in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist. Auch eine Nutzung für Karikaturen, Parodien oder Pastiche ist zulässig, Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG.

Die Schranken sind nach der Rechtsprechung des EuGH zwar erschöpfend, aber optional ausgestaltet. Das bedeutet, dass das nationale Gericht nicht über die Ausnahmen hinausgehen darf. Fehlt jedoch eine ausdrückliche Vorgabe, so verfügen die Mitgliedstaaten über ein Regelungsermessen. Dabei müssen nicht nur der „Drei-Stufen-Test“ (Art. 5 Abs. 5 RL 2001/29/EG), sondern auch die Verhältnismäßigkeit und der Grundsatz der Rechtssicherheit beachtet werden. Nach dem Drei-Stufen-Test dürfen Ausnahmen und Beschränkungen nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden, in denen die normale Verwertung des Schutzgegenstandes nicht beeinträchtigt wird und die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich beeinträchtigt werden. Zudem sind alle im Schranken-katalog der Richtlinie verwendeten Begriffe autonome Begriffe des Unionsrechts, die auf dem Gebiet der Union einheitlich auszulegen sind.²¹⁶

Weiterhin sind am 06.07.2013 die Änderungen der früheren Richtlinie 92/100/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.1992 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums durch die Richtlinie 2006/115/EG vom 12.12.2006 (RL 2006/115/EG) in Kraft getreten.²¹⁷ Hintergrund für die RL 2006/115/EG war die zunehmende Bedeutung der Vermietung und Verleihung von urheberrechtlich geschützten Werken und Gegenständen der verwandten Schutzrechte und deren Bedrohung durch Piraterie.²¹⁸

²¹⁶ EuGH, Urt. v. 01.12.2011, Rs. C-145/10, ECLI:EU:C:2013:138 Rn. 104 ff. – *Painer*; *Grünberger/Podszun*, GPR 2015, 11, 18; *Stieper*, GRUR 2017, 1209.

²¹⁷ Fromm/Nordemann/Nordemann, Einleitung Rn. 39.

²¹⁸ ErwGr. 2 zur Richtlinie 2006/115/EG vom 12.12.2006 – Amtsblatt der Europäischen Union L 376/28.

Die sog. „Vermiet- und Verleih-RL“ führte zu einer Ausschließlichkeit des Vermietrechts.²¹⁹ Art. 9 Abs. 1 Buchst. b RL 2006/115/EG sieht ein ausschließliches Verbreitungsrecht für Tonträgerhersteller in Bezug auf ihre Tonträger vor. Das Verbreitungsrecht ist das Recht, den Tonträger oder Kopien davon der Öffentlichkeit im Wege der Veräußerung oder auf sonstige Weise zur Verfügung zu stellen. Es vervollständigt die in der RL 2001/29/EG geregelte Vervielfältigungsbefugnis des Tonträgerherstellers und erweitert zudem den Anwendungsbereich auf Kopien.²²⁰

Zu nennen ist weiterhin die Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG²²¹ und 2001/29/EG (RL 2019/790/EU). Hintergrund dieser sog. „DSM-RL“ sind insbesondere die rasanten technologischen Entwicklungen und die daraus resultierende Notwendigkeit, den geltenden europäischen Urheberrechtsrahmen zukunftsorientiert anzupassen und zu ergänzen.²²² Gegenstand sind u. a. eine Schrankenregelung zum Text und Data Mining, die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Presseverleger und eine Verpflichtung zur Lizenzierung urheberrechtlich geschützter Werke sowie damit verbundener Upload-Filter. Weiterhin beinhaltet Art. 17 Abs. 7 S. 2 RL 2019/790/EU das Gebot, die Schranken der Art. 5 Abs. 3 Buchst. d) und k) RL 2001/29/EG (Zitate, Kritik und Rezensionen sowie Parodien, Karikaturen und Pastiches) für Personen, die nutzergenerierte Inhalte auf Diensten für das Teilen von Online-Inhalten hochladen oder auf Diensten für das Teilen von Online-Inhalten zugänglich machen, im nationalen Recht einzuführen. Die RL 2019/790/EU wurde am 07.06.2021 mit dem Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die digitalen Erfordernisse des Binnenmarktes in das deutsche Recht umgesetzt.

²¹⁹ Dreier/Schulze/Dreier, Einleitung Rn. 52; Fromm/Nordemann/Nordemann, Einleitung Rn. 39.

²²⁰ *Rossa*, MMR 2017, 665, 667.

²²¹ Richtlinie 96/9/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken.

²²² ErwGr. 3 RL 2019/790/EU.

Ein internationaler Schutz für Tonträgerhersteller wird außerdem insbesondere durch das Genfer Tonträgerabkommen (GTA) von 1971, zu dessen Mitgliedstaaten auch Deutschland gehört, gewährleistet. Nach Art. 2 GTA schützen die Mitgliedstaaten Tonträgerhersteller aus anderen Mitgliedstaaten vor rechtswidrigen Vervielfältigungs- und Verbreitungshandlungen. Ein Vervielfältigungsstück in diesem Sinne ist gem. Art. 1 Buchst. c GTA ein Gegenstand, der einem Tonträger unmittelbar oder mittelbar entnommene Töne enthält und der alle oder einen wesentlichen Teil der in dem Tonträger festgelegten Töne verkörpert.

III. Sampling als Eingriff in das Recht der ausübenden Künstler

Im Folgenden wird geprüft, ob Sampling einen Eingriff in das Recht der ausübenden Künstler darstellt bzw. darstellen kann.

Beim Sampling geht es auch, aber nicht nur darum, Kosten und Aufwand für Sänger oder Musiker einzusparen. Dem SAMPelnden kann es gerade darauf ankommen, die individuelle Darbietung des ausübenden Künstlers zu übernehmen. Diese Entnahme von Darbietungsteilen könnte das Leistungsschutzrechts der darbietenden Künstler gem. §§ 73 ff. UrhG verletzen. Wie bereits unter E. I. erläutert, können Musiker und Sänger, die den Song einspielen bzw. –singen, ausübende Künstler sein. Fraglich ist jedoch, ob der ausübende Künstler auch vor dem Sampling kleinster Teile seiner Darbietung geschützt ist.

Voraussetzung für einen Schutz nach den §§ 73 ff. UrhG ist die Darbietung eines Werks. Auch die Darbietung eines gemeinfreien, d. h. nicht (mehr) vom UrhG geschützten Werks, ist nach herrschender Meinung nach den §§ 73 ff. UrhG schutzfähig, da es keinen sachlichen Grund für die Unterscheidung von Darbietungen tatsächlich nach § 2 UrhG geschützter Werke

und gemeinfreier Werke gibt.²²³ Dass die Darbietung eines „Werks“ erforderlich ist, könnte aber im Umkehrschluss bedeuten, dass Darbietungen kleinster Werkteile, welche für sich betrachtet keine Werkqualität erreichen, nicht geschützt sind. Beim Sampling kleinster Tonsequenzen, die urheberrechtlich nicht geschützt sind, läge dann keine Verletzung des Rechts der ausübenden Künstler vor.²²⁴

Es muss jedoch zwischen Werkschöpfung und Werkinterpretation unterschieden werden. Während es bei den Urheberrechten um den Schutz geistiger Schöpfungen geht, bezwecken die Rechte der ausübenden Künstler den Schutz der Interpretation bzw. der Darbietung von Werken. Dies erfordert zwar, dass das Werk seiner Art nach § 2 UrhG unterfällt, es erfordert aber keine persönliche geistige Schöpfung nach § 2 Abs. 2 UrhG. Auch Teile von Darbietungen sind deshalb nach den §§ 73 ff. UrhG geschützt, ohne dass es auf die Schutzfähigkeit des Werks selbst ankommt.²²⁵

Beim Sampling kleinster Tonsequenzen, die Teil einer Darbietung sind, scheidet ein Schutz nach den §§ 73 ff. UrhG also nicht grundsätzlich deshalb aus, wenn die Sequenz für sich genommen nicht urheberrechtlich schutzfähig ist.

Gegen einen Schutz könnte aber sprechen, dass auch an die Schutzfähigkeit von Darbietungsteilen gewisse Anforderungen zu stellen sind.

Voraussetzung für den Schutz eines Darbietungsteils ist nach der hier vertretenen Auffassung, dass dieser Teil selbst alle Merkmale einer künstlerischen Darbietung im Sinne des § 73 UrhG aufweist. Gesetzeszweck ist der Schutz der Werkdarbietung, weshalb das Erfordernis einer Interpretation im Sinne einer eigenpersönlichen künstlerischen Ausgestaltung auch für kleins-

²²³ BT-Drucks. IV/270 zu § 83 a. F., S.90; Dreier/Schulze/Dreier, § 73 Rn. 8; Fromm/Nordemann/Schaefer, § 73 Rn. 8; Häuser, Sound und Sampling, S. 82; Loewenheim/Vogel, UrhR, § 85 Rn. 43; Spindler/Schuster/Wiebe, Recht der elektronischen Medien, UrhG § 73 Rn. 2; Wandtke/Bullinger/Büscher, § 73 Rn. 4; Wegener, Sound Sampling, S. 202.

²²⁴ Alpert, ZUM 2002, 525, 532; Bindhardt, Einzelsounds, S. 116 f.; Fromm/Nordemann/Schaefer, § 73 Rn. 8; Röhl, K&R 2009, 172, 173.

²²⁵ Dreier/Schulze/Dreier, § 73 Rn. 8.

te Teile gelten muss. Zwar genügt gem. § 73 Var. 5 UrhG die künstlerische Mitwirkung an einer Darbietung. Daraus folgt aber nach überwiegender Ansicht, dass der jeweilige Darbietungsteil jedenfalls im Zusammenhang mit der Interpretation eines Werks steht.²²⁶ Diese Interpretation setzt nach dem BGH voraus, dass der Hörer „einen Sinneseindruck empfängt, der seine Stimmung, sein Empfinden, sein Gefühl oder seine Phantasie anregt“.²²⁷ Eine solche kann zum Beispiel in der individuellen Betonung, Lautstärke oder Akzentuierung liegen. Die Interpretation liegt bei der Darbietung eines ganzen Musiktitels stets vor, da ein Werk nicht dargeboten werden kann, ohne dass der Musiker oder Künstler Einfluss auf die soeben genannten Faktoren nimmt. Nicht in jedem Fall spiegelt sie sich aber auch in der übernommenen Sequenz wider. Abermals handelt es sich um eine Beurteilung, die vom Einzelfall abhängig ist. Entscheidend ins Gewicht fallen dabei etwa die Länge des Samples und/oder der Grad des Hervortretens der Individualität der Interpretation.

Bei Sequenzen von wenigen Sekunden, wie sie in der Regel beim Sampling genutzt werden, liegt eine Interpretation deshalb selten vor. Der einzeln gespielte oder gesungene Ton ist zwar die vom ausübenden Künstler bestmögliche Umsetzung der Komposition, eine eigenpersönliche künstlerische Ausgestaltung liegt darin aber im Regelfall nicht. Die Entnahme weniger Töne stellt deshalb grundsätzlich keine Verletzung des Leistungsschutzrechtes der ausübenden Künstler dar.²²⁸

In dem Prozess „Metall auf Metall“ wurde weder dargelegt noch festgestellt, dass allein durch das Spielen der Instrumente eine besondere eigen-

²²⁶ BGHZ 79, 362 = GRUR 1981, 419, 421; BGH, GRUR 1974, 672, 673; *Bindhardt*, Einzelsounds, S. 118; *Dreier/Schulze/Dreier*, § 73 Rn. 8; *Häuser*, Sound und Sampling, S. 84 ff.; *Loewenheim/Vogel*, UrhR, § 85 Rn. 43; *Münker*, Digital Sampling, S. 194 f.; *Spindler/Schuster/Wiebe*, Recht der elektronischen Medien, UrhG § 73 Rn. 2; *Wandtke/Bullinger/Büscher*, § 73 Rn. 4; vgl. *Wegener*, Sound Sampling, S. 204 f.

²²⁷ BGH, GRUR 1981, 419, 421.

²²⁸ So auch *Bindhardt*, Einzelsounds, S. 118; *Häuser*, Sound und Sampling, S. 86; *Homar*, ZUM 2019, 731, 737 Fn. 5; *Loewenheim/Vogel*, UrhR, § 38 Rn. 43; vgl. *Wegener*, Sound Sampling, S. 204 ff.; differenzierend *Münker*, Digital Sampling, S. 195 ff.

persönliche künstlerische Ausgestaltung innerhalb dieser Sequenz hervortritt. Das OLG Hamburg hat eine Verletzung des Leistungsschutzrechts der ausübenden Künstler dennoch bejaht. Leider fehlt hierzu jegliche Begründung.²²⁹ Der Grund dafür liegt womöglich darin, dass der durch diese Rechtsverletzung begründete Auskunftsanspruch im betreffenden Verfahren ohnehin keinen weiteren Umfang als der auf das Tonträgerherstellerrecht gestützte Anspruch hat.²³⁰ Unter Berücksichtigung der weiteren Ausführungen des OLG Hamburg zum Urheberrecht lässt sich nur vermuten, dass das Gericht die besondere Interpretationsleistung darin sieht, dass es sich bei der entnommenen Sequenz um die „Keimzelle“ oder das Konzentrat der Tonaufnahme handele, die besonders eigentümlich sei und mit ihrem blechernen Klang futuristisch wirke.²³¹ Darin hat das OLG Hamburg wohl zugleich das Vorliegen einer schutzfähigen Darbietung gesehen. Bei genauerer Betrachtung dieser Ausführungen zum Urheberrechtsschutz ist allerdings zu beachten, dass die Werkqualität dort aufgrund des „bestimmte[n] Rhythmusgefüge[s] aus mehreren, zum Teil selbst entwickelten Schlagzeugrhythmen“, der besonderen Klangkomposition und der ungewöhnlichen Auswahl der Musikinstrumente („nämlich ‚Hammer gegen Blech‘, ‚Hammer gegen Metallrohr‘ und ‚Metallbruchstücke in einem Metallgefäß gerüttelt‘“) bejaht wurde.²³² Hieraus ergibt sich, dass für das Stück „Metall auf Metall“ besondere Instrumente ausgewählt und genutzt wurden, jedoch keinesfalls, dass diese Instrumente auch besonders gespielt wurden. Die Besonderheit der entnommenen Sequenz liegt – auch nach den Ausführungen des OLG Hamburg – in dem außergewöhnlichen Rhythmusgefüge und der ungewöhnlichen Auswahl der Instrumente selbst. Diese führen zu einem individuellen klanglichen Charakter des Werkes und damit zu einem Urheberrechtsschutz (s. o. D. III. 4.), nicht jedoch zu einer Individualität der Interpretationsleistung. Die (wenn auch ungewöhnlichen) Instrumente wurden nicht auf eine sich in den entnommenen zwei Sekunden widerspiegelnde, individuelle Art

²²⁹ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 102.

²³⁰ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 102.

²³¹ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 108.

²³² OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 108.

gespielt. Das reine Schlagen und Rütteln von Gegenständen stellt keine besondere Spielweise dar. Das Vorliegen einer schutzfähigen Darbietung in diesen zwei Sekunden und damit die Verletzung des Leistungsschutzrechts der ausübenden Künstler muss mithin verneint werden.²³³ Eine weitere Auseinandersetzung des OLG Hamburg mit dem Leistungsschutzrecht der ausübenden Künstler wäre hier i. E. wünschenswert gewesen.

IV. Sampling als Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht

Das Sampling kleinster Tonsequenzen könnte jedoch eine Verletzung des Tonträgerherstellerrechts gem. § 85 Abs. 1 S. 1 UrhG darstellen. Dann müssten kleinste Tonsequenzen in den Schutzbereich des § 85 Abs. 1 S. 1 UrhG fallen.

Wie in Kapitel D. II. erläutert, gilt bei Musikwerken der Schutz der kleinen Münze, d. h. Urheberrechte bestehen erst ab einem zumindest geringen Schöpfungsgrad.²³⁴ Oft fällt das Sampling kleinster Tonsequenzen deshalb nicht unter den Urheberrechtsschutz (siehe oben D. III). Gegen einen leistungsschutzrechtlichen Schutz kleinster Tonsequenzen nach § 85 Abs. 1 S. 1 UrhG könnte deshalb sprechen, dass dieser Schutz nicht stärker als der Urheberrechtsschutz sein darf.²³⁵ Allerdings verfolgen Urheber- und Leistungsschutzrechte unterschiedliche Schutzzwecke. Erstere schützen die künstlerische und geistige Leistung des Urhebers, letztere bezwecken hingegen den Schutz der wirtschaftlichen, technischen und/oder

²³³ Vgl. *Grünberger*, ZUM 2022, 579, 583, der ebenfalls erhebliche Zweifel hat, ob sich in der zwei Sekunden langen Darbietung noch ein hinreichend künstlerischer Ausdruck niederschlägt; a. A. *Apel*, ZUM 2020, 760, 767 f., der einen Eingriff für möglich hält, da es sich um eine „markante und eigenartige“ Sequenz handele, die noch eine künstlerische Prägung aufweisen könnte.

²³⁴ BGH, GRUR 1981, 267, 268; Dreier/Schulze/Schulze, § 2 Rn. 25; Fromm/Nordemann/Nordemann, § 2 Rn. 131; Loewenheim/Nordemann, UrhR, § 6 Rn. 17; Spindler/Schuster/Wiebe, Recht der elektronischen Medien, UrhG § 2 Rn. 19; Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 2 Rn. 71.

²³⁵ *Bortloff*, ZUM 1993, 476, 478; *Hoeren*, MMR 2016, 469; *Hoeren*, MMR 2009, 257; *Pötzlberger*, Kreatives Remixing, S. 351; *Schonhofen*, GRUR-Prax 2016, 277, 279; *Schonhofen*, www.lto.de/persistent/a_id/23095/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

organisatorischen Investition des Tonträgerherstellers. Die Erbringung dieser Investition könnte unabhängig von der Länge der entnommenen Sequenz für jeden Teil der Tonaufnahme erforderlich sein. Im Ergebnis bestünde dann durchaus Grund für einen unterschiedlichen Schutzzumfang von Urheber- und Tonträgerherstellerrecht, sodass ein Schutz kleinster Teile nach § 85 Abs. 1 S. 1 UrhG nicht ausgeschlossen wäre.²³⁶

Der Wortlaut des Gesetzes gibt keine Antwort auf diese Frage. In der Literatur und Rechtsprechung besteht Uneinigkeit.²³⁷ Zur Untersuchung der Problematik wird im Folgenden zunächst das „Metall auf Metall“-Verfahren dargestellt und dieses sodann in Bezug auf das Vorliegen eines Eingriffs in das Tonträgerherstellerrecht und den Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der unionsrechtlichen Bestimmungen beurteilt.

1. Das „Metall auf Metall“-Verfahren

Nachfolgend werden die Urteile zum „Metall auf Metall“-Verfahren dargestellt. Dazu wird zunächst der Verfahrensgang vor den deutschen Gerichten bis zum BVerfG-Urteil vom 31.05.2016,²³⁸ sodann das EuGH-Verfahren²³⁹

²³⁶ BT-Drs. IV/270, S. 96; *Apel*, K&R 2017, 863, 864; *Ders.*, ZGE 2010, 331, 350; *Dierkes*, Leistungsschutzrechte, S. 25 f.; *Häuser*, Sound und Sampling, S. 109 f.; *Lindhorst*, GRUR 2009, 406, 407; *Müller*, ZUM 1999, 555, 558; *Schorn*, GRUR 1989, 579 f.; *Schulze*, ZUM 1994, 15, 20; *Spieß*, ZUM 1991, 524, 534; *Stieper*, ZUM 2009, 223, 224; *Wandtke/Bullinger/Schaefer*, § 85 Rn. 25.

²³⁷ Für einen Schutz von kleinsten Tonsequenzen vgl. nur *Apel*, K&R 2017, 863, 864; *Dierkes*, Leistungsschutzrechte, S. 25 f.; *Häuser*, Sound und Sampling, S. 109 f.; *Lindhorst*, GRUR 2009, 406, 407; *Müller*, ZUM 1999, 555, 558; *Schorn*, GRUR 1989, 579 f.; *Schulze*, ZUM 1994, 15, 20; *Spieß*, ZUM 1991, 524, 534; *Stieper*, ZUM 2009, 223, 224; *Wandtke/Bullinger/Schaefer*, § 85 Rn. 25; a. A. *Bortloff*, ZUM 1993, 476, 478; *Hoeren*, MMR 2016, 469; *Pötzlberger*, Kreatives Remixing, S. 351; *Schonhofen*, GRUR-Prax 2016, 277, 279; *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2010, 386, 387.

²³⁸ BVerfGE 142, 74–116; BGH, NJW 2013, 1885; BGH, NJW 2009, 770; OLG Hamburg, GRUR-RR, 2011, 396; OLG Hamburg, GRUR-RR 2007, 3; LG Hamburg, BeckRS 2013, 7726.

²³⁹ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 – *Pelham u.a.*

und schließlich die darauffolgenden Urteile des BGH und des OLG Hamburg²⁴⁰ dargelegt.

a) Der Verfahrensgang bis zum Bundesverfassungsgericht

Das LG Hamburg entschied mit Urteil vom 08.10.2004 zunächst, dass die ausschnittsweise Nutzung selbst bei der Übernahme kleiner Ausschnitte eines Tonträgers zustimmungsbedürftig sei. Vorliegend komme hinzu, dass der entnommene Ausschnitt von besonderer Wertigkeit sei: Es handle sich um einen vollen Takt, welcher einen prägenden Bestandteil der Aufnahme darstelle. Das Tonträgerherstellerrecht gem. § 85 Abs. 1 S. 1 UrhG sei mit hin verletzt.²⁴¹

Auch das OLG Hamburg bejahte mit seinem ersten Urteil vom 07.06.2006 jedenfalls im vorliegenden Fall eine Verletzung des Tonträgerherstellerrechts bei ausschnittsweiser Vervielfältigung. Ob die Entnahme kleinster Tonpartikel einen Eingriff darstelle, könne dahinstehen, da hier nicht nur kleinste Tonpartikel, sondern die „Keimzelle“ der Aufnahme entnommen worden sei. Bei der Sequenz handle es sich um ein bestimmtes Rhythmusgefüge aus mehreren, zum Teil selbst entwickelten Schlaginstrumenten. Es habe dadurch eine besonders charakteristische Ausprägung. Genau dieser Teil sei komplett übernommen worden, sodass im Ergebnis die ganze Tonaufnahme angeeignet und eigener Aufwand hierfür erspart worden sei.²⁴²

Der BGH hob mit Urteil vom 20.11.2008 die Entscheidung des OLG Hamburg auf. Die Frage, ob die Entnahme kleinster Teile grundsätzlich eine Verletzung darstellen könne, könne entgegen der Ansicht des OLG Hamburg nicht offenbleiben. Denn die Quantität oder Qualität des entnommenen Teils sei kein taugliches Kriterium zur Beantwortung dieser Frage. Das ergebe sich daraus, dass für das Entstehen des Tonträgerherstellerrechts kein

²⁴⁰ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866.

²⁴¹ LG Hamburg, BeckRS 2013, 7726.

²⁴² OLG Hamburg, GRUR-RR 2007, 3, 4.

schöpferisches Werk und keine künstlerische Darbietung erforderlich seien.²⁴³

Im Ergebnis liege eine Verletzung jedoch vor. Schutzgegenstand des Tonträgerherstellerrechts sei die organisatorische, technische und wirtschaftliche Leistung. Diese entfalle auf jeden Teil des Tonträgers. Zumindest werde dem Tonträgerhersteller eine mit seiner unternehmerischen Leistung geschaffene Verwertungsmöglichkeit entzogen, denn sog. „Tonfetzen“ hätten einen wirtschaftlichen Wert.²⁴⁴ Dass Samples „Bausteine für musikalisches Schaffen“ seien, sei kein „Freibrief“ für ungenehmigte Übernahmen. Es bleibe die Möglichkeit, die Sequenz selbst einzuspielen oder die entsprechenden Lizenzen zu erwerben.²⁴⁵

Allerdings sei die Bestimmung zur freien Benutzung gem. § 24 UrhG a. F. entsprechend anwendbar.²⁴⁶ § 24 Abs. 1 UrhG a. F. greife indes nicht, wenn die Sequenz selbst einspielbar sei oder wenn gem. § 24 Abs. 2 UrhG a. F. eine Melodie entnommen werde. Voraussetzung des § 24 Abs. 1 UrhG a. F. sei, dass ein ausreichender Abstand in der Weise zu dem fremden Werk entstehe, dass die eigenpersönlichen Züge des älteren Werks angesichts der Eigenart des neuen Werks verblassten. Es müsse ein so großer Abstand zum älteren Werk bestehen, dass das neue Werk seinem Wesen nach als selbstständig erscheine.²⁴⁷

Diese Voraussetzungen hatte das OLG Hamburg im weiteren Verfahren zu prüfen. Es befand, ein innerer Abstand liege insbesondere bei künstlerischer Auseinandersetzung vor. Eine solche sei zwar nicht zwingend erforderlich, grundsätzlich sei jedoch ein strenger Maßstab anzulegen.²⁴⁸ Vorliegend seien die leichten Veränderungen der Sequenz für einen musikalisch aufgeschlossenen und aufmerksamen Hörer kaum wahrnehmbar. Allerdings handle es sich bei dem Musikstück „Nur mir“ um ein vielschichtiges, farbiges Stück mit eigenständigem Charakter. Ein „Verblasen“ könne hier nicht

²⁴³ BGH, NJW 2009, 770, 770 f. Rn. 10, 11, 13.

²⁴⁴ BGH, NJW 2009, 770, 771 Rn. 14 f.

²⁴⁵ BGH, NJW 2009, 770, 772 Rn. 16–18.

²⁴⁶ BGH, NJW 2009, 770, 772 Rn. 19–21.

²⁴⁷ BGH, NJW 2009, 770, 772 f. Rn. 22–25.

²⁴⁸ OLG Hamburg, GRUR-RR 2011, 396 f.; vgl. BGH, GRUR 1994, 191, 193.

verlangt werden, denn beim Hip-Hop diene die ständig wiederholte Sequenz als rhythmisches Grundgerüst. Ein hinreichend großer innerer Abstand und damit ein selbstständiges Werk i. S. d. § 24 Abs. 1 UrhG a. F. würden folglich vorliegen.²⁴⁹ Es sei auch keine Melodie i. S. d. § 24 Abs. 2 UrhG entnommen worden.²⁵⁰

Sodann prüfte das OLG, ob die Beklagten die Sequenz selbst hätten einspielen können. Dafür hätte ein durchschnittlich ausgestatteter Musikproduzent die Sequenz zur Zeit der Entnahme nachspielen können müssen. Diese nachgespielte Aufnahme müsse nach der Auffassung eines mit musikalischen Fragen einigermaßen vertrauten und hierfür aufgeschlossenen Hörers als gleichwertig angesehen werden können.²⁵¹ Außerdem müsse auch auf den musikalischen Zusammenhang geachtet werden: Wenn sich etwaige, im direkten Vergleich wahrnehmbare Unterschiede im musikalischen Zusammenhang nicht auswirken würden, sei die Fortentwicklung des Kulturschaffens nicht behindert, wenn der Produzent auf das eigene Einspielen der Tonfolge verwiesen werde.²⁵² Das Gericht kam zu der Überzeugung, dass die Beklagten zu der Zeit der Entnahme (1997) in der Lage gewesen wären, die Sequenz selbst einzuspielen.²⁵³

Die darauf folgende Revision der Beklagten²⁵⁴ hatte keinen Erfolg. Der BGH begründete dies auch mit einer durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gebotenen kunstspezifischen Betrachtung. Diese könne es verlangen, Bestimmungen wie der des § 24 UrhG a. F. im Wege der Auslegung zu einem Anwendungsbereich zu verhelfen, der für Kunstwerke weiter ist als bei nichtkünstlerischen Werken. Eine Schranke des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG sei jedoch der Eigentumsschutz nach Art. 14 GG.²⁵⁵ Die gebotene Interessenabwägung ergebe, dass die Bedeutung des Samplings in der Musik zwar sehr groß sei, dies aber nicht gebiete, sich die Leistung der Tonträgerhersteller ohne deren

²⁴⁹ OLG Hamburg, GRUR-RR 2011, 396, 397.

²⁵⁰ OLG Hamburg, GRUR-RR 2011, 396, 397 f.

²⁵¹ OLG Hamburg, GRUR-RR 2011, 396, 398.

²⁵² OLG Hamburg, GRUR-RR 2011, 396, 398.

²⁵³ OLG Hamburg, GRUR-RR 2011, 396, 398–401.

²⁵⁴ BGH, NJW 2013, 1885.

²⁵⁵ BGH, NJW 2013, 1885, 1886 Rn. 21 f.

Einwilligung und somit ohne Vergütung zu Eigen machen zu dürfen. Das gelte zumindest, wenn die Tonfolge selbst einspielbar sei: Denn dann läge keine unangemessene Behinderung der kulturellen Fortentwicklung vor. Die durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG garantierte Kunstfreiheit bedeute nicht, dass ein Schutz des künstlerischen Schaffens, das u. U. durch eigene wirtschaftliche Interessen geprägt sei, zu denkbar günstigsten wirtschaftlichen Konditionen auf Kosten unternehmerischer Leistungen Dritter gewährleistet werden müsse.²⁵⁶

Daraufhin bestätigte der BGH den vom OLG Hamburg aufgestellten Maßstab, bei der Nachspielbarkeit auf einen durchschnittlich ausgestatteten Musikproduzenten abzustellen. Ein gleichwertiger Nachbau sei ausreichend und nicht ins Gewicht fallende Unterschiede seien hinzunehmen.²⁵⁷ Auch auf die Zumutbarkeit der Herstellung komme es nicht an. Anderenfalls seien gerade die mit einem erheblichen zeitlichen und finanziellen Aufwand hergestellten Tonaufnahmen weniger geschützt als die mit einem geringen Aufwand hergestellten und deshalb leicht nachzuspielenden Aufnahmen.²⁵⁸

b) Das Urteil des BVerfG vom 31.05.2016

Das BVerfG²⁵⁹ hielt die gegen die Entscheidungen des BGH und OLG Hamburg gerichtete Verfassungsbeschwerde der Beklagten für begründet. Die Kunstfreiheit schütze das Recht auf künstlerische Auseinandersetzung mit vorhandenen Tonträgern sowie die Darbietung und Verbreitung des Kunstwerks. Art. 14 Abs. 1 GG schütze die Eigentumsrechte der Tonträgerhersteller. § 85 Abs. 1 UrhG und § 24 Abs. 1 UrhG a. F. ließen einen ausreichenden Spielraum, um diese Interessen in Ausgleich zu bringen und seien deshalb verfassungsgemäß.²⁶⁰

Es sei Sache des Gesetzgebers, im Rahmen der inhaltlichen Ausgestaltung des Leistungsschutzrechts nach Art. 14 Abs. 1 GG sachgerechte Maßstäbe

²⁵⁶ BGH, NJW 2013, 1885, 1886 Rn. 23.

²⁵⁷ BGH, NJW 2013, 1885, 1887 Rn. 26–28.

²⁵⁸ BGH, NJW 2013, 1885, 1888 Rn. 40.

²⁵⁹ BVerfGE 142, 74–116.

²⁶⁰ BVerfGE 142, 74 Rn. 65 ff.

festzulegen, die eine der Natur und der sozialen Bedeutung des Rechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellten. Dabei habe er einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum.²⁶¹ Die Eigentumsgarantie gebiete es nicht, dem Tonträgerhersteller jede nur denkbare wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit zuzuordnen. Nur die Sicherstellung eines angemessenen Entgelts für Nutzungen sei zwingend.²⁶²

Der Schutz der künstlerischen Betätigungsfreiheit könne indes durch die in § 85 Abs. 4 UrhG für anwendbar erklärten Urheberrechtsschranken oder durch eine entsprechende Anwendung des Rechts auf freie Benutzung gem. § 24 Abs. 1 UrhG a. F. sichergestellt werden. Dies führe nicht grundsätzlich zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung des Tonträgerherstellerrechts, denn eine angemessene Vergütung der Leistung der Tonträgerhersteller könne bei der erlaubnisfreien Nutzung einzelner Sequenzen gewährleistet werden.²⁶³

Das Kriterium der Nachspielbarkeit lehnte das Bundesverfassungsgericht indes ab. Der eigentumsrechtliche Schutz des Tonträgerherstellers stelle eine Schranke der Kunstfreiheit dar. Die durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gebotene kunstspezifische Betrachtung verlange jedoch, die Übernahme fremder Werkauschnitte als Mittel künstlerischen Ausdrucks und künstlerischer Gestaltung anzuerkennen.²⁶⁴ Indes gebiete der Eigentumsschutz nicht die Sicherung jeder denkbaren wirtschaftlichen Verwertungsmöglichkeit, sondern nur die eines angemessenen Entgelts. Zudem trete das Werk mit der Zeit bestimmungsgemäß in den gesellschaftlichen Raum und könne damit zu einem eigenständigen, das kulturelle und geistige Bild der Zeit mitbestimmenden Faktor werden. Es löse sich mit der Zeit von der privatrechtlichen Verfügbarkeit und werde geistiges und kulturelles Allgemeingut. Im Ergebnis müsse die Nutzung von Samples bei einer kunstspezifischen Betrachtungsweise auch unabhängig von der Nachspielbarkeit grundsätzlich

²⁶¹ BVerfGE 142, 74 Rn. 71 f.

²⁶² BVerfGE 142, 74 Rn. 73 f.

²⁶³ BVerfGE 142, 74 Rn. 77 f.

²⁶⁴ BVerfGE 142, 74 Rn. 86; vgl. BVerfG, NJW 2001, 598, 599.

möglich sein.²⁶⁵ Die Nutzung des Originals sei ein stilprägendes Mittel zur „ästhetischen Reformulierung des kollektiven Gedächtnisses kultureller Gemeinschaften“²⁶⁶. Das eigene Einspielen sei zudem nicht nur aufwendig, sondern das Kriterium führe auch zu erheblichen Unsicherheiten, sodass hierauf verzichtet würde.²⁶⁷

Auch die Verweisung auf Lizenzierungsmöglichkeiten biete keinen ausreichenden Schutz der künstlerischen Betätigungsfreiheit, weil hierauf kein Anspruch bestehe. Die Inanspruchnahme von Sample-Datenbanken oder von Dienstleistern, die Musikproduzenten beim Lizenzerwerb unterstützen könnten, könne zu hohen Transaktionskosten und großem Rechercheaufwand führen.²⁶⁸

Der Grund für die Einführung des Tonträgerherstellerrechtes sei der Schutz vor Tonträgerpiraterie. Der Schutz vor einer Entnahme kleinster Teile, welcher die Nutzung des kulturellen Bestandes erschweren könne, sei von Verfassungs wegen nicht geboten.²⁶⁹ Es trage dem künstlerischen Schaffensprozess nicht hinreichend Rechnung, die Verwendung gleichwertig nachspielbarer Samples von der Erlaubnis des Tonträgerherstellers abhängig zu machen. Außerdem bleibe die Vergabe von Lizenzen bei nichtkünstlerischen oder umfangreicheren Nutzungen erforderlich.²⁷⁰

Das BVerfG hält jedoch auch andere Lösungswege für möglich. So könne § 85 Abs. 1 S. 1 UrhG dahingehend einschränkend ausgelegt werden, dass eine Verletzung nur bei einer erheblichen Berührung der wirtschaftlichen Interessen des Tonträgerherstellers vorliege. Auch ein Rückgriff auf § 51 UrhG sei denkbar.²⁷¹

²⁶⁵ BVerfGE 142, 74 Rn. 87, 90–92.

²⁶⁶ *Grossmann*, Popmusicology, S. 127.

²⁶⁷ BVerfGE 142, 74 Rn. 97, 99 f.

²⁶⁸ BVerfGE 142, 74 Rn. 96–98.

²⁶⁹ BVerfGE 142, 74 Rn. 104 f.

²⁷⁰ BVerfGE 142, 74 Rn. 108.

²⁷¹ BVerfGE 142, 74 Rn. 110 f.

Das BVerfG wies darauf hin, dass Rechtsvorschriften, welche eine europarechtliche Richtlinie umsetzen, grundsätzlich nicht am Grundgesetz, sondern an den durch das Unionsrecht gewährleisteten Grundrechten zu messen seien. Ob ein Umsetzungsspielraum bestehe, sei durch Auslegung des Unionsrechts zu ermitteln. Bestehe ein Umsetzungsspielraum, sei die Bindung der Fachgerichte an das Grundgesetz nicht ausgeschlossen. Dabei sei jede Regelung einzeln zu betrachten.

Deshalb sei zu klären, inwieweit die RL 2001/29/EG das Tonträgerherstellerrecht abschließend regele. Liege kein Umsetzungsspielraum vor, so sei der BGH verpflichtet, auf einen effektiven unionsrechtlichen Grundrechtsschutz hinzuwirken. Bei der Auslegung der RL 2001/29/EG seien die in Art. 13 S. 1 EU-GrCh gewährleistete Kunstfreiheit auf der einen und das gem. Art. 17 Abs. 2 EU-GrCh geschützte geistige Eigentum auf der anderen Seite gegeneinander abzuwägen.

Das BVerfG verwies das Verfahren zurück an den BGH. Dieser sollte zunächst durch Auslegung des Unionsrechts ermitteln, ob die RL 2001/29/EG den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum belasse. Dabei sei die Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsverfahrens in Betracht zu ziehen. Wenn der BGH zu dem Ergebnis komme, dass die RL 2001/29/EG dem deutschen Gesetzgeber keinen Umsetzungsspielraum belasse, müsse er auf einen effektiven unionsrechtlichen Grundrechtsschutz hinweisen. Soweit der BGH Zweifel an der Vereinbarkeit der RL 2001/29/EG mit den Grundrechten des Unionsrechts, insbesondere mit der Kunstfreiheit gem. Art. 13 S. 1 EU-GrCh, habe, müsse er die Frage der Vereinbarkeit mit den europäischen Grundrechten und einer grundrechtskonformen Auslegung der RL 2001/29/EG dem EuGH vorlegen.²⁷²

c) Das Vorabentscheidungsersuchen beim EuGH

Nach Zurückverweisung des Verfahrens an den BGH legte dieser dem EuGH mit Beschluss vom 01.06.2017 sechs Fragen zu den Art. 2 Buchst. c,

²⁷² BVerfGE 142, 74 Rn. 112, 114 f., 117, 120 ff.

Art. 5 Abs. 3 Buchst. d RL 2001/29/EG und Art. 9 Abs. 1 Buchst. b RL 2006/115/EG vor.²⁷³

Der EuGH hat die erste und die sechste Vorlagefrage zusammen geprüft. Mit der ersten Vorlagefrage fragte der BGH, ob bei der Entnahme kleinster Tonfetzen ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht des Tonträgerherstellers nach Art. 2 Buchst. c der RL 2001/29/EG vorliegt. In der letzten Frage ging es darum, in welcher Weise die EU-GrCh bei der Bestimmung des Schutzzumfangs und der Grenzen des Tonträgerherstellerrechts berücksichtigt werden müsse. Die gemeinsame Prüfung der beiden Fragen durch den EuGH erfolgte, weil bei der Beantwortung der Frage, ob ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht vorliege, nach dem EuGH die EU-GrCh berücksichtigt werden muss.²⁷⁴

Nach Auslegung der RL 2001/29/EG nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, dem Zusammenhang und den Zielen der Regelung bejahte der EuGH die erste Vorlagefrage. Die Richtlinie bezwecke ein hohes Schutzniveau für das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte sowie den Schutz der beträchtlichen Investitionen des Tonträgerherstellers, vgl. Erwägungsgründe 4, 9 und 10 der Richtlinie. Der Tonträgerhersteller müsse die Chance haben, einen zufriedenstellenden Ertrag aus der von ihm erbrachten Leistung zu erzielen. Deshalb stelle auch die Vervielfältigung kurzer Audiografmente grundsätzlich einen Eingriff in das Vervielfältigungsrecht i. S. d. RL 2001/29/EG dar.²⁷⁵

Es müsse jedoch berücksichtigt werden, dass die Interessen der Rechtsinhaber durch das Recht am geistigen Eigentum gem. Art. 17 Abs. 2 EU-GrCh und die Interessen der Nutzer durch die Kunstfreiheit gem. Art. 13 EU-GrCh geschützt seien. Zwischen diesen Interessen solle ein angemessener Ausgleich gesichert werden, vgl.

²⁷³ BGH, GRUR 2017, 895.

²⁷⁴ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 26 – *Pelham u.a.*

²⁷⁵ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 28–30 – *Pelham u.a.*

Erwägungsgründe 3 und 31 der Richtlinie.²⁷⁶ Diesem angemessenen Ausgleich sowie dem gewöhnlichen Sprachgebrauch würde es widersprechen, wenn ein geändertes und nicht wiedererkennbares Sample eine Vervielfältigung darstellen würde. Denn Sampling werde als künstlerische Ausdrucksform von der Kunstfreiheit geschützt.²⁷⁷ Außerdem würde eine andere Auslegung dazu führen, dass der Tonträgerhersteller sich gegen eine Entnahme wehren könnte, die ihm die Möglichkeit zur Erzielung eines zufriedenstellenden Ertrages aus seinen Investitionen gar nicht nehme.²⁷⁸

Im Ergebnis liegt nach dem EuGH mithin bei der Nutzung von fremden Audiofragmenten – wie beim Sampling – ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht vor, es sei denn, das genutzte Fragment wird in geänderter und nicht wiedererkennbarer Form in einen anderen Tonträger eingefügt.²⁷⁹

Die zweite Frage, ob beim Sampling eine „Kopie“ i. S. d. Art. 9 Abs. 1 Buchst. b RL 2006/115/EG und damit ein Eingriff in das Verbreitungsrecht vorliegen, verneinte der EuGH.²⁸⁰ Der Begriff der Kopie sei unter Berücksichtigung des Regelungszusammenhangs der Bestimmung und des verfolgten Ziels der Richtlinie auszulegen. Letzteres liege in der Absicherung der vom Tonträgerhersteller erbrachten Investitionen, insbesondere durch Bekämpfung der Tonträgerpiraterie, vgl. Erwägungsgründe 2 und 5 der Richtlinie.²⁸¹ Voraussetzung für das Vorliegen einer „Kopie“ i. S. d. RL 2006/115/EG sei deshalb, dass der Originaltonträger ersetzt werden solle. Dies sei aber nur bei der Übernahme aller oder eines wesentlichen Teils der Töne in einen anderen Tonträger der Fall, nicht jedoch bei der Entnahme

²⁷⁶ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 32–34 – *Pelham u.a.*

²⁷⁷ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 31, 35–37 – *Pelham u.a.*

²⁷⁸ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 38 – *Pelham u.a.*

²⁷⁹ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 39 – *Pelham u.a.*

²⁸⁰ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 55 – *Pelham u.a.*

²⁸¹ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 43–45 – *Pelham u.a.*

von Musikfragmenten.²⁸² Das werde durch das Genfer Tonträgerabkommen bestätigt, welches gemäß dem 7. Erwägungsgrund der RL 2006/115/EG berücksichtigt werden müsse. Art. 2 GTA entspreche Art. 9 Abs. 1 Buchst. b RL 2001/115/EG. Das dort genannte „Vervielfältigungsstück“ sei gem. Art. 1 Buchst. c GTA ein Gegenstand, der einem Tonträger unmittelbar oder mittelbar entnommene Töne enthalte und der „alle oder einen wesentlichen Teil“ der in dem Tonträger festgelegten Töne verkörpere.²⁸³

Beim Sampling liegt nach dem EuGH damit keine „Kopie“ i. S. d. Art. 9 Abs. 1 Buchst. b RL 2006/115/EG und folglich kein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht vor.²⁸⁴

Zudem fragte der BGH, ob die Mitgliedstaaten eine Bestimmung vorsehen können, die wie die des § 24 Abs. 1 UrhG klarstelle, dass ein selbstständiges Werk, das in freier Benutzung eines anderen Werks geschaffen worden sei, ohne Zustimmung des Tonträgerherstellers verwertet werden dürfe (Vorlagefrage 3).

Das verneinte der EuGH ebenfalls. Die durch die RL 2001/29/EG bewirkte Harmonisierung solle einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen der Urheber und Leistungsschutzberechtigten und den Nutzern sichern.²⁸⁵ Zwar müssten die Mechanismen der Richtlinie in den Mitgliedstaaten konkretisiert werden.²⁸⁶ Die Wirksamkeit der Harmonisierung und das Ziel der Rechtssicherheit würden jedoch gefährdet, wenn die Mitgliedstaaten weitere Ausnahmen und Beschränkungen vorsehen könnten, als von der Richtlinie vorgesehen.²⁸⁷ Deshalb dürften die Mitgliedstaaten diese nicht

²⁸² EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 46 f. – *Pelham u.a.*

²⁸³ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 48–54 – *Pelham u.a.*

²⁸⁴ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 55 – *Pelham u.a.*

²⁸⁵ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 59 – *Pelham u.a.*

²⁸⁶ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 60 – *Pelham u.a.*

²⁸⁷ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 63 – *Pelham u.a.*

ausweiten.²⁸⁸ Auch aus dem 32. Erwägungsgrund der Richtlinie und der ständigen Rechtsprechung des EuGH ergebe sich, dass die Ausnahmen und Beschränkungen in Art. 5 RL 2001/29/EG erschöpfend aufgeführt seien.²⁸⁹ Die Mitgliedstaaten dürfen demnach keine nationalen Ausnahmen oder Beschränkungen, die nicht in Art. 5 RL 2001/29/EG genannt sind, vorsehen.²⁹⁰ Damit darf nach dem EuGH auch keine Bestimmung wie die des § 24 Abs. 1 UrhG a. F. von den Mitgliedstaaten vorgesehen werden.

Weiterhin fragte der BGH, ob auch bei Nichterkennbarkeit der Quelle von einem Zitat zweck (vgl. § 51 UrhG) ausgegangen werden könne (Vorlagefrage 4).

Der EuGH stellte zunächst klar, dass das Zitatrecht gem. Art. 5 Abs. 3 Buchst. d RL 2001/29/EG auf die Nutzung eines geschützten musikalischen Werks anwendbar sei. Die Frage des BGH verneinte er sodann. Zitate müssten für die Erreichung des mit ihnen verfolgten Ziels erforderlich sein.²⁹¹ Deshalb sei eine – vom EuGH nicht näher bestimmte – Interaktion mit dem Werk erforderlich. Sei ein Werk nicht wiedererkennbar, so könne auch keine Interaktion vorliegen.²⁹² Es liegt demnach kein Zitat i. S. d. Art. 5 Abs. 3 Buchst. d RL 2001/29/EG vor, wenn das Werk nicht wiedererkennbar ist.²⁹³

Fünftens wurde gefragt, ob die europäischen Richtlinien bezüglich des Vielfältigkeits- und Verbreitungsrechts des Tonträgerherstellers sowie der Ausnahmen oder Beschränkungen dieser Rechte Umsetzungsspielräume im nationalen Recht lassen.²⁹⁴ Der EuGH konkretisierte die Frage insofern, als

²⁸⁸ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 64 – *Pelham u.a.*; EuGH, Urt. v. 10.04.2014, Rs. C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254 Rn. 27 – *ACI Adam u.a.*

²⁸⁹ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 58 – *Pelham u.a.*

²⁹⁰ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 65 – *Pelham u.a.*

²⁹¹ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 68 f. – *Pelham u.a.*

²⁹² EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 70–73 – *Pelham u.a.*

²⁹³ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 74 – *Pelham u.a.*

²⁹⁴ BGH, GRUR 2017, 895 Rn. 41–43.

dass sie darauf abziele, in Erfahrung zu bringen, ob das Vervielfältigungsrecht durch Art. 2 Buchst. c RL 2011/29/EG vollständig harmonisiert sei.²⁹⁵

Er wies darauf hin, dass bei der Umsetzung von Richtlinien – unabhängig von einem etwaigen Umsetzungsspielraum – die EU-GrCh beachtet werden müsse.²⁹⁶ Die Mitgliedstaaten könnten aber nationale Schutzstandards für die Grundrechte anwenden, wenn das Handeln eines Mitgliedstaats nicht vollständig durch Unionsrecht bestimmt werde. Dadurch dürften jedoch weder das Schutzniveau der EU-GrCh, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden.²⁹⁷

Die Richtlinie 2011/29/EG bezwecke nur die Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte.²⁹⁸ Allerdings sei das Vervielfältigungsrecht der Tonträgerhersteller in Art. 2 Buchst. c RL 2011/29/EG eindeutig festgelegt. Die Regelung stelle deshalb eine Maßnahme zur vollständigen Harmonisierung des materiellen Gehalts dieses Rechts dar.²⁹⁹ Damit verbleibt den Mitgliedstaaten diesbezüglich kein Umsetzungsspielraum.

Zusammenfassend stellt *Samplng* nach dem EuGH einen Eingriff in das Vervielfältigungsrecht gem. Art. 2 Buchst. c RL 2011/29/EG dar, es sei denn es erfolgt in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Weise. Bei der Umsetzung von Art. 2 Buchst. c RL 2011/29/EG besteht auch kein Spielraum der Mitgliedstaaten. Außerdem dürfen diese im nationalen Recht keine Ausnahmen und Beschränkungen vorsehen, die, wie die freie Benutzung gem. § 24 Abs. 1 a. F., nicht in Art. 5 RL 2011/29/EG aufgeführt sind. Ein Zitat i. S. d. Art. 5 Abs. 3 Buchst. d RL 2011/29/EG kann nur vorliegen, wenn das Werk wiedererkennbar ist.

²⁹⁵ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 77 – *Pelham u.a.*

²⁹⁶ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 79 – *Pelham u.a.*

²⁹⁷ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 78, 80 – *Pelham u.a.*

²⁹⁸ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 82 – *Pelham u.a.*

²⁹⁹ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 83–86 – *Pelham u.a.*

Ein Eingriff in das Verbreitungsrecht i. S. d. Art. 9 Abs. 1 Buchst. b RL 2006/115/EG liegt beim Sampling nach dem EuGH indes nicht vor.

d) Die Umsetzung der EuGH-Rechtsprechung durch den BGH

Der BGH musste nun in seiner Entscheidung vom 30.04.2020³⁰⁰ zwischen vor dem 22.12.2002, bis zu dem die RL 2001/29/EG in nationales Recht umzusetzen war, und nach diesem Zeitraum begangenen Handlungen differenzieren.

Bezüglich der Rechtslage vor dem 22.12.2002 sei eine Verletzung des Tonträgerherstellerrechts gegeben. Unter Berücksichtigung der Vorgaben des BVerfG sei jedoch § 24 Abs. 1 UrhG a. F. entsprechend anzuwenden. Aufgrund der Aufhebung der vorangegangenen Berufungs- und Revisionsurteile durch das BVerfG gebe es hierzu jedoch keine berücksichtigungsfähigen Feststellungen mehr, sodass davon auszugehen sei, dass die Voraussetzungen der freien Benutzung vorlägen.³⁰¹

Ab dem 22.12.2002 sei das Tonträgerherstellerrecht richtlinienkonform auszulegen.³⁰² Nach den vom EuGH aufgestellten Maßstäben zum Vorliegen eines Eingriffs in das Tonträgerherstellerrecht stelle die Entnahme von zwei Takten einer Rhythmussequenz eine Vervielfältigung i. S. d. Art. 2 Buchst. c RL 2001/29/EG und damit auch des § 85 Abs. 1 S. 1 UrhG dar.³⁰³ Die Sequenz sei in zwar leicht geänderter, aber beim Hören wiedererkennbarer Form in den neuen Tonträger übernommen worden.³⁰⁴ Bei der Prüfung der Frage, ob ein von einem Tonträger entnommenes Audiofragment in einem neuen Werk in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form genutzt werde, sei auf das Hörverständnis eines durchschnittlichen Musikhörers abzustellen. Das Gericht habe bei mehrmaligem Hören beider Titel festgestellt, das entnommene Rhythmusgefüge sei in dem

³⁰⁰ BGH, Urt. v. 30.04.2020, GRUR 2020, 843.

³⁰¹ BGH, Urt. v. 30.04.2020, GRUR 2020, 843, 844 f. Rn. 16–21.

³⁰² BGH, Urt. v. 30.04.2020, GRUR 2020, 843, 845 Rn. 23.

³⁰³ BGH, Urt. v. 30.04.2020, GRUR 2020, 843, 846 Rn. 28.

³⁰⁴ BGH, Urt. v. 30.04.2020, GRUR 2020, 843, 846 Rn. 31.

Lied „Nur mir“ in seiner charakteristischen Ausprägung noch deutlich wahrnehmbar.³⁰⁵

Da Ausnahmen oder Beschränkungen, die nicht in Art. 5 RL 2001/29/EG normiert seien, nach dem EuGH nicht vorgesehen werden dürften, könnten Vervielfältigungshandlungen ab dem 22.12.2002 nicht mehr gem. § 24 Abs. 1 UrhG a. F. zulässig sein. Denn eine solche Regelung sei in Art. 5 RL 2001/29/EG nicht vorgesehen.

Auch andere Schranken würden nicht greifen. Bei der richtlinienkonformen Auslegung sei – wie zuvor bereits vom EuGH ausgeführt – der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, das Erreichen eines hohen Schutzniveaus und die praktische Wirksamkeit der Ausnahmen und Beschränkungen sowie ein angemessener Ausgleich zwischen den Grundrechten zu berücksichtigen. Zudem komme die Anwendung der Ausnahmen und Beschränkungen nur in Sonderfällen unter der Voraussetzung in Betracht, dass sie die normale Verwertung des Werks nicht beeinträchtigen und die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzen.³⁰⁶

Ein Zitat liege im Streitfall nicht vor, da der Hörer die Fremdheit des Inhalts nicht erkenne. Diese Sichtweise habe auch der EuGH bestätigt.³⁰⁷ Es handle sich auch nicht um ein unwesentliches Beiwerk nach § 57 UrhG, da der entnommene Teil der prägende des Titels „Metall auf Metall“ sei und dieser Teil noch deutlich in seiner charakteristischen Ausprägung in dem Titel „Nur mir“ wahrnehmbar sowie diesem fortlaufend unterlegt sei.³⁰⁸ Für das Vorliegen einer Karikatur oder Parodie, welche aufgrund der bestehenden Rechtsprechung entsprechend § 24 Abs. 1 UrhG a. F. als freie Benutzung zulässig sein könnten, fehle es an einem Ausdruck von Humor oder Verpötlung des Titels „Nur mir“. ³⁰⁹ Von der Möglichkeit, eine Schrankenregelung für Pastiche einzuführen, habe der Gesetzgeber keinen Gebrauch ge-

³⁰⁵ BGH, Urt. v. 30.04.2020, GRUR 2020, 843, 846 Rn. 29 f.

³⁰⁶ BGH, Urt. v. 30.04.2020, GRUR 2020, 843, 847 Rn. 39–44.

³⁰⁷ BGH, Urt. v. 30.04.2020, GRUR 2020, 843, 848 Rn. 53–55.

³⁰⁸ BGH, Urt. v. 30.04.2020, GRUR 2020, 843, 848 f. Rn. 59.

³⁰⁹ BGH, Urt. v. 30.04.2020, GRUR 2020, 843, 849 Rn. 63.

macht und es gebe auch keine entsprechende Rechtsprechung zu Pastiche in Hinblick auf § 24 Abs. 1 UrhG a. F.³¹⁰

Allerdings fehle es an Feststellungen sowohl hinsichtlich einer Wiederholungs- als auch einer Erstbegehungsgefahr. Die Begründung einer Erstbegehungsgefahr durch ein in der Vergangenheit zulässiges Verhalten, das erst durch eine spätere Rechtsänderung unzulässig geworden sei, komme nur in Betracht, wenn weitere Umstände hinzutreten würden, die eine Zuwiderhandlung in der Zukunft konkret erwarten lassen würden. Solche Feststellungen seien hier nicht getroffen worden.³¹¹

Das Verbreitungsrecht nach Art. 9 Abs. 1 Buchst. b RL 2006/115/EG sei mangels Vorliegen einer „Kopie“ nicht verletzt. § 96 Abs. 1 UrhG sei außerdem unionsrechtskonform auszulegen. Die Handlungsmodalitäten der Verbreitung an die Öffentlichkeit in beliebiger Form durch Verkauf oder Veräußerung oder auf sonstige Weise seien nach Art. 4 Abs. 1 RL 2001/29/EG und Art. 9 Abs. 1 Buchst. b RL 2006/115/EG allein dem Verbreitungs-, nicht aber dem Vervielfältigungsrecht vorbehalten.³¹² Im Streitfall stehe aber eine Verletzung des Verbreitungsrechts des Tonträgerherstellers nicht in Rede.³¹³

Der BGH wies die Berufungsinstanz schließlich darauf hin, dass bezüglich Vervielfältigungshandlungen vor dem 22.12.2002 eine freie Benutzung gem. § 24 Abs. 1 UrhG a. F. vorliegen dürfte, ein Melodienschutz nach § 24 Abs. 2 UrhG a. F. jedoch nicht. Nach diesem Zeitraum seien Feststellungen zur Erstbegehungsgefahr erforderlich. Hilfsweise Ansprüche aus den Rechten der ausübenden Künstler, aus Urheberrechten und aus Wettbewerbsrecht seien zu verneinen.³¹⁴

³¹⁰ BGH, Urt. v. 30.04.2020, GRUR 2020, 843, 849 Rn. 64.

³¹¹ BGH, Urt. v. 30.04.2020, GRUR 2020, 843, 849 Rn. 67–71.

³¹² BGH, Urt. v. 30.04.2020, GRUR 2020, 843, 850 Rn. 77–80; vgl. EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 55 – *Pelham u.a.*

³¹³ BGH, Urt. v. 30.04.2020, GRUR 2020, 843, 850 Rn. 82.

³¹⁴ BGH, Urt. v. 30.04.2020, GRUR 2020, 843, 850 f. Rn. 85–92.

e) Auswirkungen des EuGH-Urteils auf das deutsche Recht

Am 7. Juni 2021 ist das Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des Digitalen Binnenmarkts in Kraft getreten. In Reaktion auf das „Metall auf Metall“-EuGH-Urteil wurde durch dieses Gesetz § 24 UrhG a. F. aufgehoben. Nach dem neugefassten § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG liegt keine Bearbeitung oder Umgestaltung i. S. d. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG vor, wenn das neue Werk einen hinreichenden Abstand zum benutzten Werk wahrt.

Neu ist auch die Schranke in § 51a UrhG, wonach die Vervielfältigung, die Verbreitung und die öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werks zum Zweck der Karikatur, der Parodie und des Pastiches zulässig ist. Bei dieser Schranke handelt es sich um eine Umsetzung der Regelung in Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG, wonach die Mitgliedstaaten Ausnahmen oder Beschränkungen für die Nutzung zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiches vorsehen können. Die Regelung entstand insbesondere auch mit der Absicht, den Upload von nutzergenerierten Inhalten (sog. User Generated Content, UGC) auf Plattformen zu ermöglichen, um der Kommunikation im „Social Web“ gerecht zu werden.³¹⁵

Zudem ist am 1. August 2021 das Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz – UrhDaG) in Kraft getreten. § 5 Abs. 1 Nr. 1 und 2 UrhDaG verweisen auf die § 51 und § 51a UrhG. Demnach ist die öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlich geschützten Werken und Werkteilen durch den Nutzer eines Diensteanbieters zu den dort genannten Zwecken zulässig. Weiterhin gilt gem. § 10 Nr. 2 UrhDaG die Nutzung einer Tonspur bis zu 15 Sekunden als geringfügig, sofern sie nicht zu kommerziellen Zwecken oder nur zur Erzielung unerheblicher Einnahmen dient.

³¹⁵ Erklärung der Bundesrepublik Deutschland zur Richtlinie über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im Digitalen Binnenmarkt; insbesondere zu Artikel 17 der Richtlinie, Nr. 9; BT-Drs. 19/27426, S. 91.

f) Neue Entscheidung des OLG Hamburg

Nach Zurückverweisung des Falles durch den BGH differenziert das OLG Hamburg in seinem Urteil vom 28. April 2022³¹⁶ zwischen drei zeitlichen Phasen: Der Phase bis zum 22.12.2002 – für die ausschließlich das nationale Recht gilt –, der Phase ab dem Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 2001/29/EG am 22.12.2002 – für die das europäische Recht zu berücksichtigen ist – und der Phase ab dem 07.06.2021, für die die neu eingeführte Schranke des § 51a UrhG gilt.³¹⁷

In der ersten Phase lehnt das OLG einen Unterlassungsanspruch in Bezug auf eine Verletzung von Urheberrechten, Leistungsschutzrechten oder aus Wettbewerbsrecht ab.³¹⁸ Eine Rechtsverletzung zu dieser Zeit sei nicht gegeben, weil eine freie Benutzung im Sinne von § 24 Abs. 1 UrhG a. F. vorliege. Zwar bleibe die übernommene Sequenz in seiner charakteristischen Ausprägung noch deutlich wahrnehmbar, das Stück „Nur mir“ verfüge aber über einen eigenständigen Charakter: Die ersten sieben Takte bestünden aus einer Wiederholung des Samples mit sich aufbauenden melodischen Synthesizer-Klängen, im Hintergrund gefolgt von Schlagzeugklängen mit eigenen Rhythmusfiguren, bevor der Gesang einsetze. Im späteren Verlauf gebe es zudem mehrere Gitarrensoli. Dadurch entstehe, so das OLG, ein vielschichtiges Stück mit eigenständigen Melodie- und Rhythmusfiguren sowie Sprech- und Hintergrundgesang. Ein hinreichender Abstand zum Stück „Metall auf Metall“ werde dadurch gewahrt.³¹⁹

Bei der entnommenen Sequenz handele es sich auch nicht um eine Melodie i. S. d. § 24 Abs. 2 UrhG a. F. Bei der freien Benutzung handele es sich um eine eng auszulegende Ausnahmbestimmung; die Voraussetzungen einer Analogie lägen nicht vor. Im Übrigen wäre ein Musikwerk insgesamt keiner freien Benutzung mehr zugänglich, wenn man auch sonstige prägnante Teile einem starren Schutz unterwerfen würde.³²⁰

³¹⁶ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866.

³¹⁷ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 48.

³¹⁸ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 47–65.

³¹⁹ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 52–55.

³²⁰ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 56–62.

Für die letzte Phase ab dem 7. Juni 2021 bestünden ebenfalls keine Ansprüche, da nunmehr die Pastiche-Schranke des § 51a UrhG greife.³²¹ Bei einem Pastiche gehe es „im Kern um einen kommunikativen Akt der stilistischen Nachahmung, wobei auch die Übernahme fremder Werke oder Werkteile erlaubt [sei], der eine bewertende Referenz auf ein Original [voraussetze]“.³²² Unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung führt das OLG aus, dass auch die referenzierende Übernahme fremder Werke oder Werkteile erlaubt, aber eine Auseinandersetzung mit dem Original erforderlich sei. § 51a UrhG bezwecke als Ausfluss der Kunst- und Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 GG bzw. Art. 11 und 13 EU-GrCh den Ausgleich zwischen Kreativen. Im Hinblick auf den Drei-Stufen-Test dürften aber die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber nicht beeinträchtigt werden. Das referenzierende Werk müsse in veränderter Form erscheinen.³²³

Danach stelle das „Metall auf Metall“-Sample ein Pastiche in Form einer Hommage an das Originalwerk dar. Es genüge, dass eine objektive Auseinandersetzung mit dem Klang selbst – und nicht mit *Kraftwerk* – stattfinde. Die künstlerische Auseinandersetzung müsse für denjenigen erkennbar sein, dem das ursprüngliche Werk bekannt sei und der das für die Wahrnehmung einer Karikatur, Parodie oder Pastiche erforderliche intellektuelle Verständnis besitze. Zudem sei es zulässig, ein Werk in einem völlig anderen Stil zu schaffen.³²⁴

Die Übernahme sei im Hinblick auf den Drei-Stufen-Test rechtmäßig. Der Pastiche regle einen begrenzten Sonderfall und die normale Verwertung des Werks werde nicht beeinträchtigt, weil aufgrund des künstlerischen und zeitlichen Abstandes zwischen den Werken keine Konkurrenzsituation begründet werde. Der Verlust der Möglichkeit von Lizenzeinnahmen bewirke keinen erheblichen wirtschaftlichen Nachteil. Ein solcher sei weder substantiiert vorgetragen worden, noch sei er ersichtlich, da die Entnahme zwanzig Jahre nach Erscheinen des Originalwerks erfolgt sei. Der Schutz der Ton-

³²¹ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 66–87.

³²² OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 69.

³²³ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 69–72.

³²⁴ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. Rn. 73–76.

trägerhersteller bewirke zudem nicht den Schutz von Lizenzeinnahmen, sondern den Schutz vor einer Gefährdung seines wirtschaftlichen Einsatzes durch Piraterie. Der hier vorliegende wirtschaftliche Vorteil des Samplennutzers korrespondiere nicht mit einem Nachteil des Tonträgerherstellers des Ursprungswerks.³²⁵ Auch die Interessenabwägung auf der dritten Stufe falle zugunsten der Beklagten aus. Eine unmittelbare Auseinandersetzung mit dem Werk sei eher hinzunehmen als eine Auseinandersetzung mit dem Subtext des Originalwerks. Eine unmittelbare Auseinandersetzung bestehe hier in Form einer Auseinandersetzung mit der Kälte des Klangs der Sequenz. Die entnommene Sequenz sei objektiv wahrnehmbar und wiedererkennbar. Durch ihre Nutzung in der Einleitung und die fortschreitende Änderung des Genres würden deutliche Anspielungen auf das Original erkennbar. Auch in zeitlicher Hinsicht sei die Übernahme nicht unmittelbar nach der Veröffentlichung des Originaltonträgers erfolgt, sondern erst zwanzig Jahre danach. Schließlich werde auch dadurch keine Unzumutbarkeit der Übernahme begründet, dass der Beklagte zu 2) wegen einer tätlichen Auseinandersetzung eine unrühmliche Bekanntheit erworben habe. Denn es bestehe keinerlei Bezug zwischen dieser Auseinandersetzung und dem Werk „Nur mir“, insbesondere weil der Beklagte zu 2) nicht Interpret, sondern Produzent und Tonträgerhersteller dieser Aufnahme sei.³²⁶

Allerdings bestünden Annexansprüche in Bezug auf die zweite Phase, also die Zwischenphase nach Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 2001/29/EG und vor Inkrafttreten des § 51a UrhG (22.12.2002 – 07.06.2021).³²⁷

Eine Wiederholungsgefahr liege vor, weil die Beklagten im Jahr 2004 eine Vervielfältigung für eine „Compilation“ (Zusammenstellung von Musikstücken) vorgenommen hätten. Damit hätten sie nach Maßgabe der Rechtsprechung des EuGH und des BGH sowie unter Berücksichtigung der EU-GrCh das Tonträgerherstellerrecht verletzt (siehe dazu die obigen Ausführungen unter E. IV. 1. c) und d)). Vorliegend sei das Sample deutlich wahrnehmbar

³²⁵ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 77–80.

³²⁶ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 80–86.

³²⁷ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 88–110.

und für den mit dem Werk der Kläger vertrauten Hörer auch erkennbar.³²⁸ Für diese zweite Phase bestünden auch keine Rechtfertigungsgründe.³²⁹ Der geltend gemachte Auskunftsanspruch bestehe deshalb jedenfalls teilweise wegen Verletzung des Vervielfältigungsrechts des Tonträgerherstellers. Eine Verletzung des Verbreitungsrechts liege indes nicht vor.³³⁰ Nach diesen Maßstäben sei der Anspruch auch aus dem Recht der ausübenden Künstler gegeben.³³¹

Der geltend gemachte Auskunftsanspruch sei aufgrund der Verletzung der Urheberrechte der Kläger vollumfänglich gegeben. In der Übernahme der Sequenz in das Stück „Nur mir“ liege eine Urheberrechtsverletzung (siehe dazu oben D. III. 4.). Die Berufung auf eine Schrankenregelung sei aus den obigen Gründen ausgeschlossen.³³²

Das OLG Hamburg hat erneut die Revision zugelassen, soweit es hinsichtlich der streitgegenständlichen Ansprüche ab dem 07.06.2021 zum Nachteil der Kläger erkannt hat (Phase 3).³³³ Die Sache ist derzeit beim BGH anhängig.³³⁴

2. Kritik und Beurteilung der „Metall auf Metall“-Rechtsprechung zum Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht

Im Folgenden wird die Rechtsprechung im „Metall auf Metall“-Verfahren in Bezug zum Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht (2.a) und 2.b)) und zum Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der unionsrechtlichen Bestimmungen (2.c)) beurteilt. Die Bewertung der „Metall auf Metall“-Rechtsprechung i. Ü. erfolgt in den darauffolgenden Kapiteln zu den jeweiligen Ausführungen zu § 23 Abs. 1 UrhG (F.), § 24 Abs. 1 a. F. UrhG

³²⁸ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 88–94.

³²⁹ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 95.

³³⁰ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 96–99.

³³¹ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 100 f.

³³² OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 102–110.

³³³ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 114.

³³⁴ Az. I ZR 74/22; der Verkündungstermin ist am 14.09.2023.

(G. und I.) und §§ 51, 51a UrhG (H.) bzw. ist zum urheberrechtlichen Eingriff bereits erfolgt (D. III. 4.).

a) Schutz kleinster Tonsequenzen

aa) Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht – Meinungsstand und Bewertung

Der EuGH hat entschieden, dass Sampling ein Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht ist, es sei denn, das Sample werde in geänderter und nicht wiedererkennbarer Form in einen anderen Tonträger eingefügt.³³⁵ In der Literatur besteht indes Uneinigkeit bei der Frage nach einem Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht. Im Folgenden werden die diesbezüglich vorgebrachten Argumente vorgestellt und diskutiert. Dabei sind, nach Vorgabe des EuGH, die Grundrechte der EU-GrCh zu beachten.³³⁶

Nach teilweise vertretener Auffassung spricht gegen einen Schutz kleinster Audiofragmente, dass auch Urheberrechte nur bei einer persönlichen geistigen Schöpfung entstünden. Dem Tonträgerhersteller solle aber kein besserer Schutz zukommen als dem Urheber.³³⁷

Dieses Argument ist allerdings nicht überzeugend, berücksichtigt man die unterschiedlichen Schutzzwecke von Urheberrechten einerseits und Leistungsschutzrechten andererseits. Während erstere an die geistige Schöpfung und die künstlerische Leistung anknüpfen, schützen letztere je nach den betroffenen Rechten die persönliche, die technische und/oder die wirtschaftliche Leistung.³³⁸ Nach Erwägungsgrund 10 der RL 2001/29/EG soll die von den Leistungsschutzrechtsinhabern erbrachte Investition geschützt werden.

³³⁵ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 39 – *Pelham u.a.*

³³⁶ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 26 – *Pelham u.a.*

³³⁷ *Pötzlberger*, ZUM 2019, 250, 251; *Ders.*, Kreatives Remixing, S. 351; *Schonhofen*, Legal Tribune Online, 02.06.2017, www.lto.de/persistent/a_id/23095/, zul. abgerufen am 07.06.2023; *Wandtke/Bullinger/Leenen*, InfoSoc-RL Art. 2 Rn. 11; vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführer in BVerfGE 142, 74 Rn. 29.

³³⁸ *Dreier/Schulze/Schulze*, Vorb. zu §§ 70 ff. Rn. 2; *Loewenheim/Loewenheim*, UrhR, § 1 Rn. 3; *Spindler/Schuster/Wiebe*, Recht der elektronischen Medien, UrhG Vorb. zu §§ 70 ff. Rn. 1.

Das Tonträgerherstellerrecht ist folglich nicht werkakzessorisch, sondern besteht unabhängig vom Urheberrecht.³³⁹ Die Schutzuntergrenze des Urheberrechts zeigt lediglich, dass grundsätzlich die Möglichkeit von Schutzuntergrenzen besteht, zwingend ist eine solche beim Tonträgerherstellerrecht aber nicht.

Bei der Frage nach dem Schutz von Samples ist auch das Genfer Tonträgerabkommen zu berücksichtigen. Nach Art. 1 Buchst. c GTA liegt eine Vervielfältigung bei Entnahme aller oder eines wesentlichen Teils der Töne des Originaltonträgers vor. Danach gibt es zwar durchaus einen Teileschutz, aber gerade nur den „wesentlicher“ Teile. Das entspricht keinesfalls dem Schutz kleinster Teile. Die Verwendung des Wortes „wesentlich“ zeigt vielmehr, dass die Einführung von Schutzuntergrenzen durch die Mitgliedstaaten nicht ausgeschlossen ist.³⁴⁰ Es ist allerdings auch ein strengerer Schutz durch die Mitgliedstaaten möglich, vgl. Art. 7 Abs. 2 GTA. Damit bleibt Raum für eine restriktive Auslegung des Rechts.³⁴¹ Zu beachten ist weiterhin, dass das Genfer Tonträgerabkommen aber auch keine Regelung enthält, wonach nicht auch kleinste Teile „wesentlich“ i. S. d. Art. 1 Buchst. c GTA sein können. Die Annahme eines Eingriffs in das Tonträgerherstellerrecht bei der Entnahme kleinster Teile wird somit durch das Abkommen nicht ausgeschlossen. Eine Antwort auf die Frage nach dem Schutz kleinster Tonsequenzen enthält das GTA aber nicht.

Nach einer weiteren Auffassung spricht gegen einen Schutz kleinster Teile die Parallele zum Recht des Datenbankherstellers, bei dem ebenfalls die

³³⁹ Regierungsentwurf eines Urheberrechtsgesetzes v. 23.3.1962 – BT-Drs. IV/270, S. 96; *Apel*, K&R 2017, 863, 864; *Ders.*, ZGE 2010, 331, 350; *Dierkes*, Leistungsschutzrechte, S. 25 f.; *Häuser*, Sound und Sampling, S. 110; *Lindhorst*, GRUR 2009, 406, 407; *Müller*, ZUM 1999, 555, 558; *Schorn*, GRUR 1989, 579 f.; *Schulze*, ZUM 1994, 15, 20; *Spieß*, ZUM 1991, 524, 534; *Stieper*, ZUM 2009, 223, 224; *Wandtke/Bullinger/Schaefer*, § 85 Rn. 25.

³⁴⁰ *Ohly*, GRUR 2017, 964, 966; so gelangt *Häuser*, Sound und Sampling, S. 114 f., zu der Ansicht, ein Teil einer Tonaufnahme sei „wesentlich“, wenn er kommerziell verwertbar sei.

³⁴¹ vgl. *Ohly*, GRUR 2017, 964, 966.

Formulierung „wesentlicher“ Teile verwendet wird: Der Schutz entstehe gem. Art. 7 Abs. 2 Buchst. a) RL 96/9/EG nur bei der Übernahme „wesentlicher“ Teile. Die Parallele zum Tonträgerherstellerrecht ergebe sich daraus, dass es sich jeweils um einen Investitionsschutz handele.³⁴²

Allerdings hat der Gesetzgeber beim Tonträgerherstellerrecht – anders als beim Datenbankherstellerrecht – bei der Frage nach einem Eingriff keine Differenzierung bezüglich der Quantität oder Qualität der entnommenen Teile vorgenommen, vgl. Art. 2 RL 2001/29/EG.³⁴³ Hierzu wird vorgebracht, dem Gesetzgeber sei die Bedeutung des Samplings nicht bewusst gewesen.³⁴⁴ Dagegen kann jedoch eingewendet werden, dass die Technik des Samplings im Jahre 2001, als die RL 2001/29/EG in Kraft trat, bereits eine gängige Praxis war. Der europäische Gesetzgeber hätte in Kenntnis dessen – wie beim Datenbankherstellerrecht – normieren können, dass ein Eingriff nur bei der Entnahme wesentlicher Teile vorliegt. Da er dies nicht getan hat, sondern der Wortlaut bei teilweiser Vervielfältigung nicht differenziert, spricht das Recht des Datenbankherstellers nicht gegen einen Schutz kleinster Teile beim Tonträgerherstellerrecht. Auch in der Literatur wird eingewendet, dass es innerhalb der verwandten Schutzrechte ein differenziertes Schutzkonzept gebe.³⁴⁵

Nach weiteren Stimmen spricht gegen einen Schutz durch das Tonträgerherstellerrecht, dass Schutzuntergrenzen ebenfalls beim Schutz der ausübenden Künstler (s.o. E. III.), im Filmherstellerrecht und im Recht der Sendeunternehmen bestünden.³⁴⁶ Auch der EuGH habe bereits festgestellt, dass dem Rechtsinhaber nicht die höchstmögliche Vergütung garantiert werden müsse.³⁴⁷ Denn beim Tonträgerherstellerrecht handele es sich um reines Wirt-

³⁴² *Gelke*, Mashups, S. 135; *Ohly*, GRUR 2017, 964, 966; *Pötzlberger*, ZUM 2019, 250, 251.

³⁴³ *Rossa*, MMR 2017, 665, 668.

³⁴⁴ BVerfGE 142, 74 Rn. 94; vgl. BGH, NJW 2001, 603, 604; BGHZ 175, 135 ff.

³⁴⁵ *Homar*, ZUM 2019, 731, 733.

³⁴⁶ *Leistner*, JZ 2014, 846, 849; *Pötzlberger*, ZUM 2019, 250, 251.

³⁴⁷ EuGH, Urt. v. 4.10.2011, Rs. C-403/08, 429/08, ECLI:EU:C:2011:43 Rn. 108 – *Football Association Premier League u.a.*; *Ohly*, GRUR 2017, 964, 966.

schaftsrecht. Nur der Schutz gegen substituierbare Konkurrenzprodukte sei erforderlich. Stelle die neue Tonaufnahme kein Konkurrenzprodukt zur Original-Aufnahme dar, leide die kommerzielle Auswertung letzterer nicht, sondern es fehlten allenfalls Einnahmen aus einem nachgelagerten Markt.³⁴⁸ Weiterhin wird zu bedenken gegeben, dass die Herstellerleistung nicht mehr stets in kleinsten Teilen bestehe.³⁴⁹ Die Sicherstellung eines zufriedenstellenden Ertrags werde nicht beeinträchtigt, wenn die Entnahme kleinster Tonfetzen in veränderter und nicht wiedererkennbarer Form lizenzfrei möglich sei.³⁵⁰ Es solle keine höchstmögliche Vergütung bezweckt werden.³⁵¹ Dagegen ist einzuwenden, dass die unternehmerische Leistung des Tonträgerherstellers durchaus für jeden Teil der Tonaufnahme erbracht wird.³⁵² Denn in der Aufnahme des einzelnen Tons spiegelt sich der Aufwand wider, der für das gesamte Lied erbracht wurde. Dazu gehört nicht nur die Beschaffung der richtigen Soft- und Hardware sowie gegebenenfalls der Musiker und Sänger, sondern auch der Bearbeitungsaufwand, welcher für das Lied erbracht wurde. Wäre das Lied nicht mit dieser Investition in ihrer Gesamtheit aufgenommen worden, bestünde auch die einzelne Tonsequenz daraus nicht. Das spricht gegen die Forderung nach einer Mindestschwelle beim Tonträgerherstellerrecht und für einen Schutz des Tonträgers als „unteilbares Ganzes“³⁵³.³⁵⁴ Ein solcher Schutz entspricht dem Ziel der Richtlinie, ein

³⁴⁸ *Ohly*, GRUR 2017, 964, 966; *Wagner*, MMR 2019, 727, 728 f.

³⁴⁹ *Pötzlberger*, Kreatives Remixing, S. 352.

³⁵⁰ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 38 – *Pelham u.a.*

³⁵¹ EuGH, Urt. v. 4.10.2011, Rs. C-403/08, 429/08, ECLI:EU:C:2011:43 Rn. 108 – *Football Association Premier League u.a.*; *Ohly*, GRUR 2017, 964, 966.

³⁵² BGH, NJW 2009, 770 f. Rn. 10, 11, 13; *Apel*, K&R 2017, 863, 864; *Dierkes*, Leistungsschutzrechte, S. 25; *Müller*, ZUM 1999, 555, 558; *Spieß*, ZUM 1991, 524, 534.

³⁵³ Generalanwalt *Szpunar*, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 30 – *Pelham u.a.*; *Apel*, K&R 2017, 863, 864.

³⁵⁴ Vgl. Regierungsentwurf eines Urheberrechtsgesetzes v. 23.3.1962 – BT-Drs. IV/270, S. 96; *Apel*, K&R 2017, 863, 864; *Ders.*, ZGE 2010, 331, 350; *Dierkes*, Leistungsschutzrechte, S. 25 f.; *Häuser*, Sound und Sampling, S. 110; *Müller*, ZUM 1999, 555, 558; *Schorn*, GRUR 1989, 579 f.; *Schulze*, ZUM 1994, 15, 20; *Spieß*, ZUM 1991, 524, 534; *Stieper*, ZUM 2009, 223, 224; *Wandtke/Bullinger/Schaefer*, § 85 Rn. 25; vgl. *Lindhorst*, GRUR 2009, 406, 407.

hohes Schutzniveau für die verwandten Schutzrechte zu erreichen und die Investition des Tonträgerherstellers abzusichern.³⁵⁵ Ferner zeigt die wirtschaftliche Verwertbarkeit von Samples³⁵⁶ deren Bedeutung als Einnahmequelle des Tonträgerherstellers. Dies spricht dafür, dass die Einnahmen aus der Lizenzierung von Samples zu den sicherzustellenden Erträgen des Tonträgerherstellers zählen. Auch der Gesetzeswortlaut differenziert nicht zwischen Art oder Umfang der Entnahme, vgl. Art. 2 RL 2001/29/EG. Nach hier vertretener Auffassung wird der Tonträgerhersteller vom Gesetzgeber umfassend in dem Sinne geschützt, dass, neben den Einnahmen aus der Verwertung des Tonträgers selbst, auch die Einnahmen aus der Lizenzierung von Samples geschützt werden, sofern diese unter das Tonträgerherstellerrecht fallen.

Bei der im Rahmen der Berücksichtigung der EU-GrCh³⁵⁷ gem. 31. Erwägungsgrund und Art. 5 RL 2001/29/EG vorzunehmenden Interessenabwägung stehen sich Eigentumsschutz der Tonträgerhersteller und die Kunstfreiheit der Samplenden gegenüber. Der Eigentumsschutz beinhaltet auch den Schutz des geistigen Eigentums und damit das kreative Schaffen. Dieser Schutz könnte entwertet werden, wenn beim Sampling kein Lizenzerwerb erforderlich wäre,³⁵⁸ da die Verwertung und Nutzung des Eigentums Teil des Eigentumsschutzes ist. Auf der anderen Seite wird das Recht des geistigen Eigentums nicht schranken- oder bedingungslos gewährleistet.³⁵⁹ Die Erwägungsgründe 1 und 3 der Richtlinie, nach denen der Schutz vor Wettbewerbsverzerrungen sowie der Schutz des Eigentums, der freien Meinungsäußerung und des Gemeinwohls bezweckt wird, zeigen, dass die Richtlinie wirtschaftlich ausgerichtet ist und nicht vorrangig die sonstigen Interessen der Künstler schützt. Deshalb dürfen die Interessen der Künstler nicht ge-

³⁵⁵ von Ungern-Sternberg, GRUR 2020, 113, 123.

³⁵⁶ BGH, GRUR 2017, 895 Rn. 15; *Apel*, ZGE 2010, 331, 350; *Dierkes*, Leistungsschutzrechte, S. 25.

³⁵⁷ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 26 – *Pelham u.a.*

³⁵⁸ *Müller*, www.spiegel.de/kultur/musik/100-jahre-copyright-im-haus-der-kulturen-der-welt-hkw-in-berlin-a-1234279.html, zul. abgerufen am 07.06.2023.

³⁵⁹ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 33 – *Pelham u.a.*

genüber den Nutzungsinteressen an der Tonträgeraufnahme bevorzugt werden.³⁶⁰ Im Rahmen der Berücksichtigung der Kunstfreiheit muss die grundsätzliche Bedeutung des Samplings für die Musikbranche beachtet werden.³⁶¹ Die Nutzung von Samples in Rap und Hip-Hop ist heute, wie in Kapitel C. II. 3. näher ausgeführt, ein gängiges Stilmittel.³⁶² Kaum ein Stück, das dem Genre des Hip-Hops zuzuordnen ist, enthält keine Samples.³⁶³ Es geht nicht darum, Sequenzen zu entwenden, um sich Eigenproduktionsaufwand zu ersparen, sondern darum, Vorhandenes in einen neuen, originellen Kontext zu transferieren.³⁶⁴ Sampling dient der „ästhetischen Reformulierung des kulturellen Gedächtnisses“³⁶⁵. So führt etwa *Janisch* aus, der Remixer spiele mit der Vertrautheit und zugleich mit der Überraschung des Publikums. Er nutze mithin nicht nur die Produkte fremder Urheber, sondern sei selbst Urheber. Die Technik des Samplings müsse deshalb von der

³⁶⁰ *Rossa*, MMR 2017, 665, 668; vgl. *Hieber*, ZUM 2019, 746, 747.

³⁶¹ *Janisch*, Kunstfreiheit, die Große Unbekannte, www.sueddeutsche.de/kultur/europaeisches-recht-und-pop-kunstfreiheit-die-grosse-unbekannte-1.4035768, zul. abgerufen am 07.06.2023; vgl. *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1009; *Schonhofen*, GRUR-Prax 2019, 432, 433.

³⁶² Vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführer in BVerfGE 142, 74 Rn. 26; *Grossmann*, Popmusicology, S. 127; Rapper und Anwalt *Sebastian Möllmann* im Interview mit Spiegel Online, *Giammarco*, www.spiegel.de/kultur/musik/moses-pelham-erstreitet-recht-auf-samplen-experteninterview-a-1095111.html, zul. abgerufen am 07.06.2023; *Müller*, www.spiegel.de/kultur/musik/100-jahre-copyright-im-haus-der-kulturen-der-welt-hkw-in-berlin-a-1234279.html, zul. abgerufen am 07.06.2023; *Pelham* im Interview mit Spiegel Online, *Hipp*, www.spiegel.de/kultur/musik/bundesverfassungsgericht-moses-pelham-gegen-kraftwerk-a-1064607.html, zul. abgerufen am 07.06.2023.

³⁶³ *Carstensen*, www.spiegel.de/spiegel/print/d-69744048.html, zul. abgerufen am 07.06.2023.

³⁶⁴ *Janisch*, Kunstfreiheit, die Große Unbekannte, www.sueddeutsche.de/kultur/europaeisches-recht-und-pop-kunstfreiheit-die-grosse-unbekannte-1.4035768, zul. abgerufen am 07.06.2023; vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführer in BVerfGE 142, 74 Rn. 26 f.

³⁶⁵ *Grossmann*, Popmusicology, S. 127.

Kunstfreiheit geschützt werden.³⁶⁶ Nach anderen Stimmen wird deshalb Kunst durch Kunst geschaffen,³⁶⁷ im Ergebnis sei die gesamte Popmusik auf Vorhergehendem begründet.³⁶⁸ Die Auseinandersetzung mit Kunst gehört zur Kunst und stellt nicht grundsätzlich eine Kopie dar.³⁶⁹

Gegen die Notwendigkeit einer Lizenzierung spricht weiterhin, dass die Preise für prominente Samples Verhandlungssache sind (siehe dazu auch C. III.). Viele Anfragen gehen ins Leere oder führen zu hohen Forderungen.³⁷⁰ Das hat zur Folge, dass sich die Lizenzierung von begehrten Samples teilweise nur die Marktführer (z. B. große Plattenlabels oder renommierte Musikproduzenten) leisten können, wodurch die Gefahr entsteht, dass sie ihre Macht abermals ausbauen.³⁷¹ Für Laien ist die Lizenzierung indes kompliziert und kostenintensiv.³⁷² Nach Angabe der Beklagten habe auch die *Pelham GmbH Kraftwerk* letztlich eine Zahlung in Höhe von 17.500 € an-

³⁶⁶ *Janisch*, Kunstfreiheit, die Große Unbekannte, www.sueddeutsche.de/kultur/europaeisches-recht-und-pop-kunstfreiheit-die-grosse-unbekannte-1.4035768, zul. abgerufen am 07.06.2023.

³⁶⁷ Rapper und Anwalt *Sebastian Möllmann* im Interview mit Spiegel Online, *Giammarco*, www.spiegel.de/kultur/musik/moses-pelham-erstreitet-recht-auf-samplen-experteninterview-a-1095111.html, zul. abgerufen am 07.06.2023.

³⁶⁸ *Müller*, www.spiegel.de/kultur/musik/100-jahre-copyright-im-haus-der-kulturen-der-welt-hkw-in-berlin-a-1234279.html, zul. abgerufen am 07.06.2023.

³⁶⁹ Rapper und Anwalt *Sebastian Möllmann* im Interview mit Spiegel Online, *Giammarco*, www.spiegel.de/kultur/musik/moses-pelham-erstreitet-recht-auf-samplen-experteninterview-a-1095111.html, zul. abgerufen am 07.06.2023; *Pelham* im Interview mit Spiegel Online; *Hipp*, www.spiegel.de/kultur/musik/bundesverfassungsgericht-moses-pelham-gegen-kraftwerk-a-1064607.html, zul. abgerufen am 07.06.2023.

³⁷⁰ *Prof. S.* von der Popakademie Baden-Württemberg als Sachkundiger in BVerfGE 142, 74 Rn. 56 f.; *Müller*, www.spiegel.de/kultur/musik/100-jahre-copyright-im-haus-der-kulturen-der-welt-hkw-in-berlin-a-1234279.html, zul. abgerufen am 07.06.2023.

³⁷¹ Stellungnahme *Digitale Gesellschaft* in BVerfGE 142, 74 Rn. 48; *Müller*, www.spiegel.de/kultur/musik/100-jahre-copyright-im-haus-der-kulturen-der-welt-hkw-in-berlin-a-1234279.html, zul. abgerufen am 07.06.2023.

³⁷² Stellungnahme *GRUR* in BVerfGE 142, 74 Rn. 34.

geboden, auf die *Kraftwerk* sich aber nicht habe einlassen wollen.³⁷³ Das Sample-Clearing wird zwar als gängige und durchaus mögliche Praxis angesehen, es erschwert aber das künstlerische Schaffen und kostet viel Energie (siehe dazu auch C. III.).³⁷⁴

Im Ergebnis ist die Anerkennung des Samplings als künstlerische Betätigung deshalb – auch nach überwiegender Ansicht in der Literatur – begrüßenswert.

Dies darf allerdings den Schutz von klanglichen Strukturen als Bestandteil des Eigentumsschutzes des Tonträgerherstellers nicht gänzlich unterlaufen. Wie bereits erörtert, entsteht die vom Tonträgerherstellerrecht geschützte Leistung für jeden Teil der Tonaufnahme. Deshalb darf die Technik des Samplings nicht schrankenlos geschützt werden. In der Gesamtschau ist mithin entweder eine restriktive Auslegung des Tonträgerherstellerrechts oder die Anwendung einer Schrankenregelung interessengerecht.

Im Folgenden werden die in der Rechtsprechung und Literatur vorgestellten Ansätze für eine restriktive Auslegung geprüft. In den Kapiteln F.–I. werden etwaige Schutzbereichsbegrenzungen und Beschränkungen untersucht.

bb) Restriktive Auslegung des Tonträgerherstellerrechts

Einige Stimmen in der Literatur befürworteten schon vor der Verkündung des EuGH-Urteils, das Tonträgerherstellerrecht zugunsten des lizenzfreien Samplings restriktiv auszulegen. Das BVerfG habe diese Möglichkeit zu Recht in Betracht gezogen.³⁷⁵ Bei einer richtlinienkonformen Auslegung des Tonträgerherstellerrechts könne ein angemessenes Verhältnis zwischen der Kunstfreiheit gem. Art. 13 EU-GrCh und dem Schutz des geistigen Eigen-

³⁷³ Stellungnahme des Beschwerdeführers zu 2) in BVerfGE 142, 74 Rn. 54; *Hipp*, www.spiegel.de/kultur/musik/bundesverfassungsgericht-moses-pelham-gegen-kraftwerk-a-1064607.html, zul. abgerufen am 07.06.2023.

³⁷⁴ *Hipp*, www.spiegel.de/kultur/musik/bundesverfassungsgericht-moses-pelham-gegen-kraftwerk-a-1064607.html, zul. abgerufen am 07.06.2023.; *Peifer*, ZUM 2016, 805, 809.

³⁷⁵ *Grünberger*, ZUM 2018, 271, 274; *Janisch*, Kunstfreiheit, die Große Unbekannte, www.sueddeutsche.de/kultur/europaeisches-recht-und-pop-kunstfreiheit-die-grosse-unbekannte-1.4035768, zul. abgerufen am 07.06.2023; vgl. BVerfGE 142, 74 Rn. 110.

tums gem. Art. 17 Abs. 2 EU-GrCh hergestellt werden.³⁷⁶ So ist *Rossa* der Auffassung, dass eine restriktive Auslegung von Art. 2 Buchst. c RL 2001/29/EG notwendig sei, da die Norm bei einer engen Auslegung nicht mit den europäischen Grundrechten vereinbar sei.³⁷⁷

Eine restriktive Auslegung des Tonträgerherstellerrechts könnte in der Weise vorgenommen werden, dass ein Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht nur vorliegt, wenn eine erhebliche wirtschaftliche Beeinträchtigung entsteht.³⁷⁸ Beurteilungskriterien für das Vorliegen einer solchen Beeinträchtigung könnten die Länge oder Wiedererkennbarkeit der entnommenen Sequenz, der Zeitpunkt der Veröffentlichung oder der Zweck der Verwendung sein.³⁷⁹

Salagean schlägt eine dreistufige Prüfung für die Bestimmung einer wirtschaftlichen Beeinträchtigung vor. Maßgeblich sei die Qualität und Quantität sowie die kontextuale Verwendung des entnommenen Teils.³⁸⁰ Beim qualitativen Faktor sei zu untersuchen, ob die entnommene Sequenz besonders markant sei und einen hohen Wiedererkennungswert habe, sodass sie den Charakter des Originalstücks bilde. Das quantitative Kriterium stelle auf die Länge der Sequenz sowie auf die Anzahl der Wiederholungen in der Originalaufnahme ab. Die Notwendigkeit des zweiten Kriteriums führe dazu, dass das bloße Abstellen auf die Wiedererkennbarkeit von Samples zur Untersuchung der Schutzfähigkeit nicht genüge. Deshalb würden auch Sequenzen mit besonders hohem Wiedererkennungswert aufgrund ihrer Kürze in der Regel nicht vom Schutz erfasst.³⁸¹ Im dritten Schritt müsse untersucht werden, ob sich der Inhalt beider Tonträger zumindest in Teilen überschnei-

³⁷⁶ *Leistner*, GRUR 2016, 772, 776; *Rossa*, MMR 2017, 665, 669 f.

³⁷⁷ *Rossa*, MMR 2017, 665, 670; ein schrankenloses Tonträgerherstellerrecht ablehnend auch *Hieber*, ZUM 2019, 746, 748.

³⁷⁸ Vgl. nur *Häuser*, Sound und Sampling, S. 116; *Knies*, Rechte der Tonträgerhersteller, S. 93; *Pötzlberger*, ZUM 2019, 250, 251; *Ders.*, Kreatives Remixing, S. 352; *Rossa*, MMR 2017, 665, 670; *Salagean*, Sampling, S. 230, 239.

³⁷⁹ *Häuser*, Sound und Sampling, S. 116; *Pötzlberger*, ZUM 2019, 250, 252.

³⁸⁰ *Salagean*, Sampling, S. 231–232; vgl. auch *Pötzlberger*, Kreatives Remixing, S. 352.

³⁸¹ *Salagean*, Sampling, S. 231 f., 244.

de. Dafür wären etwa die Anzahl der Wiederholungen des Samples, die Art der Einspielung, der Verwendungszweck, der Vergleich zwischen den Stilrichtungen der Tonträger, das Zielpublikum oder der Zeitpunkt der Veröffentlichung der Tonträger maßgeblich.³⁸² Anhand dieser Analyse könne ermittelt werden, ob die neue Tonaufnahme geeignet sei, den normalen Absatz des Original-Tonträgers zu gefährden. Dann liege eine messbare Beeinträchtigung vor.³⁸³ Zwar handelt es sich nach *Salagean* bei der entnommenen Sequenz aus dem Stück „Metall auf Metall“ um die Keimzelle des Stückes und die Beklagten haben sich – wie zuvor vom OLG Hamburg ausgeführt – im Ergebnis „die ganze Tonaufnahme angeeignet“³⁸⁴. Allerdings sei das Stück „Nur mir“ im Gegensatz zu „Metall auf Metall“ kein rein rhythmisches oder instrumentales Musikstück. Es dürfe nicht auf die wettbewerbsrechtliche Verknüpfung im Sinne des Wettbewerbsvorteils, der durch die Ersparnis des Produktionsaufwandes entstehe, abgestellt werden. Schutzzweck sei die Sicherung der Investitionsleistung des Tonträgerherstellers, welche durch Nachproduktionen in Form von Konkurrenzprodukten gefährdet würden. Eine solche Gefahr bestehe bei dem Stück „Nur mir“ in Bezug auf „Metall auf Metall“ nicht.³⁸⁵

Bei *Salageans* Prüfung einer messbaren wirtschaftlichen Beeinträchtigung sind mithin qualitative und quantitative Elemente sowie die kontextuale Verwendung des Samples in der neuen Tonaufnahme maßgeblich.³⁸⁶ Es ist grundsätzlich begrüßenswert, mehrere Kriterien miteinander zu kombinieren. Das zeigt sich z. B. an der zweiten, quantitativen Stufe der dreistufigen Prüfung: Kommt man zu dem Ergebnis, dass kleinste Teile grundsätzlich vom Tonträgerherstellerrecht geschützt sind, kann man die Frage, wann dies ausnahmsweise doch nicht der Fall ist, nicht allein damit beantworten, die Sequenz sei besonders kurz oder werde im Original selten wiederholt. Die Länge der Sequenz oder die Anzahl der Wiederholungen im Original kann

³⁸² *Salagean*, Sampling, S. 232.

³⁸³ *Salagean*, Sampling, S. 233, 237.

³⁸⁴ OLG Hamburg, GRUR-RR 2007, 3, 4.

³⁸⁵ *Salagean*, Sampling, S. 238 f.

³⁸⁶ *Salagean*, Sampling, S. 231-232; vgl. auch *Pötzlberger*, Kreatives Remixing, S. 352.

folglich zwar ein relevanter Teilaspekt, aber niemals das alleinige Beurteilungskriterium für die Zulässigkeit von Sampling sein. Die Quantität als alleiniges Kriterium heranzuziehen, wäre mithin unzureichend.

Allerdings ist es bei der Beurteilung nach der Länge der Sequenz oder der Anzahl ihrer Wiederholungen im Original schwierig, eine Grenze zu ziehen: Soll eine 2-sekündige Sequenz geschützt sein, eine 1,8-sekündige hingegen nicht? Stellt es einen Unterschied dar, ob die Sequenz zehn- oder elfmal wiederholt wird? Diese Aspekte zeigen, dass auch bei Heranziehung der Quantität des entnommenen Teils als lediglich einem Teilaspekt Zweifel an der Bestimmtheit dieses Kriteriums bleiben.

Die dritte Stufe *Salageans* birgt ebenfalls einige Probleme. Die Beurteilung nach der kontextualen Verwendung des Samples in der neuen Tonaufnahme hängt von vielen weiteren Kriterien ab.³⁸⁷ Dies erfordert eine längere Analyse, zahlreiche Wertungen und führt zu Unsicherheiten. Die dritte Stufe ist mithin unbestimmt und für den Nutzer schwierig zu überprüfen. Das läuft dem Ziel der Privilegierung des Samplings in bestimmten Fällen zuwider. Ferner sind auch die einzelnen Unter-Kriterien an sich teilweise schwierig zu bestimmen, so z. B. das Kriterium des Zeitpunkts der Veröffentlichung. Dieses Kriterium hat zwar den Vorteil, dass hierdurch gegebenenfalls das Entstehen von Konkurrenzprodukten ausgeschlossen werden kann. Allerdings bleibt zweifelhaft, ob Hersteller älterer Tonträger einen geringeren Schutz genießen sollten als die jüngerer Tonträger oder ob nicht alle Hersteller, die dem Schutzbereich unterfallen, den gleichen Schutz genießen sollten. Für eine Differenzierung spricht indes, dass dem Hersteller eines älteren Tonträgers bereits ein längerer Zeitraum zur wirtschaftlichen Verwertung zur Verfügung stand als dem Hersteller eines jüngeren Tonträgers, sodass er weniger schützenswert sein könnte. Unklar bleibt aber jedenfalls, welcher zeitliche Abstand zwischen dem Original-Tonträger und dem Tonträger des Nutzers bestehen sollte. Auch das Kriterium der Art der Einspielung, wonach das Sample unter anderem danach untersucht werden soll, ob es laut oder leise eingespielt wird, führt zu weiteren Abgrenzungsproble-

³⁸⁷ *Salagean*, Sampling, S. 232.

men. Deshalb ist die Analyse auf der dritten Stufe auch unter Berücksichtigung ihrer Teilaspekte nur schwierig durchführbar.

Oebbecke hat das im Jahre 1968 von *Kummer* entwickelte Kriterium der „statistischen Einmaligkeit“ aufgegriffen.³⁸⁸ Ein Element sei statistisch einmalig im leistungsschutzrechtlichen Sinne, wenn es mit sehr großer Wahrscheinlichkeit niemand ein weiteres Mal hervorbringen könne, es sei denn, er werte dazu das schon vorhandene Element mit technischen Hilfsmitteln aus.³⁸⁹ Bei nicht statistisch einmaligen Aufnahmen bleibe keinerlei Leistung mehr übrig, die einen Schutz rechtfertige.³⁹⁰ Rein elektronische Musik hingegen sei immer schematisch, d. h. nicht statistisch einmalig. Sobald eine solche Aufnahme manuell modifiziert werde, z. B. durch Tempoänderungen, könne sie aber statistisch einmalig werden.³⁹¹

Problematisch an diesem Kriterium ist, dass nach seiner genaueren Bestimmung eine Sequenz schon dann statistisch einmalig sein kann, wenn sie manuell geändert wird.³⁹² In der heutigen Musikproduktion werden unter Einsatz der Produktionssoftware ständig manuelle Modifikationen vorgenommen. Es gibt deshalb kaum Sequenzen, die nicht manuell geändert und somit nicht „statistisch einmalig“ nach diesem Verständnis sein können. Der Reproduktion dieser Sequenzen wäre grundsätzlich auch eine technische Auswertung vorgeschaltet, denn eine solche liegt bereits in der Nutzung von Computer-Programmen. Heutzutage ist die Herstellung einer Aufnahme ohne Computer-Programme indes kaum vorstellbar. Letztendlich wäre Sampling nach diesem Ansatz deshalb faktisch nie ohne Genehmigung zulässig. Der Ansatz der „statistischen Einmaligkeit“ ist mithin nicht geeignet, – wie hier gefordert – das Tonträgerherstellerrecht restriktiv auszulegen und Sampling in bestimmten Fällen zu privilegieren.

³⁸⁸ *Oebbecke*, Schutzgegenstand, S. 215 ff; *Kummer*, Das urheberrechtlich schützbares Werk.

³⁸⁹ *Oebbecke*, Schutzgegenstand, S. 219.

³⁹⁰ *Oebbecke*, Schutzgegenstand, S. 232.

³⁹¹ *Oebbecke*, Schutzgegenstand, S. 229 f.

³⁹² *Oebbecke*, Schutzgegenstand, S. 229 f.

Das Vorliegen einer messbaren wirtschaftlichen Beeinträchtigung ist im Hinblick auf den wirtschaftlichen Schutzzweck des Art. 2 Buchst. c RL 2001/29/EG m. E. aber grundsätzlich ein geeignetes Kriterium, um zu bestimmen, ob das Tonträgerherstellerrecht bei der Entnahme kleinster Tonsequenzen verletzt ist. Unklar bleibt allerdings eine genauere Bestimmung dieses Kriteriums.

Die bisher vorgestellten Lösungsansätze sind mangels Bestimmbarkeit, Aktualität oder Umsetzbarkeit abzulehnen. Letztendlich muss sichergestellt werden, dass zugleich die Technik des Samplings in künstlerischer Form in bestimmten Fällen privilegiert, eine angemessene Vergütung des Tonträgerherstellers gewährleistet und an die Investition des Tonträgerherstellers – und nicht an eine künstlerische oder geistige Leistung – angeknüpft sowie Rechtsunsicherheit vermieden wird. Diese Anforderungen lassen sich kaum an ein einzelnes einschränkendes Kriterium bei der Auslegung des Tonträgerherstellerrechts knüpfen.

Dies gilt auch im Hinblick auf die Lösung des EuGH, der sich zwar gegen das Kriterium einer messbaren wirtschaftlichen Beeinträchtigung entschieden, jedoch stattdessen das Kriterium der Wiedererkennbarkeit als ebenfalls einschränkendes Kriterium bevorzugt hat.³⁹³ Einige (wenige) Befürworter hatten dieses Kriterium bereits in der Vergangenheit vorgeschlagen, um das Vorliegen einer wirtschaftlichen Beeinträchtigung zu ermitteln.³⁹⁴ Ohne Wiedererkennbarkeit könne zwar ein Vorteil für den Nutzer entstehen, die Absatzchancen für den verwendeten Tonträger würden aber nicht beeinträchtigt.³⁹⁵ Auch die Unabhängigkeit der rechtlichen Bewertung von der Länge des Fragments sei überzeugend.³⁹⁶

³⁹³ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 39 – *Pelham u.a.*

³⁹⁴ *Häuser*, Sound und Sampling, S. 116; *Ullmann*, jurisPR-WettbR 10/2006 Anm. 3.

³⁹⁵ *Häuser*, Sound und Sampling, S. 116.

³⁹⁶ *Papastefanou*, CR 2019, 600 f.

Das Kriterium der Wiedererkennbarkeit ist nach der hier vertretenen Auffassung und der überwiegenden Auffassung in der Literatur indes abzulehnen.³⁹⁷

Es führt aufgrund unüberschaubarer Abgrenzungsschwierigkeiten und zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe weder bei den Rechtsinhabern noch bei den Nutzern zu Rechtssicherheit.³⁹⁸ Auch die auf das EuGH-Urteil folgenden Entscheidungen des BGH und des OLG Hamburg vermögen diese Rechtsunsicherheit nicht vollständig auszuräumen.

Hat der EuGH zunächst noch offen gelassen, aus wessen Perspektive sich die Wiedererkennbarkeit beurteilt, ist nach der Entscheidung des BGH auf das Hörverständnis eines durchschnittlichen Musikhörers abzustellen.³⁹⁹

Dies ist zu begrüßen, da der BGH damit an die bisherige Rechtsprechung⁴⁰⁰ zur Beurteilung der erforderlichen Gestaltungshöhe im Urheberrecht anknüpft.⁴⁰¹ Die Festlegung dieses Maßstabs war notwendig, da man zu anderen Ergebnissen gelangen könnte, wenn etwa die Beurteilung eines erfahrenen Tonträgerherstellers oder die eines Musikexperten maßgeblich wäre.⁴⁰²

Jedoch ist die Frage nach dem Aufmerksamkeitsgrad, mit dem der Titel gehört werden soll, bisher vom BGH nicht geklärt worden.⁴⁰³ Das OLG Hamburg hat in der Folge auf „einen musikalisch aufgeschlossenen und aufmerksamen Hörer“⁴⁰⁴ abgestellt, ohne dies weiter zu konkretisieren.

³⁹⁷ *Hieber*, ZUM 2019, 746, 747; *Homar*, ZUM 2019, 731, 737; *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1010; *Papastefanou*, CR 2019, 600 f.; *Schonhofen*, GRUR-Prax 2019, 432, 434; *Stieper*, ZUM 2019, 713, 719; *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748, 750.

³⁹⁸ *Hieber*, ZUM 2019, 746, 747; *Papastefanou*, CR 2019, 600, 602; *Schonhofen*, GRUR-Prax 2019, 432, 434; vgl. *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748, 749.

³⁹⁹ BGH, Urt. v. 30.04.2020, GRUR 2020, 843, 846 Rn. 29 f.

⁴⁰⁰ Vgl. BGH, GRUR 1983, 377, 378; OLG Hamburg, GRUR-RR 2011, 396, 398.

⁴⁰¹ So auch *Apel*, ZUM 2020, 760, 766; *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 182; *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1010; vgl. *Wagner*, MMR 2019, 727, 729.

⁴⁰² *Hieber*, ZUM 2019, 746, 747; *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1010; *Schonhofen*, GRUR-Prax 2019, 432, 434; *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748, 750.

⁴⁰³ *Apel*, ZUM 2020, 760, 766; vgl. *Wagner*, MMR 2019, 727, 729.

⁴⁰⁴ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 54.

Fraglich bleibt, ob „aufmerksam“ „überdurchschnittlich konzentriert“⁴⁰⁵ bedeutet oder ein mehrmaliges Hören oder wiederum etwas ganz Anderes. Unklar bleibt zudem, ob „Wiedererkennbarkeit“ bedeutet, dass die Sequenz als Entnahme aus dem Ursprungswerk erkannt werden kann oder ob es genügt, dass sie überhaupt als fremder Bestandteil erkannt wird. Das Wort „Wiedererkennbarkeit“ spricht – in Abgrenzung zum Wort „Erkennbarkeit“ – für ersteres. Dann wäre zusätzlich die Kenntnis des Hörers beider Stücke erforderlich, damit überhaupt die Möglichkeit bestünde, die Tonsequenz wiederzuerkennen.⁴⁰⁶

Zu kritisieren ist weiterhin, dass die übernommene Sequenz nach dem Wortlaut des EuGH-Urteils („in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form“⁴⁰⁷) zusätzlich verändert worden sein muss. Im Ergebnis kommt es im „Metall auf Metall“-Fall nicht darauf an, da die übernommene Sequenz ohnehin verändert wurde. Es darf aber keinen Unterschied machen, ob eine ohnehin nicht mehr wiedererkennbare Sequenz verändert oder unverändert übernommen wurde.⁴⁰⁸ Der Gedanke dieses Kriteriums liegt darin, dass bei einer nicht wiedererkennbaren Übernahme ein zufriedenstellender Ertrag des Tonträgerherstellers aus seiner Investition gesichert ist.⁴⁰⁹ Zwar mag es der Ausnahmefall sein, dass eine unveränderte Übernahme nicht wiedererkennbar ist – sollte dies aber der Fall sein, bleibt der Schutzzweck des Kriteriums der Wiedererkennbarkeit aber gewahrt.

Stieper fragt zudem zu Recht, wie der Rechtsinhaber im Fall der Nicht-Wiedererkennbarkeit überhaupt feststellen oder gar beweisen könne, dass die Sequenz aus seinem Tonträger stamme.⁴¹⁰

M. E. falsch ist die Annahme, dass es sich bei dem Kriterium der Wiedererkennbarkeit um ein rein qualitatives Kriterium handelt. Denn gerade die Länge der entnommenen Sequenz kann eine wichtige Rolle dabei spielen,

⁴⁰⁵ *Apel*, ZUM 2020, 760, 766.

⁴⁰⁶ *Apel*, ZUM 2020, 760, 766; vgl. *Döhl*, Zwischen Pastiche und Zitat, S. 116 f.

⁴⁰⁷ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 31 – *Pelham u.a.*

⁴⁰⁸ Vgl. *Döhl*, Zwischen Pastiche und Zitat, S. 117; *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748, 750; *Wagner*, MMR 2019, 727, 728.

⁴⁰⁹ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 38 – *Pelham u.a.*

⁴¹⁰ *Stieper*, ZUM 2019, 713, 719.

ob sie im neuen Song wiedererkannt wird. Richtig ist aber, dass das Tonträgerherstellerrecht von den für schöpferische Leistungen gewährten Rechten differenziert betrachtet werden muss.⁴¹¹ Nicht das vertonte Werk selbst, sondern die technische Aufnahmeleistung wird durch das Tonträgerherstellerrecht geschützt. Dies spricht gegen die Heranziehung der Wiedererkennbarkeit, da es hier auch auf die Qualität der aufgenommenen Töne selbst ankommt. *Wagner* meint deshalb folgerichtig, dass es nicht auf die Wiedererkennbarkeit der Sequenz selbst, sondern allenfalls auf die Wiedererkennbarkeit der Tonqualität ankommen kann – eine solche sei jedoch kaum möglich.⁴¹²

Im Ergebnis verbleibt beim bloßen Abstellen auf die Wiedererkennbarkeit des Samples ohne nähere Konkretisierung jedenfalls eine erhebliche Rechtsunsicherheit.⁴¹³ Eine solche soll, wie auch der EuGH ausgeführt hat,⁴¹⁴ mit der durch die Richtlinie bezweckten Harmonisierung aber gerade vermieden werden, vgl. Erwägungsgründe 4 und 6 RL 2001/29/EG. Da das Ziel der Rechtssicherheit mit dem unbestimmten Kriterium der Wiedererkennbarkeit verfehlt wird, ist dieses als alleiniges Beurteilungskriterium abzulehnen.

Hinzu kommt, dass es den Sampilenden häufig gerade um die Wiedererkennbarkeit des gesampelten Werks geht.⁴¹⁵ Gerade der Bezug zur Kunst-

⁴¹¹ *Hieber*, ZUM 2019, 746, 747; *Wagner*, MMR 2019, 727, 729; *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2020, 113, 123, der das Kriterium aber dennoch für sinnvoll hält, da es der Leitlinie des EuGH entspreche, die Verwertungsrechte funktionsbezogen auszulegen. Nur eine erkennbare Verwendung eines Werks stelle eine Werknutzung dar.

⁴¹² *Wagner*, MMR 2019, 727, 728 f. – Nach *Wagner* wäre deshalb ein Abstellen auf die Substituierbarkeit, d. h. die Ersetzbarkeit der Tonaufnahme durch die neue Tonaufnahme, konsequenter gewesen. Trete die neue Tonaufnahme nicht in unmittelbare Konkurrenz zum Original, werde die Ertragsmöglichkeit des Tonträgerherstellers nicht berührt. Beim Sampling sei in der Regel keine Substituierbarkeit gegeben.

⁴¹³ *Hieber*, ZUM 2019, 746, 747; *Schonhofen*, GRUR-Prax 2019, 432, 434; vgl. *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748, 749.

⁴¹⁴ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 63 – *Pelham u.a.*; Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 Rn. 51, 57 f. – *Funke Medien NRW*.

⁴¹⁵ *Döhl*, Zwischen Pastiche und Zitat, S. 117; *Schonhofen*, GRUR-Prax 2019, 432, 434.

freiheit und den Interessen der Allgemeinheit muss auch Raum für die Zulässigkeit erkennbarer Übernahmen lassen.⁴¹⁶ Dem könnte allerdings auch auf Schrankenebene genüge getan werden, sofern es eine Schranke gibt, die, unter Berücksichtigung der Kunstfreiheit, erkennbare Übernahmen zulässt. Schließlich führt eine Wiedererkennbarkeit nicht zwangsweise zu Nachteilen der Rechtsinhaber des Originals. Eine im Frühling 2019 veröffentlichte Studie hat ergeben, dass Sampling kaum negative Auswirkungen auf die Erträge des Tonträgerherstellers hat, sondern vielmehr dessen Ertrag steigert.⁴¹⁷ Diese Umstände hat der EuGH nicht in seine Urteilsbegründung einbezogen. Das Kriterium der Wiedererkennbarkeit besteht unabhängig von einem tatsächlichen Nachteil des Tonträgerherstellers. Im Übrigen ist deshalb der Vorschlag sinnvoll, einen Nachweis positiver Auswirkungen des Samples auf den Original-Tonträger in die Schadensberechnung nach § 97 Abs. 2 UrhG einfließen zu lassen.⁴¹⁸

Im Ergebnis ist die aktuelle europäische und nationale Rechtsprechung dahingehend begrüßenswert, dass Sampling – jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen – lizenzfrei möglich ist. Sampling als Kunstform muss von der Kunstfreiheit geschützt werden.

Allerdings darf dadurch der Schutz des Tonträgerherstellers, der dem Eigentumsschutz unterfällt, nicht vollständig unterlaufen werden. Ein uferloser Schutz von Sampling widerspricht dem erforderlichen angemessenen Interessenausgleich zwischen Künstlern und Tonträgerherstellern.

Die vorgeschlagenen Lösungsansätze einer restriktiven Auslegung des Tonträgerherstellerrechts, einschließlich des Kriteriums der Wiedererkennbarkeit, sind jedoch mangels Bestimmbarkeit, Aktualität oder Umsetzbarkeit abzulehnen. Sie vermögen es nicht sicherzustellen, dass Sampling als künstlerische Ausdrucksform in bestimmten Fällen privilegiert wird, wobei an die Investition des Tonträgerherstellers angeknüpft und zugleich eine angemessene Vergütung des Tonträgerherstellers gewährleistet werden muss. Eine

⁴¹⁶ *Papastefanou*, CR 2019, 600, 601.

⁴¹⁷ *Schuster/Mitchell/Brown*, *American Business Journal*, Vol. 56, Iss. 1, 177, 206, 209.

⁴¹⁸ *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748, 750.

gesetzlich normierte Schrankenregelung, die die genannten Voraussetzungen umsetzt, erscheint interessengerechter und würde zu weniger Rechtsunsicherheit führen als eine ungeschriebene restriktive Auslegung des Gesetzes. Auch nach der hier vertretenen Auffassung stellt die Übernahme der Sequenz im Fall „Metall auf Metall“ deshalb auf Tatbestandsebene einen Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht dar.

b) Sampling ist keine Kopie i. S. d. Art. 9 Abs. 1 Buchst. b RL 2006/115/EG

Die Frage, ob eine „Kopie“ und damit ein Eingriff in das Verbreitungsrecht gem. Art. 9 Abs. 1 Buchst. b RL 2006/115/EG vorliegt, hat der EuGH gesondert von der Frage nach einem Eingriff in das Vervielfältigungsrecht beantwortet, weil er die Begriffe „Kopie“ (Art. 9 Abs. 1 Buchst. b RL 2006/115/EG) und „Vervielfältigung“ (Art. 2 RL 2001/29/EG) unterschiedlich ausgelegt hat.

Der BGH kam aus diesem Grund ursprünglich zu einem anderen Ergebnis als der EuGH und der Generalanwalt. Nach dem Urteil des BGH aus dem Jahre 2017 verletzt die Entnahme kleinster Tonfetzen das Verbreitungsrecht des Tonträgerherstellers.⁴¹⁹ Der BGH differenziert in seiner Begründung nicht zwischen dem Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht und stützt sich insgesamt darauf, dass die unternehmerische Leistung des Tonträgerherstellers für jeden Teil der Aufnahme erbracht werde. Deshalb würden auch kleinste Teile von Tonaufnahmen vom Verbreitungsrecht geschützt.⁴²⁰ Dabei verkannte der BGH zunächst aber, dass zwischen Art. 9 Abs. 1 Buchst. b RL 2006/115/EG und Art. 2 Buchst. c RL 2001/29/EG differenziert werden muss.⁴²¹ Art. 9 Abs. 1 Buchst. b RL 2006/115/EG schützt das Verbreitungsrecht, wobei allein die Verbreitung

⁴¹⁹ BGH, GRUR 2017, 895 Rn. 16–19.

⁴²⁰ BGH, GRUR 2017, 895 Rn. 18.

⁴²¹ *Rossa*, MMR 2017, 665, 668; Diese Differenzierung verkennt auch *Ohly*, GRUR 2017, 964, 966 f., der aber schon bei Art. 2 Buchst. c RL 2001/29/EG einen Eingriff verneint und dementsprechend auch bei Art. 9 Buchst. b RL 2006/115/EG.

einer „Kopie“ genannt wird, während Art. 2 RL 2001/29/EG explizit „Vervielfältigungen“ schützt.

Bei der Auslegung des Art. 9 Buchst. b RL 2006/115/EG muss deshalb geprüft werden, ob es sich beim Sampling kleinster Tonsequenzen überhaupt um eine „Kopie“ in diesem Sinne handelt. Ist dies der Fall, so müsste man konsequent auch beim Verbreitungsrecht einen Eingriff bejahen.⁴²² Wie *Rossa* allerdings erkennt, werden die Begriffe der „Kopie“ und der „Vervielfältigung“ in den Richtlinien nebeneinander gebraucht. Ersterer wird nur in RL 2006/115/EG genannt.⁴²³ Das Vorliegen eines Eingriffs kann und muss hier abweichend von Vorlagefrage 1 beurteilt werden.

Der Begriff der „Kopie“ muss nach den Zielen der RL 2006/115/EG ausgelegt werden. Wie von EuGH und Generalanwalt erläutert, bezweckt die Richtlinie eine Absicherung der vom Tonträgerhersteller erbrachten Investitionen, insbesondere durch Bekämpfung der Tonträgerpiraterie, d. h. der Herstellung und öffentlichen Verbreitung nachgeahmter Exemplare von Tonträgern. Dies ergibt sich aus den Erwägungsgründen 2 und 5 der RL 2006/115/EG. Solche nachgeahmten Exemplare sind geeignet, die Einkünfte des Tonträgerherstellers aus seiner Investition erheblich zu mindern, da sie den Original-Tonträger ersetzen.⁴²⁴ Ein solcher Ersatz kann aber erst dann vorliegen, wenn zumindest wesentliche Teile des Originals übernommen werden. Das Sampling von kurzen Tonsequenzen erreicht den quantitativen Grad eines Ersatzes nicht und der neu entstehende Tonträger soll das Original auch gar nicht ersetzen.⁴²⁵

Dieser Auslegung steht auch nicht das Genfer Tonträgerabkommen entgegen, das als internationales Abkommen nach dem 7. Erwägungsgrund der

⁴²² *Rossa*, MMR 2017, 665, 668.

⁴²³ *Rossa*, MMR 2017, 665, 668.

⁴²⁴ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 43–46 – *Pelham u.a.*; Generalanwalt *Szpunar*, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 42, 45 – *Pelham u.a.*; *Rossa*, MMR 2017, 665, 668.

⁴²⁵ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 46 f. – *Pelham u.a.*; Generalanwalt *Szpunar*, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 48 – *Pelham u.a.*

RL 2006/115/EG zu berücksichtigten ist.⁴²⁶ Art. 2 GTA schützt gegen Vervielfältigungen und die Verbreitungen von Vervielfältigungen. Wie bereits erläutert, liegt nach Art. 1 Buchst. c GTA ein „Vervielfältigungsstück“ bei der Entnahme aller Teile oder eines wesentlichen Teils der Tonaufnahme vor. Bei Tonfragmenten, wie die gesampelte Sequenz im Fall „Metall auf Metall“, kann es sich, muss es sich jedoch nicht zwangsweise um wesentliche Teile eines Tonträgers handeln (s. o. E. IV. 2. a)aa)).⁴²⁷

Beim Sampling kleinster Teile liegt mithin keine Kopie i. S. d. Art. 9 Abs. 1 Buchst. b 2006/115/EG vor.

c) Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der unionsrechtlichen Bestimmungen

Bezüglich verbleibender Umsetzungsspielräume im nationalen Recht sind sich der EuGH und die deutschen Gerichte dahingehend einig, dass bei der Umsetzung einer europäischen Rechtsvorschrift das Unionsrecht vorrangig zu berücksichtigen ist. Das heißt, dass eine vollharmonisierte nationale Vorschrift nicht an nationalen Grundrechten, sondern an der EU-GrCh zu messen ist.⁴²⁸ Bei der Umsetzung europäischer Richtlinien muss gem. Art. 51 EU-GrCh das Niveau der Grundrechtecharta erreicht werden. Darauf weisen auch Generalanwalt und EuGH hin.⁴²⁹ Besteht indes ein Umset-

⁴²⁶ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 49 f., 53 – *Pelham u.a.*; Generalanwalt Szpunar, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 44 – *Pelham u.a.*; BGH, GRUR 2017, 895 Rn. 16; *Ohly*, GRUR 2017, 964, 966; *Rossa*, MMR 2017, 665, 668.

⁴²⁷ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 46–55 – *Pelham u.a.*; Generalanwalt Szpunar, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 45–47 – *Pelham u.a.*

⁴²⁸ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 78 – *Pelham u.a.*; Generalanwalt Szpunar, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 72 – *Pelham u.a.*; BVerfGE 142, 74 Rn. 115–122; BGH, GRUR 2017, 895, 899 Rn. 43.

⁴²⁹ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 79 – *Pelham u.a.*; Generalanwalt Szpunar, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 73 – *Pelham u.a.*

zungsspielraum, sind die Fachgerichte diesbezüglich an die nationalen Grundrechte gebunden.⁴³⁰

Fraglich im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens war, ob beim Vielfältigkeitsrecht des Tonträgerherstellers nach Art. 2 Buchst. c RL 2001/29/EG Umsetzungsspielräume bestehen. Dann dürfte die Regelung keine Maßnahme zur vollständigen Harmonisierung darstellen.⁴³¹ Das Vielfältigkeitsrecht des Tonträgerherstellers enthält keinen Mindeststandard, sondern ist in Art. 2 Buchst. c RL 2001/29/EG eindeutig festgelegt.⁴³² Es ist somit vollständig harmonisiert und muss richtlinienkonform ausgelegt werden, ohne dass ein Umsetzungsspielraum besteht. Diesbezüglich besteht Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur.⁴³³

⁴³⁰ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 80 f. – *Pelham u.a.*; Generalanwalt Szpunar, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 73 – *Pelham u.a.*

⁴³¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 77 – *Pelham u.a.*

⁴³² EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 84 – *Pelham u.a.*

⁴³³ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 83–86 – *Pelham u.a.*; Generalanwalt Szpunar, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 75 – *Pelham u.a.*; BGH, GRUR 2017, 895, 899 f. Rn. 44; Benz, Teileschutz, S. 251 f., 257–259, 284 f., 288; Grünberger, ZUM 2018, 271, 274, 276; Grünberger, ZUM 2018, 321, 322, 338; Wandtke/Bullinger/Leenen, InfoSoc-RL Art. 2 Rn. 1; Leistner, GRUR 2016, 772, 775 f.; Maier, Remixe, S. 60; Ohly, GRUR 2017, 964, 967, 965; Podszun, ZUM 2016, 606, 612; Pötzlberger, Kreatives Remixing, S. 351; Rossa, MMR 2017, 665, 669; vgl. Knies, Rechte der Tonträgerhersteller, S. 93; Stieper, ZGE 2012, 443, 450 f.

F. Zulässigkeit des Samplings nach § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG

Wie bereits unter E. IV. 1.e) erläutert, ist die freie Benutzung nach Abschaffung des § 24 Abs. 1 UrhG a. F. nun, im Wortlaut verändert, in § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG geregelt. § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG stellt eine Schutzbereichsbegrenzung dar.⁴³⁴ § 23 UrhG regelt das Bearbeitungsrecht des Urhebers. Dieses gilt für die Rechte des Tonträgerherstellers gem. § 85 Abs. 4 UrhG entsprechend. Nach § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG liegt (seit dem Inkrafttreten des Gesetzes am 7. Juni 2021) keine Bearbeitung oder Umgestaltung im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG vor, wenn das neu geschaffene Werk einen hinreichenden Abstand zum benutzten Werk wahrt.

Da der BGH das Vorliegen einer freien Benutzung gem. § 24 UrhG a. F. vor dessen Abschaffung nach Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts bejaht hatte,⁴³⁵ könnte in Fällen des Samplings nunmehr § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG greifen.

In der Begründung zum Gesetzesentwurf heißt es, dass für die Beurteilung des hinreichenden Abstands i. S. d. § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG maßgeblich sei, inwieweit auch nach der Bearbeitung noch ein Ausdruck der eigenen geistigen Schöpfung des Urhebers des vorbestehenden Werks erkennbar sei. Es könne dann von einem hinreichenden Abstand ausgegangen werden, wenn die aus einem vorbestehenden Werk entlehnten eigenpersönlichen Züge dem Gesamteindruck nach gegenüber der Eigenart des neuen Werks so stark „verblassen“, dass das vorbestehende Werk nicht mehr oder nur noch rudimentär zu erkennen sei (sog. „äußerer Abstand“). Andere Bearbeitungen, für die vor Aufhebung des § 24 UrhG a. F. noch ein „innerer Abstand“ zum vorbestehenden Werk angenommen wurde, würden hingegen in der Regel in den Schutzbereich des Urheberrechts nach § 23 UrhG eingreifen. Diese Fälle würden aber weitestgehend von § 51a UrhG erfasst.⁴³⁶

⁴³⁴ Ohly, ZUM 2021, 745, 746.

⁴³⁵ BGH, Urt. v. 30.04.2020, GRUR 2020, 843, 844 f. Rn. 16–21.

⁴³⁶ BT-Drs. 19/27426, 78.

Fraglich ist jedoch, ob neben dem (harmonisierten) Vervielfältigungsrecht überhaupt noch ein gesondertes Bearbeitungsrecht besteht. Die RL 2001/29/EG selbst trifft keine ausdrückliche Regelung zum Bearbeitungsrecht. In anderen europäischen Richtlinien – Art. 4 der Richtlinie 2009/24/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (RL 2009/24/EG) und Art. 5 der RL 96/9/EG – wird zwischen dem Bearbeitungs- und dem Vervielfältigungsrecht differenziert. Eine solche Differenzierung enthält die RL 2001/29/EG nicht. Der EuGH hat im „Painer“-Fall die Veröffentlichung einer veränderten, d. h. bearbeiteten Fotografie unter die in der RL 2001/29/EG harmonisierten Verwertungsrechte subsumiert.⁴³⁷ Im „Metall auf Metall“-Verfahren hat der EuGH die Übernahme einer wiedererkennbaren, veränderten und damit bearbeiteten Sequenz als Eingriff in das Vervielfältigungsrecht des Tonträgerherstellers gewertet.⁴³⁸ Diese Rechtsprechung könnte einerseits bedeuten, dass der EuGH die Frage nach der Harmonisierung des Bearbeitungsrechts schlicht übergangen hat. Da die Entscheidungen damit nicht weiterführend wären, könnte allein die Tatsache, dass die RL 2001/29/EG (im Gegensatz zu den RL 2009/24/EG und RL 96/9/EG) keine ausdrückliche Regelung zum Bearbeitungsrecht enthält, bedeuten, dass dieses gerade nicht harmonisiert ist.

Andererseits kann die Rechtsprechung des EuGH aber auch gerade dahingehend ausgelegt werden, dass das Bearbeitungsrecht harmonisiert ist, weil der EuGH ein bearbeitetes Werk oder einen bearbeiteten sonstige Schutzgegenstand unter die Verwertungsrechte der RL 2001/29/EG subsumiert.⁴³⁹ Zudem setzen die in Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG aufgeführten Ausnahmen (Nutzung zum Zwecke der Karikatur, der Parodie und des Pastiche) gerade eine Bearbeitung voraus. Damit trifft die RL 2001/29/EG mittelbar durchaus Regelungen zum Bearbeitungsrecht, nämlich, in welchen Ausnahmefällen Nutzungen zum Zwecke der Bearbeitung erlaubt sind. Die

⁴³⁷ EuGH, Urt. v. 01.12.2012, Rs. C-145/10, ECLI:EU:C:2013:798 – *Painer*.

⁴³⁸ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 31, 37 – *Pelham u.a.*

⁴³⁹ Vgl. BeckOK UrhR/*Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, § 23 Rn. 3.

gem. Art. 5 Abs. 2 Buchst. k RL 2001/29/EG erlaubten Nutzungen sind Vervielfältigungen zum Zwecke der Bearbeitung. Nach der RL 2001/29/EG begründeten Nutzungen zum Zwecke bestimmter Bearbeitungen mithin Ausnahmetatbestände zum Vervielfältigungsrecht des Urhebers.

Letztlich muss mangels klarer Rechtslage offenbleiben, ob das Bearbeitungsrecht europarechtlich vorgegeben ist. Die zuvor genannten Gründe sprechen aber dafür, dass der Umfang des Bearbeitungsrechts des Rechtsinhabers – zumindest mittelbar – europarechtlich vorgegeben ist, weil nur bestimmte Bearbeitungen des Nutzers eine Verwertung im Sinne von Art. 2 bis 4 RL 2001/29/EG rechtfertigen.⁴⁴⁰

Geht man davon aus, dass das Bearbeitungsrecht des Rechtsinhabers – im Wege der Ausnahmeregelungen – unionsrechtlich harmonisiert ist, muss es unionsrechtskonform ausgelegt werden. Der EuGH hat sich bislang hierzu noch nicht geäußert.

Bei der Auslegung könnte das für das Vervielfältigungsrecht des Tonträgerherstellers entwickelte Kriterium der „Wiedererkennbarkeit“⁴⁴¹ herangezogen werden. Dieses kann jedoch nicht eins zu eins auf die Urheberrechte übertragen werden. Beim Urheberrecht geht es um die Frage, ob eigenschöpferische Elemente übernommen wurden, unabhängig von der Frage, wie sich eine etwaige Wiedererkennbarkeit auf den Ertrag des Urhebers auswirkt. Die Interessenlage ist eine andere als die der Tonträgerhersteller. Nach der deutschen Rechtslage ist daher derzeit entscheidend, ob tatsächlich ein Fall des „äußeren Abstands“ vorliegt, d. h. ein von außen erkennbarer Abstand in der Form, dass das vorbestehende Werk nicht mehr oder nur noch rudimentär zu erkennen ist.

Beim Tonträgerhersteller ist indes entsprechend auf die von ihm erbrachte Leistung abzustellen. Zudem ist hier das Kriterium der Wiedererkennbarkeit zu berücksichtigen. Wenn die Vervielfältigung durch Dritte nach Maßgabe des EuGH in bestimmten Fällen kein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht ist, wie in Bezug auf das Tonträgerherstellerrecht bei geänderten und nicht

⁴⁴⁰ BeckOK UrhR/Ahlberg/Lauber-Rönsberg, § 23 Rn. 3.

⁴⁴¹ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 31 – *Pelham u.a.*

wiedererkennbaren Übernahmen,⁴⁴² dann kann sie auch nicht in das Bearbeitungsrecht des Rechtsinhabers eingreifen, weil sonst sogleich wieder verboten würde, was durch den EuGH ausdrücklich erlaubt ist. Daraus folgt in Bezug auf den Tonträgerhersteller, dass das Bearbeitungsrecht bei geänderten und nicht wiedererkennbaren Übernahmen nicht verletzt ist.

Sind die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG nicht gegeben, liegen eine unfreie Bearbeitung und damit ein Eingriff in das Urheberrecht vor, auch wenn eine Interaktion mit dem vorbestehenden Werk stattfindet. Diese Fälle des „inneren Abstands“, d. h. bei Interaktion mit dem Werk, sind in einem nächsten Schritt dahingehend zu überprüfen, ob die Schrankenregelungen der § 51 UrhG und § 51a UrhG greifen.⁴⁴³ Auf § 51 und § 51a UrhG wird in Kapitel H. II. und III. eingegangen.

Im Ergebnis hat der Urheber ein Bearbeitungs- und Vervielfältigungsrecht. Der Tonträgerhersteller hat ebenfalls ein Vervielfältigungsrecht. Auf sein – in Bezug auf den Tonträger bestehendes – Bearbeitungsrecht ist § 23 Abs. 1 UrhG entsprechend anwendbar. Das Bearbeitungsrecht wird von der RL 2001/29/EG nicht ausdrücklich vorgesehen, von dieser aber vorausgesetzt. Ein Eingriff in das Bearbeitungsrecht des Urhebers setzt die Erkennbarkeit der Bearbeitung voraus, wie im deutschen Recht durch § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG (negativ) bestimmt wird. Eine Wiedererkennbarkeit i. S. d. Rechtsprechung des EuGH zum Vervielfältigungsrecht des Tonträgerherstellers⁴⁴⁴ ist dagegen in Bezug auf das Bearbeitungsrecht des Urhebers nicht erforderlich. Sie ist hingegen Voraussetzung für einen Eingriff in das Vervielfältigungsrecht sowie auch in das Bearbeitungsrecht des Tonträgerherstellers.⁴⁴⁵

⁴⁴² EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 31 – *Pelham u.a.*

⁴⁴³ Vgl. *Bibi*, ZUM-RD 2022, 505, 506.

⁴⁴⁴ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 31 – *Pelham u.a.*

⁴⁴⁵ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 31 – *Pelham u.a.*

Im Fall „Metall auf Metall“ liegen Eingriffe sowohl in das Vervielfältigungsrecht des Urhebers als auch in das des Tonträgerherstellers vor (siehe D. III. 4. und E. IV. 1.d) und 1.e) und 2. a)bb)). Darin könnte zugleich ein Eingriff in das Bearbeitungsrecht nach § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG liegen.

Fraglich ist, inwieweit im Fall „Metall auf Metall“ noch ein Ausdruck der eigenen geistigen Schöpfung des Urhebers des Stücks „Metall auf Metall“ bzw. in Bezug auf den Tonträgerhersteller seiner erbrachten Leistung erkennbar ist und ob die aus dem Original entlehnten eigenpersönlichen Züge dem Gesamteindruck nach gegenüber der Eigenart des Stücks „Nur mir“ „verblassen“.⁴⁴⁶ Nach dem OLG Hamburg ist die entnommene Sequenz in „Nur mir“ noch wahrnehmbar und wiedererkennbar. Der vertraute Hörer erkenne das Original wieder und Anspielungen auf das Stück „Metall auf Metall“ seien deutlich erkennbar.⁴⁴⁷ Damit ist noch ein Ausdruck der eigenen geistigen Schöpfung des Urhebers bzw. der erbrachten Leistung des Tonträgerherstellers des vorbestehenden Werks erkennbar. Das Stück „Metall auf Metall“ ist noch deutlich und damit mehr als nur noch rudimentär zu erkennen. Ein Fall des „äußeren Abstands“ liegt hier nicht vor, sodass die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG nicht erfüllt sind. Folglich liegt ein Eingriff in das Bearbeitungsrecht sowohl des Urhebers als auch des Tonträgerherstellers gem. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG vor.

⁴⁴⁶ BT-Drs. 19/27426, 78.

⁴⁴⁷ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 84, 94, 107.

G. Zulässigkeit des Samplings nach § 24 Abs. 1 UrhG a. F.

In den Abschnitten D. und E. wurde festgestellt, dass die Entnahme kleiner Tonsequenzen grundsätzlich unter das Vervielfältigungsrecht des Urhebers und des Tonträgerherstellers fällt. Nachfolgend wird geprüft, ob Sampling in bestimmten Fällen über eine Schrankenregelung wieder freigestellt werden kann.

Dazu wird zunächst die freie Benutzung gem. § 24 Abs. 1 UrhG a. F. untersucht. Wenn man den Standpunkt vertritt, dass sowohl das Vervielfältigungs- als auch das Bearbeitungsrecht vollständig harmonisiert sind, ist die freie Benutzung allenfalls als Schranke einzuordnen, da das Vervielfältigungsrecht nach dem EuGH eine Schutzbereichsbegrenzung, die, wie die des § 24 UrhG a. F. und anders als § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG, auch Fälle des nur „inneren Abstands“ zulässt, nicht vorsieht.⁴⁴⁸

I. Anwendbarkeit des § 24 Abs. 1 UrhG a. F. vor Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 2001/29/EG

In der erste Phase des Falls „Metall auf Metall“ ab Vornahme der Vervielfältigungshandlung im Jahr 1997 bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 2001/29/EG am 22.12.2002 waren jedenfalls die gesetzlichen Schranken für das Urheber- und Leistungsschutzrecht noch nicht harmonisiert.⁴⁴⁹ Für diese Zeit ist eine (entsprechende) Anwendung des § 24 Abs. 1 UrhG a. F. geboten, da Sampling als künstlerische Ausdrucksform anderenfalls nicht zulässig wäre, nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts⁴⁵⁰ und im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 GG aber grundsätzlich zulässig sein muss. Das

⁴⁴⁸ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 85 – *Pelham u.a.*; vgl. BGH, GRUR 2017, 895, 899 Rn. 39; *Peifer*, Pastiche, S. 480 f.

⁴⁴⁹ Nach *Grünberger*, ZUM 2022, 579, 580 f., wurde das Vervielfältigungsrecht für ausübende Künstler und Tonträgerhersteller bereits mit der Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie 92/100/EWG und damit ab dem 01.07.1994 harmonisiert, die gesetzlichen Nutzungserlaubnisse für das Urheber- und Leistungsschutzrecht aber erst mit der RL 2011/29/EG, sodass die Mitgliedstaaten vorher alle im nationalen Recht vorgesehenen Schranken auch auf die unionsrechtlich gewährten Ausschließlichkeitsrechte anwenden konnten.

⁴⁵⁰ BVerfGE 142, 74 Rn. 92.

OLG Hamburg kommt daher nach Zurückverweisung des Falles „Metall auf Metall“ und neuerlicher Prüfung des Sachverhalts zu dem Ergebnis, dass bei kunstspezifischer Betrachtung sowohl in Bezug auf eine Verletzung etwaiger Urheber- als auch Leistungsschutzrechte eine freie Benutzung i. S. d. § 24 Abs. 1 UrhG a. F. vorliegt. Die für eine freie Benutzung erforderliche Selbständigkeit des neuen Werks gegenüber dem benutzten Werk setzt voraus, dass das neue Werk einen ausreichenden Abstand zu den entlehnten eigenpersönlichen Zügen des benutzten Werks hält, wobei dies nur dann der Fall ist, wenn die entlehnten eigenpersönlichen Züge des älteren Werks angesichts der Eigenart des neuen Werks verblassen. Bei der Beurteilung der Benutzung eines Tonträgers ist nach dem BGH in entsprechender Weise zu prüfen, ob das neue Werk zu der aus dem benutzten Tonträger entlehnten Tonfolge einen so großen Abstand hält, dass es seinem Wesen nach als selbstständig anzusehen ist.⁴⁵¹ Ein solcher Abstand war hier sowohl für das Urheber- als auch für das Tonträgerherstellerrecht zu bejahen: „[...] die oben beschriebenen zusätzlichen Elemente erzeugen in ihrer Summe den Eindruck eines vielschichtigen Stücks mit eigenständigen Melodie- und Rhythmusfiguren sowie Sprech- und Hintergrundgesang, dem trotz der Übernahme der Rhythmusfigur in der Einleitung und deren Fortführung im gesamten weiteren Verlauf ein eigenständiger Charakter nicht abgesprochen werden kann. Gegenüber der übernommenen Tonfolge des Musikstücks „[Metall auf Metall]“ hält „[Nur mir]“ einen hinreichend großen inneren Abstand ein.“⁴⁵²

II. Unvereinbarkeit der freien Benutzung mit Art. 5 RL 2001/29/EG

Für die Zeit nach Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 2001/29/EG am 22.12.2002 ist fraglich, ob die freie Benutzung gem. § 24 Abs. 1 UrhG a. F. als Schrankenregelung europarechtskonform ist.

Nach dem 31. Erwägungsgrund der RL 2001/29/EG sollen Ausnahmen und Beschränkungen einheitlich definiert werden. Die damit bezweckte Harmonisierung dient dem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes. Aus-

⁴⁵¹ BGH, GRUR 2017, 895, 898 Rn. 25.

⁴⁵² OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 55.

nahmen und Beschränkungen müssen deshalb in den Mitgliedstaaten übereinstimmend mit den in den Art. 5 RL 2001/29/EG normierten Fällen vorgesehen werden. Bestünden hingegen Umsetzungsspielräume im nationalen Recht, entstünde die Gefahr eines uneinheitlichen Schutzes der Urheberrechte und sonstigen Schutzgegenstände in den Mitgliedstaaten. Dadurch würde die Erreichung des Harmonisierungsziels der RL 2001/29/EG gefährdet.⁴⁵³

Die Regelung der freien Benutzung muss daher an dem Schranken-katalog des Art. 5 RL 2001/29/EG gemessen werden. Dieser ist abschließend.⁴⁵⁴ Es ist dort keine ausdrückliche Regelung zu finden, die bestimmt, dass selbstständige Werke in freier Benutzung eines anderen Werks ohne Zustimmung des Rechtsinhabers verwertet werden dürfen.

Apel erwägt jedoch, die freie Benutzung Art. 5 Abs. 3 Buchst. o RL 2001/29/EG zuzuordnen.⁴⁵⁵ Bei dieser Regelung handelt es sich um eine Auffangklausel für Ausnahmen mit geringer Bedeutung.⁴⁵⁶ Allerdings gibt es zahlreiche Möglichkeiten künstlerischer Auseinandersetzung mit vorhandenem Material in Form der freien Benutzung i. S. d. § 24 Abs. 1 UrhG a. F. Dies zeigt bereits, dass die freie Benutzung nicht nur Ausnahmefälle von geringer Bedeutung betrifft. Auch das Sampling kurzer Tonsequenzen kann je nach Übernahme (z. B. fortwährende Wiederholung der entnommenen Sequenz, (Wieder-)Erkennbarkeit und/oder Prägnanz der Sequenz) das Maß der geringen Bedeutung überschreiten. Außerdem gilt die Schranke des Art. 5 Abs. 3 Buchst. o RL 2001/29/EG von vornherein nur für analoge Nutzungen. Damit fielen neben zahlreichen weiteren Nutzungsarten auch das

⁴⁵³ Vgl. Generalanwalt *Szpunar*, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 55 f. – *Pelham u.a.*

⁴⁵⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 58 – *Pelham u.a.*; Generalanwalt *Szpunar*, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 52, 54 – *Pelham u.a.*; *Podszun*, ZUM 2016, 606, 612; *Rossa*, MMR 2017, 665, 669; *Wagner*, MMR 2019, 727, 730.

⁴⁵⁵ *Apel*, MMR 2019, 97, 98.

⁴⁵⁶ *Wegmann*, Rechtsgedanke der freien Benutzung, S. 167.

Sampling aus dem Anwendungsbereich der Schrankenregelung heraus.⁴⁵⁷ Die freie Benutzung sollte deshalb nicht Art. 5 Abs. 3 Buchst. o RL 2001/29/EG zugeordnet werden.

Die freie Benutzung könnte noch Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG zugeordnet werden, die die Nutzung zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiches erlaubt.

Der BGH hat die Nutzung zum Zwecke der Parodie gem. Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG vor Einführung der entsprechenden nationalen Regelung nach § 51a UrhG unter § 24 Abs. 1 UrhG a. F. subsumiert.⁴⁵⁸ Dies wirft die Frage auf, ob die freie Benutzung unter die europäische Parodie-Schranke subsumiert werden kann. Vorliegend geht es allerdings nicht um die Einordnung einer europarechtlich vorgesehenen Schranke in das nationale Recht (Parodie als freie Benutzung), sondern um den umgekehrten Fall der Einordnung einer nationalen Regelung in das europäische Recht (freie Benutzung als Fall von Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG). Dies ist nach teilweise vertretener Auffassung möglich.⁴⁵⁹ Eine erweiternde Auslegung der Schranken im Lichte von Art. 13 Abs. 1 i. V. m. Art. 51 EU-GrCh gebiete es, künstlerische Freiräume unter bestimmten Bedingungen sicherzustellen. Deshalb müsse die Schranke für jede Art von künstlerischer Auseinandersetzung analog angewendet werden.⁴⁶⁰ Damit könnten über den Wortlaut hinaus andere Kunstformen vergütungsfrei zugelassen werden. Es sei zur Berücksichtigung der Rechte und Interessen der Urheber und Rechts-

⁴⁵⁷ Vgl. Generalanwalt *Szpunar*, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 57 – *Pelham u.a.; Wegmann*, Rechtsgedanke der freien Benutzung, S. 168 f.

⁴⁵⁸ BGH, GRUR 2017, 895 Rn. 28 f.

⁴⁵⁹ *Maier*, Remixe, S. 63; *Pötzlberger*, Kreatives Remixing, S. 265; *Stieper*, ZGE 2012, 443, 449 f.

⁴⁶⁰ *Maier*, Remixe, S. 63; *Pötzlberger*, Kreatives Remixing, S. 265; *Stieper*, ZGE 2012, 443, 449 f.; vgl. *Peifer*, ZUM 2016, 805, 807.

inhaber eine nachgelagerte Interessenabwägung erforderlich.⁴⁶¹ Eine kunstspezifische Auslegung des § 24 UrhG a. F. sei mithin mit Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG vereinbar.⁴⁶²

Dagegen ist einzuwenden, dass die Aufzählung in Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG abschließend ist.⁴⁶³ § 24 Abs. 1 UrhG a. F. hat jedoch einen weiteren Anwendungsbereich als Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG. Die kunstspezifische Auslegung des § 24 Abs. 1 UrhG a. F. lässt Raum für mehr Kunstformen als die in Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG aufgezählten.⁴⁶⁴ Eine Einordnung der freien Benutzung unter Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG ist deshalb nicht möglich.

Die Entscheidung des EuGH zur Unvereinbarkeit der freien Benutzung mit Art. 5 RL 2001/29/EG sowie die darauf erfolgte Abschaffung des § 24 UrhG a. F. ist deshalb grundsätzlich begrüßenswert.

⁴⁶¹ Nach *Maier*, *Remixe*, S. 64, wäre dann eine nachgelagerte Interessenabwägung, vergleichbar mit der Entscheidung EuGH, Urt. v. 03.09.2014, Rs. C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 Rn. 19 ff. – *Deckmyn und Vrijheidsfonds*, erforderlich.

⁴⁶² *Pötzlberger*, *Kreatives Remixing*, S. 266.

⁴⁶³ Vgl. EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 58–65 – *Pelham u.a.*

⁴⁶⁴ *Schulze*, *Freie Benutzung*, S. 299; vgl. *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1011; *Summerer*, *Illegale Fans*, S. 194.

H. Zulässigkeit des Samplings nach den Schrankenbestimmungen der §§ 51, 51a UrhG

Schließlich könnte Sampling nach den Schrankenbestimmungen der §§ 51, 51a UrhG zulässig sein.

I. Spielräume bei der Umsetzung der in Art. 5 Abs. 2 und 3 RL 2001/29/EG normierten Ausnahmen und Beschränkungen

Zunächst ist zu prüfen, ob die in Art. 5 Abs. 2 und 3 RL 2001/29/EG normierten Ausnahmen und Beschränkungen Umsetzungsspielräume im nationalen Recht lassen. Der Schrankenkatalog ist fakultativ, aber abschließend.⁴⁶⁵ Er bildet anders als Art. 5 Abs. 1 RL 2001/29/EG, welcher eine verbindliche Schranke beinhaltet, nur einen Maximalrahmen.⁴⁶⁶ So hat der EuGH im „Funke Medien“-Urteil entschieden, dass die in Art. 5 Abs. 3 Buchst. c Fall 2 und Buchst. d RL 2001/29/EG aufgeführten Ausnahmen und Beschränkungen keine Maßnahmen zur vollständigen Harmonisierung im Hinblick auf deren Reichweite darstellen. Das bedeute, dass es Sache der Mitgliedstaaten sei, detaillierte Voraussetzungen für die Anwendung dieser Ausnahmen oder Beschränkungen unter Beachtung der Vorgaben dieser Bestimmung aufzustellen. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut der Regelungen („soweit es der Informationszweck rechtfertigt“ und „sofern die Nutzung den anständigen Gepflogenheiten entspricht und in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist“).⁴⁶⁷ Art. 5 Abs. 2 und 3 RL 2001/29/EG sind mithin lediglich insofern teilharmonisiert, dass der dort enthaltene Schrankenkatalog nicht vollständig von den Mitgliedstaaten umgesetzt werden muss.⁴⁶⁸ Der Umsetzungsspielraum der je-

⁴⁶⁵ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 58 – *Pelham u.a.*; Generalanwalt Szpunar, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 73, 77 – *Pelham u.a.*; BGH, GRUR 2019, 895, 899 f. Rn. 44.

⁴⁶⁶ Pötzlberger, ZUM 2019, 250, 253.

⁴⁶⁷ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 Rn. 39-54 – *Funke Medien NRW*.

⁴⁶⁸ Leistner, GRUR 2016, 772, 775; Stieper, ZGE 2012, 443, 444, 446 f.; Pötzlberger, ZUM 2019, 250, 253.

weiligen Regelung beurteilt sich insbesondere nach dem Wortlaut der Richtlinie.

Auf der anderen Seite dürfen die Mitgliedstaaten nach dem EuGH eine in Art. 5 Abs. 2 und 3 RL 2001/29/EG genannte Ausnahme oder Beschränkung nur insoweit vorsehen, als sie sämtliche Voraussetzungen dieser Bestimmung einhält.⁴⁶⁹ Soweit eine Regelung umgesetzt wird, ist eine richtlinienkonforme Auslegung erforderlich. Dabei ist der durch die Richtlinie bezweckte Ausgleich zwischen den Interessen der Rechtsinhaber und der Nutzer sowie der Allgemeinheit zu berücksichtigen. Die Mitgliedstaaten müssen bei der Umsetzung die praktische Wirksamkeit der Ausnahmen und Beschränkungen wahren und ihre Zielsetzung berücksichtigen sowie den Drei-Stufen-Test und die EU-GrCh beachten.⁴⁷⁰ Im Übrigen bleibt den Mitgliedstaaten ein weiter Ermessensspielraum für das Aufstellen sachgerechter Kriterien zur weiteren Konkretisierung der Ausnahmen oder Beschränkungen.⁴⁷¹ In jedem Fall ist aber zu berücksichtigen, dass es sich bei den in der Richtlinie verwendeten Begriffen um autonome Begriffe des Unionsrechts handelt.⁴⁷²

II. Zulässigkeit des Samplings als Zitat nach § 51 UrhG

Sampling könnte als Zitat zulässig sein. Gem. § 51 S. 1 UrhG ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werks zum Zweck des Zitats zulässig, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist. Dies gilt gem. § 51 S. 2 Nr. 3 UrhG insbesondere, wenn einzelne Stellen eines erschienenen Werks der Musik in einem selbständigen Werk der Musik angeführt werden. Beim Sampling könnte ein solches Musikzitat vorliegen, da dort Teile eines Musikwerks für ein anderes Musikwerk genutzt werden. Das

⁴⁶⁹ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 Rn. 48 – *Funke Medien NRW*.

⁴⁷⁰ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 Rn. 51-53 – *Funke Medien NRW*.

⁴⁷¹ Vgl. *Stieper*, ZGE 2012, 443, 445.

⁴⁷² Generalanwalt *Szpunar*, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 76 – *Pelham u.a.*; *Pötzlberger*, *Kreatives Remixing*, S. 239.

Zitatrecht ist unionsrechtlich in Art. 5 Abs. 3 Buchst. d RL 2001/29/EG verankert. Es ist gem. § 85 Abs. 4 UrhG und § 83 UrhG auch auf das Tonträgerherstellerrecht und die Rechte der ausübenden Künstler anwendbar.

Zu den Voraussetzungen des Zitatrechts gehört insbesondere die Erforderlichkeit des Zitats für die Erreichung des mit ihm verfolgten Ziels, ohne dass dessen Grenzen überschritten werden. Nach Art. 5 Abs. 3 lit. d RL 2001/29/EG muss das Zitat zudem den „anständigen Gepflogenheiten“ entsprechen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind unionsrechtliche Begriffe nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch unter Berücksichtigung der Ziele der Regelung und des Zusammenhangs der Verwendung des Begriffs auszulegen.⁴⁷³ Der Gesetzgeber will vom Bürger verstanden werden und bedient sich deshalb der allgemeinen Sprache. Die juristische lehnt sich an die allgemeine Sprache, da sich das Recht an Alle richtet. Sie ist damit ein Sonderfall der allgemeinen Sprache.⁴⁷⁴ Da sich die europäischen Richtlinien an sämtliche Mitgliedstaaten richten, kann mangels zahlreicher unterschiedlicher Rechtsordnungen aber nicht auf den juristischen Sprachgebrauch zurückgegriffen werden. Es ist deshalb auf den gewöhnlichen Sprachgebrauch abzustellen. Der gewöhnliche Sprachgebrauch kennzeichnet den Rahmen, innerhalb dessen sich die maßgebliche Bedeutung eines Begriffs befinden muss. Nur durch die Kenntnis des gewöhnlichen Sprachgebrauchs kann der Prozess des Verstehens durch Auslegung überhaupt beginnen.⁴⁷⁵

Die Auslegung des Begriffs „Zitat“ nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch ergibt, dass ein Zitat den Zweck verfolgt, mit dem Original in Verbindung zu treten. Dies kann zum Beispiel zur Bekräftigung eigener Aussagen, zur Auseinandersetzung mit dem Werk oder auch zu (anderen) künstle-

⁴⁷³ EuGH, Urt. v. 03.09.2014, Rs. C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 Rn. 19 – *Deckmyn und Vrijheidsfonds* zum Begriff der „Parodie“; Urt. v. 30.01.2014 Rs. C-285/12, EU:C:2014:39 Rn. 27 – *Diakité* m. w. N.; Urt. v. 22.12.2008, Rs. C-549/07, ECLI:EU:C:2008:771 Rn. 17 – *Wallentin-Hermann* m. w. N.

⁴⁷⁴ Larenz, Methodenlehre, S. 320; vgl. *Petri*, Pastiche, S. 489.

⁴⁷⁵ Larenz, Methodenlehre, S. 321 f., 324, 343.

rischen Zwecken erfolgen. Entsprechend verlangt die unionsrechtskonforme Auslegung auch nach dem EuGH eine Interaktion mit dem Werk.⁴⁷⁶ Nach dem am gleichen Tage wie das „Metall-auf-Metall“-Urteil ergangenen „Spiegel-Online“-Urteil⁴⁷⁷ genügt für die Interaktion eine akzessorische Verknüpfung, die von einer geistigen Auseinandersetzung auf Grundlage einer engen und direkten Verknüpfung zwischen dem zitierten Werk und den eigenen Überlegungen geprägt ist, wenn dies auch dem Umfang nach erforderlich ist.⁴⁷⁸

Die Interaktion erfordert zugleich die Erkennbarkeit des Werks.⁴⁷⁹ Insoweit besteht ein Gleichklang zwischen der Auslegung des Vervielfältigungsrechts und dem Zitatrecht: Bei der Nutzung nicht wiedererkennbarer kleinerer Sequenzen liegt schon kein Eingriff vor, bei der Nutzung von wiedererkennbarem Material liegt ein Eingriff vor, der durch das Zitatrecht gerechtfertigt sein kann, wenn Erkennbarkeit vorliegt. Dies schützt auch Sampling als Kunstform, zumal insbesondere im Genre des Hip-Hops oftmals gerade die Wiedererkennbarkeit des zugrunde liegenden Materials entscheidend ist.⁴⁸⁰ Interessant ist, dass der EuGH sich bei der Erkennbarkeit auf die Ausführungen des Generalanwalts bezieht. Dieser fordert nicht die Erkennbarkeit des Zitats an sich, sondern, dass dieses „leicht als fremder Bestandteil erkannt werden kann“.⁴⁸¹ Folgerichtig stellt auch der BGH darauf ab, ob die Fremdheit des Inhalts erkannt wird und nicht darauf, ob der Inhalt des Zitats von einer Person, die das Original kennt, als solcher identifiziert werden kann.⁴⁸²

⁴⁷⁶ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 68–72 – *Pelham u.a.*

⁴⁷⁷ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 – *Spiegel Online*.

⁴⁷⁸ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 Rn. 79 – *Spiegel Online*; *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1012.

⁴⁷⁹ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 73 f. – *Pelham u.a.*

⁴⁸⁰ Vgl. *Grünberger*, ZUM 2020, 175, 201; *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748, 571.

⁴⁸¹ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 73; Generalanwalt *Szpunar*, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 65.

⁴⁸² BGH, GRUR 2020, 843, 848 Rn. 53 f.

Zur Voraussetzung der Interaktion beim Sampling hat sich der Generalanwalt *Szpunar* dahingehend geäußert, dass bei einem Sample generell keine Interaktion, sondern eine Aneignung vorliege, da die entnommenen Ausschnitte beim Sampling ihre Integrität verlieren würden.⁴⁸³ Auch nach *Ohly* ist eine Rechtfertigung künstlerischer Nutzung über das Zitatrecht beim Sampling allenfalls eine Notlösung.⁴⁸⁴

Nach dem Generalanwalt und einer teilweise in der Literatur vertretenen Auffassung ist das „Metall auf Metall“-Sample zudem zu kurz, um irgendeine Interaktion zu ermöglichen.⁴⁸⁵ Die pauschale Ablehnung des Zitatrechts aufgrund der Kürze des Samples führt allerdings zu einer Entscheidung allein anhand quantitativer Merkmale ohne Berücksichtigung der künstlerischen Entfaltungsfreiheit und ist damit abzulehnen. Ferner wird bei der Verneinung der Erkennbarkeit aufgrund der Kürze des Samples verkannt, dass ein verständiger und wissender Zuhörer durchaus auch kurze Sequenzen als fremden Bestandteil des zugrundeliegenden Stückes erkennen kann.⁴⁸⁶ Die Privilegierung von Samples durch das Zitatrecht darf aber nicht in sämtlichen Fällen ausgeschlossen werden, in denen die Übernahme nicht von jedermann erkannt werden kann.⁴⁸⁷

⁴⁸³ Generalanwalt *Szpunar*, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 67 – *Pelham u.a.*

⁴⁸⁴ *Ohly*, GRUR 2017, 964, 968.

⁴⁸⁵ Generalanwalt *Szpunar*, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 67 – *Pelham u.a.*; *Apel*, K&R 2017, 563, 565; vgl. auch *Schulze*, NJW 2019, 2918; *Papastefanou*, CR 2019, 600, 602.

⁴⁸⁶ *Grünberger*, ZUM 2018, 321, 323; *Pötzlberger*, ZUM 2019, 250, 252.

⁴⁸⁷ *Pötzlberger*, ZUM 2019, 250, 252.

Das Zitatrecht muss bei Nutzung fremder Werke im Hinblick auf Art. 5 GG und Art. 13 EU-GrCh kunstspezifisch betrachtet werden.⁴⁸⁸ Dem steht auch nicht Art. 5 Abs. 3 Buchst. d RL 2001/29/EG entgegen, der ausdrücklich als Zitatzweck nur die Kritik und die Rezension nennt. Es handelt sich dabei, wie sich aus dem Wort „wie“ ergibt, nicht um eine abschließende Aufzählung. Der besondere Zweck liegt hier in der künstlerischen Auseinandersetzung. Insoweit kommt den Mitgliedstaaten ein Umsetzungs- und Auslegungsspielraum zu.⁴⁸⁹

Beim Sampling kann deshalb durchaus eine erkennbare Interaktion mit dem benutzten Werk stattfinden, sofern es zu Zwecken der künstlerischen Auseinandersetzung erfolgt. Die Entscheidung des EuGH, der das Zitatrecht auf die Nutzung von Audiofragmenten eines geschützten musikalischen Werks grundsätzlich für anwendbar hält,⁴⁹⁰ ist deshalb zu begrüßen. Das Zitatrecht ist weit auszulegen. Der Künstler muss aufgrund der kunstspezifischen Betrachtungsweise prinzipiell selbst entscheiden können, wie und in welchem Umfang er mit dem Werk interagiert und inwiefern dazu eine Übernahme des Werks erforderlich ist.⁴⁹¹ So liegt beim Sampling z. B. nicht immer eine künstlerisch tiefgehende und gehaltvolle Auseinandersetzung vor. Die Anforderungen an diese dürfen deshalb nicht zu hoch sein.⁴⁹²

Andererseits darf das Zitatrecht im Hinblick auf die Interessen der Inhaber der Rechte am Original nicht grenzenlos gelten. Ein zulässiges Zitat liegt nicht bei jeder Form des künstlerischen Ausdrucks vor. Entscheidend ist gerade, dass sich der Werknutzer mit dem Original künstlerisch auseinan-

⁴⁸⁸ Vgl. BVerfGE 142, 74 Rn. 86.

⁴⁸⁹ *Pötzlberger*, Kreatives Remixing, S. 240 f. Dagegen spricht auch nicht die „Painer“-Entscheidung des EuGH (EuGH, Urt. v. 01.12.2011, Rs. C-145/10, ECLI:EU:C:2013:138 Rn. 134 f.). Dort hat der EuGH zwar nur die freie Meinungsäußerung als Zitatzweck benannt, allerdings hat die Kunstfreiheit im Kontext des konkreten Falles keine Rolle gespielt. Der EuGH hat mithin keine konkrete Entscheidung zur Berücksichtigung der Kunstfreiheit bei der Auslegung des Art. 5 RL 2001/29/EG getroffen, vgl. *Pötzlberger*, Kreatives Remixing, S. 241 f.

⁴⁹⁰ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 68, 72 – *Pelham u.a.*

⁴⁹¹ *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1013.

⁴⁹² *Schonhofen*, GRUR-Prax 2019, 432, 434.

dersetzt. So liegt bei einer bloßen Aneinanderreihung oder Kombination fremder Werke bzw. Werkteile, wie es bei der Collage der Fall ist, kein Zitat vor. Es mag sich dabei zwar um eine künstlerische Technik handeln, jedoch fehlt es an einem Ergebnis freier schöpferischer Gestaltung (materieller Kunstbegriff), einem traditionellen Werktypen (formeller Kunstbegriff) oder einem Aussagegehalt, der mannigfaltige Interpretationsmöglichkeiten zulässt (offener Kunstbegriff)⁴⁹³ i. S. v. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG.⁴⁹⁴ Auch beim Sampling liegen nicht immer eine künstlerische Auseinandersetzung mit dem Original vor. Die Zulässigkeit solcher Nutzungen zum Zwecke des Zitats scheidet in diesen Fällen aus. Das Zitatrecht kann deshalb nicht stets, sondern nur in bestimmten Fällen helfen.

Im Fall „Metall auf Metall“ liegt eine künstlerische Auseinandersetzung indes vor. Das Stück „Nur Mir“ verfügt über einen eigenständigen Charakter. Es zeichnet sich nicht nur durch die übernommene Sequenz, sondern durch eigene Melodie- und Rhythmusfiguren aus.⁴⁹⁵ Auch liegt keine reine Übernahme, sondern eine Auseinandersetzung mit der Kälte des Klangs des Originals vor.⁴⁹⁶ Die entnommene Sequenz wurde als Einleitung für ein sich langsam aufbauendes Stück verwendet, das „nach Hinzutreten immer weiterer Ton- und Rhythmuslinien nach und nach in einen Hip Hop-Song wechselt“⁴⁹⁷. Darin liegt das Ergebnis einer freien schöpferischen Gestaltung (materieller Kunstbegriff), die Raum für verschiedene Interpretationen lässt (offener Kunstbegriff).

Problematisch erscheint im Fall „Metall auf Metall“ allerdings die Erkennbarkeit der Übernahme des fremden Werkteils als Voraussetzung eines zulässigen Zitats.⁴⁹⁸ Für die Hörer des Songs „Nur mir“ gibt es nach Ansicht des BGH und des Generalanwalts im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte dafür, dass die dem Musikstück „Nur mir“ unterlegte Sequenz einem frem-

⁴⁹³ BVerfG, NJW 1985, 261, 262.

⁴⁹⁴ BGH, GRUR 2012, 819, 821 Rn. 18–20; Wandtke/Bullinger/Lüft, § 51 Rn. 4.

⁴⁹⁵ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 55.

⁴⁹⁶ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 74.

⁴⁹⁷ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 76.

⁴⁹⁸ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 73 f. – *Pelham u.a.*

den Werk oder Tonträger entnommen worden sei.⁴⁹⁹ Gleichzeitig bejaht der BGH die *Wiedererkennbarkeit* der Rhythmussequenz.⁵⁰⁰ Hier muss zwischen der Wahrnehmbarkeit der Sequenz, der Erkennbarkeit der Übernahme aus einem fremden Werk und der Wiedererkennbarkeit der übernommenen Sequenz unterschieden werden. Wahrnehmbarkeit der Sequenz bedeutet, dass die Sequenz als solche überhaupt hörbar als Rhythmussequenz in Erscheinung tritt. Wie bereits ausgeführt, bedeutet Erkennbarkeit der Übernahme i. S. d. Zitats hingegen, dass die Fremdheit des Inhalts als solche erkannt wird, d. h. dass erkannt wird, dass die Sequenz einem anderen Stück entnommen wurde. Erkennbarkeit der Übernahme bedeutet hingegen nicht, dass der Inhalt des Zitats von einer Person, die das Original kennt, als solcher identifiziert werden kann.⁵⁰¹ Wenn das Werk, aus dem die entnommene Sequenz stammt, erkannt wird, liegt *Wiedererkennbarkeit* vor. Der Begriff der Wiedererkennbarkeit impliziert demnach, dass etwas nicht nur wahrgenommen, sondern *erneut* wahrgenommen, d. h. bereits zuvor wahrgenommen wurde, und auch als Teil des Originals erkannt wird. Wurde eine Sequenz bereits zuvor wahrgenommen, also vor Hören des neuen Stücks, muss diese Sequenz folgerichtig zuvor in einem anderen Stück wahrgenommen worden sein – in diesem Fall in dem Musikstück „Metall auf Metall“. Wiedererkennbar bedeutet aber nicht, dass auch erkannt wird, dass die Sequenz dem Original selbst entnommen wurde. Hier liegt ein wichtiger Unterschied zum Begriff der Erkennbarkeit der Fremdheit. Der BGH konnte deshalb einerseits die Erkennbarkeit der Fremdheit verneinen und andererseits die Wiedererkennbarkeit der Sequenz bejahen.⁵⁰²

Tatsächlich liegt keine erkennbare fremde Werkübernahme vor. Das OLG Hamburg hat in seinem Urteil vom 28.04.2022 lediglich ausgeführt, dass die Sequenz wahrnehmbar und wiedererkennbar sei. Der vertraute Hörer erkenne das Original *wieder*, jedenfalls wenn er die beiden Stücke nacheinander

⁴⁹⁹ BGH, GRUR 2020, 843, 848 Rn. 55; Generalanwalt Szpunar, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 67 – *Pelham u.a.*; vgl. zuvor bereits BGH, GRUR 2017, 895, 899 Rn. 34.

⁵⁰⁰ BGH, GRUR 2020, 843, 848 Rn. 28–31, 55.

⁵⁰¹ BGH, GRUR 2020, 843, 848 Rn. 53 f.

⁵⁰² BGH, GRUR 2020, 843, 848 Rn. 28–31 Rn. 55.

höre.⁵⁰³ Hier zeigt sich erneut, dass ein Unterschied zwischen bloßer Wahrnehmbarkeit und Wiedererkennbarkeit besteht, denn anderenfalls wäre die Nennung beider Begriffe überflüssig gewesen. Weiterhin führt das OLG aus, dass Anspielungen auf das Stück „Metall auf Metall“ deutlich erkennbar seien.⁵⁰⁴ Allerdings zeigt sich nicht, dass die Sequenz dem Stück „Metall auf Metall“ auch tatsächlich entnommen wurde. Erkennbar ist gerade nur die Anspielung auf das Original, nicht jedoch die Fremdheit der Sequenz. Die Voraussetzung, dass die Fremdheit des Inhalts erkennbar ist, ist im Fall „Metall auf Metall“ mithin nicht erfüllt, sodass bereits aus diesem Grunde kein zulässiges Zitat vorliegt.

Weiterhin muss gem. Art. 5 Abs. 3 Buchst. d RL 2001/29/EG und § 63 Abs. 1 UrhG – außer in Fällen, in denen dies unmöglich ist – bei der Vervielfältigung und Verbreitung eines fremden Werkes in Form eines Zitats die Quelle, einschließlich des Namens des Urhebers, angegeben werden.⁵⁰⁵ In den Fällen der öffentlichen Wiedergabe eines Zitats genügt eine Quellenangabe in der verkehrsüblichen Weise, § 63 Abs. 2 S. 1 und 2 UrhG. Der Verstoß gegen die Pflicht zur Quellenangabe führt zur Unzulässigkeit des Zitats insgesamt.⁵⁰⁶ Im Fall „Metall auf Metall“ ist eine Quellenangabe weder ersichtlich noch ist eine solche vorgetragen worden.⁵⁰⁷

Nach teilweise vertretener Auffassung ist eine Quellenangabe bei der Vervielfältigung oder Verbreitung fremder Werke im Rahmen eines Zitats gem. § 63 Abs. 1 UrhG indes nur bei der Übernahme ganzer Werke der Musik, d. h. nur beim Großzitat nach § 51 S. 2 Nr. 1 UrhG erforderlich, nicht aber beim Musikzitat gem. § 51 S. 2 Nr. 3 UrhG.⁵⁰⁸ Dem ist entgegenzusetzen, dass eine Quellenangabe zwar im Rahmen der akustischen Wiedergabe in

⁵⁰³ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 84, 94, 107.

⁵⁰⁴ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 84.

⁵⁰⁵ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 67 – *Pelham u.a.*

⁵⁰⁶ Vgl. nur Schricker/Loewenheim/*Spindler*, UrhG, § 63 Rn. 20.

⁵⁰⁷ Generalanwalt *Szpunar*, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 68 – *Pelham u.a.*; *Rossa*, MMR 2017, 665, 669; *Schulze*, NJW 2019, 2918, nach dem es zusätzlich an einer geistigen Auseinandersetzung fehlt.

⁵⁰⁸ BeckOK UrhR/*Schulz*, § 51 Rn. 24; *Dreier/Schulze/Dreier*, § 51 Rn. 19.

der Regel ausscheidet, aber etwa auf dem Tonträger, den Noten oder bei der digitalen Musikwiedergabe in der Song-Beschreibung bzw. -Information grundsätzlich durchaus möglich ist.⁵⁰⁹ Etwas anderes kann im Einzelfall dann gelten, wenn etwa eine Vielzahl von Quellen angegeben werden müsste und die Quellenangabe deshalb mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden wäre.⁵¹⁰ In diesen Fällen kann sich die Quellenangabe als unmöglich erweisen, sodass die Pflicht zur Quellenangabe gemäß den Vorgaben von Art. 5 Abs. 3 Buchst. d RL 2001/29/EG entfällt. Dazu gehört z. B. auch der in § 63 Abs. 1 S. 3 UrhG ausdrücklich normierte Fall, dass die Quelle weder auf dem benutzten Werkstück oder bei der benutzten Werkwiedergabe genannt noch dem zur Vervielfältigung oder Verbreitung Befugten anderweit bekannt ist.

Im Fall „Metall auf Metall“ war es den Beklagten hingegen nicht unmöglich, die Quelle in geeigneter Weise deutlich anzugeben. Die Quelle hätte beispielsweise auf dem Tonträger selbst oder etwa dem CD-Cover angegeben werden können.⁵¹¹ Nach der hier vertretenen Auffassung liegt deshalb im „Metall auf Metall“-Fall auch mangels Quellenangabe kein zulässiges Zitat vor.

Schließlich gilt für das Zitatrecht gem. § 62 Abs. 1 S. 1 UrhG ein Änderungsverbot. Bei Verstoß gegen dieses wird jedoch nicht das Zitat als solches unzulässig, sondern es liegt eine eigene Rechtsverletzung vor.⁵¹²

Abweichungen vom Änderungsverbot sind nur in engem Umfang gestattet, d. h. soweit dies unbedingt erforderlich ist.⁵¹³ Bei einem Zitat kann es etwa erforderlich sein, in indirekte Rede zu wechseln, Satzzeichen wegzulassen oder durch Wortverschiebungen den zitierten Satz in ein umfassenderes

⁵⁰⁹ Generalanwalt *Szpunar*, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 68 – *Pelham u.a.*; *Homar*, ZUM 2019, 731, 737; Wandtke/Bullinger/*Lüft*, § 51 Rn. 20; vgl. *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164 f.

⁵¹⁰ *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1014; vgl. *Schonhofen*, GRUR-Prax 2019, 432, 434.

⁵¹¹ *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1013.

⁵¹² OLG Hamburg, GRUR 1970, 38, 39.

⁵¹³ *Dreier/Schulze/Schulze*, § 62 Rn. 6; *Wandtke/Bullinger/Bullinger*, § 62 Rn. 6.

Satzgefüge einzuflechten.⁵¹⁴ Bei Musikwerken können Änderungen, die nur Auszüge oder Übertragungen in eine andere Tonart oder Stimmlage darstellen, zulässig sein. Dass beim Sampling nur Tonsequenzen entnommen werden, steht dem Zitatrecht deshalb grundsätzlich nicht entgegen. Fraglich bleibt, ob die beim Sampling in der Regel vorgenommenen Änderungen der Sequenz dem Vorliegen eines Zitats entgegenstehen. Die nach § 62 Abs. 2 UrhG zulässigen Änderungen müssen nämlich für den Zitatzweck erforderlich sein und deshalb den geistig-ästhetischen Sinn des Werks unberührt lassen. Sie dürfen demnach nicht allein aufgrund künstlerischer Aspekte vorgenommen werden.⁵¹⁵ Dies wird bei einer Vielzahl von Sampling-Fällen zu Rechtsverletzungen führen. So ist es auch im „Metall auf Metall“-Fall. Die übernommene Rhythmussequenz wird nicht nur fortlaufend wiederholt, sondern wurde auch um 5% verlangsamt und metrisch verschoben.⁵¹⁶ Eine Veränderung könnte weiterhin darin liegen, dass die entnommene Sequenz dem Stück „Nur Mir“ unterlegt und mit anderen Instrumenten kombiniert wurde. Dass die vorgenommenen Änderungen hier zu Zitatzwecken erforderlich waren und nicht lediglich aus künstlerischen Gründen erfolgt sind, wurde weder vorgetragen noch ist dies ersichtlich, sondern eher fernliegend. Sofern man entgegen der hiesigen Auffassung davon ausgeht, dass ein zulässiges Zitat vorliegt, stellt die Änderung der übernommenen Sequenz einen Verstoß gegen das Änderungsverbot gem. § 62 Abs. 1 S. 1 UrhG dar.

Im Ergebnis scheidet im Fall „Metall auf Metall“ eine Zulässigkeit gem. § 51 UrhG mangels Erkennbarkeit der Fremdheit und einer Quellenangabe aus. Grundsätzlich ist es aber im Hinblick auf die Kunstfreiheit zu begrüßen, dass es nach der Rechtsprechung des EuGH keineswegs gänzlich aus-

⁵¹⁴ OLG Hamburg, GRUR 1970, 38, 39 f.; LG München I, ZUM 2009, 678, 680, nicht rechtskräftig; Dreier/Schulze/Schulze, § 62 Rn. 14; Schricker/Loewenheim/Peukert, UrhG, § 62 Rn. 11.

⁵¹⁵ Dreier/Schulze/Schulze, § 62 Rn. 17; Schricker/Loewenheim/Peukert, UrhG, § 62 Rn. 17; Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 62 Rn. 19.

⁵¹⁶ Zur Veränderung der Sequenz vgl. OLG Hamburg, GRUR-RR 2007, 3; GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 54.

geschlossen ist, dass beim Sampling je nach den Umständen des Einzelfalls ein Zitat vorliegen kann.⁵¹⁷ Zu berücksichtigen bleibt dabei aber gem. § 62 Abs. 1 S. 1 UrhG, dass etwaige Änderungen nur insoweit vorgenommen werden, wie es der Zitatzweck erfordert.

⁵¹⁷ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 72 – *Pelham u.a.*

III. Zulässigkeit des Samplings nach § 51a UrhG

Das OLG Hamburg hat im „Metall auf Metall“-Fall das Vorliegen eines Pastiche i. S. d. § 51a UrhG angenommen.⁵¹⁸ Im Folgenden wird geprüft, ob und unter welchen Voraussetzungen Sampling als Parodie, Karikatur oder Pastiche gem. § 51a UrhG zulässig sein kann sowie ob die Schranke im „Metall auf Metall“-Fall tatsächlich einschlägig ist. Die Begriffe Parodie, Karikatur und Pastiche sind weder in § 51a UrhG noch in Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG definiert und deshalb auslegungsbedürftig. Als autonome Begriffe des Unionsrechts sind sie entsprechend ihrem Sinn nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch unter Berücksichtigung des Verwendungszusammenhangs und der Ziele der Richtlinie einheitlich auszulegen.⁵¹⁹

1. Sampling als Parodie oder Karikatur

Die Parodie erinnert nach der Rechtsprechung des EuGH an ein vorbestehendes Werk, weist aber zugleich wahrnehmbare Unterschiede zu diesem auf und setzt sich mit ihm auseinander. Eine Parodie wird stets von Humor oder Verspottung getragen. Ihr Vorliegen hängt nicht davon ab, ob sie einen eigenen ursprünglichen Charakter aufweist, d. h. ob sie sich nicht nur dadurch auszeichnet, gegenüber dem ursprünglichen Werk wahrnehmbare Unterschiede aufzuweisen. Bei der Anwendung der Schranke ist stets eine Interessenabwägung im Einzelfall erforderlich.⁵²⁰

Samples können an vorbestehende Werke erinnern und sich mit diesen auseinandersetzen. Auch ein Ausdruck von Humor oder Verspottung ist dabei nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Bei Vorliegen der o. g. Voraussetzungen müsste dann eine Interessenabwägung im Einzelfall erfolgen. In der

⁵¹⁸ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 66.

⁵¹⁹ EuGH, Urt. v. 03.09.2014, Rs. C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 Rn. 19 – *Deckmyn und Vrijheidsfonds*.

⁵²⁰ EuGH, Urt. v. 03.09.2014, Rs. C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 Rn. 18 – *Deckmyn und Vrijheidsfonds*; BeckOK UrhR/*Lauber-Rönsberg*, § 51a Rn. 12; Dreier/*Schulze/Dreier*, § 51a Rn. 13; Wandtke/*Bullinger/Lüft/Bullinger*, § 51a Rn. 11; vgl. IPO, *Exceptions to copyright: Guidance for creators and copyright owners*, 2014, S. 6.

Regel ist die künstlerische Auseinandersetzung mit dem Original beim Sampling jedoch nicht humorvoll oder verspottend, sondern neutral oder gar positiv bewertend, z. B. in Form einer Hommage. Es erfolgt eine Auseinandersetzung mit den Klängen, Tönen oder Rhythmen des Originals, die sich der Künstler zu eigen macht, um sie etwa zur Anreicherung oder Prägung seines Werkes zu nutzen, weshalb gerade keine negative Bezugnahme auf das Original erfolgt. So ist es auch im Fall „Metall auf Metall“, bei dem das Stück „Nur mir“ sich in Form einer Hommage an das Stück „Metall auf Metall“ mit der Kälte seines Klangs auseinandersetzt.⁵²¹ Eine Parodie i. S. d. § 51a UrhG bzw. Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG liegt hier folglich nicht vor.

Wie die Parodie wird auch die Karikatur nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch durch einen Ausdruck des Humors oder der Verspottung charakterisiert. Bei einer Karikatur handelt es sich aber in der Regel um eine Zeichnung oder bildliche Darstellung.⁵²² Die Karikatur bezieht sich eher auf Personen oder gesellschaftlich-politische Zustände, während die Parodie oftmals bestimmte Werke oder WerkGattungen aufgreift.⁵²³ Das musikalische Sampling ist deshalb keine Karikatur i. S. d. § 51a UrhG und Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG.

2. Sampling als Pastiche

In diesem Abschnitt wird untersucht, ob Samples „Pastiches“ i. S. d. § 51a UrhG bzw. des Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG sein können und ob, bejahendenfalls, auch das Sample im „Metall auf Metall“-Verfahren ein Pastiche ist. Maßgeblich dafür ist, welche Voraussetzungen an diesen Begriff geknüpft werden sollten. Weder in Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG noch in § 51a UrhG hat der Gesetzgeber den Begriff des

⁵²¹ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 74.

⁵²² BT-Drs. 19/27426, S. 91; BeckOK UrhR/Lauber-Rönsberg, § 51a Rn. 14; Dreier/Schulze/Dreier, § 51a Rn. 9; Wandtke/Bullinger/Lüft/Bullinger, § 51a Rn. 10.

⁵²³ BT-Drs. 19/27426, S. 91; Dreier/Schulze/Dreier, § 51a Rn. 9.

„Pastiche“ ausdrücklich definiert. In Rechtsprechung und Literatur finden sich verschiedene Ansätze für eine Begriffsbestimmung.

a) Begriffsbestimmung

Im Folgenden werden mögliche Herangehensweisen zur Begriffsbestimmung erläutert und untersucht.

In Anwendung der Rechtsprechung des EuGH zum „Parodie“-Begriff ist der Begriff nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch unter Berücksichtigung der Ziele der Regelung in Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG und in § 51a UrhG und des Zusammenhangs der Verwendung des Begriffs auszulegen (s. o. H. II.).⁵²⁴ Zugleich müssen nach Maßgabe der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kunst- und genrespezifische Aspekte berücksichtigt werden.⁵²⁵

Zur Bestimmung des gewöhnlichen Sprachgebrauchs und des Sprachgebrauchs in der künstlerischen Theorie und Praxis werden die begriffliche Herkunft sowie Lexika und Enzyklopädien herangezogen und erläutert. Zur Berücksichtigung der Ziele der Regelung werden Gesetzeszweck und –systematik untersucht. Im Ergebnis erfolgt eine Auslegung nach der klassischen Auslegungsmethode anhand der Kriterien der Grammatik bzw. des Wortsinns (aa)), des Gesetzeszwecks (bb)) und der Gesetzssystematik (cc)) sowie eine verfassungs- sowie richtlinienkonformen Auslegung (b)).⁵²⁶

aa) Wortsinn

(1) Begriffsherkunft

„Pastiche“ ist die französische Übersetzung des italienischen Begriffs „Pasticcio“⁵²⁷. Der Begriff Pastiche wird in der Literatur, Kunstgeschichte und

⁵²⁴ EuGH, Urt. v. 03.09.2014, Rs. C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 Rn. 19 – *Deckmyn und Vrijheidsfonds* zum Begriff der „Parodie“; *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 676 f.; *Ders.*, Kreatives Remixing, S. 246.

⁵²⁵ BVerfG 142, 74 Rn. 99; *Döhl*, ZGE/IPJ 12 (2020), 380, 404.

⁵²⁶ *Petri*, Pastiche, S. 489.

⁵²⁷ Duden, www.duden.de/rechtschreibung/Pastiche, zul. abgerufen am 07.06.2023; *Ortland*, *Pastiche*, S. 462.

Musik verwendet, während der Begriff des Pasticcios überwiegend im musikalischen Zusammenhang bekannt ist.

Das Wort „Pasticcio“ ist wiederum abgeleitet vom romanischen Wort „pasta“, das früher in Italien eine Pastete aus verschiedenen Zutaten bezeichnete – eine Mischung aus Fleisch, Gemüse, Eiern und anderer Zutaten. Der Begriff wurde zu Beginn der Renaissance in der Kunst als Metapher für ein Genre, das verschiedene Techniken und Stile kombinierte, verwendet. Der Begriff Pasticcio stand für ein stark imitatives Bild, das die Stile großer Künstler vermischte. Noch heute wird in Italien „Pasticcio“ als bildliche Beschreibung von Unordnung, schlechter Arbeit und geistiger Verwirrung verwendet.⁵²⁸

Im 16. Jahrhundert führte die wachsende Nachfrage nach Kunst der Renaissance zu einem belebten Markt, der Künstler dazu ermutigte, Elemente von Originalen zu kombinieren und ihr eigenes Werk daraus zu formen. Dazu verwendeten sie beispielsweise die Zeichnung des einen Künstlers und die Farben eines anderen Künstlers, um ein neues, nach ihren Vorstellungen optimales Bild, ein Pasticcio, zu kreieren.

Im 17. Jahrhundert schwankte die Wertschätzung des Genres dann zwischen Bewunderung des Pasticcios als hervorragend ausgeführte Kopie eines Meisterwerks, Missachtung als gefälschte Kopie für den „Massenmarkt“ und der zwiespältigen Rezeption des Pasticcios als stilistisches Medley. Zu dieser Zeit wanderte das italienische Konzept nach Frankreich, wo es als „Pastiche“ bekannt wurde.⁵²⁹ Damals entstand das Zitat: „[Pastiches sont des] Tableaux, qui ne sont ni des Origineaux, ni des Copies [...]“⁵³⁰ („[Pastiches] sind Bilder, die weder Originale noch Kopien sind [...])“).

Einen neuen positiv besetzten Wert erlangte das Pasticcio in der italienischen Oper des 18. und 19. Jahrhunderts. Ein Pasticcio in diesem Sinne ist

⁵²⁸ Hoestery, *Pastiche*, S. 1; Ortland, *Pastiche*, S. 462.

⁵²⁹ Hoestery, *Pastiche* S. 2–4.

⁵³⁰ Autor unbekannt, mutmaßlich *Roger de Piles*, um 1677, zitiert von Hoestery, *Pastiche*, S. 4 f. und Ortland, *Pastiche*, S. 467.

die Zusammenstellung von Teilen aus verschiedenen Opern oder bekannten Musikstücken. Durch diese sog. „Flickoper“ konnten dem Publikum schnell und kostengünstig die aktuellsten Werke und modernen Entwicklungen präsentiert werden. Wandernden Operngruppen eröffnete es die Möglichkeit, dem Publikum beliebte Neuheiten anzubieten, obwohl das musikalische Repertoire möglicherweise begrenzt war.

Bei einem Pasticcio handelt es sich also um eine gestalterische Zusammenstellung eines neuen Werks aus verschiedenen anderen Stücken.⁵³¹ Es ist demnach mehr als eine, wie in der Begründung des Gesetzesentwurfs bezeichnet, „anlehrende Nutzung“⁵³².⁵³³ Ein Pasticcio erfordert – als Abgrenzung zu bloßen Umarbeitungen und Einlagen –, dass ein neues, selbstständiges und zusammenhängendes Werk geschaffen wird. Unerheblich ist, ob die Werkteile aus älteren Kompositionen unverändert bearbeitet und somit dem neuen Kontext angepasst oder neu komponiert werden.⁵³⁴ Auch ein Libretto kann ein Pasticcio sein, wenn es aus mehreren Textquellen zusammengesetzt ist. Es wird dann auch als „cento“ bezeichnet.⁵³⁵ Das zunächst beliebte Pasticcio wurde später von Kritikern und modernen Historikern als

⁵³¹ *Hoesterey*, Pastiche, S. 8; *Ohly*, GRUR 2017, 964, 968; *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 677 f.; *Ders.*, Kreatives Remixing, S. 248–252; *Price*, www.oxfordmusiconline.com/grovemusic/view/10.1093/gmo/9781561592630.001.0001/omo-9781561592630-e-0000021051?rskey=FuUyAn&result=1, zul. abgerufen am 07.06.2023.

⁵³² Regierungsentwurf eines Urheberrechtsgesetzes v. 23.3.1962 – BT-Drs. IV/270, S. 96.

⁵³³ *Döhl*, Zwischen Pastiche und Zitat, S. 203.

⁵³⁴ *Heyink*, www.mgg-online.com/article?id=mgg15888&v=1.0&rs=id-3386b340-ca50-3925-35f1-2f61d6cea4f2, zul. abgerufen am 07.06.2023; *Price*, www.oxfordmusiconline.com/grovemusic/view/10.1093/gmo/9781561592630.001.0001/omo-9781561592630-e-0000021051?rskey=FuUyAn&result=1, zul. abgerufen am 07.06.2023.

⁵³⁵ *Heyink*, www.mgg-online.com/article?id=mgg15888&v=1.0&rs=id-3386b340-ca50-3925-35f1-2f61d6cea4f2, zul. abgerufen am 07.06.2023; *Hoesterey*, Pastiche, S. 9; *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 678.

„unkünstlerisches Medley“ kritisiert und verlor damit zunehmend an Relevanz in der Musik.⁵³⁶

Nach *Döhl* kann das Pasticcio aus der Oper des 18. und 19. Jahrhunderts indes nicht für die Beantwortung der Frage herangezogen werden, ob Sampling als Pastiche eingeordnet werden kann. Diese Opernpraxis sei bei Entstehung sowohl der RL 2001/29/EG als auch des französischen Vorbildes im Jahre 1950 schon lange Geschichte gewesen.⁵³⁷ Nach der hier vertretenen Auffassung schließt die Verwendung eines historischen Begriffs wie dem des Pastiches bzw. Pasticcios jedoch gerade nicht aus, dass seine frühere Verwendung in seine heutige Auslegung mit einbezogen wird. Mangels gängiger Begriffsdefinition ist gerade zu untersuchen, woraus sich der Begriff Pastiche ursprünglich ableitet, da sich daraus durchaus Hinweise für das heutige Begriffsverständnis ergeben können. Dafür, auf die historische Bedeutung des Pasticcios zurückzugreifen, spricht zudem, dass der Begriff in Bezug auf die Musik bisher lediglich in diesem Zusammenhang auftritt.

(2) Lexika und Enzyklopädien

Nach dem *Duden* handelt es sich bei einem Pastiche um einen veralteten Begriff, der die Nachahmung des Stiles und der Ideen eines Autors beschreibt.⁵³⁸

Laut *Wikipedia* ist ein Pastiche ein Kunstwerk literarischer, musikalischer, filmischer oder architektonischer Art, welches offen das Werk eines vorangegangenen Künstlers imitiert. Der Pastiche sei ein intertextuelles Werk, sofern es ein Original imitiere. Die Art der Imitation könne dabei entweder von Hochachtung oder von Satire geprägt sein. Im Fall von Hochachtung

⁵³⁶ *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 678; *Price*, www.oxfordmusiconline.com/grovemusic/view/10.1093/gmo/9781561592630.001.0001/omo-9781561592630-e-0000021051?rskey=FuUyAn&result=1, zul. abgerufen am 07.06.2023. In Kunst, Literatur und Film wurde der Begriff des Pastiches weiterhin verwendet, ohne dass sich eine klare Definition herausgebildet hat, siehe dazu ausführlich *Hoesterey*, Pastiche.

⁵³⁷ *Döhl*, ZGE/IPJ 12 (2020), S. 416.

⁵³⁸ *Duden*, www.duden.de/rechtschreibung/Pastiche, zul. abgerufen am 07.06.2023.

liege eine Hommage vor, bei Satire spreche man von einer Parodie. Von der Fälschung unterscheide es sich dadurch, dass es seine Epigonalität (Nachahmung) offen deklariere. In der Musik spreche man von einem Pasticcio, im Hip-Hop von einem „Type Beat“⁵³⁹.⁵⁴⁰

Der *Brockhaus* unterscheidet zwischen Pastiches in Literatur und Musik. Ein literarisches Pastiche sei die Nachahmung eines Werks, eines Epochenstils oder einer literarischen Gattung unter Verwendung eines – im Unterschied zur Parodie – typisierenden, die Persönlichkeit des Autors hinter die formale Angleichung zurückstellenden Stils. Die mit einem Pastiche verbundene Intention könne die einer Fälschung, eines Plagiats oder einer Parodie sein. Hinsichtlich der Musik verweist der Brockhaus auf die oben unter (1) erläuterte Begriffsherkunft, d. h. auf das Pasticcio. Zudem könne der Pastiche auch ein Bühnen- oder Instrumentalwerk, zu dem mehrere Komponisten Sätze lieferten, sein.⁵⁴¹

Die umfangreiche musikwissenschaftliche Enzyklopädie *Musik in Geschichte und Gegenwart (MGG)* sowie das Musik-Lexikon *New Grove Dictionary of Music and Musicians* enthalten überraschenderweise keine Einträge zum Begriff Pastiche, sondern lediglich zum Pasticcio.⁵⁴² Nach *The Oxford Dictionary of Music* handelt es sich bei Pastiches aber gerade nicht um Pasticcios:

„Imitation. Not the same as pasticcio, being a work deliberately written in the style of another period or manner, e.g. *Prokofiev's* Classical Symphony and *Stravinsky's* Pulcinella. Although pastiche has a mean-

⁵³⁹ www.tune-battle.de/type-beats.php, zul. abgerufen am 07.06.2023, ein „Type Beat“ ist ein Rap-Beat der ähnlich wie der eines bekannten Hip-Hop Künstlers klingt.

⁵⁴⁰ Wikipedia, de.wikipedia.org/wiki/Pastiche, zul. abgerufen am 07.06.2023.

⁵⁴¹ Brockhaus, www.brockhaus.de/ecs/enzy/article/pastiche-literatur, zul. abgerufen am 07.06.2023.

⁵⁴² www.mgg-online.com und www.oxfordmusiconline.com/grovemusic, zul. abgerufen am 07.06.2023.

ing as ‚medley‘, it is invariably applied musically in the sense outlined above.⁵⁴³

(„Nachahmung. Nicht dasselbe wie Pasticcio, d. h. ein Werk, das absichtlich im Stil einer anderen Epoche oder Manier geschrieben wurde, z. B. *Prokofjews* Klassische Symphonie und *Strawinskys* Pulcinella. Obwohl Pastiche die Bedeutung von ‚Medley‘ hat, wird es immer musikalisch in dem oben beschriebenen Sinne verwendet.“)

Nach den Lexika und Enzyklopädien ist wesentliches Merkmal eines Pastiche damit die Nachahmung bzw. Imitation. Unterschiede beziehen sich auf das, was nachgeahmt wird – etwa das Werk, die Ideen des Autors, der Stil, der Epochenstil oder die Gattung.⁵⁴⁴ Auch die Intention, d. h. ob ein Pastiche von Hochachtung oder Spott geprägt ist oder ob es sich um ein Plagiat handeln kann, wird unterschiedlich beurteilt.

bb) Gesetzeszweck

Wie bereits erläutert, dient die Regelung des § 51a UrhG der Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG. Nutzungen zum Zwecke der Parodie waren bislang von § 24 UrhG a. F. umfasst, welcher nunmehr abgeschafft wurde, weshalb die Notwendigkeit einer neuen Schranke entstand. In diesem Rahmen wurde auch die Pastiche-Schranke eingeführt.⁵⁴⁵

Vor diesem Hintergrund sind die Erwägungsgründe des europäischen Gesetzgebers zur RL 2001/29/EG zu berücksichtigen. Eine Begriffsbestimmung ergibt sich daraus zwar nicht, es lassen sich jedoch Hinweise für die Auslegung des Begriffs finden. Die RL 2001/29/EG bezweckt insbesondere die stärkere Harmonisierung des Urheberrechts einschließlich einer Vereinheitlichung der Verwertungsrechte. Ein hohes Schutzniveau soll dazu bei-

⁵⁴³ The Oxford Dictionary of Music, oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199578108.001.0001/acref-9780199578108-e-6885?rskey=rLLcGB&result=6821, zul. abgerufen am 07.06.2023.

⁵⁴⁴ Vgl. *Ortland*, Pastiche, S. 471.

⁵⁴⁵ Vgl. BT-Drs. 19/27426, S. 55.

tragen, substantielle Investitionen in Kreativität und Innovation zu fördern, indem die Erhaltung und Entwicklung kreativer Tätigkeiten im Interesse der Urheber, der ausübenden Künstler, der Hersteller, der Verbraucher, der breiten Öffentlichkeit sowie von Kultur und Wirtschaft sichergestellt werden.⁵⁴⁶ Aufgrund der kulturellen Bedeutung geschützter Werke und Leistungen, der Notwendigkeit einer angemessenen Vergütung der Rechtsinhaber und der nötigen Sicherstellung eines zufriedenstellenden Betrages ihrer Investition soll ein rigoroser Schutz gewährleistet werden.⁵⁴⁷

Für einen angemessenen Rechts- und Interessenausgleich sollen die Ausnahmen und Beschränkungen einheitlicher definiert werden.⁵⁴⁸ In bestimmten Fällen soll zugleich eine angemessene Vergütung gewährleistet werden, wobei sich die Höhe der Vergütung nach den Umständen des Einzelfalls, z. B. einem etwaigen Schaden, bestimmen soll. Sollte nur ein geringfügiger Nachteil entstehen, ist es auch möglich, dass keine Zahlungsverpflichtung besteht. Die Mitgliedstaaten können zudem für einen angemessenen Interessenausgleich auch eine Vergütungspflicht für Ausnahmen und Beschränkungen vorsehen, in denen eine solche nicht vorgeschrieben ist.⁵⁴⁹ Von dieser Möglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der §§ 51, 51a UrhG bislang keinen Gebrauch gemacht, eine Zahlungsverpflichtung könnte jedoch im Hinblick auf einen hinreichenden Schutz der Rechtsinhaber notwendig sein.

Bei der Anwendung der Ausnahmen und Beschränkungen dürfen zudem die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber nicht verletzt oder die normale Verwertung ihrer Werke oder sonstigen Schutzgegenstände beeinträchtigt werden, Art. 5 Abs. 2 und Erwägungsgründe 31, 35, 36 und 44 der RL 2001/29/EG.

Aus den Harmonisierungsbestrebungen des europäischen Gesetzgebers folgt, dass das europäische Recht bei der Begriffsbestimmung des Pastiche

⁵⁴⁶ ErwGr. 1, 4, 5 und 9 RL 2001/29/EG; *Topal*, InfoSoc-Richtlinie, S. 26–28.

⁵⁴⁷ ErwGr. 10–12, 22 RK 2001/29/EG.

⁵⁴⁸ ErwGr. 31 RL 2001/29/EG.

⁵⁴⁹ ErwGr. 35 und 36 RL 2001/29/EG.

im deutschen Recht nicht nur zu berücksichtigen ist, sondern der Begriff des Pastiche unionsweit ein einheitlicher ist. Das hohe Schutzniveau der Urheber- und Leistungsschutzrechte spricht für ein nicht zu weites Verständnis des Pastiche-Begriffs und verdeutlicht den Ausnahmecharakter der Regelung.

Die Umsetzung der Ausnahmen und Beschränkungen nach Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG unterliegt der Kontrolle durch den EuGH. Wünschenswert wäre deshalb eine Vorlage der Frage der Begriffsbestimmung durch das OLG Hamburg beim EuGH gewesen.⁵⁵⁰ Nunmehr steht eine Vorlage durch den BGH im Revisionsverfahren bevor, sodass ein Ende des Verfahrens noch nicht in Sicht ist.

In den nationalen Gesetzesmaterialien lassen sich weitergehende Hinweise zur Begriffsbestimmung finden. Die Gesetzesbegründung zur Einführung des § 51a UrhG enthält folgende Ausführungen zum Pastiche:

„In der Literaturwissenschaft und der Kunstgeschichte wurde der (französische) Begriff des Pastiche ursprünglich verwendet, um eine stilistische Nachahmung zu bezeichnen, also zum Beispiel das Schreiben oder Malen im Stil eines berühmten Vorbilds. Hierbei geht es meist weniger um die Nutzung konkreter Werke als um die Imitation des Stils eines bestimmten Künstlers, eines Genres oder einer Epoche. In der Musik ist der (italienische) Begriff des Pasticcio für anlehrende Nutzungen dieser Art gebräuchlich. Allerdings ist der Stil als solcher urheberrechtlich nicht geschützt. Insofern bedarf es keiner Schranke des Urheberrechts. Deshalb erlaubt der Pastiche im Kontext des Artikels 5 Absatz 3 Buchstabe k InfoSoc-RL über die Imitation des Stils hinaus grundsätzlich auch die urheberrechtlich relevante Übernahme fremder Werke oder Werkteile.

Der Pastiche muss eine Auseinandersetzung mit dem vorbestehenden Werk oder einem sonstigen Bezugsgegenstand erkennen lassen. An-

⁵⁵⁰ Vgl. *Grünberger*, ZUM 2022, 579, 581.

ders als bei Parodie und Karikatur, die eine humoristische oder verspottende Komponente erfordern, kann diese beim Pastiche auch einen Ausdruck der Wertschätzung oder Ehrerbietung für das Original enthalten, etwa als Hommage.

Demnach gestattet insbesondere der Pastiche, nach § 5 Absatz 1 Nr. 2 UrhDaG-E bestimmte nutzergenerierte Inhalte (UGC) gesetzlich zu erlauben, die nicht als Parodie oder Karikatur zu klassifizieren sind, und bei denen im Rahmen der Abwägung von Rechten und Interessen der Urheber und der Nutzer ein angemessener Ausgleich gewahrt bleibt. Zitierende, imitierende und anlehrende Kulturtechniken sind ein prägendes Element der Intertextualität und des zeitgemäßen kulturellen Schaffens und der Kommunikation im „Social Web“. Hierbei ist insbesondere an Praktiken wie Remix, Meme, GIF, Mashup, Fan Art, Fan Fiction oder Sampling zu denken.

Das Unionsrecht begründet die Pflicht zur Einführung der nun in § 51a UrhG-E verankerten Erlaubnisse in Artikel 17 Absatz 7 Unterabsatz 2 DSM-RL und ErwG 70 DSM-RL ausdrücklich mit dem Schutz der Meinungs- und Kunstfreiheit. [...]“⁵⁵¹

Ein Pastiche erlaubt es demnach, fremde Werke oder Werkteile zu übernehmen. Die Nachahmung eines Stils kann allerdings durchaus in den Anwendungsbereich der Regelung fallen, denn spezifische Stilelemente können entgegen der Gesetzesbegründung urheberrechtlich schutzfähig sein, sofern klar wiedererkennbare oder begrenzte, isolierbare Muster oder individuell zuzuordnende, originelle Formelemente vorliegen.⁵⁵² Vom Pastiche werden aber nach der Gesetzesbegründung ausdrücklich auch andere Nachahmungen umfasst. Zitate, Imitationen und Anlehnungen werden als prägendes Element der Intertextualität hervorgehoben, ohne dass diese als zwingende Voraussetzung für ein Pastiche genannt werden. Auch eine hu-

⁵⁵¹ BT-Drs. 19/27426, S. 91.

⁵⁵² *Grave*, Der Fall Trouillebert, S. 414; *Petri*, Pastiche, S. 494.

moristische oder verspottende Intention wird nicht gefordert. Es bleiben deshalb lediglich als Voraussetzungen die Auseinandersetzung mit einem fremden Werk und ein angemessener Ausgleich, den die Interessenabwägung fordert.

Die beispielhafte Aufzählung („Remix, Meme, GIF, Mashup, Fan Art, Fan Fiction oder Sampling“) hilft nicht weiter, da auch hier unklar bleibt, ob und unter welchen Voraussetzungen die dort genannten Techniken als Pastiche zu qualifizieren sind (beispielsweise Länge des Samples, Erkennbarkeit der Auseinandersetzung oder des fremden Werks, Umfang der Übernahmen). Die dort genannten Nutzungsarten unterscheiden sich zudem grundlegend voneinander. So kombiniert beispielsweise ein Mashup verschiedene Werke miteinander, während ein Cover ein Ursprungswerk reinterpretiert und ein Sample lediglich ein Teil eines Werks übernimmt.⁵⁵³

cc) Gesetzssystematik

Auch die Gesetzssystematik bietet nicht viele Anhaltspunkte zur Begriffsbestimmung. Auffällig ist lediglich, dass sowohl in § 51a UrhG als auch in Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG neben der Nutzung zum Zwecke des Pastiche die Parodie und die Karikatur in einer Regelung genannt werden, während die Nutzung zum Zwecke des Zitats gesondert geregelt ist (§ 51 UrhG bzw. Art. 5 Abs. 3 Buchst. d RL 2001/29/EG). Diese Gesetzssystematik gibt insoweit Hinweise für die Begriffsbestimmung des Pastiche, als zwischen den drei Begriffen jedenfalls ein Zusammenhang bestehen muss. Nach der entsprechenden Ausnahmeregelung im französischen Recht (Art. 122-5 Abs. 4 Code de Propriété Intellectuelle) handelt es sich bei den Begriffen sogar um eine einheitliche Kunstform.⁵⁵⁴ Die unterschiedlichen Begriffe könnten demnach lediglich dazu dienen, die Art des Vorlagewerks zu unterscheiden. Dann wäre die Karikatur der Kunst, die Parodie der Musik und der Pastiche der Literatur zuzuordnen.⁵⁵⁵ Bei dieser Unter-

⁵⁵³ Vgl. *Döhl*, Zwischen Pastiche und Zitat, S. 201.

⁵⁵⁴ *Mendis/Kretschmer*, The Treatment of Parodies, S. 18; *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 678; *Vlah*, Parodie, Pastiche und Karikatur, S. 49.

⁵⁵⁵ *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 678; *Vlah*, Parodie, Pastiche und Karikatur, S. 49.

scheidung nach Vorlageart käme beim Tonträgersampling allenfalls das Vorliegen einer Parodie, jedoch nicht das eines Pastiches in Betracht. Da die französische Regelung das Vorbild für Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG war, wird in der Literatur teilweise vertreten, dass die Begriffe Kunst, Parodie und Pastiche i. S. d. RL 2001/29/EG sich ebenfalls nur nach der Vorlageart unterscheiden.⁵⁵⁶ Ähnlich darf nach belgischem Recht die Unterscheidung zwischen den Begriffen keine Bedeutung (für die Definition der Parodie) spielen, da die drei Begriffe einander zu sehr ähnelten.⁵⁵⁷ Teilweise wird in diesem Zusammenhang der Pastiche als Unterfall der Parodie eingeordnet.⁵⁵⁸

Mag das französische Recht auch das Vorbild für die europäische Regelung gewesen sein, so ist der EuGH bei seiner Begriffsbestimmung indes nicht an die französische Rechtsprechung gebunden.⁵⁵⁹

Dem auf die Parodie verengten Verständnis ist auch entgegenzutreten. Die Nennung aller drei Kunstformen zeigt, dass sie nach Vorstellung sowohl des europäischen als auch des nationalen Gesetzgebers nebeneinanderstehen und nicht etwa der Pastiche ein Unterfall der Parodie ist. Würde es keine Unterschiede zwischen den Kunstformen geben oder würden sie einander unterzuordnen sein, hätte etwa die Nennung der Parodie genügt. Die explizite Nennung von Parodie, Karikatur und Pastiche wäre überflüssig gewesen und die Verwendung eines einzigen Oberbegriffs wäre ausreichend gewesen.⁵⁶⁰ Aus dem Umstand, dass diese Arten der Nutzung eines bestehenden Werks an die gleiche Rechtsfolge anknüpfen, kann nicht gefolgert werden, dass es sich auch um gleiche Nutzungen handelt. Gegen eine Unterschei-

⁵⁵⁶ *Döhl*, ZGE/IPJ 12 (2020), 380, 407, 424; *Vlah*, Parodie, Pastiche und Karikatur, S. 49; vgl. *Döhl*, UFITA 1/2019, S. 19, 30.

⁵⁵⁷ Generalanwalt *Villalón*, Schlussanträge vom 22.05.2014, EuGH C-201/13, BeckRS 2014, 80924 Rn. 42.

⁵⁵⁸ *Gelke*, Mashups, S. 177; *Genette*, Palimpseste, S. 33 f.; *Vlah*, Parodie, Pastiche und Karikatur, S. 50; vgl. *Döhl*, ZGE/IPJ 12 (2020), S. 435.

⁵⁵⁹ *Döhl*, Zwischen Pastiche und Zitat, S. 187.

⁵⁶⁰ So auch *Maier*, Remixe auf Hosting-Plattformen, S. 62; *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 679; *Ders.*, Kreatives Remixing, S. 253, 255; *Stieper*, ZUM 2019, 713, 720, der auf Art. L122-5 n°4 CPI verweist.

dung allein nach der Gattung des Vorlagewerks spricht, dass der Begriff Pastiche bzw. Pasticcio nach der historischen Auslegung sowohl im Bereich der Kunst als auch im Bereich der Musik Anwendung findet (H. III. 2. a aa)) und auch keine Notwendigkeit zur Verwendung unterschiedlicher Begrifflichkeiten für unterschiedliche Genres besteht. Die Nennung in einer einheitlichen Regelung zeigt, dass Parodie, Karikatur und Pastiche Ähnlichkeiten oder gar Überschneidungen aufweisen, sich aber gerade auch voneinander unterscheiden.

Die Überschneidungen zwischen den Begriffen sind einfach zu erkennen: es handelt sich um künstlerische Techniken, die auf bestehende Werke Bezug nehmen, das heißt um referenzielle Kunstformen. Der Unterschied besteht indes darin, dass – anders als bei Parodie und Karikatur – das Vorliegen von kritischen, humoristischen oder satirischen Elementen keine Voraussetzung für ein Pastiche ist.⁵⁶¹ Zwar wird teilweise eine negative, plagiatorische oder antithematische Intention als typisches Merkmal des Pastiche angesehen, eine solche ist jedoch keinesfalls zwingend. Denn anderenfalls wäre die Pastiche-Schranke, wie bereits erläutert, neben derjenigen der Parodie überflüssig. Ein Pastiche kann damit auch ernst gemeint und ehrlich sein sowie neutral oder positiv, wie etwa eine Hommage, bei der das genutzte Werk hochgeachtet und wertgeschätzt wird.⁵⁶² Ein Pastiche ist nicht weniger als eine Parodie, sondern schlicht anders.⁵⁶³ *Jameson's* Bezeichnung als „blank parody“ beschreibt den Pastiche in dieser Hinsicht zutreffend:

„[Pastiche] is a neutral practice of such mimicry, without any of parody's ulterior motives, amputated of the satiric impulse, devoid of laughter and of any conviction that alongside the abnormal tongue you

⁵⁶¹ *Bibi*, ZUM-RD 2022, 505, 508; *Döhl*, Zwischen Pastiche und Zitat, S. 219; *Ders.*, ZGE/IPJ 12 (2020), 380, 435; *Fletcher*, Pastiche, S. 54; *Hudson*, The pastiche exception, S. 12; *Ohly*, GRUR 2017, 964, 968; *Ortland*, Pastiche, S. 473; *Petri*, Pastiche, S. 493; *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 679; *Ders.*, Kreatives Remixing, S. 246 f., 249.

⁵⁶² BT-Drs. 19/27426, S. 91; *Döhl*, ZGE/IPJ 12 (2020), 380, 432; *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 679.

⁵⁶³ *Fletcher*, Pastiche, S. 54.

have momentarily borrowed, some healthy linguistic normality still exists. Pastiche is thus blank parody, a statue with blind eyeballs [...].⁵⁶⁴

(„[Pastiche] ist eine neutrale Praxis der Nachahmung ohne die Hintergedanken der Parodie, losgelöst vom satirischen Impuls, ohne Lachen und ohne die Überzeugung, dass neben der abnormalen Sprache, die man sich kurzzeitig ausgeliehen hat, noch eine gesunde sprachliche Normalität existiert. Der Pastiche ist also eine schiere Parodie („blank parody“), eine Statue mit blinden Augen [...].“)

Auch nach den Ausführungen in der Gesetzesbegründung erfordert ein Pastiche keine humoristische oder verspottende Komponente, sondern kann auch einen Ausdruck der Wertschätzung oder Ehrerbietung für das Original enthalten, etwa als Hommage.⁵⁶⁵ Auch das Zusammenspiel von Satire und Hommage ist nicht ausgeschlossen.⁵⁶⁶ Der Pastiche kann deshalb als in seinem Grundzweck unbestimmt verschiedene Formen annehmen und eröffnet bereits damit zahlreiche Möglichkeiten künstlerischer Ausgestaltung. Der Pastiche kann, verglichen mit der Parodie und Karikatur, deren Zweck bereits vorbestimmt sind, als künstlerisches Werkzeug mit verschiedenen Aufsätzen angesehen werden, als Grundmaterial, das noch geformt werden darf. Dieser Aspekt der Pastiche-Schranke ist zu begrüßen, wurde sie doch eingeführt, um der Meinungs- und Kunstfreiheit gerecht zu werden und die Möglichkeiten künstlerischen Schaffens zu erweitern.

dd) Schlussfolgerung und weitere Eingrenzung des Begriffs

In der Literatur wird der Begriff des Pastiche unterschiedlich definiert. So listet allein *Hoesterey* in einem Glossar 19 Begriffe auf, die in dem Diskurs um die Begriffsbestimmung des Pastiche mit diesem in Verbindung ge-

⁵⁶⁴ *Jameson*, Postmodernism, S. 17.

⁵⁶⁵ BT-Drs. 19/27426, S. 91.

⁵⁶⁶ *Genette*, Palimpseste, S. 142.

bracht wurden.⁵⁶⁷ Da die bisher dargelegten Auslegungsmethoden nicht zu einer eindeutigen Definition des Pastiche-Begriffs führen, wird im Folgenden – mit Hilfe der Literaturlauswertung – untersucht, ob ein weites oder enges Begriffsverständnis zu Grunde gelegt werden sollte und ob ein eigener künstlerische Aussagegehalt und eine Erkennbarkeit des Pastiche erforderlich sind. In einem abschließenden Fazit wird die daraus folgende, vorzugswürdige Definition des Begriffs erläutert.

(1) Weiter oder enger Pastiche-Begriff?

Das maßgeblich charakterisierende Kriterium für ein Pastiche ist sein Nachahmungs- und Imitationscharakter, womit in der Regel Stilimitationen gemeint sind. Insoweit besteht Einigkeit in der Diskussion über den Begriff des Pastiche.⁵⁶⁸ Uneinigkeit besteht aber darüber, ob die Schranke auf diesen imitativen Anwendungsbereich beschränkt ist (hier enges Begriffsverständnis genannt) oder auch konkrete Übernahmen von Werken bzw. Werkteilen umfasst (hier weites Begriffsverständnis genannt).

In der Literatur beschreibt *Genette* den Pastiche als Mittel der Transtextualität, konkret, der „Hypertextualität“. Durch ein transformierendes Verfahren werde ein Text, der „Hypertext“, von einem anderen, dem „Hypotext“, überlagert.⁵⁶⁹ Nach *Genette* werden bei einem Pastiche Übernahmen möglichst vermieden, es handele sich gerade nicht um ein „Spiel mit fertigen Versatzstücken“, sondern um einen „aus Nachahmungen gewebte[n] Stoff“. Das eigentliche Wesen eines Pastiche setze eine stilistische Sättigung vo-

⁵⁶⁷ *Hoesterey*, Pastiche, S. 10–15.

⁵⁶⁸ *Döhl*, ZGE/IPJ 12 (2020), 380, 384, 405, 411; *Fletcher*, Pastiche, S. 48; *Genette*, Palimpseste, S. 32 f., 37, 40 f., 103 f., 105, 221 f.; *Hoesterey*, Pastiche, S. 7; *Hudson*, The pastiche exception, S. 2, 11; *Jameson*, Postmodernism, S. 17; *Maier*, Remixe auf Hosting-Plattformen, S. 62; *Ohly*, GRUR 2017, 964, 968; *Ortland*, Pastiche, S. 471 f.; *Petri*, Pastiche, S. 491; *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 676 f.; *Ders.*, Kreatives Remixing, S. 246 f., 249; vgl. *Rose*, Post-modern Pastiche, S. 3, 5.

⁵⁶⁹ *Genette*, Palimpseste, S. 14, 528; vgl. auch *Fletcher*, Pastiche, S. 61, nach dem Pastiche intertextuelle Texte beschreibt; *Peifer*, Pastiche, S. 479 f.

raus.⁵⁷⁰ Da in der Musik nur ein Stil bzw. eine Gattung nachgeahmt werden könne, sei es unmöglich, ein bestimmtes Werk nachzuahmen. Die Nachahmung eines Stils könne aber auch – über den gewöhnlichen Wortsinn hinausgehend – die Nachahmung des Inhalts bzw. des Themas der Vorlage sein. „Stil“ bedeute nämlich nicht nur die Form des Ausdrucks, sondern auch die Form des Inhalts. Denn auch die vom Künstler inhaltlich hergestellten Zusammenhänge seien Teil seiner Eigenart.⁵⁷¹

Ähnlich hat Generalanwalt *Szpunar* im „Metall auf Metall“-Verfahren ausgeführt, dass der Begriff des Pastiches die Nachahmung des Stils eines Werks oder eines Urhebers bezeichne, Bestandteile dieses Werks aber nicht notwendigerweise übernommen werden.⁵⁷² Nach dem Generalanwalt sind Übernahmen, die dazu dienen, ein Werk in einem völlig anderen Stil zu schaffen, von der Pastiche-Schranke ausgeschlossen. Erforderlich sei vielmehr eine Interaktion mit dem benutzten Werk oder zumindest dessen Urheber.⁵⁷³

Auch *Döhl* führt aus, dass Werkübernahmen zwar gestattet, jedoch nicht charakterisierend oder notwendig für ein Pastiche seien. In der künstlerischen Theorie und Praxis – und, sofern überhaupt vorkommend, im Diskurs im und über Hip-Hop – sei für ein Pastiche durchweg das Imitatorische das Entscheidende. Es gehe es darum, sich kulturelle Formen und Praktiken anzueignen, die etwa aus einer fremden Epoche, einem fremden Genre oder einem fremden Stil stammen. Da der Pastiche, wie bereits erläutert, nicht über seinen Zweck zu bestimmen ist, erfolge die Bestimmung „über das imitatorische Verhältnis zu seinem Aneignungsgegenstand“.⁵⁷⁴

⁵⁷⁰ *Genette*, Palimpseste, S. 103, 221 f.

⁵⁷¹ *Genette*, Palimpseste, S. 109, 111, 142, 145; a. A. *Marmontel*, Elements de littérature, S. 187, der der Auffassung ist, dass Pastiches lediglich äußere oder schwache Merkmale und damit allenfalls den Stil nachahmen.

⁵⁷² Generalanwalt *Szpunar*, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 70, Fn. 30.

⁵⁷³ Generalanwalt *Szpunar*, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 70, Fn. 30.

⁵⁷⁴ *Döhl*, ZGE/IPJ 12 (2020), 380, 430 f., 434, 439; *Ders.*, UFITA 1/2019, S. 33 f.

Demgegenüber können nach dem teilweise in der Literatur und auch bereits in erster Rechtsprechung vertretenen weiten Begriffsverständnis Pastiches sowohl reine Stilmachungen als auch erkennbare Übernahmen von Werken oder Werkteilen sein.⁵⁷⁵ Auch die Gesetzesbegründung geht von einem weiten Pastiche-Begriff aus. Da der Stil als solcher nicht urheberrechtlich geschützt sei, bedürfe es für Stilmachungen keiner urheberrechtlichen Schranke. Der Pastiche erlaube deshalb „über die Imitation des Stils hinaus grundsätzlich auch die urheberrechtlich relevante Übernahme fremder Werke oder Werkteile.“⁵⁷⁶ Anderenfalls laufe die Pastiche-Schranke leer. Erforderlich sei auch nicht, dass sich Pastiches nur auf ein Werk bezögen.⁵⁷⁷

Dieses Begriffsverständnis wird auch vom britischen Amt für geistiges Eigentum (Intellectual Property Office, IPO) gestützt. Nach den vom IPO im Jahre 2014 veröffentlichten Ausführungshilfen zur Pastiche-Schranke im britischen Recht ist diese nicht auf Imitationen beschränkt, sondern es sind auch unmittelbare Übernahmen möglich: „Pastiche is musical or other composition made up of selections from various sources or one that imitates the style of another artist or period.“⁵⁷⁸ („Pastiche ist eine musikalische oder andere Komposition, die sich aus Ausschnitten verschiedener Quellen zusammensetzt oder den Stil eines anderen Künstlers oder einer anderen Epoche nachahmt.“)

Der Vorteil dieses weiten Begriffsverständnisses ist prägnant: Je weiter die Schranke, desto mehr kann auch darunter gefasst werden.⁵⁷⁹ Auch Collagen könnten demnach als Pastiches eingeordnet werden.⁵⁸⁰ Mangels anderweitiger Schranken- oder Ausnahmeregelungen stellt § 51a UrhG die einzige

⁵⁷⁵ LG Berlin, GRUR-RR 2022, 216, 219; *Hudson*, The pastiche exception, S. 12; *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 676 f.; *Ders.*, Kreatives Remixing, S. 246 f., 249; vgl. *Ohly*, GRUR 2017, 964, 968; vgl. *Ortland*, Pastiche, S. 472.

⁵⁷⁶ BT-Drs. 19/27426, S. 91.

⁵⁷⁷ *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 677; a. A. *Döhl*, Zwischen Pastiche und Zitat, S. 204–206, der darauf hinweist, dass Stile je nach Originalität durchaus geschützt sein können.

⁵⁷⁸ IPO, Exceptions to copyright: Guidance for creators and copyright owners, 2014, S. 6.

⁵⁷⁹ Vgl. *Döhl*, Zwischen Pastiche und Zitat, S. 162.

⁵⁸⁰ Vgl. *Döhl*, UFITA 1/2019, S. 32.

Grundlage für kreatives Werkschaffen dar, die auch Änderungen des übernommenen Werks bzw. Werkteils umfasst. Das Zitatrecht erlaubt solche gem. § 62 Abs. 1 UrhG nicht. Die Meinungs- und Kunstfreiheit ist hier deshalb ein klares Argument für ein weites Verständnis des Pastiche-Begriffs.⁵⁸¹

Auch nach dem engeren Begriffsverständnis ist die Übernahme von Werken bzw. Werkteilen zwar weder Voraussetzung noch charakterisierend für ein Pastiche, sie wird jedoch nicht ausgeschlossen.⁵⁸² Ein noch engeres Begriffsverständnis, das jegliche Übernahmen ausschließt, ist indes abzulehnen. Dies würde die Natur des Pastiche, die sich gerade durch den Rückgriff auf Bestehendes auszeichnet, zu sehr eingrenzen. Zwar ist die Imitation das wesentliche Element – eine solche schließt jedoch nicht aus, dass gerade zu ihrem Zwecke auch Werke oder Werkteile unmittelbar übernommen werden.

Bedenken bestehen jedoch, ob das weite Begriffsverständnis vor dem EuGH Bestand haben wird.⁵⁸³ Die Begründung zum Gesetzesentwurf enthält keinerlei Erläuterung dazu, weshalb in § 51a UrhG ein weiter Pastiche-Begriff zugrunde gelegt wird. Zwar fallen nach dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 Buchst. k RL 2001/29/EG auch die bloße Zusammenstellung von urheberrechtlich geschützten Musikstücken unter den Pastiche-Begriff, dadurch könnten aber Vervielfältigungs- und Bearbeitungsrechte der Urheber ernsthaft tangiert werden.⁵⁸⁴ Ohne weitere Voraussetzungen bei der Übernahme von Werken oder Werkteilen besteht eine hohe Missbrauchsgefahr der Schranke für Plagiate oder bloße Kopien, da sämtliche Umgestal-

⁵⁸¹ Vgl. *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2020, 733, 738.

⁵⁸² Generalanwalt *Szpunar*, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 70, Fn. 30; *Döhl*, ZGE/IPJ 12 (2020), 380, 430 f., 434, 439; *Ders.*, UFITA 1/2019, S. 33 f.

⁵⁸³ *Döhl*, ZGE/IPJ 12 (2020), 380, 439; *Ders.*, ZUM 2020, 740, 747.

⁵⁸⁴ *Bayreuther*, ZUM 2001, 828, 837.

tungen oder Bearbeitungen bereits bestehender Werke erlaubt wären.⁵⁸⁵ Der Pastiche wird zwar (leider) teilweise mit einer Fälschung oder einem Plagiat in Verbindung gebracht.⁵⁸⁶ Diese Beschreibung ist jedoch unzutreffend. Wie aus der unter H. III. 2. a). aa) dargestellten Begriffsherkunft deutlich wird, handelt es sich stets um die Zusammenstellung von Stilen, Motiven, Werkteilen, Werkauszügen o. ä., gleich ob der Begriff im Zusammenhang mit Kunst, Literatur oder Oper verwendet wird.⁵⁸⁷

Es ist deshalb – und auch im Hinblick auf die Gesetzesbegründung, nach der von einem hohen Schutzniveau auszugehen ist und der Ausnahmecharakter des Pastiches verdeutlicht wird – ein engeres, besser: ein nicht ganz so weites Begriffsverständnis zu befürworten, welches die Werkübernahme gestattet, den Fokus des Pastiches jedoch auf seinen Imitationscharakter legt. Dieser setzt zugleich voraus, dass der Pastiche einen eigenen künstlerischen Aussagegehalt aufweist:

(2) Eigener künstlerischer Aussagegehalt und Erkennbarkeit

Ein Pastiche ist ein künstlerisches Ausdrucksmittel, eine Kunstform, eine kreative Gestaltung. Bei einer bloßen Übernahme oder Aneignung in Form der Reproduktion, der Kopie oder gar dem Plagiat liegt kein Pastiche vor. So beschreibt auch *Genette*, dass eine Nachahmung eine komplexere Operation als eine Reproduktion voraussetze. Eine direkte Imitation in Form der Kopie ist kein Pastiche, sondern eine „rein mechanische Aufgabe ohne musikalische Bedeutung; sie kann von jedem bewältigt werden [...]“.⁵⁸⁸

Deshalb hat der Pastiche neben seinem referenzierenden Charakter stets einen eigenen künstlerischen Aussagegehalt, den er durch die künstlerische

⁵⁸⁵ *Freischem/Würtenberger*, GRU 2020, 1063, 1064; *Gabler*, Die urheberrechtliche Drittnutzung, S. 224; *Haberstumpf*, ZUM 2020, 809, 814.

⁵⁸⁶ Vgl. *Hoesterey*, Pastiche, S. 11–14; *Rose*, Post-modern pastiche, S. 31.

⁵⁸⁷ *Rose*, Post-modern pastiche, S. 31.

⁵⁸⁸ *Genette*, Palimpseste, S. 111, 524; *Rossa*, MMR 2017, 665, 668.

Auseinandersetzung mit dem Entnommenen erhält, etwa durch Änderungen, Anpassungen oder Ergänzungen.⁵⁸⁹

Diesen Weg scheint auch die Rechtsprechung einzuschlagen. Nach der Entscheidung des LG Berlin vom 02.11.2021 zur zulässigen Auseinandersetzung mit einem übernommenen Werk („The Unknowable“) setzt der Pastiche eine „bewertende Referenz“ auf das Original voraus. Es sei eine veränderte Form zum Original erforderlich, in dem etwa neue Elemente hinzugefügt werden oder das Werk in eine neue Gestaltung integriert wird. Zusätzlich sei ein Mindestmaß an eigener Kreativität erforderlich, da die Pastiche-Schranke der Meinungs- und Kunstfreiheit diene. Eine für eine Urheberrechtsschutzfähigkeit erforderliche Schöpfungshöhe müsse dabei aber nicht erreicht werden.⁵⁹⁰ So auch das LG München, nach dem ein Mindestmaß an eigener Kreativität erforderlich ist, ohne dass eine Urheberrechtsschutzfähigkeit erreicht werden muss.⁵⁹¹

Fraglich ist aber, wann eine Auseinandersetzung künstlerisch ist. Würde jede Form der Auseinandersetzung von der Kunstfreiheit geschützt, so müsste beispielsweise auch eigentumsschädigendes Graffiti und Streetart unter die Kunstfreiheit fallen.⁵⁹² Diese Arten der Werknutzung fallen zwar schon deshalb nicht unter die Pastiche-Schranke, da sie das Original weder nachahmen noch Teile davon übernehmen, sondern das Original selbst verändern. Dennoch kann nicht jede Art der Auseinandersetzung, jede Art von alltäglicher oder handwerklicher Nachahmung oder Werkübernahme als Kunst gelten und von der Pastiche-Schranke geschützt werden. Urheberrechtlich ist nicht jede Form der Alltagsäußerung und Kommunikation Kunst. So liegt beispielsweise bei einer reinen Zusammenstellung von ver-

⁵⁸⁹ *Bibi*, ZUM-RD 2022, 505, 507; *Genette*, Palimpseste, S. 103, 111, 524; *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 679, 681; *Ders.*, Kreatives Remixing, S. 256 f.; *Stieper*, GRUR 2020, 792, 797.

⁵⁹⁰ LG Berlin, GRUR-RR 2022, 216, 219; *Hofmann*, GRUR 2021, 895, 898; *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 679.

⁵⁹¹ LG München, MMR 2022, 907, 909 Rn. 38 f.

⁵⁹² Nach BVerfG, NJW 1984, 1293, 1294, ist Graffiti nicht von der Kunstfreiheit geschützt, wenn es zugleich eine Sach- bzw. Eigentumsbeschädigung darstellt.

schiedenen vorbestehenden Werken bzw. Leistungsschutzgegenständen in Form einer Collage in der Regel keine künstlerische Auseinandersetzung vor. Wann eine Grenze zwischen Kunst und Nicht-Kunst zu ziehen ist, bleibt aber ungewiss.⁵⁹³ Eine abstrakte Definition des künstlerischen ist nicht möglich.⁵⁹⁴ Nach den drei Kunstbegriffen des BVerfG ist zu prüfen, ob eine freie schöpferischen Gestaltung (materieller Kunstbegriff), ein traditioneller Werktyp (formeller Kunstbegriff) oder ein Aussagegehalt vorliegt, der mannigfaltige Interpretationsmöglichkeiten zulässt (offener Kunstbegriff). Ob eine Auseinandersetzung künstlerisch ist, muss bei der konkreten Rechtsanwendung unter Berücksichtigung dieser drei Kunstbegriffe geprüft werden.⁵⁹⁵

Aus der Notwendigkeit künstlerischer Auseinandersetzung folgt, dass diese und damit der Pastiche auch erkennbar sein müssen.⁵⁹⁶ Anderenfalls würde die künstlerische Auseinandersetzung mit dem bestehenden Werk nicht zu Tage treten können. Ein Pastiche verbirgt, so *Genette*, seine derivative Natur nicht. Es liegt nur vor, wenn es seinen Nachahmungscharakter erkennen lässt.⁵⁹⁷ So hat auch das LG Berlin im „The Unknowable“-Urteil mit einbezogen, dass das genutzte Werk erkennbar übernommen wurde.⁵⁹⁸ Dass das OLG Hamburg im „Metall auf Metall“-Verfahren davon ausgeht, dass Übernahmen zwar gestattet sind,⁵⁹⁹ gleichzeitig aber die erkennbare Auseinandersetzung mit einem vorbestehenden Werk erforderlich ist,⁶⁰⁰ ist deshalb grundsätzlich begrüßenswert.

⁵⁹³ Peifer, Pastiche, S. 482 f.

⁵⁹⁴ BVerfG, NJW 1985, 261, 262; Schrickler/Loewenheim/Grünberger, UrhG, § 73 Rn. 24.

⁵⁹⁵ BVerfG, NJW 1985, 261, 262.

⁵⁹⁶ Vgl. Bibi, ZUM-RD 2022, 505, 507; Peters, GRUR 2022, 1482, 1489.

⁵⁹⁷ *Genette*, Palimpseste, S. 109; vgl. Fletcher, Pastiche, S. 56.

⁵⁹⁸ LG Berlin, GRUR-RR 2022, 216, 221.

⁵⁹⁹ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 69 f.

⁶⁰⁰ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 71.

Die Erkennbarkeit führt weiterhin zu dem Erfordernis, dass jede mögliche Verwechslung mit dem Original ausgeschlossen wird und stellt dies zugleich sicher.⁶⁰¹

Das OLG Hamburg und das LG Berlin legen für die Beurteilung der Erkennbarkeit der Kreativität einen objektiven Maßstab von jemanden an, dem das vorbestehende Werk bekannt ist und der für die Wahrnehmung der kommunikativen bzw. künstlerischen Auseinandersetzung das erforderliche intellektuelle Verständnis besitzt.⁶⁰² Dies entspricht dem vom BGH zugrunde gelegten Maßstab zu der Erkennbarkeit von Parodien⁶⁰³ und ist deshalb zu begrüßen. Ähnlich entschied zuvor das KG zur Pastiche-Schranke, indem es auf einen „informierten Betrachter“ abstellte.⁶⁰⁴

Entsprechend des Maßstabes bei der Erkennbarkeit von Parodien ist deshalb auch bei der Beurteilung der Erkennbarkeit der künstlerischen Auseinandersetzung bei Pastiches dieser objektive Maßstab anzulegen.⁶⁰⁵

(3) Vorzugswürdige Begriffsbestimmung

Die ursprüngliche, wortwörtliche Bedeutung des Begriffs „Pastiche“ – die Vermischung von Zutaten – und seine Verwendung als Metapher von bereits Existierendem mit etwas Neuem, Eigenem, zeigt den Grundcharakter des Pastiches sowie das, was Pastiches bis heute ausmachen: Die Herstellung einer Verbindung zwischen der Vergangenheit und der Gegenwart – gleich ob in Kunst, Literatur, Musik, Film oder in anderen Kunstformen. Das kulturelle Gedächtnis kann mit Hilfe von Pastiches nicht nur erhalten werden, sondern es können vergangene und moderne Werte und Stile sowie die individuellen Werte und Stile eines Künstlers kombiniert werden.⁶⁰⁶ Durch diese Verflechtung entstehen komplexe Arbeiten, deren Reiz gerade

⁶⁰¹ Vgl. *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2020, 733, 739.

⁶⁰² OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 74; LG Berlin, GRUR-RR 2022, 216, 219.

⁶⁰³ BGH, GRUR 1971, 588, 589; GRUR 1994, 191, 194; GRUR 2016, 1157, 1161.

⁶⁰⁴ KG, GRUR-RS 2019, 59878 Rn. 17.

⁶⁰⁵ Zu Parodien siehe BGH, GRUR 1971, 588, 589; GRUR 1994, 191, 194; GRUR 2016, 1157, 1161; LG Berlin, GRUR-RR 2022, 216, 219.

⁶⁰⁶ Vgl. *Hoestery*, Pastiche, xi; *Rose*, Post-modern Pastiche, S. 34 f.

in den Unterschieden oder gar Disharmonien der kombinierten Elemente liegt. Vor diesem Hintergrund zieht *Genette* im Bereich der Literatur den anschaulichen wie zutreffenden Vergleich zum Palimpsest, bei dem man auf dem gleichen Pergament eines neu geschriebenen Textes einen älteren, durch Reinigung verblassten Text stehen sieht, weil der ältere Text nicht gänzlich überdeckt wird, sondern durchscheint.⁶⁰⁷

Das wesentliche Merkmal der Intertextualität, welche durch Imitation bzw. Nachahmung entsteht, zieht sich durch die Begriffsbestimmungen von Lexika und Enzyklopädien, von juristischer und literatur- bzw. kunstwissenschaftlicher Literatur sowie durch die Gesetzesbegründung zu § 51a UrhG. Trotz zahlreicher aufzufindender Unterschiede auf der Suche nach einer Definition besteht hinsichtlich des Nachahmungscharakters des Pastiche Einheitlichkeit.⁶⁰⁸

Dies ist es zugleich, was ein Pastiche ausmacht – und nicht etwa sein Zweck. Ein Pastiche ist nicht zwingend humoristisch, verspottend oder wertschätzend. Die Meinungs- und Kunstfreiheit fordert, dass die Schaffung von derivativer Kunst auch bei nicht zweckgebundenen, veränderten Werkübernahmen möglich sein muss. Der Pastiche ist, wie *Jameson* es formuliert, eine „blank parody“⁶⁰⁹. Hierin liegt der Unterschied zu Parodie und Karikatur.⁶¹⁰

Nach dem vorzugswürdigen Begriffsverständnis sind auch konkrete Übernahmen von Werken bzw. Werkteilen möglich. Mag das wesentliche Merkmal des Pastiche sein Nachahmungscharakter sein, so würde der Ausschluss von Werkübernahmen den Begriff zu sehr eingrenzen und zu wenig Raum für kreatives Schaffen lassen. Zur Vermeidung von Missbrauch und weil Plagiate entgegen teilweise verbreiteter Auffassung nicht unter den

⁶⁰⁷ *Genette*, Palimpseste, S. 532.

⁶⁰⁸ Vgl. *Bibi*, ZUM-RD 2022, 505, 507; *Döhl*, Zwischen Pastiche und Zitat, S. 208 f.

⁶⁰⁹ *Jameson*, Postmodernism, S. 17.

⁶¹⁰ Der Pastiche umfasst damit auch parodistische und karikative Kunstformen. Die Nennung von Parodie und Karikatur war nach hiesigem Verständnis neben Klarstellungsgründen erforderlich, um zu betonen, dass beim Pastiche der Fokus auf dem Nachahmungscharakter liegt, bei Parodie und Karikatur indes auf ihrem Zweck.

Pastiche-Begriff fallen, ist es allerdings erforderlich, dass sich der Pastiche mit dem Bezugsgegenstand auseinandersetzt und einen eigenen künstlerischen Aussagegehalt aufweist. Bei Beurteilung dessen ist ein objektiver Maßstab anzulegen.

Dieser gilt auch für das Erfordernis der Erkennbarkeit der künstlerischen Auseinandersetzung, welches sich daraus ergibt, dass diese anderenfalls nicht in Erscheinung treten könnte. Eine Verwechslung mit dem Bezugsgegenstand wird dadurch ausgeschlossen.

Nach dem Vorstehenden ergibt sich die folgende Begriffsdefinition:

Ein Pastiche ist eine referenzierende Kunstform, deren wesentliches Merkmal ihr Nachahmungscharakter ist, ohne dass konkrete Werkübernahmen ausgeschlossen sind. Der Pastiche setzt sich, ohne dass sein Zweck vorbestimmt ist, erkennbar mit dem Bezugsgegenstand auseinander, wodurch es einen eigenen künstlerischen Aussagegehalt erhält.

Ähnlich entschied das OLG Hamburg, nach dem der Pastiche nicht auf reine Stilimitationen zu beschränken ist, aber eine erkennbare künstlerische Auseinandersetzung erforderlich ist.⁶¹¹ Wünschenswert wäre hier noch eine deutliche Betonung des Nachahmungscharakters des Pastiches gewesen. Weiterhin ist nach dem OLG Hamburg erforderlich, dass das ältere Werk in veränderter Form erscheint. Dies ergebe sich aus der notwendigen Abgrenzung zum Plagiat. Dazu genüge es, dem Werk andere Elemente hinzuzufügen oder das Werk in eine neue Gestaltung zu integrieren.⁶¹² Dieser weiteren Voraussetzung ist entgegenzusetzen, dass schon deshalb kein Plagiat vorliegt, weil eine erkennbare künstlerische Auseinandersetzung erforderlich ist, sodass keine reine Kopie bzw. kein Plagiat vorliegen kann. Eine erkennbare künstlerische Auseinandersetzung erfordert aber gerade, dass dem Werk andere Elemente hinzugefügt werden oder es in eine neue Gestaltung integriert wird. Dass das ältere Werk in veränderter Form erscheint, ist des-

⁶¹¹ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 70 f.

⁶¹² OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 72.

halb tatsächlich keine zusätzliche Voraussetzung, sondern wird bereits durch das Erfordernis der erkennbaren künstlerischen Auseinandersetzung impliziert.

b) Weitere ungeschriebene Voraussetzungen der Pastiche-Schranke?

Vorstehende Erwägungen betreffen die Frage, welche Anforderungen an ein Pastiche zu stellen sind. Im Folgenden wird untersucht, ob an die Pastiche-Schranke unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Urheberrechts weitere ungeschriebene Voraussetzungen geknüpft sind oder werden sollten. Ausdrücklich sieht § 51a UrhG solche nicht vor.

aa) Keine Vergütungspflicht

Wie bereits unter H. III. 2. a)bb) erläutert, können die Mitgliedstaaten der EU auch eine Vergütungspflicht für Ausnahmen und Beschränkungen vorsehen, in denen eine solche nach der RL 2001/29/EG nicht vorgeschrieben ist. Bereits vor Umsetzung der Pastiche-Schranke in deutsches Recht wurde in der Literatur teilweise vorgeschlagen, diese mit einer Vergütungspflicht zu verbinden, um ihre Wirkung abzufedern.⁶¹³ Nach anderer Ansicht soll eine Vergütungspflicht nur für den Fall der kommerziellen Nutzung eingeführt werden.⁶¹⁴

Für eine Vergütungspflicht spricht, dass das europäische Urheberrecht auf eine angemessene Vergütung abzielt und die angemessene Verwertung des genutzten Werks durch den Rechtsinhaber damit sichergestellt werden könnte.⁶¹⁵ So normiert § 5 Abs. 2 UrhDaG für Diensteanbieter eine Vergütungspflicht für die öffentliche Wiedergabe von Werken zum Zwecke des Zitats, der Karikatur, Parodie oder des Pastiches.⁶¹⁶

In § 51a UrhG ist jedoch keine Vergütungspflicht vorgesehen und die Bundesregierung hat sich in ihrer Protokollerklärung zur DSM-Richtlinie sogar

⁶¹³ *Döhl*, ZGE/IPJ 12 (2020), S. 395, 403; *Pötzlberger*, Kreatives Remixing, S. 398; *Wandtke/Hauck*, ZUM 2020, 671, 677; dagegen *Leistner*, ZUM 2020, 505, 511.

⁶¹⁴ *Stieper*, GRUR 2020, 792, 795; *Wandtke/Hauck*, ZUM 2020, 671, 677.

⁶¹⁵ ErwGr. 35 RL 2001/29/EG; *Döhl*, ZGE/IPJ 12 (2020), S. 395.

⁶¹⁶ Dazu kritisch *Hilty*, Vergütungspflicht, S. 453–456.

ausdrücklich gegen eine solche ausgesprochen.⁶¹⁷ Gegen eine Vergütungspflicht spricht davon unabhängig auch, dass Nutzungen, die die Verwertungsmöglichkeiten des Rechtsinhabers unangemessen beeinträchtigen, auf Grund des Drei-Stufen-Tests und der Verhältnismäßigkeit ohnehin nicht gestattet sind – auch nicht bei Zahlung einer Vergütung. Zudem sind auch Abgrenzungsschwierigkeiten nicht auszuschließen, die dadurch entstehen können, dass in der Folge eine Vergütung bei geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen bestünde, bei nicht geschützten jedoch ausbliebe.⁶¹⁸ Schließlich würden viele Urheber und Leistungsschutzrechtinhaber der Originalwerke selbst gar nicht von den Lizenzen profitieren, da sie ihre Rechte häufig an Plattenfirmen abtreten, die die Lizenzen kontrollieren (siehe auch C. III.).⁶¹⁹

Im Ergebnis sollte die Pastiche-Schranke deshalb nicht mit einer Vergütungspflicht verbunden werden. Die Entscheidung des Gesetzgebers ist insofern zu begrüßen.

bb) Drei-Stufen-Test und weitere Interessenabwägung

Nach europarechtlichen Vorgaben dürfen die urheberrechtlichen Ausnahmen und Beschränkungen in Art. 5 Abs. 1–4 RL 2001/29/EG nur unter Berücksichtigung des Drei-Stufen-Tests gem. Art. 5 Abs. 5 RL 2001/29/EG angewandt werden. Nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts und den Erwägungsgründen der RL 2001/29/EG muss bei der Anwendung urheberrechtlicher Schranken stets ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen der Rechtsinhaber und der Werkeinhaber gewahrt werden, insbesondere eine angemessene Verwertung des Werks oder sonstigen Schutzgegenstandes durch den Rechtsinhaber sichergestellt werden.⁶²⁰

⁶¹⁷ Erklärung der Bundesrepublik Deutschland zur Richtlinie über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im Digitalen Binnenmarkt; insbesondere zu Artikel 17 der Richtlinie, Nr. 9.

⁶¹⁸ *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2020, 733, 739.

⁶¹⁹ *McLeod, DiCola*, Creative Licensing, S. 81.

⁶²⁰ BVerfGE 142, 74 Rn. 72; ErwGr. 31 RL 2001/29/EG; *Haberstumpf*, ZUM 2020, 809, 815.

Zu den Erfordernissen von § 51a UrhG gehören damit als ungeschriebene Voraussetzungen auch, dass ein Sonderfall vorliegt, die normale Verwertung des Bezugsgegenstandes nicht beeinträchtigt wird, die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt werden und die Nutzung verhältnismäßig ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Umsetzung der ersten Stufe schon in dem Vorliegen eines Pastiches selbst liegt, da der Pastiche einen Sonderfall der künstlerischen Auseinandersetzung darstellt (siehe dazu sogleich unter H. III. 2. c)). Dies ist bei der Beurteilung, ob eine konkrete Nutzung ein Pastiche darstellt, stets zu berücksichtigen. Die zweite und dritte Stufe können, ebenso wie die zu wahrende Verhältnismäßigkeit, indes nur anhand der konkreten Nutzungsart – hier: Sampling – bzw. der konkreten Nutzung im Einzelfall geprüft werden (siehe zum Sampling sogleich unter H. III. 2. c) und d)). Im Rahmen der bei der Verhältnismäßigkeit vorzunehmenden Interessenabwägung muss beachtet werden, dass im Hinblick auf die Meinungs- und Kunstfreiheit Raum für kreative Leistungen bleiben muss.

c) Subsumtion des Samplings unter den Pastiche-Begriff

Nach den vorstehenden Untersuchungen kann nunmehr geprüft werden, ob die Pastiche-Schranke des § 51a UrhG die Technik des Samplings umfasst. Dafür muss das Sampling zunächst unter den Pastiche-Begriff fallen.

Nach der unter H. III. 2. a)dd) (3) vorgestellten Begriffsdefinition kann Sampling ein Pastiche sein. Wie bereits erläutert, findet beim Sampling trotz konkreter Übernahme von Werkteilen eine Nachahmung statt. Es handelt sich um eine referenzierende Kunstform, bei der eine Auseinandersetzung mit dem Entnommenen stattfindet. Diese liegt in dessen Veränderung⁶²¹ sowie Integration in das neue Musikstück. Nicht in jedem Fall des Samplings ist die Auseinandersetzung aber auch künstlerisch, so z. B. bei der reinen Übernahme von Werkteilen in ein neues Musikstück ohne jeglichen

⁶²¹ Ein Verstoß gegen das Änderungsverbot gem. § 62 Abs. 1 UrhG liegt nicht vor, soweit es der Benutzungszweck des § 51a UrhG fordert, es sich also um eine Auseinandersetzung mit dem vorbestehenden Werk handelt, § 62 Abs. 4a UrhG.

Aussagegehalt oder Sinnzusammenhang. Die reine Technik des Samplings fällt nicht stets unter den Pastiche-Begriff.⁶²² Künstlerisch ist die Auseinandersetzung nur dann, wenn sie das Ergebnis einer freien schöpferischen Gestaltung ist (materieller Kunstbegriff) bzw. Raum für Interpretation lässt (offener Kunstbegriff)⁶²³.⁶²⁴ Kombiniert Sampling verschiedene Teile von Tonaufnahmen „im Wege eines kreativen Aktes der Leihe bzw. der Entlehnung“⁶²⁵, liegt eine künstlerische Auseinandersetzung vor.

Nach *Pötzlberger* ist Sampling als dem Remixing zugrundeliegende Technik deshalb eine Kunsttechnik, die im Zusammenhang mit Pastiche steht. Bei der Übertragung des historischen Pastiche-Begriffs in die Gegenwart ist es unerheblich, auf welche Art und Weise die Imitation erzeugt wird. Musikalische Gestaltungstechniken wie Collagen oder Pastiche werden von einem starken Referenzcharakter geprägt, so *Pötzlberger*. Wenn eine musikalische Kunstform von konkreten Übernahmen abhängig sei und ein bestehendes Werk referenzierend imitiere, könne sie als Pastiche eingeordnet werden. Das gelte insbesondere bei melodischen, harmonischen, rhythmischen oder metrischen Veränderungen des benutzten Werks sowie Klangeffekten und Samples. Das Original werde geändert, in einen neuen Kontext gestellt und gegebenenfalls mit weiterem Material kombiniert. Mithin sei auch die moderne digitale Musikproduktion vom Pastiche-Begriff erfasst.⁶²⁶ Die Begriffe des Remixes, Mashups und Samplings stünden im unmittelbaren Zusammenhang mit Collagen und Pastiche bzw. Pasticci, da ihnen diese Referenztechniken zugrunde lägen. Das „Recycling“, das heißt die Wiederverwendung bestehenden Materials, sei für referenzkulturelle Kunstformen wesensimmanent.⁶²⁷ Liegt dabei eine künstlerische Auseinandersetzung mit dem Entnommenen vor, hat das durch das Sampling referenzierende Musikstück einen eigenen künstlerischen Aussagegehalt.

⁶²² Vgl. *Peifer*, Pastiche, S. 484.

⁶²³ BVerfG, NJW 1985, 261, 262.

⁶²⁴ Der formelle Kunstbegriff hilft bei modernen Kunstformen wie der des Samplings hier nicht weiter, sodass auf den materiellen sowie den offenen Kunstbegriff zurückzugreifen ist.

⁶²⁵ *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 680; *Ders.*, Kreatives Remixing, S. 261.

⁶²⁶ *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 679 f.; *Ders.*, Kreatives Remixing, S. 258 f.

Nach teilweise in der Literatur vertretener Auffassung kann Sampling hingegen kein Pastiche sein, da ein Pastiche eine Imitation und Sampling eine Reproduktion voraussetze. Imitation sei aber nicht das gleiche wie Reproduktion. Das Gesampelte könne als Reproduktion nicht selbst Imitation sein, sondern allenfalls als Imitation von etwas Drittem dienen. Es sei immer etwas unmittelbar Entnommenes bzw. Übernommenes.⁶²⁸ Diese Ansicht verkennt den Unterschied zwischen dem entnommenen Teil selbst und dem Vorgang des Samplings, d. h. das Kopieren von Teilen einer Tonaufnahme und deren Übernahme in eine andere Aufnahme. Zwar ist Ersteres lediglich eine Entnahme, ohne Imitation zu sein. Beim Sampling wird jedoch dieser Teil in der Regel weitergehend verändert und dann in etwas Neues integriert. Sampling ist deshalb nicht lediglich Reproduktion. Der entnommene Part dient der Imitation und wird im Rahmen des Samplings selbst zur Nachahmung. Denn der Vorgang des Samplings umschreibt nicht nur die konkrete Werkübernahme, sondern umfasst den gesamten Komplex der Entnahme, der (regelmäßig vorliegenden) Veränderung und der Integration in ein neues Werk.⁶²⁹ Konkrete Werkübernahmen sind zum Zwecke der Nachahmung nicht ausgeschlossen, sondern können diese gerade unterstützen, solange es sich um keine bloße Reproduktion handelt. So ist es im Falle des Samplings.

Ein durch Sampling geschaffenes Musikstück kann deshalb als Pastiche im Sinne des Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG angesehen werden, wenn es einen künstlerischen Aussagegehalt hat.⁶³⁰ So auch die Gesetzesbegründung, nach der bei „zitierenden, imitierenden und anlehnenden Kulturtechniken [...] insbesondere an Praktiken wie [...] Sampling zu denken [ist]“⁶³¹.

⁶²⁷ Pötzlberger, GRUR 2018, 675, 681; Ders., Kreatives Remixing, S. 261 f.

⁶²⁸ Döhl, Zwischen Pastiche und Zitat, S. 202, zur Urheberrechtsreform 2021; Ders., ZUM 2020, 740, 745 f.; Ders., UFITA 1/2019, S. 31.

⁶²⁹ Vgl. nur BGH, GRUR 2020, 843; siehe auch unter C. II. 2.

⁶³⁰ Hudson, The pastiche exception, S. 5; Ohly, GRUR 2017, 964, 968; Peifer, Pastiche, S. 484; Pötzlberger, GRUR 2018, 675, 681; Ders., Kreatives Remixing, S. 263, 265.

⁶³¹ BT-Drs. 19/27426, S. 91.

Es bleibt das Kriterium der Erkennbarkeit der künstlerischen Auseinandersetzung. Wie bereits unter C. II. 3. erläutert, gibt es verschiedene Arten von Samples mit, wie *Fischer* meint, „eineindeutiger, eindeutiger und uneindeutiger Referentialität“.⁶³² Je nach Quantität und Veränderung des Samples tritt dieses nicht unbedingt zu Tage und bleibt für den objektiven und verständigen Hörer⁶³³ unerkannt. Auf der anderen Seite ist die Liste von Musikstücken mit erkennbaren Bezugnahmen auf ältere Musikstücke schier unendlich.⁶³⁴ Auch danach kann Sampling unter den Begriff fallen, tut dies aber nicht in jedem Fall. Ist der künstlerische Aussagegehalt beim Sampling nicht erkennbar, liegt auch kein Pastiche vor.

Des Weiteren muss Sampling auch die weiteren ungeschriebenen Voraussetzungen der Pastiche-Schranke, d. h. den Drei-Stufen Test, erfüllen, es muss also einen Sonderfall darstellen, darf die normale Verwertung des Bezugsgegenstandes nicht beeinträchtigen und die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzen. Zudem muss ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen der Rechtsinhaber und der Werkeinhaber gewahrt werden.

Zunächst ist zu betonen, dass Sampling als Pastiche einen Sonderfall darstellt.⁶³⁵ Die erste Stufe verlangt nicht, dass die einen Sonderfall regelnde Ausnahme oder Beschränkung ihrerseits nur in einem – bezogen auf die Schrankenregelung – Sonderfall angewendet wird.⁶³⁶ Entscheidend ist vielmehr, ob der Zweck der Nutzung dazu führt, dass diese einen Sonderfall darstellt.⁶³⁷ Beim Sampling in Form eines Pastiches liegt, wie zuvor erläutert, eine künstlerische Auseinandersetzung mit dem Original vor. Anderen-

⁶³² *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion, S. 55–57 f.

⁶³³ LG Berlin, GRUR-RR 2022, 216, 219.

⁶³⁴ Vgl. nur die Sammlung unter WhoSampled, www.whosampled.com/browse/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

⁶³⁵ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 78.

⁶³⁶ BGH, GRUR 2014, 549, 553 Rn. 48.

⁶³⁷ EuGH, GRUR 2014, 654, 657 Rn. 55; Schricker/Loewenheim/*Stieper*, UrhG, Vorb. vor § 44a – § 63a UrhG Rn. 30.

falls fällt das Sampling bereits nicht unter den Pastiche-Begriff. Das Urheberrecht soll künstlerisches Schaffen und kulturelle Fortentwicklung gerade nicht behindern, sondern fördern. Pastiche werden gerade aufgrund der künstlerischen Auseinandersetzung vom Grundrecht der Kunstfreiheit geschützt. Deshalb stellt ein Pastiche stets einen Sonderfall dar.

Weil stets ein erkennbarer künstlerischer Dialog und Schaffensprozess des Künstlers mit dem genutzten Werk in Form einer gestalterischen oder künstlerischen Auseinandersetzung erforderlich ist, bleibt die Reichweite der Pastiche-Schranke in Bezug auf Sampling zudem vorhersehbar.⁶³⁸

Auf zweiter Stufe ist die normale Werkauswertung beeinträchtigt, wenn die von der Schranke erlaubte Nutzung zur herkömmlichen Nutzung in unmittelbarem Wettbewerb tritt und damit der „Umfang an Verkäufen oder anderen rechtmäßigen Transaktionen im Zusammenhang mit geschützten Werken [verringert]“ würde.⁶³⁹ *Pötzlberger* wendet ein, dass eine Beschränkung der normalen Werkauswertung auf herkömmliche Verwertungsformen dem technologischen Fortschritt und den neuen Nutzungsarten nicht gerecht würde. Durch das Entstehen neuer Märkte aufgrund moderner Technologien sei es schwer zu bestimmen, was einer herkömmlichen Verwertung entspreche. Auch ein spürbarer Gewinnverlust müsse nicht vorliegen. Eine solche Auslegung führe dazu, dass die zweite Stufe kaum überwunden werden könne. Die maßgebliche Interessenabwägung dürfe erst auf der dritten Stufe erfolgen.⁶⁴⁰ Eine Beeinträchtigung der normalen Werkauswertung ist nach teilweise vertretener Auffassung deshalb erst bei Beeinträchtigung des ökonomischen Kerns des Urheberrechts, dem „Kernmarkt“, gegeben. Damit seien die Märkte gemeint, die für die Gesamtverwertung des Werks typischerweise von erheblicher Bedeutung wären.⁶⁴¹

⁶³⁸ Vgl. *Pötzlberger*, Kreatives Remixing, S. 269–272; *Senfileben*, GRUR Int 2004, 200, 207; *Summerer*, Illegale Fans, S. 196 f.

⁶³⁹ EuGH, GRUR 2014, 546, 547 Rn. 39; BGH, GRUR 2014, 549, 554 Rn. 50; *Schricker/Loewenheim/Stieper*, UrhG, Vorb. vor § 44a – § 63a UrhG Rn. 31.

⁶⁴⁰ *Pötzlberger*, Kreatives Remixing, S. 273 f.

⁶⁴¹ *Pötzlberger*, Kreatives Remixing, S. 275; *Senfileben*, GRUR Int 2004, 200, 209.

Die Vergütung für die Vergabe von Sample-Nutzungsrechten könnte für die Rechtsinhaber an den Ausgangswerken eine wichtige Einnahmequelle sein.⁶⁴² Andererseits kann das Ausgangswerk vom Sampling profitieren, wenn es dadurch wieder in Erinnerung gerufen wird.⁶⁴³ Wie bereits erläutert, hat eine im Jahre 2019 veröffentlichte Studie ergeben, dass Sampling kaum negative Auswirkungen auf die Erträge des Tonträgerherstellers hat, sondern dessen Ertrag sogar steigert.⁶⁴⁴ Dabei wurden die Verkaufszahlen von mehr als 450 gesampelten Songs untersucht. Nach dieser Studie steigern sich die Verkaufszahlen eines gesampelten Songs innerhalb von 20 Wochen nach Veröffentlichung des neuen Songs um knapp 40%, sofern die beiden Songs unterschiedlichen Genres zuzuordnen sind (so im Fall „Metall auf Metall“). Je älter der gesampelte Song ist, desto höher ist diese Steigerung.⁶⁴⁵ Dadurch ist das Argument, dass Rechtsinhabern durch Sampling wirtschaftliche Einbußen entstehen, entkräftet. Zwar können durch die Lizenzvergabe Einnahmen erzielt werden, auf der anderen Seite werden diese durch das Sampling auch gesteigert. Ersteres kann im Rahmen der Interessenabwägung auf der dritten Stufe – bei weiterer Substantiierung durch die Rechtsinhaber – weitere Berücksichtigung finden. Die Verwertung des Bezugsgegenstandes wird durch Sampling jedenfalls nicht erheblich beeinträchtigt.⁶⁴⁶

Auf der dritten Stufe ist schließlich im Einzelfall zu prüfen, ob eine ungebührliche Verletzung der berechtigten Interessen des Rechtsinhabers vorliegt.⁶⁴⁷ Zu den berechtigten Interessen des Rechtsinhabers gehört zunächst

⁶⁴² Siehe C. III.; Stellungnahme der Kläger und des Verbands unabhängiger Musikunternehmen in BVerfGE 142, 74 Rn. 46, 56.

⁶⁴³ Siehe C. III.; *McLeod, DiCola*, Creative License, S. 90, 125.

⁶⁴⁴ *Schuster/Mitchell/Brown*, American Business Journal, Vol. 56, Iss. 1, S. 177, 206; *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748, 749.

⁶⁴⁵ *Schuster/Mitchell/Brown*, American Business Journal, Vol. 56, Iss. 1, S. 177, 201 f., 209.

⁶⁴⁶ So auch *Döhl*, ZGE/IPJ 12 (2020), S. 395, 403, 424; *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748, 749.

⁶⁴⁷ BGH, GRUR 2014, 549, 554 Rn. 56.

auch das Interesse an der angemessenen Verwertung des Originals.⁶⁴⁸ Das OLG Hamburg hat deshalb gemeint, dass in zeitlicher Hinsicht in Einzelfällen berücksichtigt werden kann, ob die Veröffentlichung des sampelnden Werks kurz nach der des Originals erfolgt, sodass dem Rechtsinhaber keine angemessene Zeit mehr zur Verwertung des Originals verbleibt.⁶⁴⁹ Andererseits kann dieses Argument nicht tragen, wenn es sich – etwa aufgrund unterschiedlicher Stilrichtungen – ohnehin nicht um Konkurrenzprodukte handelt.⁶⁵⁰

Weiterhin gehört zu den berechtigten Interessen des Rechtsinhabers, wie soeben erläutert, auch das Interesse an etwaigen Einnahmen durch die Lizenzierung seines Werks oder sonstigen Schutzgegenstandes. Deshalb ist in zeitlicher Hinsicht ebenfalls zu berücksichtigen, ob ein solcher Markt zur Zeit der Veröffentlichung des sampelnden Songs generell noch bestand.

Ein etwaiges Interesse des Rechtsinhabers, nicht mit einem anderen Genre in Verbindung gebracht zu werden, kann hingegen nicht berücksichtigt werden. Das Urheberrecht schützt die Leistung von Urhebern und Leistungsschutzrechtsinhabern, erlaubt aber nicht, bestimmte Meinungen oder Vorlieben zu verbieten. Eine Grenze ist erst dort zu ziehen, wo das Urheberpersönlichkeitsrecht verletzt wird. Eine solche ist grundsätzlich nicht anzunehmen und kann nur im Einzelfall festgestellt werden (s. o. D. IV.).

Im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung ist auf der anderen Seite die Kunstfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG und Art. 13 EU-GrCh und das durch sie geschützte Interesse der Künstler an der künstlerischen Auseinandersetzung mit bestehenden Werken zu berücksichtigen. Das Sampling in Form eines Pastiches ist, wie bereits erläutert, Teil des künstlerischen Ausdrucks und wird deshalb von der Kunstfreiheit geschützt.⁶⁵¹ Nach den Vorgaben des BGH ist eine Werkübernahme vom Rechtsinhaber

⁶⁴⁸ Vgl. *Bibi*, ZUM-RD 2022, 505, 509.

⁶⁴⁹ OLG Hamburg, GRUR-RR 2022, 9866 Rn. 85.

⁶⁵⁰ *Grünberger*, ZUM 2022, 579, 582.

⁶⁵¹ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 30–38 – *Pelham u.a.*

eher hinzunehmen, wenn sich das Sample unmittelbar mit dem übernommenen Werk auseinandersetzt, als wenn das übernommene Werk lediglich als Mittel zur Auseinandersetzung mit dem ihm zugrundeliegenden Thema genutzt wird.⁶⁵²

Sampling kann damit als Pastiche gem. § 51a UrhG zulässig sein, wenn es sich erkennbar künstlerisch mit dem Entnommenen auseinandersetzt. Ob tatsächlich eine erlaubte Nutzung i. S. d. § 51a UrhG vorliegt, ist aufgrund des Drei-Stufen-Tests und einer Interessenabwägung zu prüfen. Bei der Relevanz des Drei-Stufen-Tests ist zu berücksichtigen, dass die ersten beiden Stufen beim Sampling in Form des Pastiches stets vorliegen.⁶⁵³ Die Prüfung der dritten Stufe sowie die Interessenabwägung erfolgen im Einzelfall. Auf dritter Stufe werden die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt, wenn die angemessene Verwertung des Originals und sofern vorhanden, der Markt für die Lizenzierung des Werkes sowie das Urheberpersönlichkeitsrecht nicht beeinträchtigt werden.

d) „Metall auf Metall“-Sample als Pastiche

Das „Metall auf Metall“-Sample ist demnach als Pastiche gem. § 51a UrhG zulässig, wenn es sich erkennbar künstlerisch mit der entnommenen Sequenz auseinandersetzt und die Einzelfallprüfung ergibt, dass keine ungebührliche Verletzung der berechtigten Interessen der Kläger vorliegt sowie die Entnahme auch i. Ü. verhältnismäßig war.

Zunächst müsste eine erkennbare künstlerische Auseinandersetzung mit der entnommenen Sequenz aus dem Stück „Metall auf Metall“ vorliegen.⁶⁵⁴ Das entnommene Sample hat hier eine besondere charakteristische Ausprägung. Es leitet den Song „Nur Mir“ zunächst ein, steht dann im Vordergrund und tritt auch später nicht vollständig zurück, da es dem Titel fortlaufend unter-

⁶⁵² BGH, GRUR 2016, 1157, 1161; OLG Hamburg, GRUR-RR 2022, 9866 Rn. 83.

⁶⁵³ Vgl. Schrickter/Loewenheim/Stieper, UrhG, Vorb. vor § 44a–§ 63a UrhG Rn. 31, 40.

⁶⁵⁴ Vgl. OLG Hamburg, GRUR-RR 2022, 9866 Rn. 74, 84.

legt ist.⁶⁵⁵ Gerade durch diese zunächst einleitende Stellung und dem darauffolgenden Übergang in den Hauptteil des Stücks wird eine Verbindung von zwei unterschiedlichen Genres – dem des Originals und dem des referenzierenden Stücks – hergestellt. In dieser Nutzung des Samples liegt eine freie schöpferische Gestaltung (materieller Kunstbegriff), die Raum für Interpretation lässt (offener Kunstbegriff)⁶⁵⁶. Eine künstlerische Auseinandersetzung liegt damit vor.

Wie bereits erläutert und vom OLG Hamburg ausgeführt, ist diese auch erkennbar.⁶⁵⁷ Jemand, dem der Titel „Metall auf Metall“ bekannt ist und der das für die Wahrnehmung der kommunikativen bzw. künstlerischen Auseinandersetzung erforderliche intellektuelle Verständnis besitzt, kann diese erkennen. Gerade durch die besondere, zuvor beschriebene Nutzung des Samples in dem Stück bleibt das Sample für den Hörer deutlich wahrnehmbar.⁶⁵⁸ Die durch das Sampling erfolgte künstlerische Auseinandersetzung wird dadurch ebenfalls erkennbar.

Auch die weitere Prüfung müsste zugunsten der Beklagten ausfallen.

Bedauerlich ist, dass das OLG Hamburg⁶⁵⁹ die Interessenabwägung auf der dritten Stufe des Drei-Stufen-Tests mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung vermischt, obwohl erstere an die subjektiven Rechte der Rechtsinhaber und letztere an die Grundrechte anknüpfen. Auf dritter Stufe wird geprüft, ob die subjektiven Interessen der Rechtsinhaber nicht ungebührlich verletzt werden. Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung geht es hingegen nicht (nur) um eine Abstimmung dieser subjektiven Interessen mit einer urheberrechtlichen Ausnahme, sondern um die grundsätzliche, objektive Gegenüberstellung von Grundrechten.⁶⁶⁰ Es wird nicht ein Recht mit einer Ausnahme abge-

⁶⁵⁵ OLG Hamburg, GRUR-RR 2022, 9866 Rn. 84.

⁶⁵⁶ BVerfG, NJW 1985, 261, 262.

⁶⁵⁷ BGH, GRUR 2020, 843, 846 Rn. 28–31; OLG Hamburg, GRUR-RR 2007, 3, 4; OLG Hamburg, GRUR-RR 2022, 9866 Rn. 84; *Fischer*, Sampling in der Musikproduktion, S. 59.

⁶⁵⁸ OLG Hamburg, GRUR-RR 2022, 9866 Rn. 84.

⁶⁵⁹ OLG Hamburg, GRUR-RR 2022, 9866 Rn. 82–86.

⁶⁶⁰ *Grünberger*, ZUM 2022, 579, 582.

stimmt, sondern es stehen sich „Recht und Recht auf gleicher Stufe“ gegenüber.⁶⁶¹

Deshalb ist zunächst auf dritter Stufe zu prüfen, ob die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber ungebührlich verletzt werden.

Zunächst ist nicht ersichtlich, dass die Verwertungsmöglichkeiten des Original-Tonträgers durch die Veröffentlichung des Titels „Nur Mir“ beeinträchtigt wurden. Dies haben die Kläger auch nicht dargelegt. Insbesondere ist der Titel „Nur mir“ nicht kurz nach dem Titel „Metall auf Metall“, sondern erst 20 Jahre danach veröffentlicht worden. Zudem sind die Titel bereits unterschiedlichen Genres zuzuordnen, sodass schon deshalb eine Konkurrenz zwischen ihnen ausscheidet.

Allerdings kann, wie zuvor unter H. III. 2. c) erläutert, im Rahmen der dritten Stufe weiterhin berücksichtigt werden, dass im Einzelfall durch die Vergabe von Lizenzen Einnahmen erzielt werden könnten. Entgegen der Auffassung des OLG Hamburg⁶⁶² gab es bei Veröffentlichung des Songs „Nur Mir“ im Jahre 1997 durchaus einen Markt für die Lizenzierung des Songs „Metall auf Metall“. Wie bereits in Kapitel B. erläutert, spielt die Musik von *Kraftwerk* in der zeitgenössischen Elektroszene immer noch eine Rolle.⁶⁶³ Lieder von *Kraftwerk* wurden auch in den 1990er Jahren noch vielfach gesampelt, davon auch mehrmals der Titel „Metall auf Metall“ und allein der Titel „Trans Europa Express“ über dreißig Mal.⁶⁶⁴ Das Album stellt einen wichtigen Schritt zur elektronischen Tanzmusik dar. Dies liegt mutmaßlich an den von *Kraftwerk* geschaffenen einzigartigen und besonderen Klängen (siehe dazu unter B). Auch das Lied „Metall auf Metall“ ist von klirrenden, perkussiven und stampfenden Klängen geprägt. Bei dem ent-

⁶⁶¹ Goldhammer, ZUM 2020, 787, 789; vgl. Grünberger, ZUM 2022, 579, 582.

⁶⁶² OLG Hamburg, GRUR-RR 2022, 9866 Rn. 80.

⁶⁶³ Simmeth, Krautrock transnational, S. 175 f.; Düsseldorf: Wo Kraftwerk entstand, arte Dokumentation, www.arte.tv/de/videos/107952-001-A/duesseldorf-wo-kraftwerk-entstand/, zul. abgerufen am 07.06.2023; Winkler, www.goethe.de/ins/cz/de/kul/mag/20426960.html, zul. abgerufen am 07.06.2023.

⁶⁶⁴ WhoSampled, www.whosampled.com/Kraftwerk/sampled/, zul. abgerufen am 07.06.2023.

nommenen Material handelt es sich um einen besonders markanten und individuellen Ausschnitt, der die spezielle Musik der Band *Kraftwerk* widerspiegelt und so den Titel „Nur mir“ ebenfalls mit diesem besonderen Klang prägt. Jedoch gibt es keine weitere Substantiierung auf Klägerseite hinsichtlich einer tatsächlichen Verschmälerung der Vermarktungschancen von Lizenzen.⁶⁶⁵ Mögen die soeben erläuterten Umstände auch auf eine solche hindeuten, so ist es keineswegs sicher, dass eine Beeinträchtigung auch tatsächlich vorliegt. Die Kläger hätten ihren von den Beklagten bestrittenen Vortrag weiter ausführen und darlegen müssen, etwa durch Vorlage etwaiger anderer zur Zeit der Veröffentlichung des Stücks „Nur mir“ geschlossener Lizenzverträge. Ohne eine solche Substantiierung bleibt es bei der Annahme, dass Sampling kaum negative Auswirkungen auf die Erträge des Tonträgerherstellers hat, sondern vielmehr dessen Ertrag steigert (siehe vorstehend unter H. III. 2. c)).⁶⁶⁶ Schließlich wurde, wie bereits unter D. IV. erläutert, auch das Urheberpersönlichkeitsrecht nicht verletzt.

Im Ergebnis liegt im Fall „Metall auf Metall“ keine ungebührliche Verletzung der berechtigten Interessen der Rechtsinhaber vor.⁶⁶⁷

Bei der sodann vorzunehmenden weiteren Verhältnismäßigkeitsprüfung steht das Interesse der Beklagten am Sampling als Form des künstlerischen Ausdrucks dem Interesse der Kläger am Schutz der Verwertung ihres Eigentums gegenüber. Bei der Interessenabwägung muss Sampling als künstlerische Ausdrucksform im Hinblick auf die Kunstfreiheit nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts⁶⁶⁸ grundsätzlich zulässig sein. Wie bereits erläutert, ist Sampling eher dann hinzunehmen, wenn eine Auseinandersetzung mit dem übernommenen Material stattfindet, als wenn das Originalwerk lediglich als Mittel der Auseinandersetzung mit dem ihm als Subtext zu entnehmenden Thema benutzt wird.⁶⁶⁹

⁶⁶⁵ OLG Hamburg, GRUR-RR 2022, 9866 Rn. 80.

⁶⁶⁶ *Schuster/Mitchell/Brown*, *American Business Journal*, Vol. 56, Iss. 1, S. 177, 206; *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748, 749.

⁶⁶⁷ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 79.

⁶⁶⁸ BVerfGE 142, 74 Rn. 92.

⁶⁶⁹ BGH, GRUR 2016, 1157, 1161; OLG Hamburg, GRUR-RR 2022, 9866 Rn. 83.

Vorliegend werden „durch [die] Nutzung in der Einleitung und die fortschreitende Änderung des Musikgenres deutliche Anspielungen an das schon damals zwanzig Jahre alte Originalwerk erkennbar, die es nicht als störend oder Fremdkörper erscheinen lassen, sondern dem Hörer die Möglichkeiten aufzeigen, mit dieser Rhythmussequenz in ein anderes Musikgenre hinübergeführt zu werden.“⁶⁷⁰ Der Titel „Nur mir“ setzt sich auf diese Weise unmittelbar mit der entnommenen Sequenz auseinander, indem diese das Stück zunächst einleitet und dann „im Hintergrund kunstvoll eingebettet fortwirkt“⁶⁷¹. Es findet nicht nur eine Auseinandersetzung mit dem Thema des Originals, sondern gerade mit diesem selbst statt. Das Interesse der Beklagten an dieser Form der künstlerischen Nutzung überwiegt deshalb das klägerische Interesse am Schutz ihres Eigentums, welches, wie bereits im Rahmen der dritten Stufe erläutert, nicht ungebührlich verletzt wird. Begrüßenswert ist weiterhin, dass das OLG Hamburg den Umstand, dass der Beklagte zu 2) eine in der Öffentlichkeit bekannte tätliche Auseinandersetzung mit einem TV-Moderator hatte, nicht in die Interessenabwägung hat einfließen lassen.⁶⁷² Dieser Umstand kommt in dem Titel „Nur mir“ nicht zum Ausdruck. Zudem tritt der Beklagte zu 2) selbst nicht als ausübender Künstler in den Vordergrund, sondern ist lediglich Produzent des Stücks. Insgesamt besteht deshalb kein Zusammenhang zwischen der Auseinandersetzung oder dem Ruf des Produzenten und dem Titel „Nur mir“. Im Ergebnis ist dem OLG Hamburg damit zuzustimmen, da die Interessen der Beklagten auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung überwiegen.

Das Sampling war demnach im „Metall auf Metall“-Fall als Pastiche gem. § 51a UrhG zulässig.⁶⁷³

⁶⁷⁰ OLG Hamburg, GRUR-RR 2022, 9866 Rn. 84.

⁶⁷¹ OLG Hamburg, GRUR-RR 2022, 9866 Rn. 84.

⁶⁷² OLG Hamburg, GRUR-RR 2022, 9866 Rn. 86.

⁶⁷³ So auch *Peifer*, Pastiche, S. 484.

3. Kritik und Ausblick

Die Pastiche-Schranke ermöglicht ein interessengerechtes Ergebnis im „Metall auf Metall“-Fall. Die Begriffsbestimmung stimmt in den wesentlichen Punkten mit der des OLG Hamburg überein und kommt im Rahmen der Interessenabwägung zum gleichen Ergebnis. Dennoch ist nicht ausgeschlossen, dass die Interessenabwägung anders ausfallen kann – so etwa bei weiterer Substantiierung einer Verwertungsbeeinträchtigung der Rechtsinhaber im konkreten Fall –, sodass ihr Ergebnis nicht immer vorhersehbar ist. Dies zeigt der Fall „Metall auf Metall“ beispielhaft, denn dort spricht einiges für das Bestehen eines Lizenzmarkts für die Sounds von *Kraftwerk*, sodass bei weiterer Substantiierung durch die Klägerseite ein anderes Ergebnis bei der Frage nach dem Vorliegen eines zulässigen Pastiches nicht ausgeschlossen scheint (siehe vorstehend unter H. III. 2. d)).

Rechtsunsicherheit entsteht dadurch, dass unklar bleibt, ob die Auslegung des Pastiche-Begriffs durch das OLG Hamburg im weiteren Verfahren dem EuGH standhält, sollte es zu einer Vorlage kommen. Den Mitgliedstaaten bleibt zwar bei der richtlinienkonformen Umsetzung der Ausnahmen und Beschränkungen in Art. 5 Abs. 2 und 3 RL 2001/29/EG ein Umsetzungsspielraum, da diese lediglich einen Maximalrahmen für nationale Bestimmungen vorgeben (siehe E. IV. 2. c)). Die in der Richtlinie verwendeten Begriffe sind jedoch, wie bereits erläutert, europaweit einheitlich auszulegen. Der BGH wird die Frage deshalb gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV dem EuGH vorlegen müssen.⁶⁷⁴ Eine einheitliche Definition durch den EuGH ist aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit auch erstrebenswert.

Die Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Zulässigkeit des Samplings konnte somit trotz der neuen Schrankenregelung des § 51a UrhG nicht vollständig ausgeräumt werden.⁶⁷⁵

Nach teilweise vertretener Auffassung hätte zudem der Drei-Stufen-Test oder jedenfalls die Interessenabwägung explizit in den Wortlaut der Pastiche-Schranke mit aufgenommen werden sollen.⁶⁷⁶

⁶⁷⁴ *Grünberger*, ZUM 2022, 579, 583.

⁶⁷⁵ Vgl. *Döhl*, Zwischen Pastiche und Zitat, S. 215, 241.

So enthält vergleichbar beispielsweise die Pastiche-Schranke im niederländischen Recht (Art. 18b Auteurswet) eine Regelung, wonach die Nutzung dem entsprechen muss, „was nach den Regeln des gesellschaftlichen Umfangs vernünftigerweise zulässig ist“⁶⁷⁷. Nach polnischem Recht ist eine Nutzung zum Zwecke des Pastiches nur erlaubt, „soweit dies durch die Rechte dieser kreativen Gattungen gerechtfertigt ist.“⁶⁷⁸ Auch im britischen Recht findet sich seit Oktober 2014 eine Schranke für Pastiches in Section 30A (1) Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA), die mit der Bedingung einer fairen Nutzung verknüpft ist: „Fair dealing with a work for the purposes of caricature, parody or pastiche does not infringe copyright in the work.“ („Der faire Gebrauch eines Werks zum Zwecke der Karikatur, der Parodie oder des Pastiches verletzt nicht das Urheberrecht an dem Werk.“) Die diesbezüglichen Ausführungshilfen der IPO zum Pastiche-Begriff wurden bereits unter H. III. 2. a)dd) (1) vorgestellt. Ob eine solche „faire“ Benutzung vorliegt, ist i. E. eine Einzelfallfrage. Zu den Beurteilungsfaktoren gehören nach der britischen Rechtsprechung, ob die Verwertung des Ursprungswerks beeinträchtigt wird bzw. ob das neue Werk als Ersatz für das Ursprungswerk angesehen werden kann (dann keine faire Benutzung), wie viel von dem Ursprungswerk entnommen wurde und ob eine Entnahme in dieser Quantität nötig war, da normalerweise nur ein Teil des Werks übernommen werden darf. Dabei hängt die Bedeutung der Faktoren ebenfalls jeweils vom Einzelfall ab.⁶⁷⁹

In Anlehnung an diese Regelungen hätte auch ins deutsche Recht eine Art „Fair Dealing“-Klausel in Form der expliziten Aufnahme des Drei-Stufen-Tests oder jedenfalls einer vorzunehmenden Interessenabwägung in den

⁶⁷⁶ Haberstumpf, ZUM 2020, 809, 818 f.; Lauber-Rönsberg, ZUM 2020, 733, 739; vgl. Stieper, GRUR 2020, 792, 793 f.

⁶⁷⁷ Art. 18b Auteurswet, übersetzt mit deepl.com/translator, zul. abgerufen am 07.06.2023.

⁶⁷⁸ Art. 29¹ Prawo Autorskie I Prawa Pokrewne, übersetzt mit deepl.com/translator, zul. abgerufen am 07.06.2023.

⁶⁷⁹ IPO, www.gov.uk/guidance/exceptions-to-copyright#fair-dealing; zul. abgerufen am 07.06.2023.

Gesetzeswortlaut des § 51a UrhG aufgenommen werden können. Dafür sprechen jedenfalls Klarstellungsgründe.⁶⁸⁰

Dass der Gesetzgeber sich nunmehr gegen eine explizite Regelung in diese Richtung entschieden hat und lediglich den Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG übernommen hat, bedeutet jedoch weder, dass der Drei-Stufen-Test und eine Interessenabwägung im deutschen Recht nicht durchzuführen wären, noch dass der Drei-Stufen-Test bei der Umsetzung der europarechtlichen Schranke in deutsches Recht vergessen wurde. Eine explizite Aufnahme des Drei-Stufen-Tests in den Gesetzestext war nicht erforderlich, da dieser ohnehin für alle Schranken gilt. Dies erklärt auch, warum er bei den bisherigen Schranken im Urheberrechtsgesetz nicht genannt wird, so etwa beim Zitatrecht gem. § 51 UrhG.⁶⁸¹ Gleiches gilt für die Verhältnismäßigkeit.

Die Pastiche-Schranke mag letztendlich im Einzelfall zu wünschenswerten Ergebnissen führen, verfehlt aber derzeit und bis zu einer einheitlichen Definition durch den EuGH das erhoffte Ziel der Rechtsklarheit. Dieses mit ihr verfolgte und auch zu befürwortende Anliegen wurde nicht zweckmäßig umgesetzt.⁶⁸² Die vor der Einführung der Schranke bestehende Rechtsunsicherheit konnten nach derzeitigem Stand ausreichend nicht ausgeräumt werden.

Begrüßenswert wäre deshalb die Einführung einer allgemeineren Schranke für kreative Nutzungen im europäischen und darauffolgend im nationalen Recht gewesen, d. h. ohne Beschränkung auf Karikaturen, Parodien und Pastiche.⁶⁸³ Das Problem der europaweit einheitlichen Begriffsbestimmung dieser Begriffe bestünde dann nicht. Eine solche Schranke hätte zweifellos zur Wahrung eines angemessenen Ausgleichs und im Hinblick auf den Drei-

⁶⁸⁰ *Haberstumpf*, ZUM 2020, 809, 818 f.; *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2020, 733, 739; vgl. *Stieper*, GRUR 2020, 792, 793 f.

⁶⁸¹ Vgl. nur BGH, GRUR 2020, 859, 862 Rn. 26; *Freischem/Württemberg*, GRUR 2020, 1063, 1064.

⁶⁸² Vgl. *Döhl*, Zwischen Pastiche und Zitat, S. 214; *Ders.*, ZUM 2020, 740, 747.

⁶⁸³ Vgl. *Döhl*, Zwischen Pastiche und Zitat, S. 221; *Maier*, Remixe, S. 64; *Pötzlberger*, Kreatives Remixing, S. 398.

Stufen-Test mit weiteren Voraussetzungen verknüpft werden müssen. Um einen angemessenen Rechts- und Interessenausgleich zu wahren, muss die Auslegung der europarechtlichen Schranken dem objektiven Zweck der Schranke und der Bedeutung der jeweils geschützten Allgemeininteressen entsprechen.⁶⁸⁴ So wäre beispielsweise das ausdrückliche Erfordernis einer erkennbaren künstlerischen Auseinandersetzung zur Wahrung der ersten Stufe des Drei-Stufen-Tests (Vorliegen eines Sonderfalls) nebst expliziter Aufnahme der zweiten und dritten Stufe diesen Anforderungen gerecht geworden. Kann auch eine gewisse Rechtsunsicherheit aufgrund der Interessenabwägung (dritte Stufe) und der Verhältnismäßigkeitsprüfung mit einer solchen Regelung nicht vollständig ausgeräumt werden, so ist diese doch im Hinblick auf die Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit hinzunehmen.

Mangels einheitlicher Definition des Pastiche-Begriffs und deshalb weiterhin bestehender Rechtsunsicherheit bei der Frage nach der Zulässigkeit des Samplings wird auch in Zukunft im Zweifel weiterhin das Einholen entsprechender Lizenzen erforderlich sein.⁶⁸⁵ Die Möglichkeit der Lizenzierung besteht aber eben nicht in jedem Fall und bietet zudem, so das BVerfG, „keinen gleichwertigen Schutz der künstlerischen Betätigungsfreiheit“.⁶⁸⁶ Andererseits bleibt mit der neuen Pastiche-Schranke nicht nur das heimliche Sampling oder das völlige Weglassen von Samples. Sobald eine einheitliche Definition des Pastiche-Begriffs durch den EuGH erfolgt ist, wird auch die Rechtslage klarer. Es ist deshalb zu hoffen, dass eine solche zum einen nicht mehr allzu lange auf sich warten lässt und zum anderen auch das Sampling mitumfasst. Nach einer solchen Entscheidung bliebe lediglich noch die Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Interessenabwägung im Einzelfall, deren Vermeidung zur Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit indes nicht möglich ist (s. o.).

⁶⁸⁴ EuGH, Urt. v. 01.12.2011, Rs. C-145/10, ECLI:EU:C:2013:138 Rn. 132 f. – *Painer*; Urt. v. 04.10.2011, Rs. C-403/08, 429/08, ECLI:EU:C:2011:43 Rn. 163 f. – *Football Association Premier League u.a.*; *Wandtke/Bullinger/Leenen*, InfoSoc-RL Art. 5 Rn. 1; *Stieper*, ZGE 2012, 443, 445.

⁶⁸⁵ Vgl. *McLeod, DiCola*, Creative License, S. 187.

⁶⁸⁶ BVerfGE 142, 74 Rn. 98; siehe hierzu auch C. III.

Problematisch wird es aber, falls Samples nicht unter den künftig vom EuGH definierten Pastiche-Begriff subsumierbar sind. Dann wäre die Pastiche-Schranke in Bezug auf das Sampling kein Gewinn für die Rechtsordnung gewesen. Sampling wäre dann, jedenfalls bei Wiedererkennbarkeit des Samples, unter Berücksichtigung der gleichzeitigen Abschaffung des § 24 Abs. 1 UrhG a. F., stets unzulässig. Eine solche Rechtslage wäre im Hinblick darauf, dass Sampling bei künstlerischer Auseinandersetzung nach den Vorgaben des BVerfG im Hinblick auf die Kunstfreiheit grundsätzlich lizenzfrei möglich sein muss,⁶⁸⁷ nicht grundrechtskonform.

⁶⁸⁷ BVerfGE 142, 74 Rn. 96.

I. Entsprechende Auslegung des § 24 Abs. 1 UrhG a. F. nach Ablaufen der Umsetzungsfrist der RL 2001/29/EG und vor Inkrafttreten des § 51a UrhG

Zu beachten ist, dass es für die Zwischenphase vor Inkrafttreten des § 51a UrhG und nach Außerkrafttreten des § 24 Abs. 1 UrhG a. F. (22.12.2002 bis einschließlich 06.06.2021) an einer Regelung fehlt, nach der Sampling zulässig sein kann. Da nach dem BGH im Fall „Metall auf Metall“ weder ein Zitat noch eine Parodie oder eine Karikatur vorliegen, kommt das OLG Hamburg zu dem Ergebnis, dass das Sampling in dieser Zwischenphase (22.12.2002 bis einschließlich 06.06.2021) unzulässig war.⁶⁸⁸

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss die künstlerische Nutzung von Samples aber bei einer kunstspezifischen Betrachtungsweise grundsätzlich möglich sein.⁶⁸⁹ An diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sind der BGH und das OLG Hamburg gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG gebunden. Der BGH hätte deshalb eine Lösung dafür finden müssen, wonach Sampling in jeder der betroffenen Zeitabschnitte zulässig ist.⁶⁹⁰ Wünschenswert wären eine spätere Aufhebung der freien Benutzung und deren entsprechende Auslegung gewesen. Eine entsprechende Auslegung hätte in der Form erfolgen können, dass die Ausnahme für Pastiches unter § 24 Abs. 1 UrhG a. F. hätte subsumiert werden können – so wie es der BGH⁶⁹¹ bereits für die Parodie getan hat.⁶⁹² Die Auslegung hätte dann insofern restriktiv erfolgen müssen, dass sie nur die in Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG aufgeführten Ausnahmen und Beschränkungen erfasst. Dann wäre sie aufgrund des abschließenden Charak-

⁶⁸⁸ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 88–99.

⁶⁸⁹ BVerfGE 142, 74 Rn. 92.

⁶⁹⁰ Vgl. *Grünberger*, ZUM 2022, 579, 582.

⁶⁹¹ BGH, GRUR 2017, 895 Rn. 28 f.

⁶⁹² *Grünberger*, ZUM 2022, 579, 582; vgl. *Schulze*, Freie Benutzung, S. 301, 303 f., nach dem generell und nicht nur für die Fälle des Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG an § 24 UrhG a. F. festgehalten hätte werden können, soweit die freie Benutzung mit den Grundrechten nach den Vorgaben von EuGH und BVerfG übereinstimmt.

ters der Schrankenregelungen in Art. 5 Abs. 3 RL 2001/29/EG europarechtskonform gewesen.

Alternativ in Betracht zu ziehen gewesen wäre für diesen Zeitraum auch eine restriktive Auslegung des Tonträgerherstellerrechts im Hinblick auf die kunstspezifische Betrachtung nach den unter E. IV. 2. a)bb) erläuterten Vorgaben (z. B. Eingriff erst bei einer erheblichen wirtschaftlichen Beeinträchtigung).

Dass das OLG Hamburg für die Zwischenphase vor Inkrafttreten des § 51a UrhG und nach Außerkrafttreten des § 24 Abs. 1 UrhG a. F. das Sampling für unzulässig erachtet hat, ist ihm indes nicht vorzuwerfen. Zu diesem Ergebnis ist es nach den (falschen) Vorgaben des BGH gelangt, der wiederum durch Missachtung der Vorgaben des BVerfG gegen § 31 Abs. 1 BVerfGG verstoßen hat.⁶⁹³

⁶⁹³ Vgl. *Grünberger*, ZUM 2022, 579, 583.

J. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen für die Praxis

Sampling ist ein gängiges Mittel in der Musikproduktion (siehe C. II. 3.)⁶⁹⁴ – nahezu jede Aufnahme in der heutigen Pop-Musik nimmt Bezug auf vorbestehende Werke.⁶⁹⁵ Durch Sampling können bereits vorhandene Klänge künstlerisch in einen neuen Kontext transferiert werden.⁶⁹⁶ Dies führt dazu, dass Musik nicht vergessen wird.⁶⁹⁷ Insbesondere das Genre des Hip-Hops, das in den letzten Jahren in Deutschland einen Aufschwung erlebt hat, ist von der Technik des Samplings abhängig und hätte sich ohne Sampling vielleicht gar nicht entwickelt.⁶⁹⁸ Durch die Anlehnung an ältere Werke anderer Stilrichtungen kann ein auffälliger und prägender Kontrast entstehen.⁶⁹⁹ Sampling kann aber auch rein tongestalterischen Zwecken dienen, das heißt zur Nutzung der Qualität oder Einzigartigkeit einer fremden Tonsequenz.⁷⁰⁰

Die Technik des Samplings ermöglicht es auch (Hobby-)Produzenten ohne professionelles Studio und hohe Investitionen, Songs herzustellen und dank internetbasierter Veröffentlichungsmöglichkeiten zu vermarkten.⁷⁰¹ Der

⁶⁹⁴ Fischer, Sampling in der Musikproduktion, S. 51; Duhanic, GRUR Int. 2016, 1007, 1008 f.

⁶⁹⁵ Baroni, Sound Marks, S. 192; Peifer, Appropriation und Fan Art, S. 101; Pötzlberger, GRUR 2018, 675 f.

⁶⁹⁶ Vgl. Duhanic, GRUR Int. 2016, 1007, 1008; *iMusician*, SAMPLING, Teil 2, imusician.pro/de/ressourcen/blog/sampling-technologie-und-auswirkungen-teil-2, zul. abgerufen am 07.06.2023; Janisch, Kunstfreiheit, die Große Unbekannte, www.sueddeutsche.de/kultur/europaeisches-recht-und-pop-kunstfreiheit-die-grosse-unbekannte-1.4035768, zul. abgerufen am 07.06.2023.

⁶⁹⁷ Hobby-Produzent Robert Münster im Interview mit der Verfasserin vom 22.01.2019; Wagner, MMR 2016, 513, 514.

⁶⁹⁸ Baroni, The sound marks the song, S. 194; Duhanic, GRUR Int. 2016, 1007, 1009; Müller, ZUM 1999, 555; Thonemann/Farkas, ZUM 2019, 748, 749; Wagner, MMR 2016, 513.

⁶⁹⁹ Vgl. Podszun, ZUM 2016, 606, 608; Thonemann/Farkas, ZUM 2019, 748, 749.

⁷⁰⁰ Harkins, Appropriation, S. 9.

⁷⁰¹ Beaucamp/Schrör, Low-Budget Musiker:innen, in: Tipping Points, S.178; Harkins, Appropriation, S. 14.

Sampler dient dabei als eigenes Instrument,⁷⁰² sodass die Produzenten noch nicht einmal Kenntnis anderer Instrumente haben müssen.⁷⁰³

Die Lizenzierung von Samples kann dabei auf schwer überwindbare Hürden treffen (siehe C. III.). Zunächst können hohe Gebühren anfallen, die sich aus Lizenzgebühren und zusätzlichen Transaktionskosten zusammensetzen.⁷⁰⁴ Weiterhin kann die Nutzung von Samples an bestimmte Voraussetzungen geknüpft werden, z. B. die Verwendung in einem bestimmten Genre. Manche Rechtsinhaber sind u. U. überhaupt nicht zur Lizenzvergabe bereit.⁷⁰⁵ Für kleinere Labels und Hobby-Musiker kann das Sample-Clearing deshalb sehr schwierig bis unmöglich sein.⁷⁰⁶

In Kapitel D. wurde zunächst der urheberrechtliche Schutz von Samples untersucht. An einem Musikstück können Komponisten und Texter Urheberrechte haben. Bei Musik- und Sprachwerken gilt nach dem BGH der Schutz der kleinen Münze.⁷⁰⁷ Auch der EuGH lässt geringe Anforderungen an die Individualität genügen.⁷⁰⁸ Ein Teil eines Musikwerks ist schutzfähig,

⁷⁰² Bundesrechtsanwaltskammer in BVerfGE 142, 74 Rn. 39; *Ernst*, Urheberrecht, S. 86; *Harkins*, Appropriation, S. 7; Hobby-Produzent *Robert Münster* im Interview mit der Verfasserin vom 22.01.2019; *Salagean*, Sampling, S. 23 f.; vgl. *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748 f.

⁷⁰³ Dies bedeutet im Umkehrschluss aber auch, dass sich die Bedeutung von Studio- und Konzertmusikern verringert hat, *Baroni*, Sound Marks, S. 194.

⁷⁰⁴ Vgl. *McLeod, DiCola*, Creative License, S. 149 f, 155, 164 f.; *Podszun*, ZUM 2016, 606, 608.

⁷⁰⁵ *McLeod, DiCola*, Creative License, S. 118–121; vgl. *Hondros*, Onlinemärkte für Musiksamples, in: *Tipping Points*, S. 163.

⁷⁰⁶ Vgl. *Beaucamp/Schrör*, Low Budget Musiker:innen, in: *Tipping Points*, S. 182; *McLeod, DiCola*, Creative License, S. 168, 173.

⁷⁰⁷ BGH, GRUR 1991, 533; GRUR 1995, 581, 582; GRUR 1981, 520, 521; GRUR 1981, 267, 268; Dreier/Schulze/Schulze, § 2 Rn. 20, 25, 27; Fromm/Nordemann/Nordemann, § 2 Rn. 30 f.; Loewenheim/Nordemann, UrhR, § 6 Rn. 16 f.; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht § 7 Rn. 199, 201; Spindler/Schuster/Wiebe, Recht der elektronischen Medien, UrhG § 2 Rn. 2; Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 2 Rn. 23 f.

⁷⁰⁸ EuGH, GRUR 2012, 386 Rn. 38 f.; GRUR 2012, 166 Rn. 88 ff.; GRUR 2009, 1041 Rn. 45 ff.

wenn dessen Gesamteindruck den erforderlichen Eigentümlichkeitsgrad aufweist.⁷⁰⁹

Ob die beim Sampling entnommenen Sequenzen Urheberrechtsschutz genießen, ist aufgrund ihrer unterschiedlichen Natur eine Einzelfallfrage. Nicht urheberrechtsschutzfähig sind rein handwerkliches Schaffen, simple Tonfolgen und einfache Rhythmen.⁷¹⁰ Besonders individuelle Parts, wie z. B. individuelle Schlagzeustrhythmen können hingegen vom Urheberrecht geschützt sein. Klangfarben als Einzelsounds werden wiederum nicht geschützt, sondern allenfalls ihre Zusammenstellung. Einfache Tonfolgen oder Töne sowie Klänge und Geräusche genießen ebenfalls keinen urheberrechtlichen Schutz. In Bezug auf Sprachwerke liegt kein urheberrechtlicher Schutz vor, sofern nur kleinste Textbestandteile in Form von einzelnen Wörtern oder Wortteilen gesampelt werden.

Für das „Metall auf Metall“-Sample wurde die urheberrechtliche Schutzfähigkeit bejaht. Das Sample ist eine besonders individuelle, metallisch klingende Rhythmussequenz, die insbesondere aufgrund ihrer Erzeugung mit Hilfe von Röhren, Stäben, Ketten, Metallflächen und Stahlblechen eine besondere Originalität aufweist. Durch den Einsatz dieser außergewöhnlichen Instrumente hat *Kraftwerk* eine eigentümliche, komplexe und anspruchsvolle Kreation geschaffen, die das Kernthema des Stücks „Metall auf Metall“ bildet.⁷¹¹

Ob Sampling das Urheberpersönlichkeitsrecht verletzt, ist ebenfalls eine Frage des Einzelfalls. Dabei ist insbesondere die geistige und persönliche Beziehung der Rechtsinhaber zu der übernommenen Sequenz zu berücksichtigen sowie, ob die Übernahme berechtigterweise als unangemessen empfunden wird.

⁷⁰⁹ BGH, GRUR 2015, 1189, 1192 Rn. 44 f.; GRUR 1981, 267, 268; GRUR 1988, 810, 811; GRUR 1959, 197; *Alpert*, ZUM 2002, 525, 527; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht § 8 Rn. 239.

⁷¹⁰ BGH, GRUR 2015, 1189, 1192–1194 Rn. 44, 53, 64; OLG München, ZUM 2000, 408, 409, 412.

⁷¹¹ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 106–108.

Im nächsten Kapitel (E.) wurde der leistungsschutzrechtliche Schutz untersucht. Leistungsschutzrechtsinhaber an einem Musikstück können ausübende Künstler und Tonträgerhersteller sein.

Die Rechte der ausübenden Künstler bezwecken den Schutz der Werkdarbietung. Teile einer Darbietung sind nach hier vertretener Auffassung nur dann geschützt, wenn eine Interpretation im Sinne einer eigenpersönlichen künstlerischen Ausgestaltung zu Tage tritt. In Bezug auf das Sampling bedeutet das, dass sich in der entnommenen Sequenz die Interpretationsleistung widerspiegeln muss. In trifft dies selten zu,⁷¹² im Einzelfall kann aber auch die Erzeugung eines einzigartigen Tons eine Darstellerleistung sein.

Im „Metall auf Metall“-Verfahren hat das OLG Hamburg ohne jegliche Begründung eine Verletzung bejaht.⁷¹³ Nach der hier vertretenen Auffassung gibt es jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Instrumente, mögen diese auch außergewöhnlich sein, auf besondere Art gespielt wurden oder gar eine besondere Spielweise in der entnommenen Sequenz zu Tage tritt. Außergewöhnlich an dem „Metall auf Metall“-Sample ist die Auswahl der Instrumente selbst (welche, als Teil der Komposition, zu einem Urheberrechtsschutz führt), nicht jedoch die Interpretationsleistung. Das reine Schlagen und Rütteln von Gegenständen stellt keine besondere Spielweise dar, sodass das Leistungsschutzrecht der ausübenden Künstler nicht verletzt wurde.⁷¹⁴

Umstritten ist, ob das Sampling kleinster Tonsequenzen eine Verletzung des Tonträgerherstellerrechts gem. § 85 Abs. 1 S. 1 UrhG darstellt.⁷¹⁵

⁷¹² Vgl. *Bindhardt*, Einzelsounds, S. 118; *Häuser*, Sound und Sampling, S. 86; *Homar*, ZUM 2019, 731, 737 Fn. 5; *Loewenheim/Vogel*, UrhR, § 38 Rn. 43; vgl. *Wegener*, Sound Sampling, S. 204 ff.; differenzierend *Münker*, Digital Sampling, S. 195 ff.

⁷¹³ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 100.

⁷¹⁴ *Grünberger*, ZUM 2022, 579, 58; a. A. *Apel*, ZUM 2020, 760, 767 f.

⁷¹⁵ Für einen Schutz von kleinsten Tonsequenzen vgl. nur *Apel*, K&R 2017, 863, 864; *Dierkes*, Leistungsschutzrechte, S. 25 f.; *Häuser*, Sound und Sampling, S. 109 f.; *Lindhorst*, GRUR 2009, 406, 407; *Müller*, ZUM 1999, 555, 558; *Schorn*, GRUR 1989, 579 f.; *Schulze*, ZUM 1994, 15, 20; *Spieß*, ZUM 1991, 524, 534; *Stieper*, ZUM 2009, 223, 224; *Wandtke/Bullinger/Schaefer*, § 85 Rn. 25; a. A. *Bortloff*, ZUM 1993, 476, 478; *Hoeren*, MMR 2016, 469; *Pötzlberger*, Kreatives Remixing, S. 351; *Schonhofen*, GRUR-Prax 2016, 277, 279; *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2010, 386, 387.

Der BGH hat im „Metall auf Metall“-Verfahren zunächst entschieden, dass beim Sampling ein nicht gerechtfertigter Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht vorliegt, wenn das Sample selbst hätte eingespielt werden können.⁷¹⁶ Nach dem darauffolgenden Urteil des Bundesverfassungsgerichts muss das künstlerische Sampling hingegen im Hinblick auf die Kunstfreiheit grundsätzlich zulässig sein.⁷¹⁷ Eine veränderte, nicht wiedererkennbare Übernahme stellt nach Vorgaben des EuGH keinen Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht dar.⁷¹⁸ Bei Wiedererkennbarkeit kann Sampling nach aktuellem Stand des „Metall auf Metall“-Verfahrens unter die neu eingeführte Pastiche-Schranke in § 51a UrhG fallen.⁷¹⁹

Nach der hier vertretenen Auffassung werden auch kleinste Tonsequenzen vom Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers umfasst, insbesondere weil die dadurch geschützte Leistung für jeden Teil der Tonaufnahme erbracht wird.⁷²⁰ Die im Hinblick auf die Grundrechte der EU-GrCh und den 31. Erwägungsgrund der Art. 5 RL 2001/29/EG vorzunehmende Interessenabwägung gebietet es zwar, Sampling als künstlerisches Ausdrucksmittel anzuerkennen. Dabei muss es jedoch Grenzen geben, um den Schutz der Tonträgerhersteller nicht gänzlich zu unterlaufen. Sampling sollte deshalb nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein. Diese einzuhalten, kann entweder durch eine restriktive Auslegung des Tonträgerherstellerrechts oder durch Ausnahmeregelungen gewährleistet werden.

Das für eine restriktive Auslegung teilweise vorgeschlagene Kriterium einer erheblichen wirtschaftlichen Beeinträchtigung⁷²¹ ist nach der hier vertretenen Auffassung aufgrund daraus resultierender Rechtsunsicherheit abzulehnen. Gleiches gilt für das Kriterium der Wiedererkennbarkeit des

⁷¹⁶ BGH, NJW 2013, 1885; NJW 2009, 770.

⁷¹⁷ BVerfGE 142, 74 Rn. 87, 90–92.

⁷¹⁸ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 39 – *Pelham u.a.*

⁷¹⁹ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 66–87.

⁷²⁰ BGH, NJW 2009, 770 f. Rn. 10, 11, 13; *Apel*, K&R 2017, 863, 864; *Dierkes*, Leistungsschutzrechte, S. 25; *Müller*, ZUM 1999, 555, 558; *Spieß*, ZUM 1991, 524, 534.

⁷²¹ Vgl. nur *Häuser*, Sound und Sampling, S. 116; *Knies*, Rechte der Tonträgerhersteller, S. 93; *Pötzlberger*, ZUM 2019, 250, 251; *Ders.*, Kreatives Remixing, S. 352; *Rossa*, MMR 2017, 665, 670; *Salagean*, Sampling, S. 230, 239.

EuGH⁷²², wonach bei Wiedererkennbarkeit eine Rechtsverletzung vorliegen soll. Das Kriterium führt aufgrund unüberschaubarer Abgrenzungsschwierigkeiten und zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe weder bei den Rechtsinhabern noch bei den Nutzern zu Rechtssicherheit.⁷²³ Zudem kommt es beim Sampling oft gerade auf die Wiedererkennbarkeit an.⁷²⁴

Auch die neue, in § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG geregelte Schutzbereichsbegrenzung, die vom Wortlaut her § 24 Abs. 1 UrhG a. F. gleicht, führt zu keiner Lösung der Problematik der Zulässigkeit des Samplings (Kapitel F.). Geht man davon aus, dass das Bearbeitungsrecht harmonisiert ist, muss § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG unionsrechtskonform ausgelegt werden. Der EuGH hat sich bislang hierzu aber noch nicht geäußert. Derzeit ist nach der Begründung des deutschen Gesetzgebers zu § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG entscheidend, ob ein Fall des sog. „äußeren Abstands“ vorliegt. Bei einem von außen erkennbaren Abstand in der Form, dass das vorbestehende Werk nicht mehr oder nur noch rudimentär zu erkennen ist, liegt eine freie Bearbeitung und damit kein Eingriff in das Urheber- und Leistungsschutzrecht vor. Sind diese Voraussetzungen jedoch nicht gegeben, liegt aber eine Interaktion mit dem Werk in Form eines „inneren Abstands“ vor, sind in einem nächsten Schritt die Schrankenregelungen der § 51 und § 51a UrhG zu prüfen.

Im „Metall auf Metall“-Fall ist die entnommene Sequenz in dem Stück „Nur mir“ noch wahrnehmbar und das Original wiedererkennbar.⁷²⁵ Da das Stück „Nur mir“ damit keinen äußeren Abstand zu dem Stück „Metall auf Metall“ wahrt, sind die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG nicht erfüllt. Neben dem Eingriff in die betroffenen Vervielfältigungsrechte liegt somit auch ein Eingriff in die Bearbeitungsrechte vor.

⁷²² EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 39 – *Pelham u.a.*

⁷²³ *Hieber*, ZUM 2019, 746, 747; *Papastefanou*, CR 2019, 600, 602; *Schonhofen*, GRUR-Prax 2019, 432, 434; vgl. *Thonemann/Farkas*, ZUM 2019, 748, 749.

⁷²⁴ *Döhl*, Zwischen Pastiche und Zitat, S. 117; *Schonhofen*, GRUR-Prax 2019, 432, 434.

⁷²⁵ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 84, 94, 107.

Die Abschaffung von § 24 Abs. 1 UrhG a. F. ist im Hinblick auf den abschließenden Schrankenkatalog des Art. 5 RL 2001/29/EG begrüßenswert (Kapitel G.). Die freie Benutzung kann nicht unter Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG eingeordnet werden, da dadurch dort nicht genannte Kunstformen vergütungsfrei zugelassen werden könnten, die Regelung aber abschließend ist.⁷²⁶

Folgerichtig hat das OLG Hamburg § 24 Abs. 1 UrhG a. F. aber für die Zeit vor der Harmonisierung der Urheber- und Leistungsschutzrechte entsprechend angewendet. Eine freie Benutzung liegt danach vor, wenn das Werk zu der aus dem benutzten Tonträger entlehnten Tonfolge einen so großen Abstand hält, dass es seinem Wesen nach als selbstständig anzusehen ist.⁷²⁷ Dieser sog. „innere“ Abstand war im „Metall auf Metall“-Verfahren zu bejahen.⁷²⁸ Das Stück „Nur mir“ hat (trotz der Übernahme der Sequenz aus „Metall auf Metall“) aufgrund der zusätzlichen Elemente, die einen Eindruck eines vielschichtigen Stücks mit eigenständigen Melodie- und Rhythmusfiguren sowie Sprech- und Hintergrundgesang erzeugen, einen eigenständigen Charakter.⁷²⁹

Für die Zeit nach der Harmonisierung und vor der Einführung des § 51a UrhG besteht indes eine Regelungslücke, denn auch in dieser Zeit muss Sampling, das zu künstlerischen Zwecken erfolgt, nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts bei einer kunstspezifischen Betrachtungsweise zulässig sein (Kapitel I.).⁷³⁰ Eine spätere Aufhebung und entsprechende restriktive Auslegung des § 24 Abs. 1 UrhG a. F. nur für die Fälle von Pastiche wäre für diese Zeit wünschenswert gewesen.

⁷²⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 58–65 – *Pelham u.a.*

⁷²⁷ BGH, GRUR 2017, 895, 898 Rn. 25.

⁷²⁸ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 55.

⁷²⁹ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 55.

⁷³⁰ BVerfGE 142, 74 Rn. 92.

Das Zitatrecht ist nach dem EuGH und der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich auf Sampling-Fälle anwendbar (Kapitel H. II.).⁷³¹ Im „Metall auf Metall“-Fall sind dessen Voraussetzungen aber nicht gegeben. Neben einer Interaktion mit dem Werk fordert das Zitatrecht auch die Erkennbarkeit der Fremdheit des Inhalts sowie eine Quellenangabe.⁷³² Während eine Interaktion vorliegt, ist die Fremdheit der Sequenz nicht erkennbar. Es zeigt sich nicht, dass die Sequenz dem Stück „Metall auf Metall“ tatsächlich entnommen wurde. Auch die hier fehlende Quellenangabe wäre sowohl erforderlich als auch möglich gewesen.⁷³³

Sampling kann unter Berücksichtigung der Interessenabwägung im Einzelfall gem. § 51a UrhG als Parodie oder Karikatur zulässig sein (Kapitel H. III. 1.). Voraussetzung dafür ist jedoch jeweils ein verspottender oder humorvoller Charakter. Dieser liegt beim Sampling in der Regel nicht vor.

Nach der hier vertretenen Auffassung und der aktuellen Rechtsprechung des OLG Hamburg⁷³⁴ kann Sampling aber als Pastiche i. S. d. § 51a UrhG zulässig sein (Kapitel H. III. 2.).

Für eine Bestimmung des Begriffs „Pastiche“ wurden in dieser Arbeit der Wortlaut sowie Gesetzeszweck, -historie und -systematik untersucht. Diese Untersuchung bezweckte die Auslegung des Begriffs nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch und dem Sprachgebrauch in der künstlerischen Theorie und Praxis unter Berücksichtigung der Ziele der Regelung in Art. 5 Abs. 3 Buchst. k RL 2001/29/EG und in § 51a UrhG sowie des Zu-

⁷³¹ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 68, 72 – *Pelham u.a.*

⁷³² EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 67–74 – *Pelham u.a.*; BGH, GRUR 2020, 843, 848 Rn. 53 f.; Generalanwalt Szpunar, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 65.

⁷³³ Vgl. Generalanwalt Szpunar, Schlussanträge vom 12.12.2018, Rs. C-476/17, EU:C:2018:1002 Rn. 68 – *Pelham u.a.*; *Homar*, ZUM 2019, 731, 737; *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1013; *Wandtke/Bullinger/Lüft*, § 51 Rn. 20; differenzierend *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164 f.

⁷³⁴ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866.

sammenhangs der Verwendung des Begriffs.⁷³⁵ Dabei kristallisierte sich der Nachahmungscharakter des Pastiches als nach diesen Auslegungsmethoden übereinstimmendes Merkmal heraus. Im Übrigen zeigten sich zahlreiche Unterschiede, sodass noch keine eindeutige Definition gefunden werden konnte. Deshalb wurde weiterhin eine Abgrenzung zwischen den Begriffen Parodie, Karikatur und Pastiche vorgenommen. Der Unterschied besteht darin, dass der Pastiche seinem Zweck nach unbestimmt ist, von *Jameson* „blank parody“⁷³⁶ genannt.⁷³⁷ Zudem wurde untersucht, ob der Begriff eng oder weit auszulegen ist. Im Ergebnis ist ein Begriffsverständnis zu befürworten, welches konkrete Werkübernahmen zu künstlerischen Zwecken gestattet, den Fokus des Pastiches jedoch auf seinen Imitationscharakter legt. Dies und die Tatsache, dass Grund für die Privilegierung des Samplings die Kunstfreiheit ist, setzen voraus, dass ein eigener künstlerischer Aussagegehalt vorliegt, der etwa durch Änderungen, Anpassungen oder Ergänzungen erlangt werden kann.⁷³⁸ Diesen Weg geht auch die aktuelle Rechtsprechung.⁷³⁹

Auf die Frage, wann eine künstlerische Auseinandersetzung vorliegt, gibt es keine eindeutige Antwort. Bei bloßen Aneinanderreihungen oder Kombinationen fremder Werkteile ist eine solche jedenfalls nicht gegeben. Der Schutz von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG erfordert eine freie schöpferische Gestaltung (materieller Kunstbegriff), einen traditionellen Werktypen (formeller

⁷³⁵ EuGH, Urt. v. 03.09.2014, Rs. C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 Rn. 19 – *Deckmyn und Vrijheidsfonds* zum Begriff der „Parodie“; BVerfG 142, 74 Rn. 99; *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 676 f.; *Ders.*, Kreatives Remixing, S. 246.

⁷³⁶ *Jameson*, Postmodernism, S. 17.

⁷³⁷ *Bibi*, ZUM-RD 2022, 505, 508; *Döhl*, Zwischen Pastiche und Zitat, S. 219; *Ders.*, ZGE/IPJ 12 (2020), 380, 435; *Fletcher*, Pastiche, S. 54; *Hudson*, The pastiche exception, S. 12; *Ohly*, GRUR 2017, 964, 968; *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 679; *Ders.*, Kreatives Remixing, S. 246 f., 249.

⁷³⁸ *Bibi*, ZUM-RD 2022, 505, 507; *Genette*, Palimpseste, S. 103, 111, 524; *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 679, 681; *Ders.*, Kreatives Remixing, S. 256 f.; *Stieper*, GRUR 2020, 792, 797.

⁷³⁹ LG Berlin, GRUR-RR 2022, 216, 219 (bewertende Referenz erforderlich); LG München, MMR 2022, 907, 909 Rn. 38 f. (Mindestmaß an eigener Kreativität erforderlich).

Kunstbegriff) oder einen Aussagegehalt, der mannigfaltige Interpretationsmöglichkeiten zulässt (offener Kunstbegriff).⁷⁴⁰

Die künstlerische Auseinandersetzung muss auch zu Tage treten, das heißt, erkennbar sein.⁷⁴¹ Dadurch wird zugleich eine Verwechslung mit dem Original ausgeschlossen.⁷⁴² Bei der Beurteilung des künstlerischen Aussagegehalts und der Erkennbarkeit ist entsprechend der bisherigen Rechtsprechung ein objektiver Maßstab anzulegen.⁷⁴³

Unter Berücksichtigung der Untersuchungsergebnisse ist ein Pastiche nach der vorzugswürdigen Begriffsdefinition eine referenzierende Kunstform, deren wesentliches Merkmal ihr Nachahmungscharakter ist, ohne dass konkrete Werkübernahmen ausgeschlossen sind. Der Pastiche setzt sich, ohne dass sein Zweck vorbestimmt ist, erkennbar mit dem Bezugsgegenstand auseinander, wodurch er einen eigenen künstlerischen Aussagegehalt erhält. Diese Definition stimmt im Wesentlichen mit der Rechtsprechung des OLG Hamburg⁷⁴⁴ überein. Die vom OLG Hamburg weiterhin geforderte Voraussetzung, dass das ältere Werk in veränderter Form erscheint,⁷⁴⁵ ist nach der hier vertretenen Auffassung indes überflüssig, da bereits im Erfordernis der künstlerischen Auseinandersetzung impliziert.

Eine Vergütungspflicht als weitere ungeschriebene Voraussetzung, wie teilweise in der Literatur vorgeschlagen,⁷⁴⁶ ist nach hier vertretener Auffassung abzulehnen. Zur Berücksichtigung der Interessen der Rechtsinhaber genügen der Drei-Stufen-Test und die weitere Interessenabwägung. Es wäre aber eine explizite Aufnahme dieser Prüfungen in den Gesetzeswortlaut jedenfalls aus Klarstellungsgründen wünschenswert gewesen.⁷⁴⁷

⁷⁴⁰ BVerfG, NJW 1985, 261, 262.

⁷⁴¹ Vgl. *Bibi*, ZUM-RD 2022, 505, 507; *Peters*, GRUR 2022, 1482, 1489.

⁷⁴² Vgl. *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2020, 733, 739.

⁷⁴³ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 74; LG Berlin, GRUR-RR 2022, 216, 219.

⁷⁴⁴ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 70–72.

⁷⁴⁵ OLG Hamburg, GRUR-RS 2022, 9866 Rn. 72.

⁷⁴⁶ *Döhl*, ZGE/IPJ 12 (2020), S. 395, 403; *Pötzlberger*, Kreatives Remixing, S. 398; *Wandtke/Hauck*, ZUM 2020, 671, 677; dagegen *Leistner*, ZUM 2020, 505, 511.

⁷⁴⁷ Vgl. *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2020, 733, 739.

Unter Berücksichtigung dieser Untersuchungsergebnisse kann Sampling als referenzierende Kunstform ein Pastiche i. S. d. § 51a UrhG sein. Dafür muss es sich sowohl erkennbar künstlerisch mit dem Entnommenen auseinandersetzen als auch dem Drei-Stufen-Test und der Interessenabwägung im Einzelfall gerecht werden. Die ersten beiden Stufen des Drei-Stufen-Tests sind beim Sampling stets erfüllt. Die dritte Stufe ist im Einzelfall zu prüfen. Zu den dabei zu berücksichtigenden berechtigten Interessen des Rechtsinhabers gehören insbesondere das Interesse an der angemessenen Verwertung des Originals⁷⁴⁸ und das Interesse an etwaigen Einnahmen durch die Lizenzierung des Originals. Bei der weiteren Interessenabwägung muss auf der anderen Seite das Interesse der Künstler an der künstlerischen Auseinandersetzung mit bestehenden Werken berücksichtigt werden.

Nach diesen Maßstäben ist das „Metall auf Metall“-Sample als Pastiche gem. § 51a UrhG zulässig (Kapitel H. III. 2. d)). Es liegt eine erkennbare künstlerische Auseinandersetzung mit der entnommenen Sequenz vor. Diese liegt darin, dass das Sample in dem Song „Nur Mir“ zunächst einleitend im Vordergrund steht, dann aber in den Hintergrund rückt, ohne vollständig zurückzutreten. Durch den Übergang in den Hauptteil des Stücks entsteht eine Verbindung zwischen zwei Genres. Die Nutzung des Samples auf diese Weise ist eine freie schöpferische Gestaltung (materieller Kunstbegriff), die Raum für Interpretation lässt (offener Kunstbegriff)⁷⁴⁹. Auch der Drei-Stufen-Test und die weitere Interessenabwägung fallen zugunsten der Beklagten aus. Eine Beeinträchtigung der Verwertungsmöglichkeiten des Original-Tonträgers sowie der Lizenzierungsmöglichkeiten durch die Veröffentlichung des Titels „Nur Mir“ können nicht festgestellt werden. Sampling ist nach den Vorgaben der Rechtsprechung eher dann hinzunehmen, wenn eine Auseinandersetzung mit dem übernommenen Material stattfindet, als wenn das Original-Werk lediglich als Mittel der Auseinandersetzung mit dem ihm als Subtext zu entnehmenden Thema benutzt wird.⁷⁵⁰ Da hier, wie erläutert, eine unmittelbare künstlerische Auseinandersetzung mit dem Ori-

⁷⁴⁸ Vgl. *Bibi*, ZUM-RD 2022, 505, 509.

⁷⁴⁹ BVerfG, NJW 1985, 261, 262.

⁷⁵⁰ BGH, GRUR 2016, 1157, 1161; OLG Hamburg, GRUR-RR 2022, 9866 Rn. 83.

ginal vorliegt, überwiegt das Auseinandersetzungsinteresse der Beklagten vor dem Hintergrund, dass Sampling als künstlerische Ausdrucksform grundsätzlich zulässig sein muss.

Die der Arbeit zugrundeliegende Frage, ob das deutsche Urheberrecht im Hinblick auf unionsrechtliche Vorgaben Raum für das Sampling kleinster Tonsequenzen ohne Einholung der entsprechenden Lizenz lässt, konnte im Wesentlichen bejaht werden. Durch das Kriterium der Wiedererkennbarkeit⁷⁵¹ und die Einführung der Schranken in § 51 und § 51a UrhG ist ein Weg für lizenzfreies Sampling geschaffen worden. Die weitergehende Frage, ob diese Rechtslage einerseits den Interessen der Rechtsinhaber und andererseits den Interessen der sampelnden Künstler gerecht wird, kann hingegen nicht einschränkungslos bejaht werden. Sampling sollte im Hinblick auf die Kunstfreiheit auch dann zulässig sein, wenn es wiedererkennbar ist und nicht unter die in § 51 und § 51a UrhG genannten Ausnahmen fällt, d. h. auch bei anderen als den dort genannten Nutzungsformen, sofern es zu künstlerischen Zwecken erfolgt.

Die Arbeit hat gezeigt, dass bei der Frage nach der Zulässigkeit des Samplings kleinster Tonsequenzen die besondere künstlerische Bedeutung dieser Kunstform berücksichtigt werden muss.⁷⁵²

Sampling war und wird in Zukunft ein bedeutendes Mittel zur Förderung und Entwicklung der Musikproduktion sein.⁷⁵³ Abwegig scheint es hingegen, dass Sampling-basierte Musik wie Pop und Rap zunehmend überflüssig werden und die heutige Sampling-basierte Musik ein größeres Verlangen nach Sampling-freier Musik erweckt.⁷⁵⁴ Denn oftmals ist Sampling für den Laien gar nicht bemerkbar, insbesondere wenn unbekannte Samples aus Sampling-Datenbanken genutzt werden. Lieder klingen durch Sampling

⁷⁵¹ EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 39 – *Pelham u.a.*

⁷⁵² Vgl. *Döhl/Wöhler*, Zitieren, appropriieren, sampeln, S. 207.

⁷⁵³ *Baroni*, The sound marks the song, S. 213.

⁷⁵⁴ A. A. *Baroni*, The sound marks the Song S. 196, der Sampling-freie Musik als „authentische Musik“ bezeichnet.

deshalb auch nicht weniger authentisch. So kann Sampling etwa auch in der Akustikmusik verwendet werden.⁷⁵⁵ Selbst, wenn das Verlangen nach elektronischer Musik in der Zukunft abebben sollte, gilt das nicht für die Nutzung der Technik des Samplings selbst. Ein künftiges Come-Back alter Sounds kann auf Sampling basieren. Da Sampling deshalb auch in der Zukunft eine wichtige Rolle für die Musikproduktion und -verwertung spielen wird, wird die Frage nach der urheber- und leistungsschutzrechtlichen Zulässigkeit des Samplings auch künftig von Bedeutung sein.

Durch die in dieser Dissertation erarbeitete Auslegung der Pastiche-Schranke wurde zunächst ein interessengerechtes Ergebnis im „Metall auf Metall“-Fall gefunden. Unklar bleibt aber, wie der EuGH den Pastiche-Begriff definieren wird. Sollte Sampling nach der Auslegung des EuGH nicht unter die Pastiche-Schranke fallen, wäre das Ziel, Sampling im Hinblick auf die Kunstfreiheit zu privilegieren, nicht erreicht worden. Dann blieben nämlich nur die aus den genannten Gründen unbefriedigenden Möglichkeiten der Lizenzierung, des eigenen Einspielens oder des risikobehafteten heimlichen Samplings. Falls die Pastiche-Schranke nach Auslegung des EuGH Sampling hingegen umfassen kann, wäre die Rechtslage klarer und es gäbe neben den soeben genannten Möglichkeiten einen weiteren Weg, zu sampeln. Das würde jedoch noch lange nicht bedeuten, dass jedes Sampling lizenzfrei zulässig wäre. Auch dann wäre Sampling nur möglich, wenn es unter die künftig vom EuGH aufzustellenden Maßstäbe der Pastiche-Schranke fällt.

Die Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Zulässigkeit des Samplings konnte somit trotz der neuen Schrankenregelung des § 51a UrhG nicht vollständig ausgeräumt werden.⁷⁵⁶

Döhl weist zudem zurecht darauf hin, dass dies zu einem weiteren Problem führen kann: Die Rechte an Tonaufnahmen aufzukaufen, um sodann potentiell justiziable Sampling-Fälle dieser Tonaufnahmen mit Hilfe spezieller

⁷⁵⁵ Vgl. z. B. Akustik-Samples unter www.looperman.com/loops/genres/free-acoustic-loops-samples-sounds-wavs-download, zul. abgerufen am 07.06.2023.

⁷⁵⁶ Vgl. *Döhl*, Zwischen Pastiche und Zitat, S. 215, 241.

Technologien aufzuspüren und die eigenen Rechte geltend zu machen, ist ein lukratives Geschäftsmodell, das die derzeit unzureichende Lösung ausnutzt. Dies darf im Interesse der Förderung und Entwicklung der Musik nicht hingenommen werden.⁷⁵⁷

Deshalb bleibt zu hoffen, dass der europäische Gesetzgeber in naher Zukunft eine allgemeine Schranke für kreative Nutzungen, d. h. ohne Beschränkung auf bestimmte Kunstformen, einführt.⁷⁵⁸ Abzusehen ist eine solche Entwicklung derzeit leider nicht.

Im Ergebnis müssen sich Künstler bis zu einer klärenden Entscheidung des EuGH weiterhin die Frage stellen, ob sie auf Sampling verzichten wollen bzw. sich auf hohe Lizenzgebühren, möglicherweise verbunden mit langwierigen Lizenzverhandlungen einlassen wollen, oder ob sie lieber das Risiko eingehen möchten, durch lizenzfreies Sampling eine Rechtsverletzung mit gegebenenfalls weitreichenden Konsequenzen zu begehen. Sampling ist nach derzeitigem Stand deshalb noch kein „Freibrief für die ungenehmigte Entnahme von Tonfolgen aus fremden Tonträgern“⁷⁵⁹.

⁷⁵⁷ *Döhl*, Zwischen Pastiche und Zitat, S. 243.

⁷⁵⁸ Vgl. *Döhl*, Zwischen Pastiche und Zitat, S. 221; *Maier*, Remixe, S. 64; *Pötzlberger*, Kreatives Remixing, S. 398.

⁷⁵⁹ BGH, NJW 2009, 770, 772 Rn. 17.