

**Internetrecht und Digitale Gesellschaft**

---

**Band 34**

**Das System der abhängigen Schöpfungen  
im digitalen Zeitalter – Eine Untersuchung  
am Beispiel von Internet-Memen**

**Von**

**Alexandra Wachtel**



**Duncker & Humblot • Berlin**

ALEXANDRA WACHTEL

Das System der abhängigen Schöpfungen  
im digitalen Zeitalter – Eine Untersuchung am Beispiel  
von Internet-Memen

# Internetrecht und Digitale Gesellschaft

Herausgegeben von  
Dirk Heckmann

Band 34

# Das System der abhängigen Schöpfungen im digitalen Zeitalter – Eine Untersuchung am Beispiel von Internet-Memen

Von

Alexandra Wachtel



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf  
hat diese Arbeit im Jahr 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

D 61

Alle Rechte vorbehalten

© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen

Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach

Printed in Germany

ISSN 2363-5479

ISBN 978-3-428-18569-6 (Print)

ISBN 978-3-428-58569-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## *Meinen Eltern*



## Vorwort

Als ich Anfang 2017 mit dieser Arbeit begann, war der Begriff des Internet-Mems ein Terminus, der fast ausschließlicher Gegenstand der Kommunikationswissenschaften war. Inzwischen haben sich Internet-Meme zu einem massenkulturellen Phänomen entwickelt, das den Gesetzgeber und die Gerichte beschäftigt und in den Diskurs der Rechtswissenschaft eingegangen ist. Mit dieser Arbeit möchte ich zu der aktuellen und streitigen Diskussion beitragen.

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf im Sommersemester 2020 unter dem Titel „Das System der abhängigen Schöpfungen im digitalen Zeitalter – Eine Untersuchung am Beispiel von Internet-Memen“ als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis zum 6. Juli 2020, dem Tag der Einreichung der Dissertation, berücksichtigt. Die Disputation fand im November 2021 statt.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Jan Busche für die hervorragende Betreuung und Förderung bei der Anfertigung dieser Arbeit, die sich durch hilfreiche Anregungen und Ratschläge auszeichnete. Daneben danke ich ihm für die schöne und lehrreiche Zeit als studentische und wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Gewerblichen Rechtsschutz. Während dieser Zeit hätte ich mir zudem keine netteren Kollegen und mittlerweile Freunde wünschen können.

Daneben danke ich Herrn Prof. Dr. Rupprecht Podszun für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ein besonderer Dank gebührt zudem Ann-Malin Brune, die in der Endphase der Anfertigung dieser Arbeit die Mühen des Korrekturlesens auf sich genommen hat, und mir seit Studienbeginn stets mit freundschaftlichem Rat und Tat zur Seite steht. Auch danke ich Benedikt Walesch für seine unermüdliche technische Unterstützung bei der Anfertigung dieser Arbeit.

Nicht zuletzt trägt auch meine Familie einen großen Anteil an dem Gelingen dieser Arbeit. Meinen Eltern danke ich für die sorgfältige Durchsicht der Arbeit, ihre aufmunternde Art und insbesondere für den bedingungslosen Rückhalt, auf den ich mich in allen Lebenslagen verlassen kann. Ihnen ist diese Arbeit daher gewidmet.

Düsseldorf, den 09.05.2022

*Alexandra Wachtel*





# Inhaltsverzeichnis

## Teil 1

<b>Einführung und Grundlage</b>	<b>29</b>
§ 1 Einleitung	31
A. Abhängige Schöpfungen und Internet-Meme	31
I. Wiederverwertung vorbestehender Werke	31
II. Internet-Meme	32
B. Gang der Untersuchung und Methodisches	32
§ 2 Eingrenzung des Forschungsgegenstandes	34
A. Begriffsbestimmung – Was ist ein Mem?	34
I. Begriffsbiographie	34
II. Meme im Zeitalter des Internets	35
1. Internet: Das World Wide Web	36
2. Memetik unter neuen Bedingungen	37
3. Memetische Diffusion	37
a) Virale Verbreitung	37
b) Memetische Verbreitung	38
4. Nutzergenerierte Inhalte	39
5. Funktionen der Internet-Memetik	39
a) Stärkung von Gruppenidentitäten	39
b) Selbstdarstellung im Internet	40
c) Einflussnahme auf öffentliche Meinungen	41
B. Multimodalität	42
I. Akustisch und optisch operierende Modalitäten	42
II. Sprachmemetik	43
III. Bild-Memetik	43
IV. Multimodale Memetik	44
C. Entstehung memetischer Variationen	45
I. Inhalt und Form	45
II. Haltung	46
D. Klassifizierung	47
I. Gründerbasierte und egalitäre Meme	48

II. Fallgruppen	48
1. Dokumentation realer Augenblicke	48
a) Fototrend	49
b) Flashmob	49
2. Entwicklung einer „Memesubkultur“	49
a) Stock Character Makros	50
b) Classical Art-Mem	51
c) Flash-Meme	51
d) Schrifttext-Meme	51
aa) Emoticons	52
bb) Schablonensätze	52
cc) Microblogging-Memetik	52
3. Ausdrückliche Auseinandersetzung mit massenmedialen Inhalten	53
a) Photoshopreaktion	53
b) Reaktionsvideos	54
c) Remix multimedialer Inhalte	54
E. Arbeitsdefinition	55

## *Teil 2*

<b>Meme als Schutzgegenstand des Urheberrechtsgesetzes</b>	56
§ 1 Das urheberrechtsschutzfähige Werk im digitalen Zeitalter	56
A. Persönliche geistige Schöpfung	56
I. Rechtliche Vorgaben	56
II. Schöpfungsqualität von Memen	57
1. Persönliche Schöpfung	57
2. Geistiger Gehalt	58
3. Individuelle Gestaltung	59
a) Die Ebene des Inhalts	59
b) Die Ebene der Form	60
c) Die Verbindung von Form und Inhalt	61
4. Zwischenergebnis	62
B. Schutzuntergrenze	62
I. Herleitung des Begriffs der „kleinen Münze“	63
II. Schutz der kleinen Münze	63
1. Nationale Schutzdiskussion	63
a) Rechtsprechung	63
b) Literatur	66

aa) Kein Schutz der kleinen Münze	66
(1) Kritik: Keine Gleichstellung banaler Erzeugnisse mit Werken der Hochkultur	66
(2) Anhebung der Schutzuntergrenze	67
bb) Schutz der kleinen Münze	68
(1) Kritik: Einheitliche Schutzuntergrenze	68
(2) Lösungsansätze	69
(a) Beurteilung auf Grundlage des Gestaltungsspielraums	69
(b) Absenkung der Schutzuntergrenze	69
(c) Verzicht auf das Kriterium der Schöpfungshöhe	70
2. Europäischer Werkbegriff	70
a) Herleitung einheitlicher Geltungskraft	70
b) Inhalt des europäischen Werkbegriffs	72
c) Einfluss des europäischen Werkbegriffs auf das deutsche Urheberrecht	73
aa) Gegner eines einheitlichen europäischen Werkbegriffs	73
(1) Literatur	73
(2) Bundesgerichtshof	74
bb) Befürworter eines einheitlichen europäischen Werkbegriffs	75
3. Stellungnahme	76
a) Einheitlicher Schutz der kleinen Münze	76
b) Wortlaut von § 2 Abs. 2 UrhG	77
c) Urheberrechtlicher Schutzgegenstand	78
aa) Gesetzssystematik	78
bb) Gegenüberstellung mit dem Leistungsschutz, Design- und Lauterkeitsrecht	79
cc) Wertung von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG	80
(1) Veränderte Rezeption von Kunst	80
(2) Extensive Auslegung von § 2 Abs. 2 UrhG	81
dd) Zwischenergebnis	82
III. Konsequenzen aus den Grundsätzen für Meme	82
IV. Zwischenergebnis	83
§ 2 Zuordnung zu einer Werkart	84
A. Werkartenkatalog in § 2 Abs. 1 UrhG	84
B. Zuordnung zu einer bestehenden Werkart	85
I. Schöpfungsqualität der einzelnen Bestandteile	85
1. Sprache	86
a) Allgemeines zum Schutz von Sprachwerken	86

b) Schrifttext-Meme	87
aa) Emoticons	87
bb) Schablonensätze	87
cc) Hashtags	88
c) Schrifttext als eine Modalität von Vielen	90
2. Bilder	91
a) Fotografien	91
aa) Allgemeines zum Schutz von Lichtbildern	91
bb) Fotografienbasierte Meme	92
b) Computergrafiken	93
aa) Grafische Designs und Zeichnungen	93
bb) Computerbilder	94
3. Multimedia-Elemente	95
a) Videosequenzen	95
aa) Allgemeines zum Schutz von Filmwerken	95
bb) Heimvideos	96
cc) Animationen	97
b) Audiodateien	98
aa) Melodien	98
bb) Neuvertonung	99
4. Dokumentierte Inhalte	99
5. Zwischenergebnis	100
II. Schwerpunkttheorie	101
1. Zuordnung zu einer Werkart	101
2. Werkgesamtheit: Problemstellung bei Memen	101
a) Schöpfungsqualität der Werkkomponenten	101
b) Bestimmung des Schwerpunktes	101
III. Mischtheorie	102
1. Zuordnungen zu mehreren Werkarten	102
2. Mischwerk: Problemstellung bei Memen	103
C. Eigenständige Werkart	104
I. Rechtlicher Rahmen	104
II. Beispiel einer neuen Werkart	104
1. Multimediawerke	104
2. Rechtliche Einordnung	105
III. Übertragbarkeit der Grundsätze auf Meme	106
1. Meme als Multimediawerke	106
2. Eigene Werkart	106

a) Doppelnatur .....	106
b) Rechtsfolge .....	107
aa) Parallele Anwendbarkeit .....	107
bb) Anwendung der strengeren Sondervorschriften .....	108
(1) Geringer Schutzzumfang .....	108
(2) Keine Benachteiligung Dritter .....	109
cc) Prüfungsgang .....	109
IV. Zwischenergebnis .....	110
§ 3 Die Rechteinhaberschaft im digitalen Umfeld .....	110
A. Schöpferprinzip .....	111
B. Vorüberlegungen .....	111
C. Miturheberschaft .....	112
I. Schaffung eines einheitlichen Werkes .....	112
II. Schöpferische Leistungen mehrerer .....	113
III. Gemeinschaftlichkeit der Werkschöpfung .....	113
IV. Zwischenergebnis .....	114
§ 4 Zusammenfassung .....	115

### Teil 3

<b>Meme im System der abhängigen Schöpfungen</b> .....	117
§ 1 Rahmenbedingungen der Untersuchung .....	117
A. Nähere Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes .....	117
I. Urheberrechtsrelevante Nutzungen .....	117
II. Verletzung von Verwertungsrechten .....	118
B. Verfassungsrechtliche Einbettung des Urheberrechts .....	119
§ 2 Vervielfältigungen und Umgestaltungen .....	120
A. Vervielfältigungsrecht .....	120
I. Rechtliche Vorgaben .....	120
II. Vervielfältigungshandlung .....	121
B. Umgestaltungsrecht .....	122
I. Rechtliche Vorgaben .....	122
II. Veränderungen am Originalwerk .....	123
C. Abgrenzung zwischen dem Vervielfältigungs- und Umgestaltungsrecht .....	123
I. Bedeutung der Abgrenzung .....	123
II. Normverhältnis der §§ 16, 23 UrhG .....	124

1. Vertretene Ansichten .....	124
2. Argumentationslinien zur dogmatischen Einordnung des § 23 UrhG ....	125
a) Gesetzesstellung und Wortlaut .....	125
aa) Gesetzlicher Rahmen .....	125
bb) Inhaltsbestimmung des Schutzzumfangs .....	125
b) Eigenständiges Verwertungsrecht .....	126
c) Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers .....	127
aa) Positive und negative Befugnisse .....	127
bb) Differenzhypothese .....	128
(1) Inhalt .....	128
(2) Folge für die dogmatische Einordnung des § 23 UrhG .....	128
cc) Deckungsgleichheit .....	129
(1) Inhalt .....	129
(2) Folge für die dogmatische Einordnung des § 23 UrhG .....	129
dd) Zweikreisfigur .....	130
d) Regelungszweck .....	131
aa) Schutz der Werkintegrität .....	131
bb) Erhalt der verwertungsrechtlichen Werkherrschaft .....	132
e) Normcharakter .....	133
aa) Vollständige und unvollständige Rechtssätze .....	133
bb) Unvollständiger Rechtssatz .....	134
cc) Vollständiger Rechtssatz .....	134
(1) Konstitutive Schutzzumfangregelung .....	135
(2) Eigenständiges Verwertungsrecht .....	135
f) Zusammenfassung und Auswirkung auf das Normverhältnis .....	136
aa) Inklusionsverhältnis .....	136
bb) Exklusivitätsverhältnis .....	136
3. Stellungnahme .....	137
a) Schutz der verwertungsrechtlichen Werkherrschaft .....	137
aa) Konsequenz der monistischen Theorie .....	137
bb) Vermögensrechtlicher Schwerpunkt .....	138
b) Einheitliches Verwertungsrechtssystem .....	138
aa) Deckungsgleichheit positiver und negativer Befugnisse .....	138
(1) Weiter Schutzgegenstand .....	139
(2) Folgebetrachtung .....	139
bb) § 15 UrhG als einheitlicher Anknüpfungspunkt .....	140
(1) Verwertungsbegriff .....	140
(2) Historische Betrachtung .....	141

cc) Einwilligungserfordernis .....	142
(1) Rechtliche Vorgaben .....	142
(2) Vertragsrechtlicher Aspekt .....	142
(3) Berücksichtigung der Interessenlage .....	143
c) Bestimmungssatz konstitutiver Wirkung .....	145
d) Nationaler und internationaler Rechtsrahmen .....	146
aa) Gesetzssystematik im nationalen Recht .....	146
bb) Internationaler Kontext .....	146
(1) Völkerrecht .....	146
(2) Unionsrecht .....	147
(a) Computerprogramm- und Datenbank-Richtlinie .....	147
(b) InfoSoc-Richtlinie .....	147
e) Zwischenergebnis .....	148
III. Abgrenzung der Anwendungsbereiche .....	149
1. Grad der Veränderung: Vervielfältigung oder Umgestaltung .....	149
2. Terminologie: Bearbeitung und andere Umgestaltung .....	150
a) Begriffsverwendung .....	150
aa) Urheberrechtsgesetz .....	150
bb) Gesetzesmaterialien .....	151
b) Lösungsansätze .....	151
aa) Unterordnungsfunktion einer Bearbeitung .....	152
bb) Objektive Bestimmung der Werkeigenschaft einer Bearbeitung ..	153
c) Stellungnahme .....	153
aa) Eigener Regelungsgehalt des § 3 UrhG .....	154
bb) Zweckrichtung als untaugliches Unterscheidungskriterium .....	154
(1) Rechtsunsicherheit .....	154
(2) Einsatz von Vermutungen .....	155
cc) Folgebetrachtung .....	156
d) Zwischenergebnis .....	157
3. Zwischenergebnis .....	157
IV. Einordnung von Memen in das System der abhängigen Schöpfungen .....	158
1. Überblick über das Stufensystem .....	158
a) Stufe null: Vervielfältigungen .....	158
b) Stufe eins: Andere Umgestaltungen .....	159
c) Stufe zwei: Bearbeitungen .....	159
d) Stufe drei: Freie Benutzung .....	160
2. Einzelfragen .....	160
a) Stufe null: Identische Werkwiedergabe .....	160
b) Stufe eins: Veränderte Werkwiedergabe .....	161



c) Stufe zwei: Schöpferische Bearbeitung	162
aa) Formelle Werkumgestaltung	163
bb) Inhaltliche Werkumgestaltung	163
d) Abgrenzung zwischen Stufe zwei und drei: Bearbeitung oder freie Benutzung	164
aa) Dafür: Geringer Abstand	164
bb) Dagegen: Großer Abstand	165
cc) Zwischenergebnis	166
V. Zwischenergebnis	166
§ 3 Neuschöpfungen als das Resultat freier Benutzung	167
A. Ziel der Untersuchung	167
B. Die freie Benutzung gemäß § 24 Abs. 1 UrhG	168
I. Äußerer Abstand: Klassische Funktion von § 24 Abs. 1 UrhG	168
1. Regelungszweck	168
2. Abweichung der Schutzgegenstände	169
3. Dogmatische Einordnung des § 24 Abs. 1 UrhG	170
a) Vertretene Ansätze	170
aa) Schutzzumfangbestimmung	170
bb) Schrankenbestimmung	171
b) Stellungnahme	172
aa) Gesetzssystematik	172
bb) Funktionale Betrachtung von § 24 Abs. 1 UrhG und §§ 44a ff. UrhG	173
(1) Regelungszweck	173
(2) Funktionsweise	174
(a) §§ 44a ff. UrhG	174
(b) Mittel zur Erreichung des Regelungszweckes	174
(3) Regelungssystematik	175
(a) §§ 44a ff. UrhG	175
(b) § 24 Abs. 1 UrhG	176
cc) Normverhältnis der §§ 23, 24 UrhG	177
(1) Inklusionsverhältnis	178
(2) Exklusivitätsverhältnis von §§ 23, 24 UrhG	178
dd) Schutzzumfangbestimmung mit deklaratorischer Wirkung	180
c) Zwischenergebnis	181
II. Innerer Abstand: Erweiterte Funktion von § 24 Abs. 1 UrhG	181
1. Allgemeines zur Parodie	181
a) Begriff	181
b) Spannungsfeld im verfassungsrechtlichen Kontext	183

aa) Interessenlage .....	183
bb) Verfassungsrechtlicher Schutz .....	183
(1) Kunstfreiheit .....	183
(2) Meinungsfreiheit .....	184
2. Widersprüche der Verblässens-Formel .....	185
a) Kein eigenständiger Privilegierungstatbestand .....	185
b) Übertragbarkeit der Grundsätze zum äußeren Abstand .....	185
3. Nationale Rechtsprechung .....	186
a) Entwicklung .....	186
aa) LUG und KUG .....	186
bb) Nationale Rechtsprechung zu § 24 Abs. 1 UrhG .....	186
(1) Innerer Abstand .....	186
(2) Antithematische Behandlung .....	187
(3) Künstlerische Auseinandersetzung .....	188
cc) Zwischenergebnis .....	188
b) Kritik an der Rechtsprechung .....	189
aa) Fehlende Werkeigenschaft, Rechtsunsicherheit und Systembruch .....	189
bb) Alternative Lösungsansätze .....	190
(1) Forderung eines Sonderstatus .....	190
(a) Parodie als stets zulässige freie Benutzung i. S. d. § 24 Abs. 1 UrhG .....	190
(b) Parodie als nicht selbständiges Werk i. S. d. § 24 Abs. 1 UrhG .....	190
(2) Analogie zu § 51 UrhG .....	191
c) Stellungnahme .....	192
aa) Kein Sonderstatus für Parodien .....	192
(1) Parodie als Vorfrage .....	192
(2) Werkqualität der Parodie .....	193
(a) Parodie als stets zulässige freie Benutzung i. S. d. § 24 Abs. 1 UrhG .....	193
(b) Parodie als unselbständiges Werk i. S. d. § 23 S. 1 UrhG ..	193
bb) Parodie durch Veränderung der Vorlage .....	193
(1) Übertragbarkeit der Grundsätze .....	193
(2) Analogievoraussetzungen .....	194
cc) Übertragbarkeit der Verblässens-Formel .....	195
(1) Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung .....	196
(2) Systemkonformes Vorgehen des Bundesgerichtshofs .....	196
(a) Konkretisierung des Tatbestandes .....	196
(b) Kunstspezifische Betrachtung .....	197

dd) Zwischenergebnis .....	198
4. Dogmatische Einordnung .....	198
a) Parallele zur Schrankenbestimmung .....	199
b) Parallele zur Schutzzumfangbestimmung .....	199
c) Zwischenergebnis .....	200
III. Unionsrechtlicher Rahmen .....	201
1. InfoSoc-Richtlinie .....	202
2. Die freie Benutzung im europäischen Urheberrecht .....	202
a) InfoSoc-Richtlinie .....	202
b) Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union .....	204
aa) Hintergrund des Urteils .....	204
bb) Unvereinbarkeit mit Unionsrecht .....	205
cc) Stellungnahme .....	206
(1) Argumentationsstruktur .....	206
(2) Keine Vollharmonisierung des Instituts der freien Benutzung .....	207
(a) Systematische Einordnung als Schutzzumfangbestimmung .....	207
(b) Begrenzung des Bearbeitungsrechts .....	209
(3) Voreilige Lückenschließung durch den Gerichtshof der Europäischen Union .....	209
c) Zwischenergebnis .....	212
3. Die Parodie nach Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie .....	212
a) InfoSoc-Richtlinie .....	212
b) Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union .....	213
aa) Weiter Parodiebegriff .....	214
bb) Interessenausgleich .....	215
c) Die Rolle von § 24 Abs. 1 UrhG im unionsrechtlichen Kontext .....	216
aa) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs .....	217
bb) Meinungsstand in der Literatur .....	218
cc) Stellungnahme .....	219
(1) Dogmatische Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG (Ob der Umsetzung) .....	219
(2) Anforderungen des europäischen Rechts im Vergleich zur deutschen Rechtslage (Wie der Umsetzung) .....	220
(a) Weiter Parodiebegriff .....	221
(aa) Ausdruck von Humor und Verspottung .....	221
(bb) Werkeigenschaft als konstitutives Erfordernis von § 24 Abs. 1 UrhG .....	222
(b) Interessenausgleich .....	225
(aa) Zulässigkeit einer Interessenabwägung .....	225

(bb) Berücksichtigung urheberpersönlichkeitsrechtlicher Wertungen .....	226
(c) Zwischenergebnis .....	227
(3) Trend des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Inhaltsbegrenzung .....	228
d) Zwischenergebnis .....	230
C. Die freie Benutzung im digitalen Zeitalter .....	231
I. Prüfungsgang .....	231
II. Verallgemeinerung der Parodierechtsprechung .....	232
1. Vergleichsgruppe: Meme .....	232
2. Gemeinsamkeiten und Unterschiede .....	232
3. Verfassungsrechtliche Einbettung von Memen .....	233
a) Kunstfreiheit .....	233
b) Meinungsfreiheit .....	234
c) Nebeneinander von Kunst- und Meinungsfreiheit .....	235
III. Untersuchung der Entscheidungen „Germania 3“, „Metall auf Metall“ und „Pelham u. a.“ .....	236
1. Sachverhalt und Verfahrensgang .....	236
a) „Germania 3“ .....	236
b) „Metall auf Metall“ .....	237
c) Zusammenfassung der Entscheidungsgründe .....	239
2. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Metall auf Metall und Germania 5 .....	240
a) Argumentationslinie .....	240
aa) Bedeutung der Kunstfreiheit .....	240
(1) Kultureller Fortschritt als Regelungszweck .....	240
(2) Vom analogen zum digitalen Urheberrecht .....	241
(3) Bewertung .....	242
(a) Zulässige Inanspruchnahme der Leistungen Dritter .....	242
(b) Berücksichtigung genrespezifischer Aspekte .....	244
(c) Gleichwertigkeit traditioneller und digitaler Kunstformen .....	245
bb) Erforderlichkeit der kunstspezifischen Betrachtung .....	246
(1) Quantität und Qualität der Elemente .....	246
(2) Eigenständige Reproduktion .....	247
(3) Lizenzierungsmöglichkeit als untaugliche Alternative .....	248
(4) Bewertung .....	249
(a) Keine Gleichstellung von Leistungsschutz- und Urheberrechten .....	249
(aa) Quantität und Qualität der entnommenen Sequenz ..	249

(bb) Entsprechende Anwendung von § 24 Abs. UrhG ...	250
(α) Revisionsurteil .....	250
(β) Urteil des Bundesverfassungsgerichts .....	252
(b) Unschärfen bei Beurteilung der Erforderlichkeit der Übernahme .....	253
(c) Gleichstellung des Verfügungsrechts mit weitreichender Verbotsmacht .....	255
cc) Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht .....	255
(1) Geringfügigkeit des Eingriffs .....	255
(2) Substitutionsgefahr .....	256
(3) Bewertung .....	257
(a) Sozialbindung des geistigen Eigentums .....	257
(b) Optionale Freistellung vom Verwertungsrecht .....	258
(aa) Beschränkung des Verfügungsrechts .....	258
(bb) Keine Freistellung vom Verwertungsrecht .....	258
(cc) Das Verhältnis von Leistungs- und Urheberrechtsschutz .....	259
b) Zusammenfassung der Leitgedanken .....	260
aa) Anerkennung digitaler Kulturtechniken .....	260
bb) Abwägung als Ordnungsprinzip .....	261
cc) Das Urheberpersönlichkeitsrecht als nicht zu berücksichtigender Faktor .....	263
(1) Nähe zur Fair-Use Doktrin .....	263
(2) Divergierende Ausgangspunkte bei der Bewertung .....	264
(3) Folge für die Rolle des Urheberpersönlichkeitsrechts .....	265
c) Zwischenergebnis .....	265
3. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs der Europäischen Union – Pelham u. a. ....	265
a) Vorlagefragen .....	266
b) Argumentationslinie .....	266
aa) Bedeutung der Kunstfreiheit .....	266
bb) Vervielfältigungsbegriff aus Art. 2 InfoSoc-Richtlinie .....	267
c) Bewertung .....	268
aa) Durchführung einer Interessenabwägung .....	268
bb) Rechtsprechungsverwandtschaften .....	269
cc) Anerkennung der veränderten kultur-ästhetischen Rahmenbedingungen .....	270
dd) Nähe zum Institut der freien Benutzung .....	271
(1) Begrenzung des Schutzgegenstandes durch den Gerichtshof der Europäischen Union .....	271

(2) Parallelen zu § 24 Abs. 1 UrhG	272
(3) Widersprüchlichkeit des Vorgehens	273
ee) Bestimmung von Negativvoraussetzungen	274
ff) Zwischenergebnis und Ausblick	277
4. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – Metall auf Metall IV	278
a) Argumentationslinie	278
aa) Zeitraum vor Inkrafttreten der InfoSoc-Richtlinie	279
bb) Zeitraum nach Inkrafttreten der InfoSoc-Richtlinie	280
b) Bewertung	281
aa) Liberale Tendenz des Bundesgerichtshofs	281
bb) Untauglichkeit des Kriteriums der Wiedererkennbarkeit	283
c) Zwischenergebnis und Ausblick	285
aa) Rechtsstreit „Metall auf Metall“	285
bb) Unionsrechtswidrigkeit von § 24 Abs. 1 UrhG	285
cc) Auswirkung der Rechtsprechung auf das weiter Vorgehen in dieser Arbeit	286
5. Übertragbarkeit auf Meme	287
a) Kunstspezifische Betrachtung bei digitalen referenziellen Kunstwerken	287
aa) Digitale Gestaltungstechnik	287
bb) Re-Use als genrespezifischer Aspekt	288
b) Urheberrecht statt Leistungsschutzrecht	288
aa) Quantität und Qualität der entnommenen Elemente	289
bb) Eigene Reproduktion	290
cc) Eingriffsintensität in die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG	290
c) Zwischenergebnis	292
IV. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt der kunstspezifischen Betrachtung	293
1. Begrenzung des Schutzbereichs	293
a) Orientierung am Nutzungszweck	294
b) Einschränkung des Urheberrechts	294
2. Anwendung des Zitatrechts	295
a) Unanwendbarkeit bei Zugrundelegung eines engen Vervielfältigungsbegriffs	296
b) Leistungsschutzrechte	297
c) Schutz von Werken	298
3. Eigenständiger Privilegierungstatbestand	300
a) Fehlende Regelungslücke	300
aa) Nationale Bestrebungen	301
(1) Judikative	301
(2) Legislative	302

bb) Europäische Bestrebungen	303
(1) Judikative	303
(2) Legislative: EU-Urheberrechtsreform	303
(a) Übereinstimmendes Regelungsziel	303
(b) Überholte Einschätzung	305
cc) Zwischenergebnis	306
b) Dichotomie von Rechtssicherheit und Inflexibilität	306
c) Technologieneutralität	307
4. Zwischenergebnis	308
V. Die zukünftige Rolle von § 24 Abs. 1 UrhG	309
1. Dogmatische Einordnung im Kontext digitaler referenzieller Benutzungsformen	309
2. Bedeutung der Kunstfreiheit	310
D. Zusammenfassung der Maßstäbe	311
I. Freie Benutzung aufgrund eines äußeren Abstandes	311
II. Freie Benutzung aufgrund eines inneren Abstandes	312
1. Inhaltliche Auseinandersetzung	313
2. Ästhetische Auseinandersetzung	313
3. Folge der kunstspezifischen Betrachtung von § 24 Abs. 1 UrhG	313
E. Einordnung von Memen in das System der abhängigen Schöpfungen	314
I. Neuschöpfung	314
II. Selbständigkeit des Werkes	315
1. Urheberrechtsrelevanz der Werknutzung	315
2. Hinreichender Abstand	316
a) Indizwirkung der memetischen Dimensionen	316
aa) Veränderung der Ebene der Form	317
bb) Veränderung der Ebene des Inhalts	317
cc) Veränderung der Ebene der Haltung	318
b) Untersuchung der memetischen Fallgruppen	318
aa) Entwicklung einer Subkultur	318
(1) Ästhetische Auseinandersetzung	319
(a) Keine inhaltliche Bezugnahme	319
(b) Kunstspezifische Betrachtung	320
(2) Distanzschaffende Elemente	321
(a) Schrifttext	321
(b) Collage und Bearbeitung	322
(3) Zwischenergebnis	323
bb) Auseinandersetzung mit massenmedialen Inhalten	323

(1) Inhaltliche Auseinandersetzung	324
(2) Bezugspunkte der Auseinandersetzung	324
(3) Distanzschaffendes Element	325
cc) Zwischenergebnis	325
III. Zweifelsregelung	326
1. Bedarf einer Zweifelsregelung	326
2. Folgebetrachtung	327
a) Einordnung als Bearbeitung	327
b) Einordnung als freie Benutzung	328
3. Ergänzender Schutz durch § 14 UrhG	329
a) Vermögensrechtlicher Charakter von § 23 UrhG	329
b) Schutz der Werkintegrität	330
aa) Normverhältnis zu §§ 23, 24 UrhG	330
(1) §§ 14, 23 UrhG	330
(2) §§ 14, 24 UrhG	331
bb) Relevanz bei Memen	332
(1) Inhaltliche Auseinandersetzung	332
(2) Ästhetische Auseinandersetzung	333
cc) Abgrenzung zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht	333
4. Schlussfolgerung	334
F. Flussdiagramm zur Einordnung von Memen	335
§ 4 Regelungsvorschlag für § 24 UrhG	336
A. Die gegenwärtige Ausgestaltung von § 24 Abs. 1 UrhG	336
I. Vorzüge von § 24 Abs. 1 UrhG	336
II. Regelungsdefizit von § 24 Abs. 1 UrhG	337
III. Interessenausgestaltung im Urheberrechtsgesetz	338
B. Ergänzung um Beispielkatalog	339
I. Status Quo: Leitlinien durch Rechtsprechung	339
II. Regelungsvorschlag: Leitlinien durch Gesetz	340
1. Vorzüge eines Beispielkatalogs	340
2. Inhaltliche Ausgestaltung der Regelbeispiele	341
a) Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „freien Benutzung“	341
b) Berücksichtigung digitaler referenzieller Kunstformen	342
aa) Inhaltliche Auseinandersetzung	342
bb) Ästhetische Auseinandersetzung	343
(1) Wesentliche Regelungsziele	343
(2) Abgrenzung zu kommerziell ausgerichteten Werknutzungen	344



cc) Zusammenfassung der Regelungsziele .....	345
III. Konkreter Regelungsvorschlag .....	345
C. Fazit .....	346
I. Bedeutung für den nationalen Rechtsrahmen .....	346
II. Regelungsoptionen im Unionsrecht .....	346
1. Einführung einer Schrankenbestimmung .....	347
2. Einführung einer Schutzzumfangbestimmung .....	348

#### *Teil 4*

<b>Schlussbetrachtung</b>	350
§ 1 Überblick über die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung .....	350
A. Meme als digitale Schutzobjekte des Urheberrechts .....	350
B. Das System der abhängigen Schöpfungen im digitalen Zeitalter .....	351
§ 2 Ausblick .....	352
A. Meme und Art. 17 DSM-Richtlinie .....	352
B. Tätigwerden der Legislative .....	353
§ 3 Anhang .....	356
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	359
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	373

## Abkürzungsverzeichnis

§	Paragraf
§§	Paragrafen
a. A.	andere Ansicht
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/ Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte (Zeitschrift)
Art.	Artikel
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BeckOK	Beck'scher Online Kommentar
Begr.	Begründer/Begründerin
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundesrates
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
COM/KOM	Europäische Kommission
CR	Computer und Recht
d. h.	das heißt
Datenbank-RL	Richtlinie 96/9/EG zu Datenbanken
ders.	Derselbe
DesignG	Designgesetz
dies.	dieselbe/dieselben
Diss.	Dissertation
DSM-RL	Richtlinie (EU) 2019/790 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG
ECLI	European Case Law Identifier
Einl.	Einleitung

EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGH-Generalanwalt	Generalanwalt am Gerichtshof der Europäischen Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GeschMG	Geschmacksmustergesetz
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR-Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (Zeitschrift)
GRUR Newsletter	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Newsletter (Zeitschrift)
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht (Zeitschrift)
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
h. M.	herrschende Meinung
HLR	Harvard Law Review (Zeitschrift)
Hrsg.	Herausgeber/Herausgeberin
Hs.	Halbsatz
i. S. d.	im Sinne der/des
i. V. m.	in Verbindung mit
IMAGE	Zeitschrift für interdisziplinäre Bildwissenschaft
InfoSoc-RL	Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft
IPQ	Intellectual Property Quaterly (Zeitschrift)
JAAC	Journal of Aesthetics and Art Criticism (Zeitschrift)
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (Zeitschrift)
JIPLP	Journal of Intellectual Property Law & Practice (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
K&R	Kommunikation und Recht (Zeitschrift)
LG	Landgericht
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung – in Fortführung der „Kommentierten BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring
Min.	Minute
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
MMR-Beil.	Multimedia und Recht – Beilage (Zeitschrift)
MüKo	Münchener Kommentar
n. F.	neue Fassung

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLW	A New Literaries Sampler (Zeitschrift)
NMS	New Media & Society (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
RBÜ	Revidiertes Berner Übereinkommen
RGZ	Entscheidungssammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
S.	Seite
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
Schutzdauer-RL	Richtlinie 93/98/EWG zu Fotografien mit dem Hauptregelungsbe- reich der Schutzdauer im Urheberrecht
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
SMR	The Social Media Reader (Zeitschrift)
Software-RL	Richtlinie 2009/24/EG zu Computerprogrammen
sog.	sogenannt
TRIPS	Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geis- tigen Eigentums
u. a.	unter anderem
UFITA	Archiv für Medienrecht und Medienwissenschaft (Zeitschrift)
URG	Schweizer Urheberrechtsgesetz
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
UrhG-E	Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts (Diskussionsentwurf)
UrhR	Urheberrecht
Urt.	Urteil
v.	von/vom
Var.	Variante
Vermiet- und Verleih-RL	Richtlinie 2006/115/EG zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
WIPO	Weltorganisation für geistiges Eigentum
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
ZGE	Zeitschrift für Geistiges Eigentum
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, Rechtsprechungsdienst



## Teil I

# Einführung und Grundlage

Die vorliegende Dissertation beschäftigt sich mit dem System der abhängigen Schöpfungen im Urheberrecht. Im Vordergrund steht die Untersuchung des Normverhältnisses der §§ 16, 23 UrhG und § 24 Abs. 1 UrhG a.F. zueinander am Beispiel von Memen.

Die Arbeit wurde vor Einführung des Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des deutschen Binnenmarktes<sup>1</sup> eingereicht. Die in dieser Arbeit verwendeten Gesetzesbezeichnungen bezeichnen sich daher auf die Rechtslage vor Inkrafttreten des Gesetzes.

Das am 7. Juni 2021 in Kraft getretene Gesetz weist die Streichung von § 24 UrhG („Freie Benutzung“), die Modifikation und Ergänzung von § 23 UrhG („Bearbeitungen und Umgestaltungen“) sowie die Einführung der neuen Vorschrift § 51a UrhG („Karikatur, Parodie und Pastiche“) auf.

Das Gesetz setzt die Richtlinie (EU) 2019/790 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG (DSM-Richtlinie) um.

Weiter hat der Gesetzgeber das Urteil *Pelham u. a.* des Europäischen Gerichtshofs vom 29. Juli 2019 wesentlich in das neue Gesetz einfließen lassen. In diesem Urteil beschäftigte sich der EuGH mit der urheberrechtlichen Zulässigkeit digitaler, referenzieller Kunstformen am Beispiel des Musiksamplings, untersuchte mögliche Anknüpfungspunkte in der InfoSoc-RL für deren Herleitung und befand – infolge einer entsprechenden Vorlagefrage des Bundesgerichtshofs –, dass das im deutschen Urheberrecht verankerte Institut der freien Benutzung (§ 24 UrhG a.F.) mit dem unionsrechtlichen Rahmen unvereinbar sei.

Mit den Veränderungen durch das Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des deutschen Binnenmarktes sind zentrale Vorschriften des Systems der abhängigen Schöpfungen, anhand derer die urheberrechtliche Zulässigkeit von Memen in dieser Arbeit beurteilt wird, modifiziert worden bzw. weggefallen.

Ungeachtet dessen bleibt die Arbeit zukünftig bei der Auslegung des Urheberrechtsgesetzes von Bedeutung:

- Der EuGH setzte sich wie zuvor das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof in den Entscheidungen *Metall I* bis *Metall IV* in *Pelham u. a.* erstmals

---

<sup>1</sup> BGBl. 2021 I S. 1204.

mit der urheberrechtlichen Beurteilung von Remixes auseinander, den popkulturellen Phänomenen des 21. Jahrhunderts.

Die dabei entwickelten Maßstäbe sind auch grundlegend für die Beurteilung der urheberrechtlichen Schutzwürdigkeit von Memen. Die in diesem Zusammenhang in dieser Arbeit erfolgte Untersuchung von *Pelham u. a.* und *Metall I* bis *Metall IV* bleibt relevant.

- § 24 Abs. 1 UrhG a.F. ist nicht ersatzlos weggefallen.

Der in dem Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des deutschen Binnenmarktes gewählte Ansatz besteht vielmehr darin, den Regelungsgehalt von § 23 UrhG a.F. zu ergänzen. Wie der Wortlaut von § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG n.F. zeigt, hat der Gesetzgeber das Bearbeitungsrecht um die schutzumfangbegrenzende Funktion der freien Benutzung ergänzt.

Vor diesem Hintergrund sind gewonnene Erkenntnisse zur Funktionsweise von § 24 Abs. 1 UrhG im Vergleich zu Schrankenregelungen im europäischen (insbesondere Art. 5 InfoSoc-RL) und nationalen Kontext (§§ 45 ff. UrhG) weiterhin bei der Auslegung von § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG heranzuziehen.

- Gleiches gilt für die Ausfüllung des Werkbegriffs nach § 2 UrhG aufgrund des vormals deklaratorischen Charakters von § 24 UrhG.

Die Vorschrift stellte klar, dass ein in freier Benutzung eines fremden Werkes geschaffenes, neues Werk von diesem selbständiges Schutzobjekt des Urheberrechts ist. Als immanente Schutzzumfangbegrenzung sorgte § 24 Abs. 1 UrhG bei transformativen Werknutzungen für ein erhöhtes Maß an Rechtssicherheit.

- Die Frage, ob Elemente vorbestehender Werke herangezogen werden dürfen, um Neue zu erzeugen, bleibt unabhängig von der veränderten gesetzlichen Grundlage – auch über Deutschlands Grenzen hinaus – relevant.

Wie die Diskussionen im Zusammenhang mit der Urheberrechtsreform gezeigt haben, fragen sich Urheber, Verlage, „Netzaktivisten“ und User, ob digitale referenzielle Erzeugnisse wie Meme, Remixes und Mashups ausschließlich fremde Rechte verletzen, oder aber ihrerseits urheberrechtlichen Schutz genießen.

Die Gewichtung der Interessen digitaler Kunstschaffender und dem Interesse der Allgemeinheit an einem reichen kulturellen und künstlerischen Kreislauf einerseits sowie der oftmals wirtschaftlich geprägten Interesse der Urheber andererseits ist Kernbestandteil dieser Arbeit.

## § 1 Einleitung

### A. Abhängige Schöpfungen und Internet-Meme

#### I. Wiederverwertung vorbestehender Werke

Es gibt nur wenige Werke, die absolut neu sind. Regelmäßig bauen Urheber<sup>2</sup> auf fremde Ideen auf und greifen gezielt oder intuitiv auf bereits bestehende Arbeiten zurück – etwa durch Übernahme ihres Gedankenkonzepts und verwendete Ausdrucksmittel.

„Die unablässige Verwandlung, das Weiterführen und Wetteifern [von] Werken“<sup>3</sup> ist kein Phänomen des digitalen Zeitalters, sondern reicht lange zurück. Früher mussten Künstler jedoch zunächst den Entwurf eines Bildes, den sie modifizieren und weiterentwickeln wollten, selbst unter Einsetzung ihres eigenen künstlerischen Vermögens zu Papier bringen. Albrecht Dürer etwa übersetzte einen von Andrea Mantegnas Kupferstichen, die gemeinhin als Himmelsleiter interpretiert werden, in eine Federzeichnung.<sup>4</sup> Er modifizierte mithin die Formsprache und ergänzte das Werk um eine neue Interpretation. Rubens verfuhr ähnlich mit einem Werk Tizians: Er modifizierte Details eines Gemäldes von Adam und Eva.<sup>5</sup>

Was in der analogen Welt einer zeitaufwendigen, mühseligen Herstellung bedurfte, erfolgt heutzutage durch wenige Mausklicks. Die Weiterentwicklung fremder Motive wird damit einerseits vereinfacht, andererseits sinkt die Hemmschwelle, mit dem Material Dritter zu verfahren. Hinzu kommt, dass das Internet als „kostenlose[s], globales[s] Publikationsmedium“<sup>6</sup> einen zusätzlichen Anreiz setzt, das Ergebnis des kreativen Prozesses mit Gleichgesinnten zu teilen.

An dieser Stelle kommt der für diese Untersuchung relevante Begriff des *Re-Use*<sup>7</sup> ins Spiel. Die Wiederverwertung fremder Inhalte ist ein beliebtes Stilmittel im digitalen Zeitalter und Ausdruck einer neuen, auf rasantem Informationsaustausch basierenden Gesellschaft, die in einen künstlerischen Dialog tritt. Remixe, Mashups, Meme und andere digitale referenzielle Kunstformen sind das Resultat einer „Demokratisierung der Kreativmittel“<sup>8</sup> durch das Internet.<sup>9</sup> Sie vermischen

<sup>2</sup> Die hier verwendete grammatische Form des Urhebers, Nutzers und Weitere erfasst m/w/d.

<sup>3</sup> Ullrich, Das Wetteifern der Bilder: Eine Archäologie der Mem-Kultur, abrufbar unter: <https://irights.info> (vollständiger Pfad im LitVZ).

<sup>4</sup> Ullrich, Das Wetteifern der Bilder: Eine Archäologie der Mem-Kultur, abrufbar unter: <https://irights.info> (vollständiger Pfad im LitVZ).

<sup>5</sup> Vgl. dazu Sachs, Er wollte ein besserer Tizian sein, abrufbar unter: <http://www.faz.net> (vollständiger Pfad im LitVZ).

<sup>6</sup> <https://juliareda.eu/reda-bericht-erklaert/#parody>, Nr. 12: Transformative Nutzung ermöglichen.

<sup>7</sup> Klass, ZUM 2016, 801, 801; Pfeifer, ZUM 2016, 805, 805.

<sup>8</sup> Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, 882.

<sup>9</sup> Pötzlberger, GRUR 2018, 675, 679.



gleichermaßen fremde Ideen und Formensprachen mit eigenen Elementen zur Generierung neuer, digitaler Inhalte. Zu diesem Zwecke werden Elemente vorbestehender Werke derart in den eigenen Schöpfungsprozess eingebunden, dass der referenzielle Charakter der neuen Schöpfung und damit das Stilmittel *Re-Use* den Adressaten förmlich „anspringt“.

## II. Internet-Meme

Im Gegensatz zu anderen digitalen Kulturtechniken berücksichtigt der Begriff des Mems neben der Kombination von Altem mit Neuem und der Nachahmung von Bestehendem schwerpunktmäßig die Interaktion von Internetnutzern. Sie sind das Resultat einer gezielten Auseinandersetzung mit dem Gedankensplitter eines Dritten. Die Erschaffung eines Mems erfolgt mit dem Ziel, auf der Grundlage von Bestehendem neue Inhalte zu erstellen; zudem geht mir ihr die Intention einher, in einen künstlerischen Dialog einzutreten. Das *Re-Use* erfüllt damit als prägendes Stilmittel bei Memen zugleich eine Kommunikationsfunktion. Durch diese Interkontextualität treiben Meme den Begriff der abhängigen Schöpfung im Vergleich zu anderen digitalen referenziellen Kunstformen „auf die Spitze“.

Meme sind insbesondere als Internetwitze bekannt, die popkulturelle Themen aufgreifen und auf digitalen Plattformen zirkulieren. Sie werden jedoch zunehmend auch einem ernsthaften Verwendungskontext als Mittel der politischen Partizipation zugeführt.<sup>10</sup> Diese Verknüpfung von Altem mit Neuem und dessen Relevanz für öffentliche oder teilöffentliche Diskurse demonstriert die Tiefe des erörterten Phänomens, die Meme seit ihrer Erfindung zum Ende des zwanzigsten Jahrhunderts zu einem kommunikations- und medienwissenschaftlichen Forschungsbereich der Memetik erhoben hat. Dieser Forschungsbereich soll in dieser Arbeit um die bislang kaum erforschte juristische Perspektive der Memetik ergänzt werden. Sie legt den Fokus weniger auf persönlichkeitsrechtliche als auf urheberrechtliche Fragestellungen, die sich bei Memen ergeben.

### B. Gang der Untersuchung und Methodisches

Die Arbeit leistet einen Beitrag zur aktuell geführten Debatte um die Problematik der abhängigen Werkschaffung.<sup>11</sup>

Gegenstand der Untersuchung ist, ob das deutsche Urheberrecht im Licht der Kunstfreiheit ausreichend Spielräume gewährt für das neue Stilmittel des *Re-Use*.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Shifman, Meme, S. 114–116.

<sup>11</sup> Zu dem Begriff der Abhängigkeit und dem Verhältnis der neuen Gestaltung zum Originalwerk vgl. S. 167 ff.

<sup>12</sup> Zum Begriff des *Re-Use* vgl. S. 80 ff.

Es wird der Frage nachgegangen, ob das Urheberrecht in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung mit Blick auf die Digitalisierung und das Internet noch immer geeignet ist, die veränderten Lebenssachverhalte hinreichend zu erfassen sowie die Interessen der Rechteinhaber und der Nutzer von Schutzgegenständen angemessen zu berücksichtigen. Im Zentrum der Überlegungen stehen die veränderten technologischen Rahmenbedingungen, die sich auf die kultur-ästhetische Rezeption des Kunstbegriffes im digitalen Zeitalter auswirken und damit auch das urheberrechtliche Werk als den Schutzgegenstand des Urheberrechtsgesetzes betreffen.<sup>13</sup>

Zur Veranschaulichung des analog-digitalen Spannungsfelds werden die Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes zum Werkbegriff<sup>14</sup> und zum System der abhängigen Schöpfungen<sup>15</sup> auf Internet-Meme angewendet. Da diese zahlreichen Merkmale der digitalen Referenzkultur miteinander vereinen, sind Internet-Meme als Paradigma der digitalen referenziellen Werkschaffung anzusehen. Folglich sind auch die in dieser Arbeit herausgearbeiteten Forschungsergebnisse auf andere digitale referenzielle Kunstwerke wie Remix-Filme<sup>16</sup>, Mashups<sup>17</sup>, Collagen, Appropriation Art<sup>18</sup> und Fan Fiction<sup>19</sup> übertragbar.

Zur Beantwortung der Frage, ob und inwieweit Meme im Konflikt mit dem deutschen Urheberrecht stehen, werden neben den originären Regelungszwecken der urheberrechtlichen Vorschriften die übergeordneten verfassungsrechtlichen Wertungen von Art. 14 und Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG bei ihrer Auslegung herangezogen.<sup>20</sup> Es folgt eine Untersuchung der bisherigen Ansätze zur Schaffung rechtlicher Rahmenbedingungen durch die Rechtsprechung: Neben den Entscheidungen *Germania 3* und *Metall auf Metall*<sup>21</sup> des Bundesverfassungsgerichts sind die Entscheidungen *Deckmyn*<sup>22</sup> und *Pelham u. a.* des Gerichtshofs der Europäischen Union heranzuziehen.<sup>23</sup> Die so gewonnenen Erkenntnisse werden im Hinblick auf andere digitale Praktiken der abhängigen Werkschaffung ausgewertet.<sup>24</sup>

<sup>13</sup> Die veränderten Rahmenbedingungen werden zunächst bei der Schutzuntergrenze auf den S. 62 ff. und bei der Bestimmung einer neuen Werkart auf S. 104 ff. berücksichtigt sowie anschließend beim System der abhängigen Schöpfungen. Es geht um die Frage, ob und inwieweit der Anwendungsbereich von § 24 Abs. 1 UrhG auszulegen ist, vgl. S. 231 ff.

<sup>14</sup> Vgl. S. 57 ff., 82 f., 84 ff.

<sup>15</sup> Vgl. S. 158 ff., 314 ff.

<sup>16</sup> Dazu ausführlich *Maier*, Remixe auf Hostingplattformen.

<sup>17</sup> Dazu ausführlich *Gelke*, Mashups im Urheberrecht; vgl. auch *Mundhenke*, Mashups.

<sup>18</sup> Vgl. *Peifer*, in: Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag am 26. März 2013, 99–109.

<sup>19</sup> Vgl. *Knopp*, GRUR 2010, 28; *Stieper*, AfP 2015, (4), 301–305.

<sup>20</sup> So zunächst im Rahmen von § 2 Abs. 2 UrhG auf S. 80 ff. sowie anschließend im Rahmen von § 24 Abs. 1 UrhG auf S. 183 ff., 233 ff., 240 ff.

<sup>21</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74 – *Metall auf Metall*.

<sup>22</sup> EuGH, Urteil vom 03.09.2014, C-201/13, ECLI EU:C:2014:2132 – *Deckmyn*.

<sup>23</sup> Vgl. zu den Entscheidungen des BVerfG S. 236 ff., zu den Entscheidungen des EuGH S. 201 ff., 265 ff.

<sup>24</sup> Vgl. S. 287 ff.

Der Fokus der Arbeit liegt auf dem deutschen Urheberrecht, sodass die Auswirkung der grenzüberschreitenden außereuropäischen Verbreitung von Memen auf das anwendbare Recht außer Betracht bleibt. Dennoch ist darauf hinzuweisen, dass bei Memen und anderen digitalen referenziellen Kunstformen zahlreiche Berührungspunkte mit den Rechtsordnungen anderer Länder entstehen. Sie resultieren zum einen daraus, dass Meme in zahlreichen Ländern der Welt digital verfügbar sind. Zum anderen enthalten Meme aufgrund der digital-globalen Vernetzung häufig Fremdmaterial von Rechteinhabern aus verschiedenen Ländern, sodass Kumulationen und Kollisionen mehrerer Rechtsordnungen stattfinden können. Hinzu tritt der meist ausländische Unternehmenssitz zahlreicher digitaler Plattformen. Für kunstschaaffende Internetnutzer stellt sich damit die Frage, nach welcher Rechtsordnung sich die urheberrechtliche Zulässigkeit ihres Tuns richtet. Liegt eine Urheberrechtsverletzung mit Auslandsbezug und damit ein grenzüberschreitender Sachverhalt vor, ist das Internationale Privatrecht heranzuziehen, das eine Kollision der betroffenen Rechtsordnungen verhindert.<sup>25</sup>

## § 2 Eingrenzung des Forschungsgegenstandes

### A. Begriffsbestimmung – Was ist ein Mem?

Im Folgenden wird das Phänomen des Internet-Mems vorgestellt. In der darauffolgenden urheberrechtlichen Untersuchung ist es als Repräsentant der Gattung des *Re-Use* zu betrachten.

### I. Begriffsbiographie

Richard Dawkins verwendete den Begriff „Mem“ erstmals unter Bezugnahme auf das biologische Gen, um die Übertragung und Verbreitung kultureller Inhalte zu erklären. In seinem Werk *The Selfish Gene* aus dem Jahr 1976 vergleicht er das „biologische Gen“ als biologische Informationseinheit mit einem „Mem“ als kulturelle Informationseinheit.<sup>26</sup> In gleicher Weise wie Gene sich unablässig durch Reproduktion, Mutation und Selektion vervielfältigen und verändern, vervielfältigen und verändern sich auch diese kulturellen Informationseinheiten.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Damit gelangt aus deutscher Perspektive Art. 3 EGBGB zur Anwendung, demzufolge sich das anzuwendende Recht bei grenzüberschreitenden Sachverhalten nach den Vorschriften des EGBGB richtet. Eine Ausnahme gilt nach Art. 3 Nr. 1 EGBGB, wenn die Rom-II-Verordnung anwendbar ist, die das internationale Privatrecht auf europäischer Ebene harmonisiert hat. Zu den Einzelheiten der Anwendbarkeit des deutschen Urheberrechts siehe *Maier*, Remixe auf Hostingplattformen, S. 101, die neben der Rom II-VO noch auf das anwendbare Recht aus Perspektive U.S.-amerikanischer Gerichte eingeht; ähnlich *Ziegler*, Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing, S. 21.

<sup>26</sup> *Dawkins*, *The Selfish Gene*, S. 189; *Wenz*, in: *Medienlinguistik 3.0*, S. 193, 197.

<sup>27</sup> *Dawkins*, *The Selfish Gene*, S. 32.

Zur Umschreibung dieses Phänomens entwickelt Dawkins den Terminus „Mem“. Es ist eine Kurzform des griechischen Worts *mimeme* („etwas Nachgeahmtes“)<sup>28</sup> und wurde etymologisch, aufgrund der von Dawkins gezogenen Analogie, dem Wort *gene* („Gen“) nachempfunden. Es weist darüber hinaus Verwandtschaft zum französischen Wort *le même* („das Gleiche“) sowie zum englischen *memory* („sich erinnernd“) auf.<sup>29</sup> Meme folgen in ihrer Entwicklung und Verbreitung den aus der Genetik bekannten Prinzipien des Universellen Darwinismus<sup>30</sup>: Zunächst erfolgt die Übertragung (*replication*) einer kulturellen Einheit, die unter Beibehaltung ihrer grundlegenden Wesenszüge (*retention*) imitiert und variiert wird (*variation*). Anschließend konkurrieren die erzeugten Varianten (*competition*) um die nur begrenzt zur Verfügung stehende Aufmerksamkeit von Wirten, wobei nur die Meme, die sich in ihr soziokulturelles Umfeld einpassen, überleben und weiter verbreitet werden (*selection*). Die Verbreitung und Anpassung der Meme entspricht also laut Dawkins in vielem dem biologischen Evolutionsprozess.<sup>31</sup> Als Beispiele für Meme nennt Dawkins Kulturartefakte, die viele Menschen zugleich oder nacheinander prägen, also etwa Melodien, die wir hören und nachpfeifen (z. B. das Lied *Happy Birthday*)<sup>32</sup>, Ideen und Überzeugungen, die als gesprochenes und geschriebenes Wort tradiert werden<sup>33</sup> oder auch Sprachen<sup>34</sup>. Dawkins präzisiert daher, dass Meme kleine kulturelle Einheiten seien, die durch Kopie und Nachahmung von Person auf Person übertragen werden.<sup>35</sup>

## II. Meme im Zeitalter des Internets

Der Begriff „Mem“ wurde mit der Entstehung der Internetkultur vermehrt aufgegriffen. Als Kompositum Internet-Mem<sup>36</sup> wird er zur Bezeichnung von Inhalten verwendet, die im Internet entstehen und sich dort in gleicher, imitierter oder transformierter Form schnell und unaufhaltsam verbreiten. Im einundzwanzigsten Jahrhundert sind Meme mithin nicht mehr ausschließlich Gegenstand akademischer Diskussionen, sondern Element der Massenkultur.<sup>37</sup> Dies dokumentiert sich auch

<sup>28</sup> Dawkins, *The Selfish Gene*, S. 192.

<sup>29</sup> Shifman, in: *Digital Keywords*, S. 197, 198.

<sup>30</sup> Dawkins, *The Selfish Gene*, S. 322; Shifman, *Meme*, S. 16; Shifman, in: *Digital Keywords*, S. 197.

<sup>31</sup> Moskopp/Heller, *Internet-Meme*, Kapitel 1 – Kleine Einführung in die Memetik.

<sup>32</sup> Dawkins, *The Selfish Gene* S. 192; Shifman, in: *Digital Keywords*, S. 197, 198.

<sup>33</sup> Blackmore, *The Meme Machine*, 187 ff.; Dawkins, *The Selfish Gene*, 192 f.; Dennett, *JAAC* 1990, 127–135, 129; vgl. auch Dennett, *Darwin's Dangerous Idea*, S. 344.

<sup>34</sup> Dawkins, *The Selfish Gene*, 192 ff.; Moskopp/Heller, *Internet-Meme*, Kapitel 1 – Kleine Einführung in die Memetik.

<sup>35</sup> Dawkins, *The Selfish Gene*, S. 192; Shifman, in: *Digital Keywords*, S. 197, 197.

<sup>36</sup> Wenz, in: *Medienlinguistik* 3.0, S. 193, 197.

<sup>37</sup> Knobel/Lankshear, *NLS* 2007, 199, 202; Wenz, in: *Medienlinguistik* 3.0, S. 193, 195; ähnlich Moskopp/Heller, *Internet-Meme*, Kapitel 1 – Internet-Meme als virale Inhalte.

darin, dass der Begriff des „Internet-Mems“ mittlerweile Eingang in das Oxford Dictionary<sup>38</sup> gefunden hat.

### 1. Internet: Das World Wide Web

Das Internet ist Knotenpunkt einer globalen Welt und für jeden erreichbar, der über die technischen Möglichkeiten eines Internetzugangs verfügt. Es überwindet nationale und kulturelle Grenzen und ermöglicht interaktive Formen weltweiter Kommunikation auch über politisches und gesellschaftliches Tagesgeschehen.<sup>39</sup>

Dieser Effekt resultiert unter anderem aus der zunehmenden Bereitstellung von Diskussionsforen, die als virtueller Ort der Begegnung, des Meinungs- und Erfahrungsaustauschs von Menschen unterschiedlicher Kultur- und Interessenkreise genutzt werden. Da die Kommunikationspartner sich nur im virtuellen Raum begegnen, ist diese Form der Kommunikation maßgeblich durch die Anonymität der Internetnutzer geprägt. Dies hat zur Folge, dass solche Kommunikationsgemeinschaften soziale, geografische, kulturelle oder ökonomische Grenzen überwinden können.<sup>40</sup>

Hinzu kommt, dass digitale Plattformen eine weitgehend selbst organisierte Interaktion der Internetnutzer ermöglichen. Inhalte können in Schrift, Bild und anderen Multimediaeffekten erzeugt, ausgetauscht und weiterverarbeitet werden. Mithilfe digitaler Techniken wie Microsoft Paint, Photoshop und Windows Movie Maker entstehen nutzergenerierte Inhalte mittels weniger Klicks.<sup>41</sup> Zu den bekanntesten digitalen Plattformen zählt das Soziale Netzwerk Facebook sowie die Blogging Dienste Twitter und Instagram. Sie bilden weltweite Kommunikationsstrukturen und folgen dem Grundsatz „Weg von den Wenigen, die für Viele produzieren, hin zu den Vielen“<sup>42</sup>, die unabhängig von Rangordnungen, geografischen Begrenzungen oder institutionellen Zugehörigkeiten<sup>43</sup> für Viele produzieren. Diese neue Kommunikationsstruktur ist potentiell auch Partizipationskultur.<sup>44</sup>

---

<sup>38</sup> Vgl. zweite Begriffsbeschreibung, abrufbar unter: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/meme> (zuletzt abgerufen am: 02. 11. 2017).

<sup>39</sup> Belwe, APuZ 2008, 2, 2.

<sup>40</sup> Davison, SMR 2012, 120, 1324.

<sup>41</sup> Vgl. Davison, SMR 2012, 120, 122 f.; Shifman, in: Digital Keywords, S. 197, 199 f.

<sup>42</sup> Meckel, APuZ 2008, 17–23, 17.

<sup>43</sup> Belwe, APuZ 2008, 2, 2.

<sup>44</sup> Vgl. zu dem Begriff Shifman, Meme, 12, 27 f.; Leavitt, in: Twitter and Society, S. 137, 145 ff.; Milner, The world made meme, 1 ff.

## 2. Memetik unter neuen Bedingungen

Im Unterschied zu dem von Dawkins entwickelten Begriff umschreibt das Kompositum „Internet-Mem“ eine Verbreitung kultureller Inhalte in neuartiger digitalisierter Form. Internet-Meme kursieren über Grenzen hinweg in den Sozialen Plattformen des Internets. Da Internet-Meme einander nicht reproduktionstreu imitieren, sondern variieren, sind sie interkontextuell miteinander verknüpft. Sie mutieren von Einheit zu Einheit und erfahren in ihrer Weitergabe eine eigenständige Prägung.<sup>45</sup> Internet-Meme setzen sich anteilig aus Bestehendem und Neuem zusammen.

Internet-Meme sind somit digitale Kulturartefakte<sup>46</sup>, die durch das World-Wide-Web und der dort vorhandenen Speichermöglichkeiten sichtbarer und tradierbarer sind als in der analogen Welt.<sup>47</sup> Dies zeigt sich auch bei offenen Plattformen wie 9gag, knowyourmeme.com sowie bei sogenannten Memhubs, die als eine Art Enzyklopädie der bekanntesten Meme fungieren.<sup>48</sup> Sie dokumentieren die prägenden Wesenszüge sowie seine Entwicklungsgeschichte.

## 3. Memetische Diffusion

Ein wesentliches Kriterium, das die Memetik im digitalen Zeitalter prägt, ist die memetische Diffusion von Informationseinheiten. Sie ist von dem Begriff des Viralen abzugrenzen.

### a) Virale Verbreitung

Der Begriff „viral“ wird verwendet, um im biomedizinischen Bereich die Verbreitungsformen von Viren zu umschreiben.<sup>49</sup> Im digitalen Zeitalter wird dieser aus der Biologie stammende Begriff entlehnt, um die rasante Verbreitung digitaler Inhalte im Internet zu fassen. Während bei Viren die Zellen als Wirte dienen, fungiert bei der Verbreitung digitaler Inhalte der Mensch als Wirt. Dazu setzt er seine aus Sozialen Medien und anderen digitalen Plattformen resultierenden Kontakte als wesentliche Ressource ein, um digitale Informationseinheiten zu verbreiten.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> Wenz, in: Medienlinguistik 3.0, S. 193, 194, 197; Shifman, in: Digital Keywords, S. 197, 199.

<sup>46</sup> Knobel/Lankshear, NLS 2007, 199, 203; Leavitt, in: Twitter and Society, S. 137, 149; Shifman, Meme, 20f.

<sup>47</sup> Shifman, Meme, S. 27.

<sup>48</sup> Vgl. etwa 4chan.org; tumblr.com.

<sup>49</sup> Moskopp/Heller, Internet-Meme, Kapitel 1 – Internet-Meme als virale Inhalte; Green/Jenkins/Krauskopf u. a., If It Doesn't Spread, It's Dead (Part One): Media Viruses and Memes, abrufbar unter: <http://henryjenkins.org> (vollständiger Pfad im LitVZ).

<sup>50</sup> Wenz, in: Medienlinguistik 3.0, S. 193, 195; Shifman, Meme, S. 56.

Prägend für diese virale Verbreitung ist die gleichbleibende Form der Information. Werden digitale Inhalte auf die dargestellte Art und Weise verbreitet, spricht man von „Virals“.

## b) Memetische Verbreitung

Die virale Verbreitung digitaler Inhalte ist abzugrenzen von der memetischen Diffusion. Letztere impliziert eine fortlaufende Erzeugung neuer Inhalte mit dem Ziel, „Variationen des Grundthemas“<sup>51</sup> zu erschaffen und diese anschließend in Umlauf zu bringen. Internetnutzer fungieren mithin nicht als Übermittlungsmaschinen, sondern nehmen Einfluss auf Formen und Inhalte, indem sie diese bearbeiten und erst danach ins Internet einstellen. Meme dienen so einerseits der Kommunikation untereinander<sup>52</sup>, andererseits als kreative Ausdrucksmittel<sup>53</sup>.

Virale Inhalte verbreiten sich hingegen in ihrem ursprünglichen Zustand. Bei der Übermittlung viraler Inhalte spricht man daher auch davon, dass Inhalte mit der Internetgemeinde „geteilt“ werden, während bei Memen ein kreativer Prozess vorausgesetzt wird.<sup>54</sup> Trotz dieser wichtigen Unterscheidung gibt es Gemeinsamkeiten zwischen einer viralen und einer memetischen Informationseinheit. Denn eine erfolgreiche memetische Diffusion setzt virale Verbreitungsmechanismen voraus.<sup>55</sup> Nur so erlangen digitale Informationseinheiten die für ein Mem erforderliche Internetprominenz, die weitere memetische Variationen der Ausgangseinheit auslöst. Dies zeigt: Ein Mem kann den andauernden Selektionsprozess digitaler Informationseinheiten im Internet nur durch die Kombination beider Komponenten überleben. Memetische und virale Prozesse greifen ineinander und ergänzen sich in ihrer Wirkungsweise.

Diese Verknüpfung von viraler Verbreitung und memetischer Variation lässt sich sehr gut an dem *Leave Britney Alone*-Video verdeutlichen, das der damals unbekannte Chris Crocker im Jahr 2007, als Britney Spears ein heftig kritisiertes Comeback versuchte, ins Netz stellte. Crocker forderte unter Tränen die Öffentlichkeit auf, die Jagd auf Spears einzustellen und den Star in Ruhe zu lassen. Dieses Video wurde zunächst millionenfach gesehen und geteilt. Es verbreitete sich viral und gewann auf diese Weise Internetpräsenz und Aufmerksamkeit. Zu einem Mem wurde es erst, als Britney-Fans und Britney-Kritiker dieses Video imitierten, parodierten oder kommentierten, indem sie eigene Variationen der Video-Sequenz verbreiteten.

<sup>51</sup> Wenz, in: Medienlinguistik 3.0, S. 193, 195.

<sup>52</sup> Kuemmel, in: Virale Kommunikation, S. 165, 167, 170.

<sup>53</sup> Shifman, Meme, S. 62; Shifman, in: Digital Keywords, S. 197, 202; Ullrich, Das Wett-eifern der Bilder: Eine Archäologie der Mem-Kultur, abrufbar unter: <https://irights.info> (vollständiger Pfad im LitVZ).

<sup>54</sup> Shifman, Meme, S. 62.

<sup>55</sup> Shifman, Meme, S. 60–62; Shifman, in: Digital Keywords, S. 197, 202.

#### 4. Nutzergenerierte Inhalte

In Abgrenzung zu viralen Inhalten sind Meme also ständiger Veränderung unterworfen. Sie sind in gewissem Umfang immer auch nutzergenerierte Inhalte. Dieser Begriff bezeichnet Medieninhalte, die anders als massenmediale Inhalte nicht in einer einseitigen Sender-Empfänger-Kommunikation verbreitet werden, sondern Resultat partnerschaftlicher, interaktiver Kommunikation sind, beispielsweise in den virtuellen Kommunikationsräumen des World-Wide-Web. Viele erzeugen Inhalte für Viele, die anschließend durch einen dialog-ähnlichen Austausch verbreitet und auch schrittweise modifiziert werden können. Auch Meme resultieren aus einem solchen interaktiven Austausch und sind Ergebnis der neuen digitalen Partizipationskultur des Internets.

#### 5. Funktionen der Internet-Memetik

Meme haben im digitalen Zeitalter die Dimension eines weitverbreiteten gesellschaftlichen Phänomens angenommen, das Anschauungen und Verhaltensweisen verschiedener gesellschaftlicher Gruppierungen beeinflusst. Es stellt sich die Frage, wieso Meme einen derart großen Einfluss entfalten.

##### a) Stärkung von Gruppenidentitäten

Eine wesentliche Funktion der Teilhabe an solchen Partizipationskulturen des Internets ist die Ausbildung von Gruppenidentitäten. Innerhalb der großen Internetgemeinde entstehen je spezifische Untergruppen, die sich in ihren kulturellen, politischen oder anderen Prägungen unterscheiden. Dies bedeutet: Der Kommunikationsschwerpunkt verlagert sich in der digitalen Sphäre weg von einer breiten massenmedialen Öffentlichkeit und hin zu kleinen überschaubaren Interessengruppen. Innerhalb solcher Untergruppierungen, sogenannten Subkulturen, findet ein reger Austausch zwischen den Gruppenmitgliedern statt, der auch mem-basiert erfolgen kann. Indem solche Gruppen Meme als Diskurselement einsetzen, spricht man auch von sogenannten Memsubkulturen.

Durch die Kombinatorik von Sprache, (Bewegt-)Bild und Musik entsteht eine eigene memororientierte Internetsprache<sup>56</sup>, die sich in Form subkulturell geprägter Memen manifestiert.<sup>57</sup> Durch die Verwendung solcher subkultureller Muster erfahren die Meme einer solchen Gruppe auch eine Verschlüsselung, die nur von Mitgliedern der Subkultur und nur bei Kenntnis des subkulturellen Hintergrund-

<sup>56</sup> Hartmann, Meme: Die Kunst des Remix, S. 7, abrufbar unter: <https://www.amadeu-antonio-stiftung.de> (vollständiger Pfad im LitVZ).

<sup>57</sup> Milner, The world made meme, 74 f.; vgl. auch Shifman, Meme, S. 113; Knobel/Lankshear, NLS 2007, 199, 217.



wissens hinreichend verstanden werden.<sup>58</sup> Da der Sinn dieser Meme Unbeteiligten weitgehend verschlossen bleibt, stärkt eine solche memororientierte Internetsprache die Gruppenidentität<sup>59</sup> und dient der Abgrenzung gegenüber anderen Nutzern.<sup>60</sup>

## b) Selbstdarstellung im Internet

Ein weiterer Grund für den Erfolg der Memetik ist die Möglichkeit zur Selbstdarstellung. Digitale Kanäle ermöglichen das Hochladen und Bewerten nutzergenerierter Inhalte, die einem breiten Publikum in Echtzeit zugänglich gemacht werden können.<sup>61</sup> Wegen der Vielzahl an Beiträgen müssen die Produzenten solcher nutzergenerierten Inhalte um die nur begrenzt vorhandene Aufmerksamkeit werben. Es beginnt ein Selektionsprozess. Ein hohes Maß an Aufmerksamkeit ist gleichbedeutend mit der Wertschätzung einer Leistung oder Person. Aufmerksamkeit innerhalb einer Gruppe tritt als Ressource an die Stelle materieller Güter und dient der Vergütung eines besonders unterhaltsamen, informativen oder kontroversen Beitrags.<sup>62</sup> Mit jedem neuen Beitrag streben die Produzenten nutzergenerierter Inhalte danach, als kreative Person in Erscheinung zu treten.<sup>63</sup> Auf genau dieser Motivation beruhen auch memetische Aktivitäten. Was Gegenstand des memetischen Diffusionsprozesses wird, rückt in den Aufmerksamkeitshorizont der anderen Nutzer. Partizipation am memetischen Prozess bedeutet also Sichtbarkeit für andere und Chance auf Resonanz.

Die Erzeugung, Verbreitung und Variation memetischer Inhalte eröffnet folglich neue Möglichkeiten der Internetpräsenz, also die Möglichkeit, über räumliche Grenzen hinweg Gruppenidentitäten auszubilden, zu bestätigen und innerhalb dieser Identitäten öffentlich wahrgenommen zu werden.

Die Funktion von Memen im virtuellen Raum des World Wide Web ermöglicht einerseits individuelle Wahrnehmbarkeit und Selbstdarstellung, andererseits die Einbindung in Gruppenidentitäten. Dies führt laut Shifman zu einer neuen Form des „vernetzten Individualismus“<sup>64</sup>. Menschen, vor allem die Jungen und Internetaffinen, nutzen Meme und soziale Plattformen, um ihre Individualität und Kreativität und zugleich auch Verbundenheit mit den anderen Nutzern darzustellen.

<sup>58</sup> Shifman, Meme, S. 113; Knobel/Lankshear, NLS 2007, 199, 217; Wenz, in: Medienlinguistik 3.0, S. 193, 194, 208 f.; vgl. auch Zappavigna, Discourse of twitter and social media, 105 f.

<sup>59</sup> Wenz, in: Medienlinguistik 3.0, S. 193, 194, 208 f.

<sup>60</sup> Shifman, Meme, S. 37; Milner, The world made meme, Genre, humor, and the construction of the social; Shifman, in: Digital Keywords, S. 197, 203; Wenz, in: Medienlinguistik 3.0, S. 193, 208; Zappavigna, Discourse of twitter and social media, S. 101.

<sup>61</sup> Vgl. Lanham, The Economics of Attention, S. 138.

<sup>62</sup> Dazu vertieft Lanham, The Economics of Attention, S. 1; Goldhaber, Das Internet ist ein Mittel, Aufmerksamkeit zu erlangen, abrufbar unter: <https://www.heise.de> (vollständiger Pfad im LitVZ).

<sup>63</sup> Shifman, Meme, S. 36; Shifman, in: Digital Keywords, S. 197, 203.

<sup>64</sup> Shifman, Meme, S. 35.

## c) Einflussnahme auf öffentliche Meinungen

Erzielen Meme weite Verbreitung und gewinnen öffentliche Aufmerksamkeit, können sie über ihre subkulturelle Funktion hinaus auch eine gesamtgesellschaftliche, auf Politik oder Unternehmen bezogene Funktion erfüllen. Sie fungieren dann als Diskursinstrument öffentlicher Kommunikation und werden dazu genutzt, nicht nur Alltägliches, Belangloses oder individuell Aktuelles, sondern Politisches, Markenprofile oder Unternehmensimages in den Fokus öffentlicher Aufmerksamkeit zu rücken.<sup>65</sup>

Unternehmen machen Meme etwa zum Vehikel ihrer Werbung und führen ihre Produkte spielerisch und als Werbung vielfach unerkannt<sup>66</sup> mittels digitaler Plattformen in das Bewusstsein der Kunden ein.<sup>67</sup>

Die Politik bindet Meme in politische Kampagnen ein.<sup>68</sup> Indem ein Thema oder eine Meinung auch mittels Memen vorgetragen wird, soll die Öffentlichkeit möglichst unbemerkt in Hinblick auf politische Positionen und Personen beeinflusst werden.<sup>69</sup> Auf diese Weise konstituieren Internet-Meme eine „digitale[n] Arena“<sup>70</sup> des politischen Diskurses, die einen globalen Aktionsradius zu entfalten vermag und neue Formen politischer Partizipation ermöglicht.

Memetische Prozesse spiegeln somit nicht nur gesellschaftliche, kulturelle oder subkulturelle Metamorphosen, sondern können selbst Triebfeder solcher Prozesse sein. Beleg dieser Funktion von Memen als politischen Diskurselementen sind unter anderem die Meme, die bei den vergangenen US-Präsidentenwahlkämpfen eingesetzt wurden.<sup>71</sup> So wurde etwa der Frosch Pepe<sup>72</sup>, der von vom Zeichner Matt Furie als Figur einer Comic-Serie entworfen worden war, eines der meistgeteilten Meme auf Tumblr. Als dann der rechte Flügel der Trump-Kampagne dieses Pepe-Mem für sich entdeckte, fungierte es in vielfältiger Abwandlung als Lockmittel, um die internetaffine junge Generation gezielt anzusprechen und für die Ansichten der Trump-Bewegung zu gewinnen.<sup>73</sup>

Der neu komponierte Terminus des Internet-Mems prägt daher die Begriffsbedeutung der Memetik neu.

<sup>65</sup> *Gal/Shifman/Kampf*, NMS 2016, 1698, 1700 f.

<sup>66</sup> Vgl. zu der Problematik der Nichtkenntlichmachung des kommerziellen Zwecks auf einer privaten Internetseite OLG Celle, Urteil vom 08.06.2017, 13 U 53/17, GRUR 2017, 1158 – *Hashtag #ad*.

<sup>67</sup> Vgl. <https://allfacebook.de/toll/state-of-facebook>: sechs Millionen Unternehmen buchen Werbung auf Facebook, zwei Millionen auf Instagram.

<sup>68</sup> Vgl. Abbildungen 5a-c auf S. 357.

<sup>69</sup> *Shifman*, Meme, S. 114–116.

<sup>70</sup> *Gal/Shifman/Kampf*, NMS 2016, 1698, 1701.

<sup>71</sup> *Shifman*, Meme, S. 117.

<sup>72</sup> Vgl. Abbildung 5c auf S. 358.

<sup>73</sup> *Kühl*, Wo Frösche sind, da sind auch Rechte, abrufbar unter: <https://www.zeit.de> (vollständiger Pfad im LitVZ).

## B. Multimodalität

Im Zeitalter des Internets stehen vielfältige Ressourcen für die Erzeugung neuer Inhalte zur Verfügung.<sup>74</sup> Der grundlegende Wandel, der durch die Digitalisierung von Kommunikation bewirkt wurde, besteht insbesondere darin, dass eine Vielfalt von Kommunikationsmodi, die den optischen und/oder den akustischen Sinn ansprechen, genutzt und in vielfältiger Weise miteinander kombiniert werden können. Kommunikative Einheiten, die in dieser Weise konstruiert sind, werden in der Kommunikationswissenschaft als multimodal bezeichnet.<sup>75</sup>

### I. Akustisch und optisch operierende Modalitäten

Bei der Frage, welche Ressourcen in multimodalen Einheiten verwendet und miteinander kombiniert werden, ist grundsätzlich zwischen akustischen und optisch operierenden Modalitäten zu differenzieren.

Auf erstgenannter Ebene sind (gesprochene) Sprache, Musik und Geräusche einzuordnen. Optisch operierende Modalitäten, die eine visuelle Wahrnehmung ermöglichen, sind hingegen (Schrift-)Sprache sowie Stand- und Bewegtbilder. Dazu zählen Abbilder wie Fotos, Piktogramme wie Smileys und logische Bilder wie Grafiken und Tabellen.

Diese Vielfalt der multimodalen Ressourcen wird ergänzt um Inszenierungstechniken wie Lautstärke, Intonation, Schrifttyp, Verwendung von Schwarz-Weiss oder Farbe sowie um die Anordnung der verwendeten Elemente zueinander.<sup>76</sup> Die so erzeugten digitalen und multimodalen Einheiten können über das World Wide Web, also über Soziale Netzwerke verbreitet und kommentiert (*liken* und *upvoten*) werden. Auf diese Weise werden einzelne solcher Informationseinheiten bekannter und beliebter. Ist eine bestimmte Popularitätsschwelle überschritten, kann eine solche multimodale Informationseinheit „memfähig“ werden. Dies bedeutet zugleich, dass der Inhalt wie die multimodale Form der Informationseinheit in bestimmten kulturellen Kontexten/Räumen als bekannt unterstellt werden und im Sinne eigener kommunikativer Interessen formal und inhaltlich verändert und weiterverwendet werden können. Diese Variationen sind dank digitaler Kommunikationsinstrumente leicht zu erstellen und können alle Ebenen der multimodalen Form betreffen.<sup>77</sup>

Im Folgenden sollen die wichtigsten multimodalen Ressourcen kurz vorgestellt werden.

<sup>74</sup> Hüther, in: Medienpädagogik, S. 345, 346.

<sup>75</sup> Bucher, in: Bildlinguistik, S. 123, 123.

<sup>76</sup> Bucher, in: Bildlinguistik, S. 123, 125.

<sup>77</sup> Osterroth, IMAGE 2015, 26, 36.

## II. Sprachmemetik

Sie kommt sowohl in gesprochener und gesungener als auch in geschriebener Form vor. Regelmäßig wird sie als Ergänzung von Bild- und Multimediamemetik herangezogen. Dort erfüllt sie den Zweck, das abgebildete Geschehen näher zu erläutern, mit Details anzureichern, es in Frage zu stellen, etc. Darüber hinaus geben sprachliche Elemente häufig Aufschluss über die Haltung des Mems zum jeweils behandelten Thema. Dies kann im Schrifttext auch durch die Wahl eines bestimmten Schrifttyps wie Fraktur, oder auch durch orthografische Gestaltung geschehen. Bei gesprochener Sprache übernimmt die Intonation, dialektale Variation oder Lautstärke diese Rolle.

Sprache ist demnach in gesprochener und in geschriebener Form ein wichtiges memetisches Ausdrucksmittel. Es tritt sowohl in Kombination mit anderen Modalitäten als auch in der Form reiner Sprachmemetik auf.

Da das Duplizieren digitalisierter sprachlicher Einheiten kaum technischer Kenntnisse bedarf und in Sekundenschnelle vollzogen werden kann, variieren Meme prototypisch vor allem im Bereich sprachlicher Modalität. Neben der Kopier- und Einfügen-Funktion können sprachliche Beiträge auf digitalen Plattformen durch Verlinkungen miteinander verknüpft und in neue Kontexte gestellt werden. Sobald eine Mehrzahl von Internetnutzern entsprechend verfährt, ist der Grundstein memetischer Diffusion gelegt. Diese Grundlegung erfolgt oft in Sozialen Netzwerken und bei Blogging Diensten, wo interaktive Kommunikation im Vordergrund steht und die bewusste Verwertung und Veränderung bestehender sprachlicher Textbausteine als neues digitales Stilmittel hervorsticht.

## III. Bild-Memetik

Bild-Meme beruhen auf optisch präsentierten Inhalten. Sie umfassen fotografische Standbilder, handgefertigte Gemälde, Piktogramme und alle Formen logischer Bilder wie etwa Tabellen oder Grafiken.<sup>78</sup> Hinzu kommen die Vielfalt der Bewegtbilder wie Realfilm-Sequenzen, animierte Filmsequenzen, bewegte Grafiken, etc. Der überwiegende Teil des memetisch genutzten Bildmaterials wurde für andere Zwecke erzeugt und wird durch den Einsatz im Mem zweckentfremdet verwendet.

Die Vielfalt der zur Verfügung stehenden Bilder, die Tatsache, dass Bild-Memetik inzwischen mithilfe einfachster Text- und Bildbearbeitungsprogramme rasch zu erstellen und zu variieren ist und dass Bild-Dateien jeder Art inzwischen nur noch wenig Speicherkapazität beanspruchen, machen inzwischen auch Bilder in besonderem Maße umlauffähig und damit memetisch nutzbar.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Moskopp/Heller, Internet-Meme, Kapitel 5; vgl. auch Ullrich, Social Media October, abrufbar unter: <http://www.pop-zeitschrift.de> (vollständiger Pfad im LitVZ).

<sup>79</sup> Moskopp/Heller, Internet-Meme, Kapitel 9.

#### IV. Multimodale Memetik

Multimodale Memetik nutzt die multimodale Vielfalt der digitalisierten Medien und des Internets. Für alle multimodalen Meme gilt: Ihr Informationsgehalt resultiert aus dem Zusammenspiel der einzelnen Modalitäten.

Ihre geläufigste Form ist die Integration von geschriebener Sprache und Bild, die den optischen Kanal nutzt. Hierzu werden Bild-Makros verwendet, die dann um einen Schrifttext erweitert werden.<sup>80</sup> Ein häufiges Stilmittel ist das Einfügen des Textes in Form einer Bildunterschrift oder einer Sprechblase. Die Kombination von Bild- und Sprachmodalitäten erzeugt eine komplexe Informationseinheit, die sich aus dem Bedeutungszusammenhang von Sprache und Bild ergibt. Sprachliche Texte bereichern das im Bild Gezeigte um nicht abgebildete Details, informieren über zeitliche Abläufe und Hintergrundgeschichten, paraphrasieren, kommentieren, dramatisieren oder ironisieren das Gezeigte.<sup>81</sup> Abhängig von Inhalt und typografischer Gestaltung des Schrifttextes und seiner Beziehung zum Gezeigten wirkt das Makro plakativ oder dezent, ironisch-witzig oder ernst gemeint, ist komplex oder einfach zu verstehen.<sup>82</sup> Erst der Zusammenhang von Abgebildetem und Geschriebenem gibt dem Adressaten hinreichende Informationen zur Haltung des Mem-Verwenders.

Komplexere Formen der multimodalen Memetik nutzen den akustischen Kanal.<sup>83</sup> Dies ist oft verbunden mit der Verwendung von Bewegtbildern, also von Filmsequenzen, die als Tonfilm typischerweise auditive und visuelle Modalitäten vereinen. In solchen Mem-Varianten verbinden sich dann bewegte Bilder, gesprochene Sprache, Musik und Geräusche zu einem komplexen Ganzen. Ähnlich wie bei der Bild-Memetik wurde der Großteil der memetisch verwendeten Ton- und Videoinhalte für andere Zwecke erzeugt und wird im Mem zweckentfremdend genutzt.

Die Erstellung und Bearbeitung der letztgenannten multimodalen Memetik setzt technische Kenntnisse voraus und gestaltet sich daher deutlich aufwendiger. Daraus und auch aus den für solche Meme erforderlichen Dateigrößen resultiert eine eingeschränkte Umlauffähigkeit. Man findet solche komplexen Formen der multimodalen Memetik insbesondere auf Video-Hosting-Seiten wie YouTube. Kleine Dateiformate finden aber auch regelmäßig ihren Weg in Soziale Netzwerke.

Die bekannteste Ausdrucksform der filmisch gestalteten Multimedia-Memetik sind *Graphic Interchange Formats*, sogenannte GIFS. Dieses Grafikformat ist wie geschaffen für Meme, da es wenig Speicherkapazität benötigt und ohne die Installation spezieller Software abspielbar ist.<sup>84</sup> Ursprünglich war dieses Format

<sup>80</sup> Moskopp/Heller, Internet-Meme, Kapitel 8; vgl. Shifman, Meme, 105 ff.; Shifman, JVC 2014, 340, 343; Wenz, in: Medienlinguistik 3.0, S. 193, 196, 198 ff.

<sup>81</sup> Wenz, in: Medienlinguistik 3.0, S. 193, 198.

<sup>82</sup> Wenz, in: Medienlinguistik 3.0, S. 193, 198.

<sup>83</sup> Moskopp/Heller, Internet-Meme, Kapitel 8.

<sup>84</sup> Schumacher, „GIF it to me Baby!“ – 30 Jahre Graphics Interchange Format, abrufbar unter: <https://www.heise.de> (vollständiger Pfad im LitVZ).

eines für Einzelbilder, bei dem diese in geringer Auflösung und mit einer einfachen Farbpalette zur Erzeugung kurzer Sequenzen übereinandergelegt wurden.<sup>85</sup> Typischerweise werden sie für die Darstellung kurzer Animationen oder Filmsequenzen verwendet. Ein wichtiges Ausdrucksmittel der GIFs ist die Wiederholung einer bestimmten Einheit in Dauerschleife.<sup>86</sup> Dank ihres Bewegtbild-Charakters vermitteln GIFs Emotionen, durch die Nutzung von Wiederholungsschleifen bringen sie die Mem-Aussage „auf den Punkt“.<sup>87</sup>

## C. Entstehung memetischer Variationen

Es bleibt die Klärung der Frage, wie sich auf Grundlage einer einzelnen Informationseinheit derart viele Variationen bilden können. Nach der israelischen Kulturwissenschaftlerin Shifman liegt die Antwort in der Vielschichtigkeit eines Mems begründet.<sup>88</sup>

Meme enthielten drei Dimensionen, die sie Inhalt, Form und Haltung nennt.<sup>89</sup> Jede Dimension könne imitiert und variiert werden, woraus ihre Vielschichtigkeit und Vielseitigkeit resultiere.

### I. Inhalt und Form

Mit der Dimension des Inhalts bezeichnet Shifman das, was mittels der genutzten multimodalen Ressourcen gezeigt, geschrieben oder gesagt wird. Man könnte diese Dimension auch als das Thema des Mems bezeichnen.

Die Dimension der Form betrifft die Art und Weise, in der dieser Inhalt mittels multimodaler Ressourcen präsentiert wird. Die Dimension der Form umfasst somit alle optisch und/oder akustisch verwendeten Ressourcen, die zur Repräsentation des Inhalts genutzt werden.

Beide Dimensionen, sowohl die der Form als auch die des Inhaltes, können von Mem-Verwendern imitiert wie auch variiert werden. Zur Verdeutlichung der Form- und Inhaltsdimension sollen die im Anhang<sup>90</sup> abgedruckten drei Mem-Varianten des *Not sure if – Fry*-Mems genutzt werden.

<sup>85</sup> Moskopp/Heller, Internet-Meme, Kapitel 8 – Reaktionsvideos, Kapitel 9; Schumacher, „GIF it to me Baby!“ – 30 Jahre Graphics Interchange Format, abrufbar unter: <https://www.heise.de> (vollständiger Pfad im LitVZ).

<sup>86</sup> Shifman, Meme, S. 80.

<sup>87</sup> Schumacher, „GIF it to me Baby!“ – 30 Jahre Graphics Interchange Format, abrufbar unter: <https://www.heise.de> (vollständiger Pfad im LitVZ).

<sup>88</sup> Shifman, Meme, S. 40 ff.

<sup>89</sup> Shifman, Meme, S. 42.

<sup>90</sup> Vgl. Abbildung 2 auf S. 356.

Auf der Ebene der Form präsentieren die drei Einheiten das identische Standbild einer animierten Figur, die mit allen stilistischen Merkmalen einer bekannten Comic-Figur ausgestattet ist. Der obere und untere Bildrand sind mit Textzeilen überlagert, die alle in Schrifttyp und Satzstruktur (*Not sure if ..., or ...*) identisch sind.

Auf der inhaltlich-bildlichen Ebene erkennen versierte Mem-Nutzer, Shifman bezeichnet diese mit dem Terminus der Partizipationskultur<sup>91</sup>, anhand der verwendeten stilistischen Ressourcen die Figur *Fry* der US-Fernsehserie *Futurama*, die in dieser Serie einen intellektuell eher beschränkten Charakter verkörpert. Auf der sprachlich-inhaltlichen Ebene erkennen die Nutzer, dass die stets identische Satzstruktur des *Not sure if ... or ....* eine Entscheidungsfrage signalisiert, dass die Variation der ausgetauschten Satzteile („*Not sure if wrong password or wrong user name', if smart or just british', if real life or this just fantasy*“) die Entscheidungsfrage thematisch-inhaltlich variiert und die Entscheidungsfrage so der jeweiligen Verwendungssituation angepasst wird. Auf der Ebene Text-Bild-Beziehung erkennt der Betrachter schließlich, dass die Textzeilen, die das Bild oben und unten einrahmen, den Inhalt eines inneren Monologs der *Fry*-Figur wiedergeben.

## II. Haltung

Indem nun ein Mem-Nutzer eine solche Text-Bild-Einheit versendet, drückt er – und dies ist nach Shifman die dritte Dimension eines Mems – eine bestimmte Haltung aus. Bezugspunkt dieser Haltung kann jeder Faktor der memetischen Kommunikationssituation sein.<sup>92</sup> Anknüpfungspunkte bilden also etwa

- Inhalt/Thema der Kommunikation: Der Mem-Verwender will eine Haltung zu einer Situation, einer Person, einer Äußerung, etc. ausdrücken. Er will diese kommentieren, ironisieren, dramatisieren, ins Lächerliche ziehen, etc.
- Adressat/Adressaten der Kommunikation: Der Mem-Verwender will den Adressaten oder die Gruppe der an der Mem-Kommunikation partizipierenden Adressaten zu etwas bewegen, etwa zu Antworten oder zur Weiterverwendung und Weiterverbreitung des Mems auffordern, eine Meinung oder Einstellung zu übernehmen, etc.
- Sender der Mem-Kommunikation: Der Mem-Verwender will etwas über sich aussagen, etwa über seine Emotionen, Meinungen, Einstellungen, etc.
- Form der Kommunikation: Der Mem-Verwender will eine Haltung zur Form des Mems, zu Möglichkeiten der Mem-Variation, etc. ausdrücken.

<sup>91</sup> Shifman, Meme, S. 12.

<sup>92</sup> So Shifman, Meme, S. 43, die diese dritte Ebene in enger Anlehnung an das Kommunikationsmodell Roman Jacobsons (*Linguistics and Poetics* 1960) entwickelt.

Diese Funktionen der Mem-Kommunikation (Haltung) können in einer konkreten Verwendung einer Mem-Einheit einzeln, aber auch durchaus gleichzeitig realisiert sein und durch Imitation oder Variation von Form- und Inhaltselementen identisch beibehalten oder variiert werden.

Mit Blick auf die im Anhang abgedruckten Varianten des *Not sure if – Fry-Meme*<sup>93</sup> ließen sich, wenn man den Ansatz von Shifman anwendet, unter anderem folgende Befunde festhalten: Indem die Mem-Varianten des *Not sure if – Fry-Mems* das Abbild einer als intellektuell beschränkt geltenden Comicfigur mit einer ambivalent wertenden Entscheidungsfrage verbindet, signalisiert der Verwender

- bezogen auf sich selbst, dass er in der Bewertung einer Situation, einer Person oder einer Äußerung inhaltlich unsicher ist und er diese inhaltliche Unsicherheit, die durch die Formulierung der Entscheidungsfrage deutlich wird, mit einem gewissen Humor, einer gewissen Selbstironie und mit einer gewissen Distanz betrachtet
- bezogen auf den/die Adressaten und Teilnehmer der Mem-Kommunikation, dass er eine Reaktion veranlassen will und durch die vorgegebene Entscheidungsalternative Meinungen, Einstellungen, Parodien, etc. zu einer Person, zu einer Situation, etc. weiterverbreiten und prägen will
- bezogen auf die Form des Mems, dass Memes und deren Variation ein geeignetes Mittel sind, um Personen, Situationen, Äußerungen zu karikieren, zu kritisieren, auf Personen und Äußerungen hinzuweisen, etc.

Aus der Modifikation der drei Ebenen (Inhalt, Form, Haltung) entstehen zahlreiche memetische Variationen einer Ausgangseinheit. Diese Variationen sind die Folge der unterschiedlichen Empfängerhorizonte, die einerseits bestimmt sind durch die Erfahrungen und Interessenschwerpunkte des Sendenden und andererseits durch die vorherrschenden gesellschaftlichen Normen der jeweiligen Adressatenkreise.<sup>94</sup> Es gilt daher die Regel, dass die memetische Variantenvielfalt maßgeblich durch die Größe des Adressatenkreises eines Mems mitbestimmt wird.<sup>95</sup>

## D. Klassifizierung

Auf der Grundlage einer typisierenden Betrachtung werden nachfolgend Fallgruppen gebildet, die der Systematisierung von Memen dient. Während die erste Unterscheidung die Entstehungsgeschichte von Memen berücksichtigt, orientiert sich die zweite Unterscheidung an ähnlichen Attributen und verwandten Mustern,

<sup>93</sup> Vgl. Abbildung 1 auf S. 356.

<sup>94</sup> Leavitt, in: *Twitter and Society*, S. 137, 140 ff.

<sup>95</sup> Leavitt, in: *Twitter and Society*, S. 137, 140; ähnlich Kuemmel, in: *Virale Kommunikation*, S. 165, 171.



die sich auf der Ebene der Form und des Inhalts ergeben.<sup>96</sup> Die auf diese Weise entstandene Klassifizierung wird an späterer Stelle dieser Arbeit für die Beurteilung der urheberrechtlichen Zulässigkeit von Memen aufgegriffen.<sup>97</sup>

## I. Gründerbasierte und egalitäre Meme

Eine erste Unterscheidung ergibt sich aus der Einordnung als gründerbasiertes oder egalitäres Mem und wird durch die Entstehungsgeschichte eines Mem bedingt.<sup>98</sup>

Gründerbasierte Meme zeichnen sich dadurch aus, dass sie auf eine Ausgangseinheit rückführbar sind. Da diese Ausgangseinheit in den Memvarianten wiederholt und sichtbar aufgegriffen wird, ergibt sich eine chronologische Entstehungsgeschichte dieser Meme. Die Ausgangseinheit ist typischerweise ein Video, Foto, Text oder eine Melodie, die im Vorfeld viralen Verbreitungsmechanismen unterlagen und dadurch einer großen Zahl von Internetnutzern bekannt sind.<sup>99</sup>

Egalitäre Meme sind dagegen das Ergebnis eines gleichberechtigten Entstehungsprozesses mehrerer Internetnutzer. Sie treten innerhalb kurzer Zeit simultan in Erscheinung, ohne dass sich eine Ausgangseinheit bestimmen lässt. Anders als bei gründerbasierten Memen liegt ihnen keine chronologische Entstehungsgeschichte zugrunde. Ihre Verwandtschaft ergibt sich vielmehr aus einem bestimmten Muster, das allen Memen dieser Gruppe auf der Ebene der Form inneohnt.<sup>100</sup>

## II. Fallgruppen

### 1. Dokumentation realer Augenblicke

Die erste Fallgruppe bilden Meme, die konkrete, im nicht-digitalen Raum verankerte Momente dokumentieren und das auf diese Weise erzeugte fotografische oder filmische Material im digitalen Raum zur Verfügung stellen.<sup>101</sup> Bei Memen, die reale Augenblicke dokumentieren, handelt es sich in der Regel um egalitäre Meme, da im Vordergrund die Einhaltung eines Musters steht – namentlich die Imitation einer Pose oder Handlungsabfolge.

<sup>96</sup> *Shifman*, Meme, S. 58.

<sup>97</sup> Vgl. für die Frage, ob Meme Schöpfungsqualität aufweisen S. 57, 82 und für ihre Einordnung in das System der abhängigen Schöpfungen S. 314.

<sup>98</sup> Die Begriffe stammen von *Shifman*, Meme, 58 f.

<sup>99</sup> *Shifman*, Meme, 58 f.

<sup>100</sup> *Shifman*, Meme, 58, 113.

<sup>101</sup> *Shifman*, Meme, S. 97; *Shifman*, JVC 2014, 340, 347.

## a) Fototrend

Ein Beispiel dafür sind sogenannte Fototrends, bei denen ein Internetnutzer die Körperhaltung oder Handlung eines anderen nochmals ausführt.<sup>102</sup> Die Internetgemeinde wird mit Veröffentlichung des Materials zum Zuschauer. Der Witz dieses Mems besteht darin, dass die Handlung an völlig unterschiedlichen, scheinbar zufälligen Orten nachgestellt wird, wodurch eine Inkongruenz zwischen dem Protagonisten, den Randfiguren und dem Umfeld erzeugt wird. Das Foto ist eine Momentaufnahme, die keine inhaltlichen Zusammenhänge zu vergangenen oder zukünftigen Geschehnissen aufweist. Die nachgeahmte Pose ist damit nicht nur integraler Bestandteil dieser Meme, sondern bestimmt zugleich ihren Namen. Ein Beispiel sind die *Planking*-Meme<sup>103</sup>, bei denen sich Personen meist an öffentlichen Plätzen mit dem Gesicht nach unten und seitlich angelegten Armen steif hinlegen.

## b) Flashmob

Bei Flashmobs versammelt sich eine Gruppe Fremder an einem öffentlichen Ort, wo sie simultan eine bestimmte Abfolge von Bewegungen ausführen.<sup>104</sup> Die gemeinsamen Darbietungen reichen von fröhlichem Tanzen<sup>105</sup> über eingefrorene Bewegungen<sup>106</sup> bis hin zu kollektiven Kissenschlachten.<sup>107</sup> Sie werden filmisch dokumentiert und anschließend im Internet veröffentlicht. Flashmobs sind sowohl kommerzieller als auch politischer Natur. Sie schaffen eine gemeinsame Identität und vermitteln das Gefühl, gemeinsam für etwas eintreten zu wollen.<sup>108</sup>

## 2. Entwicklung einer „Memsukultur“

Die zweite Fallgruppe bilden Meme, die der Entwicklung einer Memsukultur dienen und ein neues fiktives Universum digitaler Inhalte erschaffen.<sup>109</sup> Da im Vordergrund die Reproduktion eines Musters steht, das fortlaufend neu ausgefüllt und neuen Auslegungsmöglichkeiten zugeführt wird, sind sie in der Regel egalitäre Meme.

<sup>102</sup> *Shifman*, Meme, 26, 97; *Shifman*, JVC 2014, 340, 343.

<sup>103</sup> Vgl. Abbildung 2 auf S. 356.

<sup>104</sup> *Shifman*, Meme, S. 98.

<sup>105</sup> Am 8. Juli 2009 versammelten sich in Stockholm mehr als 300 Menschen, um zu Ehren von Michael Jackson an verschiedenen Orten der Stadt zu seiner Musik zu tanzen.

<sup>106</sup> Am 31. Januar 2008 erstarrten gleichzeitig circa 200 Menschen im Grand Central Terminal in New York City für eine Dauer von fünf Minuten.

<sup>107</sup> Am 4. April 2009 trafen sich tausende Jugendliche am Kölner Dom aus Anlass des Pillow-Fight-Day.

<sup>108</sup> *Shifman*, Meme, S. 99.

<sup>109</sup> *Shifman*, Meme, 37, 113; *Shifman*, in: Digital Keywords, S. 197, 203; *Wenz*, in: Medienlinguistik 3.0, S. 193, 208; *Zappavigna*, Discourse of twitter and social media, S. 101.

## a) Stock Character Makros

Typisches Beispiel eines Mems, das in einer Memsubkultur geboren wird, sind Bildmakros<sup>110</sup> mit Standardfiguren (*Stock Character* Makros). Bei diesem Phänomen werden typisierende Abbildungen von Tieren oder Menschen verwendet, die als Vertreter einer Gruppierung angesehen und daher mit einer Reihe festgelegter Charakterzüge assoziiert werden.<sup>111</sup>

Auf der Ebene des Inhalts befassen sich solche Meme mit dem gesellschaftlichen Standing des jeweiligen Stereotyps sowie seinen (Miss-)Erfolgsmomenten.<sup>112</sup> Sie vermitteln Handlungsempfehlungen oder treffen generalisierende, einen Stereotyp betreffende Aussagen. Das Ziel von *Stock Character* Makros liegt in der kritischen Betrachtung bereits bekannter und der gemeinsamen Erschaffung neuer Stereotypen, die auf Klischees und Anschauungen zurückgehen, die in der Gesellschaft oder der Subkultur als bekannt unterstellt werden können.<sup>113</sup> Auf der Ebene der Form wird das stets gleiche Ausgangsmotiv verwendet und schablonenhaft mit weiteren multimodalen Ressourcen wie Textbausteinen und Hintergründen versehen.<sup>114</sup>

Das Besondere an *Stock Character* Makros ist damit ihr Kontrastreichtum, der durch die plakative Inszenierung eines ernsthaften Themas erzeugt wird. Ein prominentes Beispiel für *Stock Character* Makros sind *LOL Cats*.<sup>115</sup> Als bildsprachliches *Laughing Out Loud* (LOL), also lautes Auflachen als Reaktion auf etwas Lustiges, wird es als Kompositum mit dem englischen Wort Katze verwendet.<sup>116</sup> Diese Meme bestehen aus Fotos von Katzen in ungelungen, eingefrorenen Bewegungen, die mit systematisch falschen und kontrastierenden Bildunterschriften versehen werden und wertend auf die abgebildete Situation Bezug nehmen.<sup>117</sup> Obwohl diese Meme häufig gesellschaftlicher Abgrenzungen und der Isolierung einzelner Gruppierungen dienen, wird durch die Kombination von Situationskomik mit einem oftmals kindlich anmutenden Internetdialekt der Bildbeschriftung eine Absurdität geschaffen, die den Adressaten schmunzeln lässt. Der ernsthafte Kern des jeweiligen Mems zeigt sich dagegen erst bei tiefergehender Betrachtung.<sup>118</sup>

<sup>110</sup> Vgl. zu dem Begriff des Bildmarkos S. 44.

<sup>111</sup> *Shifman*, Meme, S. 107; *Shifman*, JVC 2014, 340, 343, 348.

<sup>112</sup> *Shifman*, Meme, S. 108.

<sup>113</sup> *Shifman*, Meme, 107 f.; *Shifman*, JVC 2014, 340, 353.

<sup>114</sup> *Shifman*, JVC 2014, 340, 348.

<sup>115</sup> Vgl. Abbildung 3 auf S. 357.

<sup>116</sup> *Shifman*, Meme, S. 105.

<sup>117</sup> *Moskopp/Heller*, Internet-Meme, Kapitel 5 – LOLcats; *Miltner*, „There’s no place for lulz on LOLCats“: The role of genre, gender, and group identity in the interpretation and enjoyment of an Internet Meme, unter: Results – Casual Users, abrufbar unter: <http://firstmonday.org> (vollständiger Pfad im LitVZ).

<sup>118</sup> *Miltner*, „There’s no place for lulz on LOLCats“: The role of genre, gender, and group identity in the interpretation and enjoyment of an Internet Meme, unter: Results – Casual Users, abrufbar unter: <http://firstmonday.org> (vollständiger Pfad im LitVZ).

## b) Classical Art-Mem

*Classical Art-Meme* basieren dagegen auf Werken der Kunstgeschichte. Es gibt zwei Ausprägungen von *Classical Art-Memen*. Zum einen werden sie eingesetzt, um Alltagsbeobachtungen des modernen Lebens mit klassischen Gemälden zu illustrieren.<sup>119</sup> Durch das Zusammenspiel von klassischer Malerei mit Jetztzeit-Elementen, die nicht typischerweise miteinander assoziiert werden, entsteht ein Paradoxon. Zum anderen werden *Classical Art-Meme* verwendet, um einen Abstand zum geschichtlich gewachsenen Kulturgut zu gewinnen, das hochkulturelle Bildung repräsentiert.<sup>120</sup> Indem ein Kunstwerk oder sein Künstler ins Lächerliche gezogen werden, distanziert sich der Sendende von der als elitär empfundenen Kunstwelt. Ein gängiges Beispiel sind Mona Lisa-Meme, die die Kunstikone mit vulgärem Schmollmund oder in „Selfie“-Position zeigen.<sup>121</sup>

## c) Flash-Meme

Sogenannte Flash-Animationen<sup>122</sup> bestehen aus Vektorgrafiken, die sich rasterartig aus geometrischen Formen wie Linien, Kreisen und Bögen zusammensetzen und deren Zwischenräume flächendeckend mit einem Farbwert sowie simplen Farbverläufen eingefärbt werden. Aufgrund ihrer grafischen Einfachheit ähneln sie einer animierten Paint-Zeichnung: Abgebildete Gegenstände bewegen sich zweidimensional und flächenartig, sodass ein schablonenhafter Eindruck erzeugt wird. Flash-Meme werden als kurze Videosequenzen oder Spiele mit einfacher Bildsprache für humoristische und effekthaschende Zwecke eingesetzt. Sie bilden damit ein animiertes Äquivalent zu *Stock Character Makros* und *Classical Art-Memen*. Ihr Flash-Video-Format begünstigt ihre simple, wenn auch triviale Bearbeitbarkeit mithilfe entsprechender Flash-kompatibler-Programme sowie ihre schnelle Verbreitbarkeit im Internet.

## d) Schrifttext-Meme

Schrifttext-Meme bestehen ausschließlich aus der Ressource der Schriftsprache. Sie entstehen vorwiegend auf digitalen Plattformen, wo sie als Diskussionsbeiträge eingesetzt werden oder solche ergänzen.

<sup>119</sup> Liebert, „Der Moment, in dem du merkst: Dein Handy ist weg“, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de> (vollständiger Pfad im LitVZ) (Stand: 29.01.2020).

<sup>120</sup> Ullrich, Social Media October, abrufbar unter: <http://www.pop-zeitschrift.de> (vollständiger Pfad im LitVZ).

<sup>121</sup> Vgl. Abbildung 4 auf S. 357.

<sup>122</sup> Moskopp/Heller, Internet-Meme, Kapitel 9 – Newgrounds als Plattform für Flash-Meme.

### aa) *Emoticons*

Emoticons bestehen aus einer Kombination von Schriftzeichen, die zum Ausdruck von Gefühlsregungen verwendet werden.<sup>123</sup> Die konkrete Bedeutung ergibt sich aus der Zeichenkombination, deren Anordnung menschliche Gesichtsmimik nachbildet. Die Bedeutungsvermittlung erfolgt mithin assoziativ.<sup>124</sup> Während „;-)“ mit einem lächelnden Gesicht und damit mit dem Gefühl der Freude assoziiert wird, stellt „:(“ heruntergezogene Mundwinkel nach, die mit dem Gefühl der Traurigkeit assoziiert werden.

Emoticons werden sowohl in der analogen Welt als auch in der digitalen Welt verwendet. Sie werden sowohl genutzt, um die eigenen Gefühle auszudrücken als auch um versendete und erhaltene Beiträge zu kommentieren.<sup>125</sup> Indem solche Emoticons zugleich auch eine Ähnlichkeit zu Gesichtsausdrücken herstellen, stehen sie an der Grenze zu Memes, die die Ressource des Abbildes nutzen.

### bb) *Schablonensätze*

Bei diesen Schrifttext-Memen werden Redewendungen, bekannte Aussagen von Personen des öffentlichen Lebens oder Filmzitate phrasenhaft zur Beschreibung konkreter Situationen verwendet.<sup>126</sup> Obwohl sie aufgrund der zumeist wortgleichen Übernahme an Zitate erinnern, ähneln Schablonensätze in ihrer Verwendung eher Leerformeln. Sie werden durch den Austausch einzelner Wörter oder Satzstücke zugleich aus ihrem ursprünglichen Kontext gerissen und an den neuen Kontext oder Diskussionsgegenstand angepasst. Damit erfüllen sie eine Kommentarfunktion.

### cc) *Microblogging-Memetik*

Ein weiteres schriftsprachliches Erzeugnis digitaler Plattformen ist die Mischform der Microblogging-Memetik.<sup>127</sup> Sie erlebten ihre Geburtsstunde auf den Blogging-Seiten Twitter und Instagram, wo sekundlich eine Vielzahl kurzer Beiträge generiert und ausgetauscht wird.

Das bekannteste Microblogging-Phänomen sind *Hashtags*, also Schlagworte, die hinter ein Rautenzeichen „#“ geschrieben und in dieser Kombination als potenzieller Suchbegriff gekennzeichnet werden. Ursprünglich konzipiert, um Nutzerbeiträge thematisch zu gruppieren, werden *Hashtags* mittlerweile als Leerformel

<sup>123</sup> Moskopp/Heller, Internet-Meme, Kapitel 7 – Emoticons.

<sup>124</sup> Davison, SMR 2012, 120, 124.

<sup>125</sup> Davison, SMR 2012, 120, 125.

<sup>126</sup> Moskopp/Heller, Internet-Meme, Kapitel 7 – Schneeklonen.

<sup>127</sup> Moskopp/Heller, Internet-Meme, Kapitel 8; Leavitt, in: Twitter and Society, S. 137, 138.

für neue Tweets oder als kommentarähnliche Redensart eingesetzt.<sup>128</sup> Obwohl ihr Verwendungszweck damit dem von Schablonensätzen entspricht, kennzeichnet *Hashtags* die stets wortwörtliche Wiedergabe.

### 3. Ausdrückliche Auseinandersetzung mit massenmedialen Inhalten

Die dritte Fallgruppe wird durch ihren engen Bezug zur realen Welt gekennzeichnet. Dieser entsteht, da das verwendete massenmediale Ausgangsmaterial konkrete im nicht-digitalen Raum verankerte Momente dokumentiert.<sup>129</sup> Meme dieser Fallgruppe greifen die Themen des Ausgangsmaterials auf, sodass sie auf der Ebene des Inhalts vielfach durch öffentlich bekannte Ereignisse des Tagesgeschehens dominiert werden.<sup>130</sup> Diese thematische Bezugnahme auf die dokumentierten realen Augenblicke setzt die Sichtbarkeit des Ausgangsmaterials auf der Ebene der Form voraus, sodass Meme dieser Fallgruppe gründerbasiert sind.

#### a) Photoshopreaktion

Ein typisches Beispiel dieser Fallgruppe sind Photoshopreaktionen<sup>131</sup>, also von Nutzern erzeugte Fotocollagen und Bildmakros, die als Reaktion auf konkrete, reale Situationen verwendet werden und als Diskussionsbeiträge dienen. Das Ziel von Photoshopreaktionen besteht darin, die im Mittelpunkt der Abbildung stehende Situation zu kommentieren.<sup>132</sup> Dafür wird das Ausgangsmaterial auf facettenreiche Art und Weise in seine Einzelteile zerlegt, die sodann zu einem neuen Ganzen zusammengefügt werden.<sup>133</sup> Auf diese Weise wird dem Adressaten eine neue Realität des Bildes vermittelt, die die im Zentrum der jeweiligen Fotografie stehende Handlung hinterfragt oder ihre Tragweite abschwächt.<sup>134</sup> Wesentlich für Photoshopreaktionen ist somit die Inkongruenz, die sich aus einem Vergleich zwischen dem Original und der bearbeiteten Variante ergibt.<sup>135</sup> Sie vermittelt dem Adressaten einen gewissen Zynismus (eine gewisse Haltung) in Bezug auf die realweltliche politische oder gesellschaftliche Relevanz der Fotografie.

<sup>128</sup> Moskopp/Heller, Internet-Meme, Kapitel 8.

<sup>129</sup> Shifman, Meme, 112 f.

<sup>130</sup> Vgl. als Beispiele für dieses Memgenre die Abbildungen 5a-5c auf S. 357.

<sup>131</sup> Shifman, JVC 2014, 340; vgl. auch Moskopp/Heller, Internet-Meme, Kapitel 5 – Reaktionsvideos; Shifman, Meme, 86, 96, S. 344.

<sup>132</sup> Shifman, Meme, 96 f.; Shifman, JVC 2014, 340, 344.

<sup>133</sup> Shifman, Meme, 86, 96.

<sup>134</sup> Shifman, JVC 2014, 340, 344 ff.; Ullrich, Social Media October, abrufbar unter: <http://www.pop-zeitschrift.de> (vollständiger Pfad im LitVZ).

<sup>135</sup> Shifman, JVC 2014, 340, 344.

## b) Reaktionsvideos

Ähnlich wie Photoshopreaktionen basieren Reaktionsvideos auf kurzen Videosequenzen, die ein konkretes, im nicht-digitalen Raum verankertes Ereignis dokumentieren. Die Filmsequenzen stammen häufig aus der Tagesschau, aus Dokumentationen oder Heimvideos, sind nur wenige Sekunden lang und laufen zur Erreichung einer höheren Eingängigkeit zumeist in Dauerschleife.

Typischerweise sind sie auf das *Graphic Interchange Format* (GIFs) gestützt und damit besonders zirkulierfreudig. Durch die Kombination der multimodalen Ressourcen Bild, Schriftsprache und Ton haben sie eine hohe Aussagekraft. Dadurch eignen sich Reaktionsvideos ähnlich wie Emoticons als Diskussionsbeitrag, der der eigenen Gefühlslage Ausdruck verleiht oder versendete und erhaltene Beiträge kommentiert.<sup>136</sup>

## c) Remix multimedialer Inhalte

Bei dem Remix multimedialer Inhalte wird bereits existierendes Film- und Tonmaterial miteinander vermischt und neu zugeschnitten, sodass eine Inkongruenz zu dem Kontext des Ausgangsmaterials erzeugt wird.<sup>137</sup> Beispiele sind etwa neu zusammengesetzte Trailer und *Lipsync*-Videos und Fehlübersetzungen.

Neu zusammengesetzte Trailer sind „gefälschte“ Filmtrailer. Sie entstehen durch die Neubearbeitung oder den Neuzuschnitt von Filmmaterial und sind durch die Veränderungen im Vergleich zum Ausgangsmaterial oftmals einer vollständig anderen (Film-)Gattung zuzuordnen.<sup>138</sup> Da solche neu zusammengesetzten Trailer in einem zeitlichen Zusammenhang mit dem Original erscheinen, formulieren sie eine eigene Botschaft. Der Sendende hofft somit durch den Remix, die Aufmerksamkeit weg von dem Produkt der Filmindustrie und hin auf das eigene kreative Tun zu lenken.<sup>139</sup>

Bei *Lipsync* wird eine Person dabei gefilmt, wie sie ein aus den Massenmedien bekanntes Lied *playback* singt. Deren Lippen bewegen sich also synchron zu einem akustisch präsentierten Lied, ohne dass sie tatsächlich mitsingt.<sup>140</sup> Dieser Remix

<sup>136</sup> Moskopp/Heller, Internet-Meme, Kaitel 5 – Reaktionsvideos.

<sup>137</sup> Shifman, Meme; Shifman, JVC 2014, 340, 346 f. S. 104.

<sup>138</sup> Shifman, Meme, 104 f.; Williams, Fake and Fan Film Trailers as Incarnations of Audience Anticipation and Desire, 4.9 ff., 6.6 ff., abrufbar unter: <http://journal.transformativeworks.org> (vollständiger Pfad im LitVZ).

<sup>139</sup> Williams, Fake and Fan Film Trailers as Incarnations of Audience Anticipation and Desire, 6.6, 7.8, abrufbar unter: <http://journal.transformativeworks.org> (vollständiger Pfad im LitVZ); Shifman, Meme, 104 f.

<sup>140</sup> Erstmals zu dem Begriff *Zak*, Office Drones, Lip-Sync Your Heart Out, abrufbar unter: <http://www.washingtonpost.com> (vollständiger Pfad im LitVZ); Shifman, Meme, S. 99.

besteht aus zwei multimodalen Ressourcen: Zum einen aus dem selbst erzeugten Video und zum anderen aus dem Lied, das dem Video unterlegt wird.<sup>141</sup>

Ein weiteres Remix-Beispiel bilden Fehlübersetzungen, bei denen phonetische Untertitel und lustige Fehlübersetzungen in bereits existierende Videosequenzen eingefügt werden.<sup>142</sup> Obwohl die Untertitel mit der dokumentierten Handlung korrespondieren, verfremden sie das bezugnehmende Ausgangsmaterial und ziehen es durch die entstandene Inkongruenz ins Lächerliche.<sup>143</sup>

## E. Arbeitsdefinition

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich die folgende Definition eines Mems, die im Wesentlichen<sup>144</sup> auf dem inklusiven Ansatz von Shifman basiert:

*Ein „Mem“ ist eine digitale Informationseinheit, die viral verbreitet wird und dabei auf der Ebene des Inhalts, der Form oder der Haltung zum Teil imitiert und zum Teil variiert wird.*

Unter einer „digitalen kulturellen Informationseinheit“ ist jede Information zu verstehen, die einen Anknüpfungspunkt für memetische Aktivitäten auf der Ebene des Inhalts, der Form oder der Haltung bietet. Jede Einheit muss eindeutig bestimmbar sein, um einer urheberrechtlichen Prüfung unterzogen werden zu können. Es bedarf daher trotz der interkontextuellen Verknüpfung von Memen, die sie zu einem Gesamtphänomen verbinden, einer Untergliederung in einzelne Informationseinheiten.

Dass damit die komplexe Evolution und Diffusion von Memvarianten, die durch Verwandtschaften auf der Ebene des Inhalts, der Form und der Haltung entstehen, nicht hinreichend sichtbar werden, lässt sich mit Blick auf die juristische Notwendigkeit einer trennscharfen Erfassung des Forschungsgegenstands nicht vermeiden. Der aus dem andauernden Ideen- und Inspirationsaustausch resultierenden Verbundenheit memetischer Varianten wird dagegen an späterer Stelle durch die Einordnung von Memen in das System der abhängigen Schöpfungen Rechnung getragen.

Auf Grundlage der oben stehenden Definition wird im Folgenden beurteilt, welche digitalen Inhalte als Meme einzuordnen und damit Gegenstand der urheberrechtlichen Untersuchung sind. Nachfolgend wird der Begriff eines „Mems“ synonymhaft für ein „Internet-Mem“ verwendet. Er erfasst somit ausschließlich Erzeugnisse, die in der digitalen Sphäre entstehen und zirkulieren.

<sup>141</sup> Shifman, Meme, S. 102.

<sup>142</sup> Shifman, Meme, 102 f.

<sup>143</sup> Moskopp/Heller, Internet-Meme, Kapitel 9 – Video-Mem-Formen.

<sup>144</sup> Vgl. Shifman, Meme, S. 44, die jedoch unter einem einzelnen Mem stets die Gruppe von inhaltlichen Einheiten fassen möchte statt einer einzelnen digitalen Informationseinheit.



## Teil 2

# Meme als Schutzgegenstand des Urheberrechtsgesetzes

In dem zweiten Teil dieser Arbeit wird untersucht, ob Meme Werkeigenschaft aufweisen und damit als persönliche geistige Schöpfungen durch § 2 Abs. 2 UrhG geschützt werden. Im Zentrum der Überlegungen steht die Frage, ob der Schöpfungsbegriff neben vor-digitalen „klassischen Erzeugnissen“, die der in § 1 UrhG verankerten klassischen Konzeption der freischaffenden Literaten, Komponisten, Maler oder Bildhauer unterfallen, auch Erzeugnisse erfasst, die in ihrem Erscheinungsbild von der für die digitale Sphäre typischen Knappheit, Prägnanz und Ranz geprägt sind.

Der Schutzgegenstand des Urheberrechtsgesetzes wird im Informationszeitalter zunehmend als die „qualifizierte menschliche Kommunikation“ bezeichnet.<sup>1</sup> Daraus folgt die Überlegung, der urheberrechtliche Schutz sei der Vielfalt des heutigen Kulturschaffens zugänglich.<sup>2</sup> Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend am Beispiel von Memen die Unterscheidung zwischen einem Alltagserzeugnis und dem mit eigenem geistigen Inhalt getroffen. Danach richtet sich, welches digitale Erzeugnis als „qualifizierte menschliche Kommunikation“ urheberrechtlichen Schutz verdient.

## § 1 Das urheberrechtsschutzfähige Werk im digitalen Zeitalter

### A. Persönliche geistige Schöpfung

#### I. Rechtliche Vorgaben

Werke im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG sind „persönliche geistige Schöpfungen“. In der Gesetzesbegründung zum Urheberrechtsgesetz aus dem Jahr 1965 heißt es näher, dass persönliche geistige Schöpfungen Erzeugnisse seien, „die durch ihren Inhalt oder durch ihre Form oder durch die Verbindung von Inhalt und Form etwas Neues und Eigentümliches darstellen.“<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> So insbesondere *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, Einl. Rn. 7; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, Einl. UrhG Rn. 1; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 6; *Schricker*, GRUR Int. 2008, 200, 202; *Wiebe*, in: *Spindler/Schuster*, § 2 UrhG Rn. 1.

<sup>2</sup> Den Begriff der „Aussage“ wählt *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, Einl. Rn. 7.

<sup>3</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 38.

Werke müssen somit erstens<sup>4</sup> das Ergebnis eines willensgetragenen, menschlichen Tätigkeitsprozesses sein und zweitens<sup>5</sup> über ihr Dasein hinaus einen geistigen Gehalt in Form eines Gedanken- oder Gefühlsinhalts aufweisen.<sup>6</sup> Dieser muss sich – und diese dritte Voraussetzung<sup>7</sup> ergibt sich aus der Bezeichnung der „Eigentümlichkeit“ – auf die Weise in der konkreten Formgestaltung des Werkes niederschlagen, dass der individuelle Geist des Urhebers ihm seine eigene Prägung verleiht.<sup>8</sup> Aus dieser Verknüpfung des Urhebers mit seinem Werk ergibt sich der enge Persönlichkeitsbezug des deutschen Urheberrechts.<sup>9</sup> Er schlägt sich in dem in § 2 Abs. 2 UrhG verankerten Schöpfungsbegriff nieder und bedeutet, dass dem Erzeugnis eine individuelle, schöpferische Leistung zugrundeliegen muss.

Der so im Urheberrechtsgesetz angelegte Werkbegriff erfuhr in den vergangenen Jahren eine weitere Prägung durch den Gerichtshof der Europäischen Union. Dieser stellt in seinen neuesten Entscheidungen neben der Individualität des Erzeugnisses auf dessen „Originalität“ ab. Wie sich diese Rechtsprechung des EuGH auf den deutschen Werkbegriff auswirkt und in welchem Verhältnis das Kriterium der Originalität zur Individualität steht, wird an späterer Stelle erörtert.<sup>10</sup>

## II. Schöpfungsqualität von Memen

### 1. Persönliche Schöpfung

Meme werden von Internetnutzern erstellt, die mehrere multimodale Ressourcen nach eigenen Vorstellungen zu einem Ganzen zusammenfügen. Typischerweise erfolgt die Erstellung von Memen jedoch anhand technischer Hilfsmittel. Das können Microsoft Paint und Photoshop sein, die der Bildbearbeitung und Erstellung grafischer Designs dienen, oder der Windows Movie Maker, der bei der Erstellung und Bearbeitung von Videosequenzen behilflich ist.

---

<sup>4</sup> Vgl. zur Subsumtion unter die erste Voraussetzung S. 57f.

<sup>5</sup> Vgl. zur Subsumtion unter die zweite Voraussetzung S. 58.

<sup>6</sup> Zur Bedeutung der Menschenhand im Schöpfungsprozess siehe LG Berlin, Urteil vom 30.05.1989, 16 O 33/89, GRUR 1990, 270, 270 – *Satellitenfoto*; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 189; zum geistigen Gehalt und der Formgebung eines Werkes siehe *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 185 ff.; *Loewenheim/Leistner*, in: *Schricker/Loewenheim*, § 2 UrhG Rn. 45; *Schricker*, GRUR Int. 2008, 200, 202.

<sup>7</sup> Vgl. zur Subsumtion unter die ersten Voraussetzung S. 59 ff.

<sup>8</sup> Kritisch zum Begriff der Eigentümlichkeit: BGH, Urteil vom 26.09.1980, I ZR 17/78, GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*; BGH, Urteil vom 16.04.2015, I ZR 225/12, GRUR 2015, 1189, Rn. 44 – *Goldrapper*.

<sup>9</sup> Sie ergibt sich ebenso aus §§ 7, 11 UrhG. Dazu im Einzelnen *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, S. 189.

<sup>10</sup> Dazu auf S. 70 ff. unter dem Stichwort „europäischer Werkbegriff“.

Das können auch Mem-Generatoren<sup>11</sup> sein, die Bausteine für ein Mem in Form multimodaler Ressourcen bereithalten. Diese muss der Sendende nur mit wenigen Klicks zusammenfügen. Es ist fraglich, ob der Einsatz solcher Hilfsmittel das Erfordernis eines willensgetragenen, menschlichen Schaffensprozesses erfüllt.

Die Beurteilung richtet sich danach, ob der Urheber dennoch Einfluss auf den Schaffensprozess hat. Steuert er das Programm oder die Maschine, sodass wesentliche Parameter des Endprodukts durch sein schöpferisches Tätigwerden geprägt werden, ist ein willensgetragener, menschlicher Schaffensprozess zu bejahen.<sup>12</sup> Treten dagegen Zufallsmomente hinzu, ist er zu verneinen.<sup>13</sup>

Photoshop und artverwandte Programme sind das digitale Äquivalent zu Pinsel und Stift. Sie fungieren als verlängerter Arm des Urhebers und stehen der Annahme eines willensgetragenen, menschlichen Schaffensprozesses nicht entgegen.<sup>14</sup> Gleiches gilt für Mem-Generatoren. Sie vereinfachen den Erschaffungsprozess eines Mems, da ihr Einsatz keine vertieften EDV-Kenntnisse voraussetzt. Der Sendende muss die Bausteine lediglich auswählen und zusammenfügen. Damit ist sein Tun für die konkrete Gestaltung des Mems ursächlich.

Folglich steht der Einsatz technischer Hilfsmittel der Annahme eines willensgetragenen menschlichen Tätigkeitsprozesses bei Memen nicht entgegen. Es handelt sich um persönliche Gestaltungen.

## 2. Geistiger Gehalt

Meme müssen überdies einen geistigen Gehalt aufweisen. Durch das Zusammenfügen der multimodalen Ressourcen erzeugt der Internetnutzer ein Diskursmittel, das bei dem Adressaten Haltungen zu dem betreffenden Thema auslösen soll. Meme besitzen damit einen Geistes- oder Gefühlsinhalt, der über das bloße Substrat, also die bloße Ansammlung von Sprach- und Bildelementen, hinausgeht.

Als digitale Dateien wird der geistige Gehalt von Memen erst unter Zurhilfenahme technischer Einrichtungen für die menschlichen Sinne wahrnehmbar. Es ist fraglich, ob dieser technische Zwischenschritt der Annahme einer wahrnehmbaren Formgebung entgegensteht.

<sup>11</sup> Vgl. etwa die Mem-Generatoren auf <http://www.quickmeme.com/>, <https://imgur.com/memegen/create/bfDHpcb> und <https://makeameme.org/>.

<sup>12</sup> *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 184; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 2 UrhG S. 16; *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 40; ähnlich: LG Berlin, Urteil vom 30.05.1989, 16 O 33/89, GRUR 1990, 270, 270 – *Satellitenfoto*.

<sup>13</sup> *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 40; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 8; a. A. *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 2 UrhG Rn. 17.

<sup>14</sup> LG Köln, Urteil vom 21.04.2008, 28 O 124/08, MMR 2008, 556, 556 f. – *Virtueller Kölner Dom*.

Die verwendeten multimodalen Ressourcen werden an Computern zu einem binären Zeichensystem zusammengeführt. Es werden komplexe Informationseinheiten erzeugt und diese mithilfe von Systemkomponenten wahrnehmbar gemacht. Computer und andere technische Einrichtungen werden damit wie beim Schöpfungsprozess als verlängerter Arm des Internetnutzers eingesetzt. Somit stehen sie der Wahrnehmbarkeit der Formgebung nicht entgegen.<sup>15</sup> Meme sind somit persönliche geistige Gestaltungen.

### 3. Individuelle Gestaltung

Meme müssten darüber hinaus schöpferisch sein. Sie drücken sich durch die Schutzvoraussetzung der Individualität aus.

Diese ist von besonderer Relevanz im digitalen Umfeld, wo Gestaltungen innerhalb weniger Klicks erzeugt werden und daher alltäglich sind. Da zu dieser Gruppe digitaler Gestaltungen auch Meme zählen, ist zu untersuchen, ob ein Mem nur das Ergebnis allgemeinmenschlicher Fähigkeiten oder bereits Ausfluss eines individuellen kreativen Schöpfungsprozesses ist. Die Antwort richtet sich danach, ob das Mem durch das Zusammenfügen der multimodalen Ressourcen spürbarer Ausdruck der schöpferischen Persönlichkeit seines Urhebers ist.

#### a) Die Ebene des Inhalts

Eine individuelle, schöpferische Leistung könnte sich zunächst aus dem Inhalt eines Mems ergeben. Für diese Betrachtungsweise spricht, dass der informativische Gehalt eines Mems einen wesentlichen Bestandteil desselben bildet. Anders als bei Werken der Musik, der Lyrik oder der abstrakten bildenden Kunst lässt sich der Inhalt schwerpunktmäßig von seiner Form unterscheiden.<sup>16</sup> Dies beruht auf seinem primären Einsatz als Diskursinstrument, dessen zentrale Aufgabe in der Informationsvermittlung besteht.

Dem urheberrechtlichen Inhaltsschutz stehen jedoch zwei Erwägungen entgegen: Informationen als solche können nach der traditionellen urheberrechtlichen Diktion aufgrund entgegenstehender Freihaltungsbedürfnisse keinen Schutz beanspruchen.<sup>17</sup> Der einer Information innewohnende Tatsachenkern<sup>18</sup> soll wie Ideen,

---

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 27.02.1962, I ZR 118/60, BGHZ 37, 1, 9 – AKI; *Loewenheim/Leistner*, in: *Schricker/Loewenheim*, § 2 UrhG Rn. 48; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 2 UrhG Rn. 14.

<sup>16</sup> Dass eine solche Unterscheidung konstitutive Voraussetzung ist, um überhaupt über die Schutzfähigkeit des Inhalts diskutieren zu können, ergibt sich aus *Loewenheim/Leistner*, in: *Schricker/Loewenheim*, § 2 UrhG Rn. 76.

<sup>17</sup> Dazu näher *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881, 881.

<sup>18</sup> *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 742; *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 2 UrhG Rn. 76.

Erkenntnisse, Lehren und das gesellschaftliche Gemeingut<sup>19</sup> für jedermann frei verwendbar bleiben. Zudem folgt die konkrete Kommunikationsfunktion von Memen nicht allein aus der Ebene des Inhalts, sondern wird erst durch die genutzten multimodalen Ressourcen gezeigt, geschrieben oder gesagt.

Zur verständlichen Präsentation des Inhalts bedarf es daher aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht der Ebene der Form.<sup>20</sup> Das gleiche Prinzip gilt für den urheberrechtlichen Werkschutz. Er knüpft nicht daran an, was dargestellt wird, sondern daran, welche Darstellungsform gewählt wird, um den geistigen Gehalt des Werkes zu präsentieren.<sup>21</sup> Daraus folgt, dass der reine Inhalt eines Memes für sich keinem urheberrechtlichen Schutz zugänglich ist, sondern die Formgebung heranzuziehen ist.

## b) Die Ebene der Form

Es stellt sich die Frage, ob sich die erforderliche Individualität alleine aus der Formgebung eines Memes ergeben kann. Irgendeine Form, für sich genommen, ist nicht aussagekräftig.

Aus § 4 Abs. 1 UrhG folgt, dass die Auswahl und Anordnung mehrerer Elemente eine persönliche geistige Schöpfung in Form eines Sammelwerkes sein kann. Dazu muss die Sammlung aufgrund der Art und Weise der Struktur der enthaltenen Elemente individuell ausgestaltet sein.<sup>22</sup> Die individuelle Form eines Memes könnte sich daher aus der Auswahl und Anordnung der multimodalen Ressourcen nach § 4 Abs. 1 UrhG ergeben.

Die bloße Zusammensetzung aus mehreren oder die Summe einzelner Bestandteile qualifiziert ein Mem allerdings noch nicht als Sammelwerk im vorgenannten Sinne. Entscheidende Grundvoraussetzung ist, dass die einzelnen Bestandteile – bei Memen also die multimodalen Ressourcen – derart unabhängig voneinander sind, dass ihr jeweiliger Informationsgehalt nach ihrer Trennung unverändert fortlebt.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> BGH, Urteil vom 01. 12. 2010, I ZR 12/08, GRUR 2011, 134, Rn. 36 – *Perlentaucher*; OLG München, Urteil vom 15. 03. 1990, 29 U 4346/89, GRUR 1990, 674, 675 – *Forstenau Falkenau*; LG Köln, Urteil vom 18. 12. 2014, 14 O 193/14, ZUM-RD 2015, 279, 282 – *Ausschreibungsunterlagen*; *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 80; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 43.

<sup>20</sup> Vgl. zu den memetischen Dimensionen eines Memes und ihrem Zusammenspiel S. 45 ff.

<sup>21</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 38; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 2 UrhG Rn. 39; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 43.

<sup>22</sup> BGH, Urteil vom 12. 03. 1987, I ZR 71/85, GRUR 1987, 704, 705 – *Warenzeichenlexika*.

<sup>23</sup> Für Datenbanken ergibt sich dieses Erfordernis aus dem 17. EG der Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, die indes durch das Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz – *IuKDG*) vom 22. 07. 1997 umgesetzt wurde. Zu dem Begriff der Unabhängigkeit siehe i. Ü.: *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 269; Das Kriterium der Unabhängigkeit verhindere

Diese Voraussetzung ist bei Memen nicht erfüllt, da sie das bestehende Material zweckentfremden und in teilweise substanziell veränderter Form weiterverwenden. Erst das konkrete Zusammenspiel der multimodalen Ressourcen verleiht einem Mem seine spezifische kommunikative Funktion. Sie ginge mit der Trennung verloren, sodass die Bestandteile in ihre originäre kommunikative Funktion zurücksinken.

Wie bei einem Satz – der sich zwar aus mehreren Worten zusammensetzt, aber erst durch die Verschmelzung der Worte zu einem Ganzen mit einer eigenen kommunikativen Funktion wird<sup>24</sup> – gewinnen die Bestandteile des Mems erst durch sein einheitliches inhaltliches Konzept ihren Sinn.<sup>25</sup> Folglich ist die Einordnung eines Sammelwerkes zu verneinen. Die Individualität eines Mems folgt nicht allein aus seiner Form.<sup>26</sup>

### c) Die Verbindung von Form und Inhalt

Damit verbleibt als Anknüpfungspunkt für eine individuelle schöpferische Leistung die Verbindung von Inhalt und Form. Dafür muss die Art und Weise, wie der geistige Gehalt in der Form zum Ausdruck gebracht wird, eine eigenpersönliche Prägung aufweisen.

Eine solche Verbindung von Inhalt und Form bejaht der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung bei Sprachwerken<sup>27</sup> und öffnet damit indirekt den Urheberrechtsschutz für inhaltliche Werkelemente<sup>28</sup>. Demnach setzt der urheberrechtliche Schutz bei literarischen Sprachwerken voraus, dass die Charaktere, der Handlungsverlauf oder die sprachliche Ausgestaltung von Szenen formbildende Elemente aufweisen. Bei wissenschaftlichen Sprachwerken müsse dagegen die

---

damit, dass einheitliche Werke als Summe ihrer einzelnen, funktional aufeinander bezogenen Teile verstanden werden – andernfalls würden auch Bücher, Filme oder Musikstücke zusätzlich als Sammelwerk geschützt werden. Vgl. dazu: *Czychowski*, in: Fromm/Nordemann, § 4 UrhG Rn. 25; *Dreier*, in: Dreier/Schulze, § 4 UrhG Rn. 10.

<sup>24</sup> Dieses Beispiel entstammt der Feder von *Schack*, MMR 2001, 9, 11.

<sup>25</sup> Elemente des Inhalts unterfallen jedoch nicht dem Schutzgegenstand von § 4 Abs. 1 UrhG. Vgl. dazu *Czychowski*, in: Fromm/Nordemann, § 4 UrhG Rn. 25, der in diesem Zusammenhang davon spricht, dass sich die Elemente nicht erst aus einem „inhaltlichen Gewerbe heraus“ Sinn ergeben müssen; *Dreier*, in: Dreier/Schulze, § 4 UrhG Rn. 10.

<sup>26</sup> Nachfolgend werden die einzelnen Bestandteile eines Mems ausschließlich als „Komponente“ bezeichnet. Diese Bezeichnung ist abzugrenzen von „Elementen“, die im Kontext von § 4 Abs. 1 UrhG ausschließlich zur Bezeichnung der Bestandteile eines Sammelwerkes verwendet werden. Da Meme jedoch nicht als Sammelwerke geschützt werden, ist eine synonymhafte Verwendung von „Komponente“ und „Element“ im Zusammenhang mit den einzelnen multimodalen Ressourcen zu vermeiden.

<sup>27</sup> BGH, Urteil vom 29.04.1999, I ZR 65/96, BGHZ 141, 267, 279 – *Laras Tochter*; BGH, Urteil vom 01.12.2010, I ZR 12/08, GRUR 2011, 134, Rn. 36 – *Perlentaucher*; BGH, Urteil vom 17.07.2013, I ZR 52/12, GRUR 2014, 258, Rn. 27 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm*.

<sup>28</sup> So jedenfalls *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 78.

Darstellung des Inhalts durch die Gedankenformung und Gedankenführung so prägend sein, dass sie als persönliche geistige Schöpfung zu schützen sei.<sup>29</sup>

Diese Grundsätze lassen sich auf Meme übertragen: Sie reflektieren die Information und bewerten den zugrundeliegenden Tatsachenkern. Diese subjektive Färbung ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Form und Inhalt und unterfällt der Ebene der Haltung eines Mems. Der individuelle Geist des Sendenden schlägt sich in der konkreten kommunikativen Funktion des Mems nieder, die sich ihrerseits in der formbezogenen Komposition des Inhalts manifestiert.

Durch die geistvolle Anordnung der multimodalen Ressourcen steuert der Sendende die spezifische Gedankenformung und Gedankenführung des dargestellten Inhalts. Daraus folgt, dass sich die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze für den urheberrechtlichen Schutz von Informationen auf Meme übertragen lassen. Die Individualität von Memen ergibt sich aus der besonderen Verbindung von Inhalt und Form.

#### 4. Zwischenergebnis

Meme enthalten stets einen Gedanken- oder Gefühlsinhalt, der trotz des Einsatzes technischer Hilfsmittel auf eine menschliche Tätigkeit zurückzuführen ist. Die Individualität von Memen manifestiert sich in der spezifischen kommunikativen Funktion eines Mems, die aus dem Zusammenspiel von Form und Inhalt die Ebene der Haltung konstituiert.

Meme dienen damit der menschlichen Kommunikation und sind grundsätzlich als persönliche geistige Schöpfungen einzuordnen. Ob sie darüber hinaus als „qualifizierte“ menschliche Kommunikation dem Schutzgegenstand des Urheberrechts unterfallen, wird im nächsten Schritt untersucht.

### B. Schutzuntergrenze

Nach § 1 UrhG genießen Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst Schutz. In Zeiten der Digitalisierung spricht einiges dafür, dass der urheberrechtliche Schutz nicht auf die gesetzlich benannte „Hochkultur“<sup>30</sup> reduziert werden darf. Es stellt sich daher die Frage der Reichweite des urheberrechtlichen Schutzgegenstandes, also die Frage, wo die Schutzuntergrenze zu ziehen ist.

Den Ausgangspunkt bildet die Überlegung, welches Maß an Individualität ein Erzeugnis für den Urheberrechtsschutz aufweisen muss. Es geht um das erforder-

<sup>29</sup> BGH, Urteil vom 07.12.1979, I ZR 157/77, GRUR 1980, 227, 230 – *Monumenta Germaniae Historica*; BGH, Urteil vom 12.03.1987, I ZR 71/85, GRUR 1987, 704, 705 – *Warenzeichenlexika*; BGH, Urteil vom 11.04.2002, I ZR 231/99, GRUR 2002, 958, 959 – *Technische Lieferbedingungen*.

<sup>30</sup> *Bisges*, Handbuch Urheberrecht, Kapitel 1 Rn. 166.

liche Schutzniveau, das als quantitatives Element der Individualität unter dem Begriff der Gestaltungs- oder Schöpfungshöhe diskutiert wird.<sup>31</sup> Das für die Schutzfähigkeit erforderliche Maß an Individualität ergibt sich sowohl aus den nationalen Schutzstandards als auch der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zum europäischen Werkbegriff.<sup>32</sup>

## I. Herleitung des Begriffs der „kleinen Münze“

Gerade noch schutzfähig sind Erzeugnisse der sogenannten „kleinen Münze“. Dieser Begriff geht auf Elster zurück, der im Jahr 1921 schrieb, dass es für den Gegenstand des Urheberrechts gleichgültig sei, ob es eine „große oder kleine Münze ist, was da geschaffen wurde“<sup>33</sup>. Seitdem ist der Begriff der „kleinen Münze“ fester Bestandteil des urheberrechtlichen Wortschatzes und wird schlagwortartig zur Beschreibung von Erzeugnissen verwendet, die nur ein Individualitätsminimum aufweisen.

Auch Meme und andere digitale Erzeugnisse sind aufgrund ihrer Kürze und des hohen informatorischen Gehalts im Grenzbereich von „nicht mehr“ und „gerade noch so“ schutzfähigen Erzeugnissen anzusiedeln. Vor diesem Hintergrund gewinnt die Bestimmung der Schutzuntergrenze des Urheberrechts im digitalen Zeitalter eine neue Bedeutung. Sie gibt Anlass zu einer Reevaluation der bestehenden Argumentationsstränge für und gegen den Schutz der kleinen Münze und verlangt, die veränderten Rahmenbedingungen bei der digitalen Werkschaffung in den Blick zu nehmen. Die folgende Untersuchung trägt zur Klärung der Frage bei, ob Meme über ihre Einordnung als menschliches Kommunikationsmittel hinaus als „qualifizierte“ menschliche Kommunikation dem urheberrechtlichen Schutzgegenstand unterfallen.

## II. Schutz der kleinen Münze

### 1. Nationale Schutzdiskussion

#### a) Rechtsprechung

Schon das Reichsgericht hielt die kleine Münze für schutzfähig und ließ einen „äußerst geringen Grad“ individuellen Schaffens bei Schriftwerken für deren urhe-

<sup>31</sup> *Bisges*, Handbuch Urheberrecht, Kapitel 1 Rn. 166; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 182; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 2 UrhG Rn. 23; *Nordemann*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 6 Rn. 16.

<sup>32</sup> Die nationale Schutzdiskussion zum Schutz der kleinen Münze wird ausführlich dargestellt auf S. 63 ff.; auf S. 70 ff. werden sodann der durch den EuGH geprägte europäische Werkbegriff und dessen Einfluss auf das deutsche Urheberrecht diskutiert.

<sup>33</sup> *Elster*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 40.



berrechtlichen Schutz ausreichen.<sup>34</sup> Dieser Einschätzung schloss sich der Gesetzgeber mit Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes in 1965 an und bestätigte sie erneut in 1995.<sup>35</sup> Auch der Bundesgerichtshof führt die reichsgerichtliche Rechtsprechung fort und lässt ein geringes Maß an Individualität ausreichen und ordnet kulturell weniger bedeutsame Erzeugnisse grundsätzlich oberhalb der urheberrechtlichen Schutzuntergrenze ein.<sup>36</sup> Diese großzügige Linie zeigt sich insbesondere in den Bereichen Literatur<sup>37</sup>, Musik<sup>38</sup>, den bildenden Künsten<sup>39</sup>, bei Computerprogrammen<sup>40</sup> und Lichtbildwerken<sup>41</sup> wie auch bei Darstellungen wissenschaftlicher und technischer Art<sup>42</sup>.

<sup>34</sup> RG, Urteil vom 18. 12. 1912, Rep. I. 4/12, RGZ 81, 120, 123 – *Kochrezept*.

<sup>35</sup> Der Gesetzgeber führt aus, dass geschützte Werke im UrhG nicht als Schöpfungen „eigentümlicher Prägung“ zu bezeichnen seien, weil diese Formulierung das Erfordernis der individuellen Form zu sehr betonte und zu dem Schluss verführen könne, dass im Gegensatz zum geltenden Recht Werke von geringem schöpferischen Wert, die sog. „Kleine Münze“, in Zukunft keinen Schutz mehr genießen sollten: BT-Drucks. IV/270, S. 38; der Gesetzgeber stellt klar, dass nicht allein Werke unter § 2 Abs. 2 UrhG fielen, die sich durch eine bestimmte Gestaltungshöhe auszeichnen würden, sondern auch solche, die am unteren Rand schöpferischer Tätigkeit anzusiedeln seien: BT-Drucks. 13/781.

<sup>36</sup> BGH, Urteil vom 26. 09. 1980, I ZR 17/78, GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*; BGH, Urteil vom 10. 12. 1987, I ZR 198/85, GRUR 1988, 533, 535 – *Vorentwurf II*; BGH, Urteil vom 03. 02. 1988, I ZR 142/86, GRUR 1988, 812, 814 – *Ein bisschen Frieden*; BGH, Urteil vom 15. 09. 1999, I ZR 57/97, GRUR 2000, 144, 145 – *Comic-Übersetzung II*; BGH, Urteil vom 12. 05. 2011, I ZR 53/10, GRUR 2012, 58, Rn. 34 – *Seilzirkus*; BGH, Urteil vom 13. 11. 2013, I ZR 143/12, BGHZ 199, 52, Rn. 18 – *Geburtstagszug*.

<sup>37</sup> Zu Werbeslogans siehe OLG Düsseldorf, Urteil vom 28. 02. 1964, 2 U 76/63, BB 1964, 617; *Schricker*, GRUR 1996, 815, 820; *Sosnitzer*, ZUM 1998, 631, 634 f.; zu Interviews siehe LG Berlin, Urteil vom 20. 09. 2011, 16 O 134/11, ZUM-RD 2012, 37, 37.

<sup>38</sup> Neben einfachen Melodien sollen Potpourris und Arrangements der Unterhaltungsmusik sowie kurze Tonfolgen wie etwa Handy-Klingeltöne geschützt werden: BGH, Urteil vom 03. 02. 1988, I ZR 143/86, GRUR 1988, 810, 811 – *Fantasy*; BGH, Urteil vom 03. 02. 1988, I ZR 142/86, GRUR 1988, 812, 814 – *Ein bisschen Frieden*; BGH, Urteil vom 18. 12. 2008, I ZR 23/06, GRUR 2009, 395, 396 – *Klingeltöne für Mobiltelefone*; BGH, Urteil vom 24. 01. 1991, I ZR 72/89, GRUR 1991, 533, 533 – *Brown Girl II*.

<sup>39</sup> So etwa für naturalistische Gestaltungen BGH, Urteil vom 06. 02. 1985, I ZR 179/82, GRUR 1985, 529, 529 – *Happening*; zu weiteren Beispielen siehe *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 151.

<sup>40</sup> Dass an Computerprogramme geringe Anforderungen gestellt werden, ergibt sich ausdrücklich aus Art. 1 Abs. 3 Software-RL. Bei komplexen Programmen soll die hinreichende Individualität der Programmgestaltung sogar vermutet werden, vgl. BGH, Urteil vom 03. 03. 2005, I ZR 111/02, GRUR 2005, 860, 861 – *Fash 2000*.

<sup>41</sup> Nach Art. 6 der Schutzdauer-RL gelten geringe Anforderungen für den urheberrechtlichen Schutz von Fotografien. Dies bestätigte EuGH, Urteil vom 01. 12. 2011, C-145/10, ECLI EU:C:2011:798, Rn. 99 – *Painer*; dass im deutschen Recht Fotografien ohnehin dem Schutz der kleinen Münze unterfallen, betont BGH, Urteil vom 03. 11. 1999, I ZR 55/97, GRUR 2000, 233, 233 – *Werbefotos*; zu weiteren Beispielen siehe *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 196.

<sup>42</sup> Die Rechtsprechung verlangt nur ein geringes Maß an eigenschöpferischer Prägung, um Widersprüche zu der Aufzählung in § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG zu vermeiden. Beispiele für diese

In anderen Bereichen legt der Bundesgerichtshof dagegen einen größeren Maßstab an, um besonderen Schutzbedürfnissen Rechnung zu tragen. Bei Schriftwerken nicht literarischer Art fordert er, dass die Gestaltung Durchschnittsgestaltungen deutlich überragt.<sup>43</sup> Diese gesteigerten Schutzanforderungen begründet er für wissenschaftliche Werke damit, dass dem urheberrechtlichen Schutz wissenschaftlicher Lehren und Erkenntnisse von vorneherein Grenzen gesetzt seien, da sie für jedermann frei zugänglich bleiben müssten.<sup>44</sup> Die gleiche Argumentation überträgt die Rechtsprechung auf Sprachwerke, die einem praktischen Gebrauchszweck dienen, wie etwa Anwaltsschriften<sup>45</sup>, Briefe<sup>46</sup> und Bedienungsanleitungen<sup>47</sup>. Da sie auf allgemeine Formen und Ausdrucksmittel zurückgriffen, müssten auch sie für jedermann frei zugänglich bleiben.

Auch im Bereich der angewandten Kunst verlangte die Rechtsprechung lange Zeit, dass die Gestaltungstätigkeit die der Durchschnittsgestaltungen deutlich übertrage.<sup>48</sup> Die gesteigerten Anforderungen begründete der Bundesgerichtshof damit, dass sich bereits der Geschmacksmusterschutz auf kunstgewerbliche Gegenstände mit geringem Individualitätsgrad erstreckte, sodass keine Schutzlücken durch das Versagen des Urheberrechtsschutzes entstünden. Diese Rechtsprechung gab der Bundesgerichtshof allerdings mit seiner *Geburtstagszug*-Entscheidung in 2014 auf.<sup>49</sup> Er berief sich darauf, dass zwischen dem Geschmacksmusterrecht und Urheberrecht kein Stufenverhältnis im Sinne eines wesensgleichen Unterbaus bestehe.<sup>50</sup>

---

großzügige Linie sind BGH, Urteil vom 20. 11. 1986, I ZR 160/84, GRUR 1987, 360, 361 – *Werbepläne*; BGH, Urteil vom 10. 10. 1991, I ZR 147/89, GRUR 1993, 34, 36 – *Bedienungsanweisung*; BGH, Urteil vom 11. 04. 2002, I ZR 231/99, GRUR 2002, 958, 959 – *Technische Lieferbedingungen*.

<sup>43</sup> BGH, Urteil vom 09. 05. 1985, I ZR 52/83, BGHZ 94, 276 – *Inkasso-Programm*; BGH, Urteil vom 17. 04. 1986, I ZR 213/83, GRUR 1986, 739, 740 f. – *Anwaltsschriftsatz*; BGH, Urteil vom 12. 03. 1987, I ZR 71/85, GRUR 1987, 704, 706 – *Warenzeichenlexika*; BGH, Urteil vom 10. 10. 1991, I ZR 147/89, GRUR 1993, 34, 36 – *Bedienungsanweisung*.

<sup>44</sup> BGH, Urteil vom 21. 11. 1980, I ZR 106/78, GRUR 1981, 352, 353 – *Staatsexamensarbeit*.

<sup>45</sup> Ihnen sei Urheberrechtsschutz nur zuzubilligen, wenn sie sich von dem auf Routine beruhenden Anwaltsschreiben unterscheiden und eine schöpferische Fantasie aufweisen: BGH, Urteil vom 17. 04. 1986, I ZR 213/83, GRUR 1986, 739, 741 – *Anwaltsschriftsatz*; OLG Düsseldorf, Urteil vom 14. 07. 1983, 20 U 64/83, GRUR 1983, 758.

<sup>46</sup> Briefe müssten sich von der Masse des Alltäglichen abheben, um urheberrechtlichen Schutz zu verlangen: BGH, Urteil vom 22. 12. 1959, VI ZR 175/58, BGHZ 31, 308, 311 – *Alte Herren*.

<sup>47</sup> Sie könnten ausnahmsweise aufgrund der eigenschöpferischen Auswahl und Anordnung der den Text ergänzenden Zeichnungen und Bilder in Kombination mit den korrespondierenden Informationen etwas Eigenschöpferisches enthalten, sofern Spielraum für eine von didaktischen Zwecken verfolgte Gestaltung verbleibe: BGH, Urteil vom 10. 10. 1991, I ZR 147/89, GRUR 1993, 34, 36 – *Bedienungsanweisung*.

<sup>48</sup> Nordemann, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 6 Rn. 18; vgl. BGH, Urteil vom 21. 05. 1969, I ZR 42/67, 38, 39 f. – *Vasenleuchter*; BGH, Urteil vom 27. 01. 1983, I ZR 177/80, GRUR 1983, 377, 378 – *Brombeer-Muster*.

<sup>49</sup> BGH, Urteil vom 13. 11. 2013, I ZR 143/12, BGHZ 199, 52, Rn. 26 – *Geburtstagszug*.

<sup>50</sup> BGH, Urteil vom 13. 11. 2013, I ZR 143/12, BGHZ 199, 52, Rn. 34 – *Geburtstagszug*.

Stattdessen sei eine hinreichende Gestaltungshöhe anzunehmen, wenn es sich aus Sicht der für Kunst empfänglichen und mit Kunstanschauungen einigermaßen vertrauten Kreise rechtfertige, von einer „künstlerischen“ Leistung zu sprechen, die eine „ästhetische“ Wirkung begründe.<sup>51</sup> Der enge Bezug des Geschmacksmusterrechts zum Urheberrecht wurde überdies durch die Veränderung des Geschmacksmustergesetzes im Jahr 2004 beseitigt: Sie bewirkte den Ausbau des Geschmacksmusterrechts zu einem eigenständigen Schutzrecht.<sup>52</sup>

## b) Literatur

### aa) *Kein Schutz der kleinen Münze*

#### (1) Kritik: Keine Gleichstellung banaler Erzeugnisse mit Werken der Hochkultur

Manche halten es für unbillig, Merkblättern, Katalogen, Kunstreproduktionen und anderen banalen Erzeugnissen denselben Schutz zuteilwerden zu lassen wie Werken der Weltliteratur und künstlerischen „Meisterwerken“. Den Urhebern von Werken der kleinen Münze sollten aufgrund ihrer nur geringen eigenpersönlichen Prägung nicht die stark urheberpersönlichkeitsrechtlich geprägten Rechte der §§ 11, 15 ff. UrhG sowie die in § 64 UrhG verankerte Schutzdauer von 70 Jahre post mortem auctoris zuteil werden.<sup>53</sup> Eine Gleichstellung banaler Erzeugnisse mit Werken der Hochkultur zu fordern, stehe einerseits in Widerspruch zu § 1 UrhG, dem zufolge nur Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst urheberrechtlich geschützt sei.<sup>54</sup> Andererseits drohe bei zu geringen Anforderungen an die Schöpfungsqualität eine Kommerzialisierung des Urheberrechts.<sup>55</sup> Während die Hersteller gewerblicher Produkte einseitig von einem solchen wirtschaftsorientierten Schutzrecht profitierten, stehe sie im Widerspruch zum Interesse der Allgemein-

<sup>51</sup> Insoweit grenzt der BGH die „ästhetische Wirkung“, die auf eine künstlerische Leistung zurückgeht, von derjenigen ab, die durch Gebrauchszwecke indiziert wird: BGH, Urteil vom 13.11.2013, I ZR 143/12, BGHZ 199, 52, Rn. 41 – *Geburtstagszug*; diese Unterscheidung geht zurück auf BGH, Urteil vom 12.05.2011, I ZR 53/10, GRUR 2012, 58, Rn. 25 – *Seilzirkus*.

<sup>52</sup> Das Geschmacksmustergesetz wurde am 01.07.2004 durch das Gesetz zur Reform des Geschmacksmusterrechts (BGBl I, 390) in Designgesetz umbenannt. Die Eigenständigkeit des Schutzrechts folgt aus § 2 GeschMG bzw. § 2 DesignG sowie aus der Gesetzesbegründung BT-Drucks. 15/1075, S. 29.

<sup>53</sup> *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 201; *Schulze*, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, S. 279; vgl. zur Schutzfrist auch *Gerstenberg*, GRUR 1974, 707, 710.

<sup>54</sup> *Schulze*, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, 124 ff.

<sup>55</sup> *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 297.

heit, da mit dem rigorosen Schutz von Erzeugnissen geringen Schutzniveaus deren Gemeinfreiheit unterbunden werde.<sup>56</sup>

## (2) Anhebung der Schutzuntergrenze

Viele Kritiker der Rechtsprechung fordern daher, die Schuttschwelle anzuheben und Erzeugnissen der kleinen Münze den Urheberrechtsschutz vorzuenthalten.<sup>57</sup> Infolgedessen müssten Werke im Sinne des Urheberrechtsgesetzes über ein Individualitätsminimum hinaus eine gewisse gestalterische Qualität aufweisen, die über das Beliebige und Alltägliche hinausgehe.<sup>58</sup> Schulze schlägt vor, das hinreichende Individualitätsmaß unter Berücksichtigung einzelner objektiv bestimmbarer Indizien zu ermitteln: Neben besonderen Gestaltungselementen will er die Reaktionen der Umwelt auf das Erzeugnis sowie andere Alleinstellungsmerkmale des Erzeugnisses berücksichtigen.<sup>59</sup>

Um die Gegenstände der kleinen Münze dennoch nicht schutzlos zu lassen, wird auf das Modell verwiesen, das die Rechtsprechung früher zum Verhältnis zwischen dem Urheberrecht und dem Designrecht für den Bereich der angewandten Kunst entwickelt hat.<sup>60</sup> Das Urheberrecht gewähre Schutz nur in dem oberen Bereich schöpferischer Gestaltung, während für deren untere Bereiche auf andere Schutzvorschriften verwiesen wird. Dem zufolge werde die kleine Münze durch die verwandten Schutzrechte, das Designrecht sowie gegen wettbewerbliche Ausbeutung subsidiär durch das Lauterkeitsrecht geschützt.<sup>61</sup>

<sup>56</sup> *Obergfell*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, Kap. 10 § 2 UrhG Rn. 8; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 298; ähnlich *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 201; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 194, 298.

<sup>57</sup> *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 201; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 298; *Schulze*, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, S. 279–281; *Obergfell*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, Kap. 10 § 2 UrhG Rn. 8; *Köhn*, ZUM 1994, 278, 288; *Schulze*, GRUR 1987, 769, 772.

<sup>58</sup> *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 201; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 297; *Nordemann*, NJW 1970, 881, 883.

<sup>59</sup> *Schulze*, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, S. 280; vgl. auch *Nordemann*, UFITA 1967, (50), 906, 911.

<sup>60</sup> *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 201; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 297; *Schulze*, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, S. 279; wohl genauso *Kuck*, in: Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Kap. 26 Rn. 73; *Schack*, MMR 2001, 9, 11.

<sup>61</sup> Die verwandten Schutzrechte seien gerade darauf angelegt, geringwertige und wirtschaftlich bedeutsame Leistungen zu erfassen, die eine eigenschöpferische Prägung vermissen lassen. Siehe dazu *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 297; *Schulze*, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, S. 279; *Schack*, ZUM 1990, 59, 61 f.; vgl. auch *Spindler*, NJW 2014, 2550, 2551; zum Designschutz siehe *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG S. 158, dem zufolge der Designschutz Erzeugnisse erfasst, deren geistig-ästhetische Wirkung hinter dem Gebrauchszweck zurücktreten, sodass graduelle Unterschiede zum Urheberrecht bestünden.

### bb) Schutz der kleinen Münze

#### (1) Kritik: Einheitliche Schutzuntergrenze

Die Mehrheit der Literaturstimmen erkennt aber den Schutz der kleinen Münze ebenso wie die Rechtsprechung an. Es wird jedoch eine einheitliche Beurteilung der Werkeigenschaft gefordert, die auf der Grundlage des eigenschöpferischen Kerns des Erzeugnisses erfolgen soll.<sup>62</sup>

Zum einen entbehre die Differenzierung anhand der Werkart einer gesetzlichen Grundlage. Schulze argumentiert, dass § 2 Abs. 2 UrhG mit der Forderung einer „persönlichen geistigen Schöpfung“ einheitliche Schutzvoraussetzungen für alle Werkarten vorgebe.<sup>63</sup> Zum anderen seien die unterschiedlich hohen Schutzanforderungen für literarische und nicht literarische Sprachwerke widersinnig, da auch literarische Werke – zumindest teilweise – auf übliche Ausdrucksweisen und Darstellungen zurückgriffen. In der Folge bestehe sowohl bei literarischen wie auch bei nicht literarischen Sprachwerken ein Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit.<sup>64</sup> Loewenheim betont zudem, dass es auch bei Sprachwerken nicht literarischer Art eine große Formenvielfalt der Sprache gebe, sodass die Monopolisierungsgefahr der Gestaltungsmittel ebenso gering sei.<sup>65</sup> Nordemann äußert sogar verfassungsrechtliche Bedenken an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs: Einerseits verstoße die Rechtsprechung gegen die verfassungsrechtliche Zuordnung des Eigentums bei seinem Rechtsträger<sup>66</sup>, andererseits kollidiere sie mit dem in Art. 3 GG verankerten Gleichbehandlungsgrundsatz<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> Schulze, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, 68, 279; Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, S. 136; Nordemann, in: Fromm/Nordemann, § 2 UrhG Rn. 31, 38; Nordemann, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 9 Rn. 22 ff.; Obergfell, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, Kap. 10 § 2 UrhG Rn. 8; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 32; Gerstenberg, GRUR 1974, 707, 710; Loewenheim, GRUR Int. 2004, 765, 266; Schulze, GRUR 1987, 769, 772.

<sup>63</sup> Schulze, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, S. 279; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 32.

<sup>64</sup> Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 59; Nordemann, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 6 Rn. 19; Nordemann, in: Fromm/Nordemann, § 2 UrhG Rn. 64, 211; ähnlich zum Verhältnis von wissenschaftlichen Darstellungen und wissenschaftlichen Sprachwerken Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 32.

<sup>65</sup> Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 59.

<sup>66</sup> Der Gesetzgeber müsse jede geistige Leistung auf der Stufe der Zuordnung urheberrechtlich schützen. Daher gebe es erst auf der zweiten Stufe bei der Frage der Benutzbarkeit des geistigen Eigentums einen Regelungsspielraum für eine unterschiedliche Handhabung der Gestaltungshöhe. Die Rechtsprechung versage aber Sprachwerken nicht literarischer Art den urheberrechtlichen Schutz per se und verstoße gegen Art. 14 Abs. 1 GG. Im Einzelnen siehe Nordemann/Heise, ZUM 2001, 128, 141; Nordemann, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 9 Rn. 24.

<sup>67</sup> Dieser fordere eine Gleichbehandlung aller Urheber, sofern keine sachlich gebotenen Unterscheidungskriterien – was vorliegend zu verneinen sei – zu bejahen seien, vgl. Nordemann/Heise, ZUM 2001, 128, 141; Nordemann, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 9 Rn. 26.

## (2) Lösungsansätze

### (a) Beurteilung auf Grundlage des Gestaltungsspielraums

Um den Eigenarten verschiedener Werkarten Rechnung zu tragen, fordern manche<sup>68</sup> die Beurteilung der urheberrechtlichen Schutzzfähigkeit auf Grundlage der Reichweite des Gestaltungsspielraums.<sup>69</sup> Während dieser bei einer Vielzahl möglicher Ausdrucksweisen und zu behandelnder Themen in den Bereichen der Literatur und Kunst größer gefasst sei, verenge er sich bei Werken, die einem Gebrauchszweck zu dienen bestimmt seien, da aus den Gesetzen der Logik und der Zweckmäßigkeit enge Gestaltungsgrenzen folgten.<sup>70</sup>

Nur ein großer Gestaltungsspielraum, von dem im Einzelfall Gebrauch gemacht werde, lasse hinreichend Raum für eine individuelle Gestaltung. Infolgedessen sei der Urheberrechtsschutz je eher zu bejahen, umso größer der Gestaltungsspielraum mit Blick auf mögliche Gestaltungsgrenzen ausfalle.<sup>71</sup>

### (b) Absenkung der Schutzuntergrenze

Andere fordern dagegen eine allgemeine Absenkung der Schutzuntergrenze.<sup>72</sup> Nordemann plädiert etwa dafür, dass sämtliche individualisierbaren sprachlichen, musikalischen und bildlichen Gedankenäußerungen vom Schutz des § 2 UrhG erfasst werden müssten, sofern sie eine eigenständige Auseinandersetzung des Urhebers mit dem behandelten Gegenstand enthielten.<sup>73</sup>

Ein extensivierter Schutz der kleinen Münze sei erforderlich, um dem Schutzzweck des Urheberrechtsgesetzes hinreichend Rechnung zu tragen, der in dem Schutz des Urhebers vor einer unerlaubten Fruchtzüchtung aus seinem urheberrechtlichen Schaffen bestehe. Aus dieser Zielsetzung folgert Nordemann, dass ein Ergebnis menschlichen Schaffens, das Dritte in Anspruch nehmen wollen, so viel

---

<sup>68</sup> Reh binder/Peukert, Urheberrecht, Rn. 202; Ziegler, Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing, S. 51; Nordemann, in: Fromm/Nordemann, § 2 UrhG Rn. 40; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 33; ähnlich Kuck, in: Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Kap. 26 Rn. 71.

<sup>69</sup> Das Kriterium des Gestaltungsspielraums wird letztlich aus dem europäischen Werkbegriff hergeleitet, der an späterer Stelle vorgestellt wird. Vgl. dazu S. 72 f.

<sup>70</sup> Nordemann, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 6 Rn. 15; für die angewandte Kunst bejahend Gerstenberg, GRUR 1963, 245, 647.

<sup>71</sup> Ziegler, Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing, S. 51; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 33; vgl. auch Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 59 ff.

<sup>72</sup> Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 63; Nordemann, in: Fromm/Nordemann, § 2 UrhG Rn. 34; Nordemann, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 9 Rn. 24; vgl. Loewenheim, GRUR Int. 2004, 765, 265 ff.

<sup>73</sup> Nordemann, in: Fromm/Nordemann, § 2 UrhG Rn. 34.

wert sein müsse, dass es der Wert- und Zuordnungsfunktion des Urheberrechtsgesetzes unterfalle.<sup>74</sup>

### (c) Verzicht auf das Kriterium der Schöpfungshöhe

Vereinzelte Literaturstimmen sprechen sich sogar für eine vollumfängliche Abkehr von dem Erfordernis der Schöpfungshöhe aus und wollen jegliches Individualitätsmaß für den Urheberrechtsschutz ausreichen lassen.<sup>75</sup>

Als Hauptargument führt Bisges die Vermeidung von Abgrenzungsproblemen an: Das Maß der im Erzeugnis zum Ausdruck kommenden Individualität lasse sich nicht objektiv bestimmen, sondern fuße letztlich auf einer rein subjektiven Wahrnehmung.<sup>76</sup> Der von der Rechtsprechung vorgenommene Vergleich mehrerer Erzeugnisse bringe keinen Erkenntnisgewinn. Er setze voraus, dass zum Zeitpunkt des Vergleichs bereits feststehe, welches Individualitätsmaß das zu vergleichende Erzeugnis aufweise – eine solche Feststellung sei aber in Ermangelung objektiv handhabbarer Kriterien in der Regel unmöglich. Zur Vermeidung uneinheitlicher Ergebnisse sei es daher vorzugswürdig, das Kriterium der Schöpfungshöhe vollumfänglich aufzugeben.<sup>77</sup>

## 2. Europäischer Werkbegriff

Obwohl eine alle Werkarten ausdrücklich erfassende Harmonisierung fehlt, deuten die Harmonisierungsbestrebungen des Urheberrechts der Europäischen Union auf eine niedrige Schutzwelle hin, die für alle Werkarten gilt.<sup>78</sup>

### a) Herleitung einheitlicher Geltungskraft

Bislang sind zum Werkbegriff drei europäische Richtlinien ergangen: Die Richtlinie 2009/24/EG zu Computerprogrammen (Software-Richtlinie), die Richtlinie

<sup>74</sup> Nordemann, in: Fromm/Nordemann, § 2 UrhG Rn. 37; Nordemann, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 9 Rn. 24.

<sup>75</sup> Bisges, Die Kleine Münze im Urheberrecht, S. 92f.; Virreira Winter, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, S. 147; Bisges, Handbuch Urheberrecht, Kapitel 1 Rn. 206; Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG Rn. 73; Bisges, GRUR 2015, 540, 542; Bisges, ZUM 2015, 357, 361; Schricker, GRUR 1996, 815, 818.

<sup>76</sup> Bisges, Handbuch Urheberrecht, Kapitel 1 Rn. 202ff., 204; vertiefend zu den ökonomischen Folgen Bisges, Die Kleine Münze im Urheberrecht, 151 ff.

<sup>77</sup> Bisges, Die Kleine Münze im Urheberrecht, 29f.; Bisges, Handbuch Urheberrecht, Kapitel 1 Rn. 202; Bisges, GRUR 2015, 540, 541.

<sup>78</sup> Auch die InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG behandelt den Werkbegriff nur nebensächlich und konzentriert sich auf die Verwertungsrechte und Schranken.



93/98/EWG zu Fotografien mit dem Hauptregelungsbereich der Schutzdauer im Urheberrecht (Schutzdauer-Richtlinie) sowie die Richtlinie 96/9/EG zu Datenbanken (Datenbank-Richtlinie). Innerhalb ihres jeweiligen Regelungsbereichs verzichten die Richtlinien auf das Erfordernis einer besonderen Schöpfungshöhe und fordern einheitlich – jedoch in leicht divergierendem Wortlaut<sup>79</sup> – für Computerprogramme (Art. 1 Abs. 3), Fotografien (Art. 6) und Datenbanken (Art. 3 Abs. 1), dass jede „eigene geistige Schöpfung des Urhebers“ als „individuelles Werk“ im Sinne des Urheberrechts anerkannt werde und entsprechenden Schutz genießt. Für Computerprogramme hat der deutsche Gesetzgeber den Vorgaben der Software-Richtlinie aus Artikel 1 Abs. 1 Rechnung getragen und diese in § 69a Abs. 3 UrhG umgesetzt; für Fotografien und Datenbanken wurden sie nicht wortwörtlich umgesetzt, da der deutsche Gesetzgeber befand, dass das Urheberrechtsgesetz den europäischen Vorgaben der Richtlinien entspreche.<sup>80</sup>

Auf der Grundlage dieser drei Richtlinien entwickelte der Gerichtshof der Europäischen Union einen einheitlichen europäischen Werkbegriff. Die Erweiterung des bereichsspezifischen Werkbegriffs auf alle Werkarten folgt er aus der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (InfoSoc-Richtlinie).<sup>81</sup> Den Bezugspunkt der in den Art. 2 bis 4 InfoSoc-Richtlinie verankerten Verwertungsrechte bilde stets ein „Werk“, ohne dass der europäische Gesetzgeber näher nach Werkarten differenzierte. Aus dieser einheitlichen Begriffsverwendung und der Zielsetzung der InfoSoc-Richtlinie, der Schaffung eines harmonisierten (Urheber-)Rechtsrahmens, leitet der Gerichtshof der Europäischen Union den werkartenübergreifenden Werkbegriff ab.<sup>82</sup> Gleiches folgt er aus dem internationalrechtlichen Zusammenhang der Berner Übereinkunft, die in Art. 2 Abs. 5, 8 die Voraussetzung formuliert, dass Werke der Literatur und Kunst nur „eigene geistige Schöpfungen“ seien.<sup>83</sup>

---

<sup>79</sup> Die Abweichungen im Wortlaut seien der unpräzisen europäischen Legistik geschuldet, die aus ungenauen Übersetzungen resultiere. Sie stehen demnach einer einheitlichen Auslegung nicht entgegen. So *Handig*, GRUR Int. 2012, 9, 11.

<sup>80</sup> BT-Drucks. 13/781, S. 10; BR-Drucks. 966/96, S. 45; *Loewenheim/Leistner*, in: Schrickler/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 3; *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, § 2 UrhG Rn. 7; *Handig*, GRUR Int. 2012, 9, 11.

<sup>81</sup> So erstmals in grundlegendem Urteil der EuGH, Urteil vom 16.07.2009, C-5/08, ECLI EU:C:2009:465, Rn. 33–37 – *Infopaq*; näher dazu *Heinze*, JIPITEC 2011, 97, 104.

<sup>82</sup> Vgl. zur Zielsetzung der InfoSoc-Richtlinie die EG 4, 9 bis 11 und 20. EuGH, Urteil vom 16.07.2009, C-5/08, ECLI EU:C:2009:465, Rn. 27 – *Infopaq*; EuGH, Urteil vom 03.07.2012, C-128/11, ECLI EU:C:2012:407, Rn. 39–41 – *UsedSoft*.

<sup>83</sup> EuGH, Urteil vom 16.07.2009, C-5/08, ECLI EU:C:2009:465, Rn. 34 – *Infopaq*.



## b) Inhalt des europäischen Werkbegriffs

Die Tendenz geht demnach zu einem horizontal werkartübergreifenden Werkbegriff, der als europäischer Werkbegriff vom Gerichtshof der Europäischen Union entwickelt wurde. Dieser setzt ein individuelles Werk in dem Sinne voraus, dass es das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung des Urhebers ist. Durch die terminologische Erweiterung des Werkbegriffs um das Erfordernis der Individualität wird festgelegt, dass auf europäischer Ebene keine quantitativen Anforderungen an das Individualitätsmaß gestellt werden.<sup>84</sup> Aus dem 16. Erwägungsgrund der Datenbank-Richtlinie und dem 17. Erwägungsgrund der Schutzdauer-Richtlinie leitet der Gerichtshof ab, dass sich die zentrale Voraussetzung „eigene geistige Schöpfung“ ausschließlich über die Originalität des Erzeugnisses erfassen lasse.<sup>85</sup> Das Erschaffene müsse für den Urheber subjektiv neu sein. Dafür müsse er seine eigenschöpferischen Fähigkeiten in eigenständiger, origineller Weise zum Ausdruck bringen, indem er eine freie und kreative Entscheidung treffe, die dem Werk die erforderliche persönliche Note verleiht.<sup>86</sup> Letzteres sei jedoch nur möglich, wenn ein ausreichender Gestaltungsraum bestehe. Dieser müsse bei technischen Erwägungen und vorgegebenen Regeln oder Zwängen verneint werden.<sup>87</sup> Andere Kriterien zur Bestimmung der Schutzfähigkeit sind dagegen laut den Richtlinien nicht anzuwenden. Dies lässt sich für qualitative und ästhetische Vorzüge eines Erzeugnisses ausdrücklich dem achten und 16. Erwägungsgrund der Software- und Datenbank-Richtlinie entnehmen. Der Schöpfungsbegriff bildet demnach eine materielle Schutzwelle, die entsprechend den Richtlinien niedrig anzusetzen ist.<sup>88</sup>

Ebenso wie die Richtlinien lässt der europäische Werkbegriff demnach einfache Schöpfungen als Schutzgegenstand des Urheberrechts genügen. Durch das zusätzliche Kriterium des Gestaltungsspielraums hat der Gerichtshof der Europäischen Union seine Rechtsprechung jedoch im Anschluss an sein *Infopaq*-Urteil verschärft und stellt erhöhte Anforderungen an die Individualität.<sup>89</sup> Durch die Konkretisierung, dass in der eigenen geistigen Schöpfung die Persönlichkeit des Urhebers zum Ausdruck kommen müsse, nähert er zugleich den europäischen

<sup>84</sup> Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 3 ff.

<sup>85</sup> Wegweisend das Leiturteil EuGH, Urteil vom 16. 07. 2009, C-5/08, ECLI EU:C:2009:465, Rn. 37 – *Infopaq*; EuGH, Urteil vom 22. 12. 2010, C-393/09, ECLI EU:C:2010:816, Rn. 45 – *BSA*; EuGH, Urteil vom 01. 12. 2011, C-145/10, ECLI EU:C:2011:798, Rn. 87 – *Painer*; unter Bezugnahme auf EG 17 DatenbankRL EuGH, Urteil vom 01. 03. 2012, C-604/10, ECLI EU:C:2012:115, Rn. 38 – *Football Dataco*; näher zum Originalitätskriterium Heinze, JIPITEC 2011, 97, 104.

<sup>86</sup> EuGH, Urteil vom 01. 12. 2011, C-145/10, ECLI EU:C:2011:798, Rn. 88–93 – *Painer*; EuGH, Urteil vom 01. 03. 2012, C-604/10, ECLI EU:C:2012:115, Rn. 38 – *Football Dataco*.

<sup>87</sup> EuGH, Urteil vom 22. 12. 2010, C-393/09, ECLI EU:C:2010:816, Rn. 49 – *BSA*; EuGH, Urteil vom 04. 10. 2011, C-403/08; C-429/08 (verbundene Rechtssachen), ECLI EU:C:2011:631, Rn. 98 – *Murphy*.

<sup>88</sup> Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 5 ff.

<sup>89</sup> Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 6; Obergfell, GRUR 2014, 621, 626.

Werkbegriff dem deutschen an.<sup>90</sup> Er ist überdies ebenso wie der deutsche ein offener Werkbegriff<sup>91</sup>, sodass urheberrechtlicher Schutz unabhängig von der Einordnung in einen abschließenden Katalog von Werkarten gewährt wird.

### c) Einfluss des europäischen Werkbegriffs auf das deutsche Urheberrecht

Inwieweit sich die Maßgaben des europäischen Werkbegriffs auf das deutsche Urheberrecht und die Bestimmung der Schutzuntergrenze auswirken, wird unterschiedlich beurteilt. Während unstrittig ist, dass die bereichsspezifischen Richtlinien für Datenbanken und Fotografien vorrangig zu prüfen sind<sup>92</sup>, gibt es keine eindeutige Vorgabe, ob die Prüfung des allgemein urheberrechtlichen Schutzes aufgrund der InfoSoc-Richtlinie oder anhand der jeweiligen nationalrechtlichen Maßstäbe erfolgt. Trotz der Subjektbezogenheit der europäischen und deutschen Werkbegriffe<sup>93</sup>, die jeweils eine individuelle Prägung des Erzeugnisses voraussetzt, sind die Anforderungen an die Schöpfungshöhe völlig gegensätzlich. Während der Schutz durch § 2 Abs. 2 UrhG eine quantitative Messung der Individualität voraussetzt, genügt nach europäischen Vorgaben ein Individualitätsminimum.

### aa) *Gegner eines einheitlichen europäischen Werkbegriffs*

#### (1) Literatur

Insbesondere diejenigen, die im deutschen Recht eine Anhebung der Schutzuntergrenze fordern, sprechen sich gegen einen einheitlichen, europäischen Werkbegriff aus. Während manche zum Schutz des spezifischen Schutzgegenstandes die Koexistenz beider Werkbegriffe verlangen<sup>94</sup>, sehen andere in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nur eine bereichsspezifische Mindestharmonisierung<sup>95</sup>.

<sup>90</sup> Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 32; Metzger, GRUR 2012, 118, 122.

<sup>91</sup> EuGH, Urteil vom 22.12.2010, C-393/09, ECLI EU:C:2010:816, Rn. 44–51 – BSA; Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 5, 20, 32; Heinze, JIPI-TEC 2011, 97, 104; Leistner, GRUR 2014, 1145, 1145.

<sup>92</sup> Für Computerprogramme existiert bereits in § 69a Abs. 3 UrhG eine ausdrückliche Regelung im deutschen Recht. Im Übrigen vgl. zur gängigen Rechtsprechungspraxis EuGH, Urteil vom 02.05.2012, C-406/10, ECLI EU:C:2012:259, Rn. 45 – SAS Institute; so auch Schulze, GRUR 2009, 1019, 1021.

<sup>93</sup> Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG Rn. 163; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 22.

<sup>94</sup> Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 23, dem zufolge es den „strengen“ deutschen und den „großzügigen“ europäischen Werkbegriff gibt.

<sup>95</sup> Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 182; Schulze, GRUR 2009, 1019, 1021; Ungern-Sternberg, GRUR 2010, 273, 273; Leistner, GRUR 2011, 761, 764.

Jeweils wird angeführt, dass die einheitliche Geltung eines europäischen Werkbegriffs nur durch eine Richtlinie herbeigeführt werden könne, die konkret auf eine Harmonisierung ausgerichtet sei; die Herleitung eines allgemeingültigen Rechtsgrundsatzes spezieller Vorschriften sei nicht *lege artis* und abzulehnen.<sup>96</sup> Schulze schlägt vor, dem Gerichtshof der Europäischen Union schnellstmöglich die Frage vorzulegen, ob bei allen Werkarten die Schutzanforderungen im Sinne eines europäischen Werkbegriffs einheitlich niedrig anzusetzen seien.<sup>97</sup> Bis es so weit sei, müsse man ein Schutzgefälle zwischen den Mitgliedsstaaten als Folge des Beurteilungsspielraums bei der Anwendung des Werkbegriffs hinnehmen.<sup>98</sup>

## (2) Bundesgerichtshof

Der Bundesgerichtshof hat sich bislang nicht eindeutig zu der Einheitlichkeit des europäischen Werkbegriffs geäußert. Er verwies jedoch in seiner *Geburtstagszug*-Entscheidung darauf, dass das unionsrechtliche Urheberrecht außerhalb von Computerprogrammen, Fotografien und Datenbanken keine Einschränkungen für andere Werkarten vorsehe.<sup>99</sup>

Infolgedessen fordert er für Werke der bildenden Künste weiterhin das Vorliegen eines ästhetischen Gehalts als Voraussetzung einer individuellen Prägung.<sup>100</sup> Damit ignoriert der Bundesgerichtshof die Vorgaben des 16. Erwägungsgrundes der Datenbank-Richtlinie und des achten Erwägungsgrundes der Software-Richtlinie, denen zufolge ästhetische Vorzüge für die Beurteilung der Werkeigenschaft unberücksichtigt bleiben sollen. Hätte er den europäischen Werkbegriff als allgemeinverbindlich akzeptiert, wäre sein Ansatz, den Urheberrechtsschutz von ästhetischen Werten abhängig zu machen, wegen Nichtbeachtung der insoweit eindeutig formulierten Erwägungsgründe gemeinschaftswidrig – davon ist kaum auszugehen.<sup>101</sup>

<sup>96</sup> Berger, ZUM 2012, 353, 354; Schulze, GRUR 2009, 1019, 1020 f.; Ungern-Sternberg, GRUR 2010, 273, 273.

<sup>97</sup> Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 22; i. E. genauso, allerdings auf die traditionell nationalen und stets divergierenden Sichtweisen begründete Auslegung des Schöpfungsbegriffs zurückgeführt: Berger, ZUM 2012, 353, 355.

<sup>98</sup> Ungern-Sternberg, GRUR 2010, 273, 273.

<sup>99</sup> BGH, Urteil vom 13. 11. 2013, I ZR 143/12, BGHZ 199, 52, Rn. 31 – *Geburtstagszug*.

<sup>100</sup> BGH, Urteil vom 12. 05. 2011, I ZR 53/10, GRUR 2012, 58, Rn. 21 – *Seilzirkus*; BGH, Urteil vom 13. 11. 2013, I ZR 143/12, BGHZ 199, 52, Rn. 31 – *Geburtstagszug*.

<sup>101</sup> Zu diesem Schluss gelangen auch Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG Rn. 159, 163; Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, § 2 UrhG Rn. 86; Nordemann, in: Fromm/Nordemann, § 2 UrhG Rn. 137. Vgl. i. Ü. zur „ästhetischen Wirkung“ von Werken der angewandten Kunst S. 63 ff.

*bb) Befürworter eines einheitlichen europäischen Werkbegriffs*

Dennoch mehren sich die Forderungen nach einem einheitlichen europäischen Werkbegriff.<sup>102</sup> Als Hauptargument werden die Beeinträchtigung des Binnenmarktes durch die uneinheitliche Auslegung unionsrechtlicher Rechtsbegriffe sowie der Vorrang des Unionsrechts vor dem nationalen Recht der Mitgliedsstaaten angeführt.<sup>103</sup>

Dazu wird die Argumentation des Gerichtshofs der Europäischen Union herangezogen. Diese biete keinen Raum für die Annahme, dass den nationalen Gerichten die weitere Konkretisierung der Schutzvoraussetzungen vollumfänglich vorbehalten sei. Stattdessen habe der Gerichtshof in seinem *Infopaq*-Urteil<sup>104</sup> und den Folgeurteilen<sup>105</sup> Leitlinien für die Ausübung der Beurteilungsspielräume vorgegeben.<sup>106</sup> Neben der Grundstruktur der Prüfung und dem Anknüpfungspunkt der Beurteilung habe der Gerichtshof der Europäischen Union die Frage der Schutzfähigkeit regelrecht „durchentschieden“<sup>107</sup>.

Die konkretisierenden Kriterien seien daher für unterschiedliche Werkarten bereits festgelegt. Den nationalen Gerichten verbleibe nur ein eingeschränktes Rechtsanwendungsermessen innerhalb der festgelegten Interpretationsleitlinien, das eine Anpassung der Maßstäbe bei der Subsumtion des Einzelfalls ermögliche.<sup>108</sup> Nach der Ansicht von Loewenheim entspräche eine solche Konkretisierung des Werkbegriffs anhand der vom Gerichtshof der Europäischen Union entwickelten Maßstäbe – abgesehen von terminologischen Divergenzen – den Schutzvoraussetzungen des deutschen Werkbegriffs und sei dem deutschen Urheberrecht daher nicht fremd.<sup>109</sup>

<sup>102</sup> OLG Nürnberg, Urteil vom 27.03.2001, 3 U 3760/00, GRUR-RR 2001, 225, 227 – *Dienst-anweisung*; Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG Rn. 161 ff.; Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 8; Berger, ZUM 2012, 353, 353 ff.; Grünberger/Podszun, GPR 2015, 11, 13; Leistner, GRUR 2014, 1145, 1145 f.; Metzger, GRUR 2012, 118, 121, 125; Obergfell, GRUR 2014, 621, 625 f.; Pfeifer, GRUR Int. 2014, 1100, 1100 f.; Steinbeck, EuZW 2014, 329, 329 f.

<sup>103</sup> Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG 162 f.; Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 8; Grünberger/Podszun, GPR 2015, 11, 13.

<sup>104</sup> EuGH, Urteil vom 16.07.2009, C-5/08, ECLI EU:C:2009:465, Rn. 44–51 – *Infopaq*.

<sup>105</sup> Zur Benutzeroberfläche eines Computerprogramms EuGH, Urteil vom 22.12.2010, C-393/09, ECLI EU:C:2010:816, Rn. 48 – *BSA*; Zu Porträtfotografien EuGH, Urteil vom 01.12.2011, C-145/10, ECLI EU:C:2011:798, Rn. 89–93 – *Painer*; zu Datenbanken EuGH, Urteil vom 01.03.2012, C-604/10, ECLI EU:C:2012:115, Rn. 30–32 – *Football Dataco*.

<sup>106</sup> Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 9; Grünberger/Podszun, GPR 2015, 11, 13; Leistner, GRUR 2014, 1145, 1145 f.; Obergfell, GRUR 2014, 621, 626; Steinbeck, EuZW 2014, 329, 330.

<sup>107</sup> Leistner, GRUR 2014, 1145, 1146.

<sup>108</sup> So wohl der BGH, der jedoch weiterhin auf der Prüfung einer bestimmten Schöpfungshöhe beharrt: BGH, Urteil vom 13.11.2013, I ZR 143/12, BGHZ 199, 52, Rn. 31 – *Geburtstagszug*; Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 11; Leistner, GRUR 2014, 1145, 1146 ff.; Obergfell, GRUR 2014, 621, 625 f.; Steinbeck, EuZW 2014, 329, 330.

<sup>109</sup> Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 32 f.; i. E. ähnlich Nordemann, in: Fromm/Nordemann, § 2 UrhG 42a.

Ahlberg fordert vom Gesetzgeber, entweder den Wortlaut von § 2 Abs. 2 UrhG an den europäischen Werkbegriff anzupassen, oder aber § 69a Abs. 3 UrhG zu streichen, der den europäischen Werkbegriff bereits im Wortlaut übernommen habe.<sup>110</sup> Die Verwendung zweier verschiedener Rechtsbegriffe im Urheberrechtsgesetz für ein und denselben Schutzgegenstand bilde jedenfalls einen Widerspruch zur Gesetzessystematik. Die mit dem zweiten Vorschlag einhergehende Beibehaltung des deutschen Werkbegriffes sei deshalb eine Alternative, da der europäische Werkbegriff kein originärer Begriff der Europäischen Union, sondern Ausfluss der Grundsätze der nationalen Urheberrechte und damit eine reine Leitlinie zur Schaffung eines einheitlichen Binnenmarktes sei.<sup>111</sup> Als einer dieser Grundsätze müsse die kleine Münze im gesamten Vertragsgebiet der Europäischen Union als Schutzuntergrenze dienen. Dies resultiere aus dem neunten Erwägungsgrund der Schutzdauer-Richtlinie, nach dem erworbene Rechte trotz einer Harmonisierung Bestandsschutz genössen.<sup>112</sup>

### 3. Stellungnahme

#### a) Einheitlicher Schutz der kleinen Münze

Nach hier vertretener Ansicht sind Erzeugnisse geringeren Schutzniveaus als Werke der kleinen Münze zu schützen. Die auf einen rein informatorischen Gehalt reduzierten Erzeugnisse sind über das Kriterium der Schöpfungshöhe, an dem im Einklang mit Nordemann<sup>113</sup> weiterhin festzuhalten ist, aus dem urheberrechtlichen Schutzbereich auszugliedern. Damit verbleibt ein gewisser Gestaltungsraum für den Ausdruck eigenschöpferischer Kreativität, um rein mechanische und handwerkliche Erzeugnisse vom urheberrechtlichen Schutz auszuschließen.<sup>114</sup>

Die Schutzuntergrenze muss jedoch einheitlich für alle Werkarten festgelegt werden.<sup>115</sup> Dies gilt insbesondere mit Blick auf die widersinnigen Differenzierungskriterien für Sprachwerke, die zu nicht nachvollziehbaren Ergebnissen bei dem Vergleich von literarischen und nicht literarischen Sprachwerken sowie bei wissenschaftlichen Darstellungen und wissenschaftlichen Sprachwerken führen. Folgte man aus der Zuordnung zu einer bestimmten Werkart im Sinne von § 2 Abs. 1 UrhG ein unterschiedlich hohes Schutzniveau, würde die Zuordnung zu einer der etablierten Werkarten entgegen § 2 Abs. 2 UrhG zu einer unbedingten

<sup>110</sup> Werke im Sinne des Urhebergesetzes seien demnach eine „eigene geistige Schöpfungen“, vgl. Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG Rn. 163.

<sup>111</sup> Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG 162a.

<sup>112</sup> Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG Rn. 162.

<sup>113</sup> Nordemann, in: Fromm/Nordemann, § 2 UrhG Rn. 38; Nordemann, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 6 Rn. 18 f.

<sup>114</sup> Entsprechend äußern sich manche in der Literatur, vgl. S. 69.

<sup>115</sup> Vgl. demgegenüber den Ansatz der Rechtsprechung, S. 63 f.

Schutzvoraussetzung erhoben. Eine solche Verknüpfung der Schöpfungshöhe mit dem Werkartenkatalog widerspräche zum einen dem im deutschen Urheberrecht geltenden offenen Werkbegriff.<sup>116</sup> Zum anderen würde sich der Schöpfungszweck unzulässig auf die Schöpfungshöhe auswirken. Die Auswirkung ist unzulässig, da sich die Werkeigenschaft zweckneutral und damit losgelöst vom Willen des Werkschöpfers beurteilen muss.<sup>117</sup>

Dass es einer einheitlichen Schutzuntergrenze bedarf, ergibt sich zudem aus dem europäischen Werkbegriff.<sup>118</sup> Da den nationalen Gerichten nur ein eingeschränktes Rechtsanwendungsermessen verbleibt, innerhalb dessen sie die durch die Richtlinien und den Gerichtshof der Europäischen Union festgelegten Maßstäbe konkretisieren und im Wege der Subsumtion im Einzelfall anpassen können, ist im Einklang mit den unionsrechtlichen Vorgaben das Kriterium der Schöpfungshöhe um den Aspekt der eigenschöpferischen Kreativität zu ergänzen.<sup>119</sup> Nur wenn ein Entfaltungsspielraum für eine individuelle Leistung besteht, kann sich die eigenschöpferische Prägung im Werkgegenstand niederschlagen. Werkartenunabhängig sind alle technisch-funktional geprägten, am Sachzwang orientierten Erzeugnisse aus dem Schutzbereich des § 2 UrhG auszunehmen. Auf diese Weise kann trotz einer einheitlich geltenden Schutzuntergrenze den Eigenarten eines Werkes Rechnung getragen werden.

#### b) Wortlaut von § 2 Abs. 2 UrhG

Der werkartenunabhängige Schutz resultiert einerseits aus dem eindeutigen Wortlaut von § 2 Abs. 2 UrhG und andererseits aus den Gesetzesmaterialien, die insoweit eindeutig Stellung beziehen<sup>120</sup>. Jedes Erzeugnis, das das Ergebnis eines willensgetragenen Tätigkeitsprozesses ist und ein Individualitätsminimum in Form einer schöpferischen Eigenheit aufweist, ist urheberrechtlichem Schutz zugänglich.

Die wenig präzise Formulierung des § 2 Abs. 2 UrhG darf nicht fehlinterpretiert werden. Sie resultiert aus der Notwendigkeit, die mannigfaltigen Ausprägungen eines Erzeugnisses mit Schöpfungsqualität zu erfassen und ihm urheberrechtlichen Schutz zu eröffnen. Das Kriterium der Individualität dient weniger dazu, das Überdurchschnittliche zum Alleinstellungsmerkmal eines Werkes zu erheben,

---

<sup>116</sup> EuGH, Urteil vom 22. 12. 2010, C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816, Rn. 44–51 – *BSA; Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 5, 20; *Heinze*, JIPITEC 2011, 97, 104; *Leistner*, GRUR 2014, 1145, 1145.

<sup>117</sup> *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, § 2 UrhG Rn. 14.

<sup>118</sup> *Nordemann*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 6 Rn. 20; *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, § 2 UrhG Rn. 38 f.; *Handig*, GRUR Int. 2012, 9, 11 f.; *Leistner*, EuZW 2016, 166, 167; *Metzger*, GRUR 2012, 118, 121 f.

<sup>119</sup> Vgl. insofern den Ansatz derjenigen, die den Einfluss des europäischen Werkbegriffs auf das deutsche Urheberrecht anerkennen, S. 75.

<sup>120</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 38.

sondern vielmehr, es von der Masse alltäglicher, banaler Erzeugnisse abzugrenzen.<sup>121</sup> Im Einklang mit Loewenheim ist daher nicht zu fordern, dass das Werk in dem Umfang den Stempel der Persönlichkeit seines Urhebers trägt, dass er als dessen Schöpfer erkennbar hervortritt.<sup>122</sup>

Ein geringes Individualitätsmaß muss ausreichen, um dem personenbezogenen Zweck des Urheberrechtsschutzes Rechnung zu tragen.<sup>123</sup> Versagte man Erzeugnissen geringerer Schöpfungshöhe den Schutz der kleinen Münze, beraubte man das Urheberrechtsgesetz seines originären Anwendungsbereichs.

### c) Urheberrechtlicher Schutzgegenstand

#### aa) Gesetzessystematik

Der Gesetzgeber stellt mit § 2 Abs. 1 Nr. 1, 4 und 7 UrhG klar, dass der Schutzgegenstand des Urheberrechts über die in § 1 UrhG verankerten, klassischen Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst hinausgeht.<sup>124</sup> Dass Reden und Computerprogramme, Pläne, Karten, Skizzen und Tabellen von Praktikabilitätsabwägungen geleitet werden, steht somit offenkundig der gesetzgeberischen Entscheidung, die genannten Werkarten mit Werken der freischaffenden Literaten, Komponisten, Malern oder Bildhauern gleichzustellen, nicht entgegen.

Überdies besteht keine Gefahr für das Werkschaffen anderer durch eine drohende Monopolisierung der Gestaltungsmittel.<sup>125</sup> Die Reichweite des Schutzzumfangs richtet sich nach der Individualität des Erzeugnisses, sodass auch bei der generellen Anerkennung urheberrechtlicher Schutzfähigkeit der Schutzzumfang eines Erzeugnisses geringen Schutzniveaus gering ausfällt.<sup>126</sup> Nordemann betont daher zurecht, dass kein „Ausufern des Werkschutzes“ zu befürchten sei.<sup>127</sup> Aufgrund ihres Schutzzumfanges haben Dritte keine Behinderungen durch den Schutz der kleinen Münze zu befürchten, sodass das Anheben der Schutzuntergrenze nicht durch das eindeutige Überwiegen des Interesses der Allgemeinheit geboten ist.

<sup>121</sup> Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG Rn. 73; Nordemann, in: Fromm/Nordemann, § 2 UrhG Rn. 39.

<sup>122</sup> BT-Drucks. 13/781, S. 10; Loewenheim, GRUR 1987, 761, 766.

<sup>123</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 37; Nordemann, in: Fromm/Nordemann, § 1 UrhG Rn. 1 und § 2 UrhG Rn. 36f.

<sup>124</sup> Loewenheim, GRUR 1987, 761, 765; Schricker, GRUR Int. 2008, 200, 202.

<sup>125</sup> So argumentieren aber die Befürworter einer Anhebung der Schutzuntergrenze, vgl. S. 66f.

<sup>126</sup> BGH, Urteil vom 24.01.1991, I ZR 72/89, GRUR 1991, 533, 534 – *Brown Girl II*; BGH, Urteil vom 08.07.2004, I ZR 25/02, GRUR 2004, 855, 857 – *Hundefigur*; Reh binder/Peukert, Urheberrecht, 419, 522; Loewenheim, Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 8 Rn. 1; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 34; Bisges, ZUM 2015, 357, 361.

<sup>127</sup> Nordemann, in: Fromm/Nordemann, § 2 UrhG Rn. 34.



*bb) Gegenüberstellung mit dem Leistungsschutz,  
Design- und Lauterkeitsrecht*

Aus diesem weiten Schutzgegenstand des Urheberrechts folgt zudem, dass ein dreistufiger Schutz für Erzeugnisse der kleinen Münze abzulehnen ist. Sie werden allein durch das Urheberrecht geschützt. Auf die verwandten Schutzrechte, das Designrecht und das Lauterkeitsrecht kommt es als „Unterbau des Urheberrechts“ dagegen nicht an.<sup>128</sup> Ein solches dreistufiges System zum Schutz der kleinen Münze beruht auf einer systemwidrigen graduellen Abstufung der Rechtsgebiete und deren Schutzmechanismen.<sup>129</sup>

Bereits die Zuordnung von Erzeugnissen der kleinen Münze zum Leistungsschutz (mittlere Schutzstufe) steht im Widerspruch zur Systematik des Urheberrechtsgesetzes.<sup>130</sup> Die eindeutige Unterteilung des Urheberrechtsgesetzes in das „Urheberrecht“ (Teil 1) und „Verwandte Schutzrechte“ (Teil 2) ist Ausdruck der verschiedenen Schutzgegenstände. Während Ersteres eine schöpferische Leistung schützt, schützt Letzteres unternehmerische und damit nicht-schöpferische Leistungen.<sup>131</sup> Zu diesen zählen Werke der kleinen Münze jedoch gerade nicht, da sie zumindest ein geringes Individualitätsminimum aufweisen.

Auch der subsidiäre Rückgriff auf den Designschutz (mittlere Schutzstufe) für Werke der angewandten Kunst ist problematisch. Die Abgrenzung von Erzeugnissen, die „gerade noch so“ Urheberrechtsschutz genießen oder bereits dem Designschutz unterfallen, lässt sich nicht anhand des rein subjektiven Kriteriums des Verwendungszweckes zuverlässig durchführen. Zum einen kommt es in Ermangelung zusätzlicher objektiver Kriterien zu Schwierigkeiten und damit zu Rechtsunsicherheiten.<sup>132</sup> Zum anderen ist das Urheberrecht ein zweckneutrales Recht, dessen Bestand nicht durch den Willen des Werkschöpfers determiniert wird.<sup>133</sup> Dennoch bedarf es der Abgrenzung zwischen einem „noch“ schutzfähigen und „nicht mehr“ schutzfähigen Erzeugnis, sodass sich die Problematik der Schutzuntergrenze nur verlagert.<sup>134</sup>

Verweisen manche zudem auf den subsidiären Schutz durch das Lauterkeitsrecht (unterste Schutzstufe), geben sie Erzeugnisse der kleinen Münze im Wesentlichen

---

<sup>128</sup> Ausführlich zu dem Ansatz, dass die kleine Münze bereits hinreichend durch den Dreiklang dieser drei Rechtsgebieten geschützt werde, sodass eine Senkung der urheberrechtlichen Schutzwelle nicht erforderlich sei, auf S. 67 f.

<sup>129</sup> Siehe zu dem dreistufigen Schutz auf S. 67.

<sup>130</sup> *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG § 70; *Loewenheim*, GRUR 1987, 761, 768.

<sup>131</sup> Zum Regelungszweck von Leistungsschutzrechten vgl. BT-Drucks. IV/270, S. 33 f., 86; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 656 ff.; *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG Rn. 112.

<sup>132</sup> *Loewenheim*, GRUR Int. 2004, 765, 766; *Schricker*, GRUR 1996, 815, 818 f.

<sup>133</sup> *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 2 UrhG Rn. 2; *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, § 2 UrhG Rn. 14.

<sup>134</sup> *Loewenheim*, GRUR 1987, 761, 768.



der „Vogelfreiheit“ preis. Das Wettbewerbsrecht schützt gerade nicht die hinter der kleinen Münze stehende Leistung, sondern richtet sich ausschließlich gegen die unlautere Benutzung einer fremden Leistung. Es gewährt mithin einen reflexartigen Schutz, der erst durch das Verhalten Dritter ausgelöst wird<sup>135</sup>, während das Urheberrecht ein subjektives Recht gewährt. Den Anknüpfungspunkt solcher positiven Benutzungs- und negativen Verbotungsrechte bilden alle Erzeugnisse, die eine hinreichende Schöpfungshöhe aufweisen.

cc) *Wertung von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG*

### (1) Veränderte Rezeption von Kunst

In der digitalen Sphäre entsteht ein veränderter Kunstbegriff, der, bedingt durch die technologischen Rahmenbedingungen und den schier unbegrenzten Zugang zu Videos, Filmausschnitten, Texten und Fotografien, zunehmend auf den digitalen Praktiken der abhängigen Werkschaffung aufbaut.<sup>136</sup> Hinzu tritt die interaktive Nutzung und (Mit-)Gestaltung audiovisueller Inhalte in Form nutzergenerierter Inhalte.

Die Wiederverwertung fremder Inhalte wird als sogenanntes *Re-Use* zu einem digitalen Stilmittel, das durch die gezielte Auseinandersetzung mit Bestehendem einen künstlerischen Austausch ermöglicht.<sup>137</sup> Es ist Ausfluss des zunehmenden Individualitätsdrucks auf digitalen Plattformen und sozialen Netzwerken. Durch die Verschmelzung von Kunst und Leben, Intimität und Öffentlichkeit verhalten sich Internetnutzer als (gleichermaßen amateurhafte wie unzulängliche) Künstler.<sup>138</sup> Kunst wird zu einem Serienprodukt, das weniger Resultat überragender Originalität als eine Alltäglichkeit ist – mit der Folge, dass sich das Konsumverhalten von Kunst wandelt.<sup>139</sup> Digitale Inhalte zirkulieren mit rasanter Geschwindigkeit im Netz und, was dem Internetnutzer gefällt, teilt und verbreitet der Sendende, ergänzt es um einen Kommentar, gegebenenfalls durch rasches Kopieren des kommentierten Inhalts.<sup>140</sup> Statt Tiefgang steht Schnelligkeit auf dem Konsumplan, während ein Integritätsverlust der Kunst hingenommen wird.<sup>141</sup>

Dieser Entwicklung trägt das Stilmittel *Re-Use* Rechnung. Es greift Redundanzen origineller und individueller Art auf und verwandelt sie in eine digitale

<sup>135</sup> Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 63; Loewenheim, GRUR 1987, 761, 768.

<sup>136</sup> Klass, ZUM 2016, 801, 803; Kruedener, ZGE 2016, 462, 469 f.

<sup>137</sup> Dazu eingehend Klass, ZUM 2016, 801, 801 f.

<sup>138</sup> Heiser, Die Kunst der digitalen Eingeborenen, abrufbar unter: [https://www.deutschlandfunk.de \(vollständiger Pfad im LitVZ\)](https://www.deutschlandfunk.de (vollständiger Pfad im LitVZ)).

<sup>139</sup> Podszun, ZUM 2016, 606, 607.

<sup>140</sup> Heiser, Die Kunst der digitalen Eingeborenen, abrufbar unter: [https://www.deutschlandfunk.de \(vollständiger Pfad im LitVZ\)](https://www.deutschlandfunk.de (vollständiger Pfad im LitVZ)).

<sup>141</sup> Kruedener, ZGE 2016, 462, 470; wohl ähnlich Klass, ZUM 2016, 801, 803.

Kulturtechnik. Es entsteht Kunst, die zugleich Zitat- und Kommentarfunktion erfüllt. Das Stilmittel *Re-Use* dient damit der Erschaffung von „Kunst als Gegenform“<sup>142</sup> und bewahrt das in großer Menge vorhandene Material vor der Sogwirkung des digitalen Schwarzen Lochs. Diesen genrespezifischen Aspekt erkannte das Bundesverfassungsgericht in seinem *Metall auf Metall*-Urteil an und ordnete das Musiksampling als ein von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschütztes Stil- und Gestaltungsmittel ein.<sup>143</sup>

## (2) Extensive Auslegung von § 2 Abs. 2 UrhG

Obwohl nicht jedes Kunstwerk die Schutzvoraussetzungen von § 2 Abs. 2 UrhG erfüllt, unterfällt jedes schutzfähige Erzeugnis der Kunstfreiheit und damit der Kunstfreiheitsgarantie.<sup>144</sup> Die Wertungen von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG und das Urheberrecht stehen somit nicht in einem Konkurrenzverhältnis zueinander, sondern entsprechen einander in vielerlei Hinsicht.<sup>145</sup> Dieses Miteinander ergibt sich aus § 1 UrhG, dem zufolge Werke aus dem Bereich der Kunst dem urheberrechtlichen Schutzgegenstand unterfallen.

Insbesondere haben das Verfassungs- und das Urheberrecht in den genannten Vorschriften gemein, dass Qualitätserwägungen bei der Beurteilung der konkreten künstlerischen Ausformung als dem Ergebnis einer geistigen Arbeit bzw. der Schöpfungsqualität eines Erzeugnisses außer Betracht zu bleiben haben.<sup>146</sup> Steht die zielgerichtete Wiederverwertung bestehender Inhalte und die stellenweise banale Einbindung derselben in eine neue Gestaltung aber der Einordnung als künstlerisches Stil- und Gestaltungsmittel nicht entgegen, muss diese verfassungsrechtliche Wertung im Grundsatz auch für den urheberrechtlichen Schutzgegenstand gelten. Auch wenn die Schutzbereiche einander nicht entsprechen, sondern im Urheberrecht engere Schutzvoraussetzungen gelten, beansprucht die verfassungsrechtliche Erwägung somit auch Geltung im Urheberrecht.

Der Vorwurf, dass das Urheberrecht durch den Schutz der kleinen Münze von einem „Recht der hohen Literatur und reinen Kunst“<sup>147</sup> zu einem Recht der Kulturwirtschaft<sup>148</sup> verkomme, ist infolgedessen verfehlt. Die Entwicklung zeigt vielmehr, dass das Urheberrecht – Hand in Hand mit dem Kunstbegriff – mit dem

<sup>142</sup> Podszun, ZUM 2016, 606, 608.

<sup>143</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, 96, 99 – *Metall auf Metall*; Klass, ZUM 2016, 801, 803; Krüedener, ZGE 2016, 462, 467–471.

<sup>144</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.02.1971, 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173, 188 – *Mephisto*.

<sup>145</sup> So wohl Wandtke, ZUM 2005, 769, 770.

<sup>146</sup> Wandtke, ZUM 2005, 769, 771.

<sup>147</sup> Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 63; Loewenheim, GRUR 1987, 761, 764.

<sup>148</sup> Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, Einl. Rn. 4; Schricker, GRUR Int. 2008, 200, 201.

Puls der Zeit geht, anstatt zu stagnieren. Es trägt den neuen technologischen Möglichkeiten bei der Werkschöpfung Rechnung, die den Herstellungsaufwand beim Schöpfungsprozess erheblich minimieren, und berücksichtigt die im digitalen Zeitalter zunehmend bestehende Notwendigkeit, dem Schutz qualifizierter menschlicher Kommunikation zu dienen.<sup>149</sup> Dies gilt insbesondere, als die moderne, digitale Gesellschaft von geistigen Erzeugnissen überflutet wird, die aufgrund routinierter Schaffensvorgänge regelmäßig dem Alltäglichen und nicht dem Extraordinären zuzuordnen sind.<sup>150</sup>

Vor diesem Hintergrund ist die veränderte Rezeption des Kunstbegriffes, die sich in zahlreichen digitalen referenziellen (Kunst-)Erzeugnissen manifestiert, im Wege einer extensiven Auslegung des urheberrechtlichen Schutzbereichs zu berücksichtigen. Aus ihr geht hervor, dass (digitale) Erzeugnisse geringen Schutzniveaus oberhalb der urheberrechtlichen Schutzuntergrenze einzuordnen sind.

#### *dd) Zwischenergebnis*

Aus den obigen Ausführungen zum Schutz der kleinen Münze ergibt sich, dass die Schutzvoraussetzung einer gewissen Schöpfungshöhe nicht als das Erfordernis eines (künstlerisch-)herausragenden Schaffens missverstanden werden darf. Bei Zugrundelegung des einheitlichen Werkbegriffes<sup>151</sup> von § 2 Abs. 2 UrhG werden daher alle Erzeugnisse erfasst, die hinreichend Raum für eine freie, kreative Entscheidung lassen. Die Ausnutzung dieses Gestaltungsspielraums kann auf vielfältige Weise erfolgen, muss sich jedoch nicht in Form eines übermäßig kreativen Erzeugnisses manifestieren.

### **III. Konsequenzen aus den Grundsätzen für Meme**

Den Bezugspunkt der Prüfung bildet das Mem als einheitliches Schutzobjekt, das als Einheit der miteinander verbundenen multimodalen Ressourcen erscheint.<sup>152</sup> Im Fokus steht somit die Werkeinheit, die anders als ein Sammelwerk über die Summe seiner Teile hinausgeht. Fraglich ist, ob bei ihrer Gestaltung aufgrund der für Meme typischen technischen Einfachheit und Kürze ein hinreichender Gestaltungsspielraum für eine freie, kreative Entscheidung besteht.

<sup>149</sup> *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, Einl. Rn. 7 sowie § 2 Rn. 63; *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881, 882; *Schricker*, GRUR Int. 2008, 200, 202.

<sup>150</sup> *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG Rn. 72 f.

<sup>151</sup> *Schulze*, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, S. 68; *Obergfell*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, Kap. 10 § 2 UrhG Rn. 8; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 6; *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, § 2 UrhG Rn. 31.

<sup>152</sup> Vgl. zur Multimodalität S. 42 ff.

Die Individualität eines Memes resultiert aus dem Konzept, das ein Mem zu einer Werkeinheit macht. Es zeichnet sich durch seine Originalität aus, da der Sendende mehrere Komponenten zu einer unitären Einheit verbindet, zwischen denen bislang kein Zusammenhang bestand. Was stellenweise wild zusammengewürfelt wirkt, dient der Vermittlung eines tiefergehenden Gedankeninhaltes; was sich als eine banale Aussage des Memes darstellt, entpuppt sich bei näherer Betrachtung als ernsthafter Kern, der dem Mem seine eigene kommunikative Funktion zuweist.

Dieses für Meme typische Überraschungsmoment entsteht durch die Disharmonien der einzelnen Bestandteile und wird mithilfe der memetischen Ebenen des Inhalts, der Form und der Haltung erzeugt.<sup>153</sup> Ihre Vielschichtigkeit geht nicht auf ein bestehendes Konzept, sondern auf den Einfallsreichtum des Sendenden zurück. Dieser kombiniert und arrangiert diverse Ressourcen, ergänzt und modifiziert sie entsprechend eigenen Vorstellungen.

Dass diese Verknüpfung mithilfe simpler und alltäglicher digitaler Techniken erreicht wird, steht der Einordnung als schutzfähige Werke demnach nicht entgegen. Weder darf die Schutzvoraussetzung der Schöpfungshöhe als ein (künstlerisch-) herausragendes Schaffen missverstanden werden, noch kommt es auf den Herstellungsaufwand an, sofern aus dem Schöpfungsprozess ein inhaltlich angereichertes, individuelles Erzeugnis resultiert.

Infolgedessen lassen Meme nicht trotz, sondern wegen ihrer Knappheit Raum für eine freie, kreative Entscheidung. Die für Meme typische Kürze und Einfachheit erfordert eine besondere Prägnanz, die nur bei einer gelungenen Zusammensetzung der einzelnen Bestandteile erzielt wird. Dass Meme durch das Zusammenspiel von Form und Inhalt eine solche Komplexität erreichen, weicht von der Üblichkeit in erheblichem Maße ab und verleiht ihnen eine individuelle schöpferische Persönlichkeitsprägung. Diese Anforderungen sind fallgruppenunabhängig bei Memen erfüllt, sodass sie gleichermaßen als Erzeugnisse der kleinen Münze eine ausreichende Schöpfungshöhe aufweisen.

#### IV. Zwischenergebnis

Nach hiesiger Ansicht unterfallen auch Erzeugnisse der kleinen Münze, die ein geringeres Individualitätsmaß aufweisen, dem Schutzgegenstand des Urheberrechts. Sie sind infolgedessen ebenso als Werke im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG einzuordnen wie traditionelle Werke der Hochkultur.

Daraus folgt, dass auch Meme trotz ihrer Knappheit aufgrund ihrer Vielschichtigkeit als urheberrechtsschutzfähige Werke geschützt sind. Das hinreichende Individualitätsmaß ergibt sich aus der eigenwilligen, die multimodalen Ressour-

---

<sup>153</sup> Zu den memetischen Dimensionen siehe S. 45 ff.

cen nutzenden Gestaltung eines Inhalts und der daraus resultierenden komplexen kommunikativen Funktion.

Dieses Zusammenspiel der memetischen Ebenen rechtfertigt zugleich die Einordnung von Memen als „qualifizierte menschliche Kommunikation“.

## § 2 Zuordnung zu einer Werkart

### A. Werkartenkatalog in § 2 Abs. 1 UrhG

Die Kulturwissenschaften orientieren sich bei der Zuordnung zur Sprach-, Bild- und Multimedia-Memetik daran, welche Modalität als die Prägende im Vordergrund steht.<sup>154</sup> Die Unterscheidung im Urheberrechtsgesetz ist dagegen ausdifferenzierter.

Es zählt in § 2 Abs. 1 Nr. 1–7 UrhG verschiedene Werkarten auf, die vom Urheberrechtsschutz gedeckt sind. Dazu zählen Sprachwerke (Nr.1), Werke der Musik (Nr. 2), pantomimische Werke einschließlich Werke der Tanzkunst (Nr. 3), Werke der bildenden Künste einschließlich Werke der Baukunst, der angewandten Kunst und Entwürfe solcher Werke (Nr. 4), Lichtbildwerke (Nr. 5), Filmwerke (Nr. 6) sowie Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art (Nr. 1).

Bei dem Versuch, Meme einer der aufgezählten Werkarten zuzuordnen, wird deutlich, dass sie mehrere Komponenten der aufgeführten Werkarten vereinen. Sie liegen zunächst im Dateiformat vor und werden durch ein Computerprogramm zu einer Einheit verbunden, die auf dem Bildschirm als Mem sichtbar wird. Aufgrund dieser charakteristischen Multimodalität ist eine eindeutige Zuordnung zugunsten einer der in § 2 Abs. 1 UrhG aufgezählten Werkarten nicht möglich.

Im deutschen Urheberrecht gilt der offene Werkbegriff.<sup>155</sup> Die Zuordnung zu einer Werkart ist nicht konstitutive Schutzvoraussetzung, sondern von Bedeutung für die Rechtsfolgen, die sich aus dem Urheberrechtsschutz ergeben.<sup>156</sup> Zum einen sind die Verwertungsrechte der §§ 15 ff. UrhG nicht gleichermaßen auf alle Werkarten anzuwenden<sup>157</sup>; zum anderen bestehen für manche der katalogisierten Werkarten Sondervorschriften<sup>158</sup>. Aus diesen Besonderheiten folgt die Frage, wie sich Meme in den Werkartenkatalog von § 2 Abs. 1 UrhG einfügen lassen. Neben

<sup>154</sup> Vgl. die Ausführungen zur Multimodalität eines Mems auf S. 42 ff.

<sup>155</sup> EuGH, Urteil vom 22. 12. 2010, C-393/09, ECLI EU:C:2010:816, Rn. 44–51 – *BSA*; *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 5, 20, 31; *Heinze*, JIPI-TEC 2011, 97, 104; *Leistner*, GRUR 2014, 1145, 1145.

<sup>156</sup> *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG Rn. 47; *Bullinger*, in: § 1 UrhG Rn. 4.

<sup>157</sup> So etwa das Ausstellungsrecht in § 18 BGB, das Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht in § 19 UrhG sowie das Zugangsrecht in § 25 UrhG.

<sup>158</sup> So etwa die §§ 69a ff. UrhG für Computerprogramme und die §§ 88 ff. UrhG für Filmwerke.

einer an der Kulturwissenschaft orientierten Schwerpunktbildung zugunsten einer Werkart oder einer an die Einordnung als Mischwerk geknüpfte Kombination mehrer Werkarten ist die Bestimmung einer neuen Werkart in Betracht zu ziehen.

## B. Zuordnung zu einer bestehenden Werkart

Möglicherweise lassen sich Meme einer bestehenden Werkart zuordnen. Die Zuordnung setzt voraus, dass die einzelnen Bestandteile des Mems persönliche geistige Schöpfungen nach § 2 Abs. 2 UrhG sind. Nur wenn dies zu bejahen ist, kann eine Zuordnung zu § 2 Abs. 1 Nr. 1–7 erfolgen.

Die nachfolgende Prüfung erfolgt daher in einem Zweischritt: Zunächst (I.) wird die Schöpfungsqualität der einzelnen Bestandteile untersucht. Anschließend wird diskutiert, ob und gegebenenfalls wie die Zuordnung von Memen als Werkgesamtheiten zu den katalogisierten Werkarten erfolgen kann. In Betracht kommt die Zuordnung (II.) zu einer einzelnen Werkart oder (III.) zu mehreren Werkarten.

## I. Schöpfungsqualität der einzelnen Bestandteile

Es bedarf einer Untergliederung in Werkkomponenten.<sup>159</sup> Sie entsprechen bei Memen in der Regel einer Ressource, die optisch oder akustisch von den anderen Ressourcen abzugrenzen ist. Die Schöpfungsqualität jedes Bestandteils ist unter Berücksichtigung der Besonderheit der jeweiligen Werkart zu untersuchen.

Die Zuordnung zu einer Werkart setzt voraus, dass sie als Werkteile des Mems für sich Schöpfungsqualität aufweisen.<sup>160</sup> Dies folgt einerseits aus dem offenen Werkbegriff des Urheberrechtsgesetzes, der das unbedingte Vorliegen einer persönlichen geistigen Schöpfung nach § 2 Abs. 2 UrhG fordert. Andererseits streitet dafür das Kompositum „Werkart“, in dem der Rechtsbegriff „Werk“ enthalten ist. Insoweit sind die Grundsätze zum urheberrechtlichen Schutz von Werkteilen heranzuziehen.<sup>161</sup>

<sup>159</sup> Vgl. insofern die Ausführungen zum Schutz von Memen als Sammelwerk nach § 4 Abs. 1 UrhG auf S. 60f.

<sup>160</sup> In Bezug auf den Schutz der in einem Multimediawerk verankerten Sprachelemente betont Nordemann, in: Fromm/Nordemann, § 2 UrhG Rn. 92 die Notwendigkeit, dass sie für sich betrachtet individuell sein müssen, um als Sprachwerk i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG geschützt zu sein; ebenso äußert sich im Bezug auf Werke der kleinen Münze Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 4.

<sup>161</sup> Zum Schutz von Werkteilen siehe BGH, Urteil vom 10. 12. 1987, I ZR 198/85, GRUR 1988, 533, 534 – *Vorentwurf II*; BGH, Urteil vom 20. 11. 2008, I ZR 112/06, GRUR 2009, 403, 405 – *Metall auf Metall I*; BGH, Urteil vom 01. 12. 2010, I ZR 12/08, GRUR 2011, 134, Rn. 54 – *Perlentaucher*; Vgl. Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG Rn. 164; Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 87.

### 1. Sprache

Bedient sich ein Mem der Ressource Sprache, kommt ein urheberrechtlicher Sprachwerkschutz gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 UrhG in Betracht. Dieser erfasst alle Schöpfungen, die eine sprachliche Darstellung aufweisen und ihren Inhalt mündlich, schriftlich oder in digitaler Form durch das Mittel der Sprache ausdrücken.<sup>162</sup>

#### a) Allgemeines zum Schutz von Sprachwerken

Es gilt der Grundsatz, dass ein längerer Text mehr Spielraum bietet für eine individuelle Wortwahl, typografische und orthografische Gestaltungen sowie den Einsatz von Stilfiguren.<sup>163</sup>

Meme zeichnen sich durch ihre knappe Prägnanz aus. Insbesondere Schrifttexte werden nur memetisch, wenn der Adressat sie schnell erfassen kann. Entsprechend scheiden umfangreiche Texte vom Anwendungsbereich der Memetik aus.<sup>164</sup> Die von der Memetik erfassten Texte reichen dagegen von kurzen Kommentaren, bestehend aus wenigen Worten und unvollständigen Sätzen, bis hin zu wenigen Zeilen langen Textpassagen. Obwohl die Länge eines Textes für sich nicht ausschlaggebend für die Schutzfähigkeit ist, besteht bei Memen eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass die Schöpfungshöhe nicht erreicht wird.<sup>165</sup>

Neben der Frage des Umfangs ist zur Beurteilung der Schöpfungshöhe die Art des Schrifttextes zu berücksichtigen. Ist der in dem Erzeugnis behandelte Stoff frei erfunden, so erlangt es eher Urheberschutz als Sprachwerk als solche Texte, bei denen der Stoff durch organisatorische Zwecke oder wissenschaftliche Themen vorgegeben ist.<sup>166</sup> Gleiches gilt für Texte, die der Informationsvermittlung dienen, da Ausdrucksweisen durch den jeweiligen Fachjargon vorgegeben werden.<sup>167</sup> Hinzu tritt bei solchen Texten der hohe informatorische Gehalt<sup>168</sup>, der den Gestaltungsraum auf eine eigenschöpferische Darstellungsform des Erzeugnisses redu-

<sup>162</sup> BGH, Urteil vom 09.05.1985, I ZR 52/83, BGHZ 94, 276, 1046 – *Inkasso-Programm*; *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG Rn. 4; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 2 UrhG Rn. 45; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 81.

<sup>163</sup> OLG Stuttgart, Urteil vom 24. 11. 1955, 5 U 101/55, GRUR 1956, 481, 482 – *JA...JACoBI*; LG Mannheim, Urteil vom 23. 10. 1998, 7 O 44/98, ZUM 1999, 659, 659 – *Heidelbär*; LG Köln, Urteil vom 06.04.2011, 28 O 900/10, ZUM-RD 2012, 45, 47 – *Werbetexte*; *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, § 2 UrhG Rn. 119; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 83; *Reinemann/Remmertz*, ZUM 2012, 216–227, 218.

<sup>164</sup> Vgl. zu der Ressource Sprache S. 43.

<sup>165</sup> Zum Begriff der Schöpfungshöhe siehe S. 62 ff.

<sup>166</sup> BGH, Urteil vom 29.03.1984, I ZR 32/82, GRUR 1984, 659, 661 – *Ausschreibungsunterlagen*.

<sup>167</sup> BGH, Urteil vom 10. 10. 1991, I ZR 147/89, GRUR 1993, 34, 35 f. – *Bedienungsanweisung*.

<sup>168</sup> Vgl. zum urheberrechtlichen Schutz von Informationen S. 59 f.

ziert.<sup>169</sup> Daraus folgt für Meme, dass, je kürzer der Schrifttext, desto eher muss er sich durch eine kreative Wortwahl oder Gedankenformung und Gedankenführung von üblichen Formulierungen abheben.<sup>170</sup>

## b) Schrifttext-Meme

Schrifttext-Meme bestehen ausschließlich aus der Ressource Sprache.<sup>171</sup> Als eigenständige Meme in der Internetlandschaft sind sie unterschiedlich umfangreich ausgestaltet: Während Emoticons nur aus wenigen Zeichen bestehen und damit weder die Wortgrenze noch die Satzgrenze überschreiten, setzen sich Hashtags aus mehreren aneinandergereihten Wörtern zusammen. Schablonensätze bestehen dagegen aus mehreren Wörtern, die bestenfalls ein bis zwei Sätze bilden.

### aa) *Emoticons*

Bei Emoticons bleibt aufgrund ihrer Kürze weder Raum für eine fantasievolle Wortwahl noch für eine besondere Gedankenführung. Sie werden memetisch, da die Zeichenkombinationen, die mit Gefühlsregungen assoziiert werden, in stets neuem Kontext verwendet werden.

Dieses Zusammenspiel von Zeichen und ihre gezielte Platzierung ergibt zwar eine über das Abgebildete hinausgehende Bedeutung, die in dem Ausdruck von Emotionen besteht, lässt jedoch im Rahmen der Verwendung von Schrifttext keinen Raum für die Entfaltung eines höheren Individualitätsmaßes. In der Folge ist die Schöpfungsqualität bei Emoticons zu verneinen.

### bb) *Schablonensätze*

Die für Schablonensätze verwendeten Wörter und Satzfragmente entstammen als Film-, Buch-, Musik- oder Interviewzitate der nicht-digitalen Welt und sind häufig ihrerseits als Film-, Sprach-, Musikwerk oder aber als Werkteile derselben urheberrechtlich geschützt.

Werden sie im Rahmen eines Schablonensatzes verwendet, müssen sie dem jeweiligen Diskussionsgegenstand angepasst werden. Dazu werden einzelne Wörter durch den Sendenden selbständig ausgetauscht. Die Anpassung erfolgt zumeist aufgrund rein pragmatischer Erwägungen, sodass eine individuelle Leistung zu verneinen ist.

<sup>169</sup> Vgl. zu dem Erfordernis eines hinreichenden Gestaltungsraums als Voraussetzung urheberrechtlichen Schutzes S. 69, 76 ff.

<sup>170</sup> So zu Schriftwerken im Allgemeinen *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 83.

<sup>171</sup> Beispiele für Schrifttext-Meme wurden vorgestellt auf S. 51 ff.



Die Eigenheit von Schablonensätzen liegt vielmehr in der anschließenden, mit der Verwendung einhergehenden Zweckentfremdung des Materials. Obwohl sich ihnen ein individueller Gedanken- oder Gefühlsinhalt in Form versteckter Kritik an dem Zitat oder dem jeweils kommentierten Diskussionsgegenstand entnehmen lässt, ist er nicht Ausfluss einer sprachlichen Darstellung. Folglich sind Schablonensätze nicht als Sprachwerk nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG geschützt.

### cc) *Hashtags*

Bei Hashtags gestaltet sich die Beurteilung der Schöpfungshöhe schwieriger, da sie einerseits sehr knapp gefasst, andererseits aber durch ihre Prägnanz besonders ausdrucksstark sind.

Da die Länge eines Satzes oder der Wortverbindung nur als Richtschnur dient, steht ihre Kürze einer Einordnung als Sprachwerk im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG nicht grundsätzlich entgegen. Das OLG Düsseldorf nahm bereits im Jahr 1947 an, dass ein Slogan ein Sprachwerk nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG darstelle, sofern er überraschend sowie mit Witz, Einfallsreichtum und Phantasie gestaltet sei.<sup>172</sup> Diese Wertung bestätigte der Gerichtshof der Europäischen Union in seiner *Infopaq*-Entscheidung im Jahr 2009, als er anerkannte, dass einzelne Sätze oder Satzteile eines Textes dazu geeignet seien, einer gesamten Publikation seine Originalität zu vermitteln.<sup>173</sup> Obwohl der Bundesgerichtshof diese Rechtsprechung im Grundsatz bestätigte, betonte er unter Verweis auf die drohende Monopolisierungsgefahr kürzerer Wortfolgen, dass die Schöpfungshöhe dennoch aufgrund der Kürze solcher Schrifttexte häufig zu verneinen sei.<sup>174</sup> Dem trat das LG München im Jahr 2011 entgegen und bejahte den Urheberrechtsschutz einer Wortfolge, bestehend aus zwölf Wörtern, da sie den Inhalt durch die Art der Formulierung mit nur wenigen Worten auf den Punkt bringe.<sup>175</sup> Die komplizierte Ausdrucksweise, die durch die Kürze des Ausspruchs bedingt sei, weiche von der Sprachüblichkeit in erheblichem Maße ab und verleihe ihm eine individuelle Prägung. Ähnlich argumentierte das LG Köln bei einem Werbetext, der trotz seiner beschreibenden Funktion eine individuelle Prägung durch die konkrete Ausdrucksart in Wortwahl und Stil enthalte.<sup>176</sup>

Fraglich ist, ob sich diese Grundsätze auf Hashtags übertragen lassen. Aufgrund ihrer Kürze und damit einhergehenden Prägnanz ähneln sie Slogans und bieten

<sup>172</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 31.07.1964, 5 U 20/63, BB 1964, 447, 447 – *Himmelbett als Handgepäck*.

<sup>173</sup> EuGH, Urteil vom 16.07.2009, C-5/08, ECLI EU:C:2009:465, Rn. 47 – *Infopaq*.

<sup>174</sup> BGH, Urteil vom 01.12.2010, I ZR 12/08, GRUR 2011, 134, Rn. 54 – *Perlentaucher*.

<sup>175</sup> LG München, Urteil vom 08.09.2011, 7 O 8226/11, GRUR-RR 2011, 447, 447 – *Karl Valentin-Zitat*.

<sup>176</sup> LG Köln, Urteil vom 06.04.2011, 28 O 900/10, ZUM-RD 2012, 45, 48 – *Werbetexte*; ebenso *Ludyga*, AFP 2017, (4), 284, 285; *Wandtke*, ZUM 2011, 788, 799 ff.

ebenfalls eine „Eyecatcher“-Funktion. Dennoch greifen sie allenfalls ergänzend auf andere Trägersysteme zur Informationsvermittlung zurück. Obwohl Hash-tags einen erhöhten Unterhaltungswert aufweisen, sollen sie den Adressaten zum Nachdenken anregen. Sie weisen daher anders als Werbeslogans regelmäßig eine ernsthafte Komponente auf. Das Paradoxon aus hohem Unterhaltungswert und thematischer Tiefe gelingt durch die Gegensätzlichkeit des Nutzerbeitrages und des beigefügten Hashtags, der Ersteren durch überraschende Finesse ergänzt. Sie resultiert etwa aus originellen Wortschöpfungen oder der Auswahl, Anordnung und Kombination mehrerer unzusammenhängender Wörter, die eine individuelle Gedankenformung und Gedankenführung des Adressaten ermöglichen.

Dennoch ist die Grenze zur Schutzlosigkeit von Hashtags bei dem Vorliegen von Vorbildern, der Verwendung von allgemeinüblichen, gegebenenfalls umgangssprachlichen Ausdrücken sowie willkürlichen und sinnesentleerten Wortverbindungen zu ziehen.<sup>177</sup> Gleiches gilt für kurze Hashtags rein informatorischen Gehalts, die keinen Raum für eigenschöpferische Individualität lassen.<sup>178</sup> Das Landgericht Bielefeld versagte aus diesem Grund einem Twitter-Beitrag die urheberrechtliche Schutzfähigkeit, da die Verwendung schlagwortartiger Begriffe aus dem alltäglichen und aktuellen Sprachgebrauch in Verbindung mit Sprachwitz nicht für die notwendige Schöpfungshöhe eines Sprachwerkes ausreiche.<sup>179</sup>

Letztlich bleibt die Abgrenzung zwischen geistvoll-treffenden sowie witzigen und von Banalität geprägten Hashtags aber eine Einzelfallfrage.<sup>180</sup> Aufgrund ihrer Kürze und des daraus resultierenden geringen Gestaltungsspielraums ist die Schöpfungshöhe nur zu bejahen, wenn sich die individuelle Ausdrucksart in jedem Element des Hashtags manifestiert. Dafür muss, wie vom LG München gefordert, der Inhalt durch die Art der Formulierung mit nur wenigen Worten auf den Punkt gebracht werden.<sup>181</sup>

Hashtags werden in Abgrenzung zu einem Viral<sup>182</sup> in variierenden Kontexten verwendet und unterliegen erst dadurch memetischen Entwicklungsprozessen. Sie werden unter Beachtung des jeweiligen Nutzerbeitrages mit dem Ziel eingesetzt, das gewünschte Paradoxon durch ihr Zusammenwirken zu erzeugen. Die Einbettung in den Nutzerbeitrag erfolgt mit sprachlichen Mitteln, weist aber in der Regel keine ausreichend individuelle Gedankenformung und -führung auf.<sup>183</sup> Die Indi-

<sup>177</sup> Wandtke, ZUM 2011, 788, 795.

<sup>178</sup> OLG Karlsruhe, Urteil vom 10.08.2011, 6 U 78/10, ZUM 2012, 49, 50 – *Nachrichtentexte*.

<sup>179</sup> LG Bielefeld, Beschluss vom 31.01.2017, 4 O 144/16, ZUM-RD 2017, 657, 658; näher zu der Problematik, dem Urteil jedoch kritisch gegenüber *Ludyga*, AfP 2017, (4), 284.

<sup>180</sup> So etwa für Tweets *Ludyga*, AfP 2017, (4), 284, 285.

<sup>181</sup> LG München, Urteil vom 08.09.2011, 7 O 8226/11, GRUR-RR 2011, 447, 447 – *Karl Valentin-Zitat*.

<sup>182</sup> Vgl. zu dem Begriff des Virals S. 37 f.

<sup>183</sup> Zu Nutzerbeiträgen in Form von Tweets *Reinemann/Remmertz*, ZUM 2012, 216–227, 218.

vidualität folgt vielmehr aus der Metaebene des Mems, sodass ein Sprachwerkes im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG in der Regel zu verneinen ist.

### c) Schrifttext als eine Modalität von Vielen

Schrifttexte werden überdies bei Bildmakros, Classical Art-, Flash-Memen, Photoshopreaktionen, Reaktionsvideos und bei dem Remix multimedialer Inhalte in Kombination mit anderen Ressourcen zur Informationsvermittlung verwendet.<sup>184</sup> Zu diesem Zwecke werden sie als plakative Bildunterschrift, Sprechblasen oder Untertitel durch den sendenden Internetnutzer generiert. Aufgrund dieser eigenen Leistung kommt anders als bei zahlreichen Schrifttext-Memen der selbständige Schutz als Werkteil eines Mems in Betracht.

Aufgrund ihrer Knappheit und Prägnanz sind die oben dargestellten Grundsätze zum Schutz einzelner Worte, Wortfolgen und Satzfragmente ebenso wie die Ausführungen zur Schutzfähigkeit von Hashtags heranzuziehen. Der Anwendungsbereich des originären Sprachwerkschutzes ist jedoch größer als bei Hashtags, da bei Bildmakros und Remixen multimedialer Inhalte die memetische Modifizierung typischerweise in der Erzeugung neuer Schrifttexte besteht, während die verwendeten Abbildungen und Videosequenzen lediglich in vervielfältigter Form eingesetzt werden.

Aufgrund ihrer Kürze ist der Schutz als Sprachwerk gemäß § 2 Abs. 1 UrhG nur in den Ausnahmefällen zu bejahen, in denen sich die eigenschöpferische Prägung wie bei Werbeslogans in jedem Element der Texte niederschlägt.<sup>185</sup> Sollten die Schrifttexte überdies beschreibenden Charakter ähnlich einer Inhaltsangabe aufweisen, ist die Schutzfähigkeit erst Recht zu verneinen.<sup>186</sup>

Hinzu tritt der Umstand, dass die in ein Bild- oder Multimedia-Mem integrierten Bildunterschriften, Sprechblasen und Untertitel im Zusammenhang mit dem gesamten Mem zu lesen sind. Anders als Hashtags, denen sich grundsätzlich auch bei losgelöster Betrachtung eine individuelle Gedankenformung und Gedankenführung entnehmen lässt, ergibt sich die Bedeutung von Bildunterschriften, Sprechblasen und Untertiteln erst durch das Zusammenwirken mit den anderen Werkkomponenten. Der Gedanken- oder Gefühlsinhalt wird mithin nicht durch sprachliche Mittel allein ausgedrückt, sondern durch die Wechselwirkung des Schrifttextes mit den anderen Ressourcen. In der Folge ist der Sprachwerkschutz nach § 2 Abs. 1 UrhG grundsätzlich zu verneinen.

<sup>184</sup> Vgl. zu diesen Memgenres S. 51 ff.

<sup>185</sup> LG München, Urteil vom 08.09.2011, 7 O 8226/11, GRUR-RR 2011, 447, 447 – *Karl Valentin-Zitat*.

<sup>186</sup> Vgl. zum Urheberrechtsschutz für beschreibende Titel OLG Köln, Urteil vom 08.04.2016, 6 U 120/15, ZUM-RD 2016, 470, 471 – *Wenn das Haus nasse Füße hat*.

## 2. Bilder

### a) Fotografien

Meme bestehen selten aus nur einem Bild, sondern aus der Kombination von multimodalen Ressourcen und dem Bild. Bei der Beurteilung der Schöpfungsqualität von Bildern ist daher nachfolgend davon auszugehen, dass sie ausschließlich als ein Bestandteil eines Bild-Mems in Erscheinung treten.

#### *aa) Allgemeines zum Schutz von Lichtbildern*

Der Schutz als Lichtbild setzt voraus, dass Abbildungen im Wege eines technisch-physikalischen Verfahrens der Bildaufzeichnung mittels strahlender Energie erzeugt werden.<sup>187</sup> Hinzu tritt die Notwendigkeit, dass sie eine individuelle Betrachtungsweise oder künstlerische Aussage des Fotografen zum Ausdruck bringen. Als Gestaltungsmittel kommt die Auswahl des Motivs, der Bildausschnitt und die Beleuchtungssituation in Betracht.<sup>188</sup> Rein mechanisch-technischen Abbildungen, die die gezeigten Gegenstände dank beherrschter Aufnahme-, Entwicklungs- und Vergrößerungstechnik bestmöglich wiedergeben, sind dagegen vom Urheberrechtsschutz ausgenommen.<sup>189</sup>

Bei Fotografien ist zu differenzieren zwischen solchen, die das Ergebnis eines eigenschöpferischen Prozesses sind und solchen, die nur ein geringes Individualitätsmaß aufweisen. Im ersten Fall liegt ein Lichtbildwerk vor, das Werkschutz durch § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG genießt. Im letzten Fall genießt das Lichtbild dagegen nur ergänzenden Leistungsschutz durch § 72 UrhG – dennoch sind die für Lichtbildwerke geltenden Vorschriften des ersten Teils nach § 72 Abs. 1 a.E. UrhG entsprechend anwendbar.<sup>190</sup>

<sup>187</sup> BGH, Urteil vom 27.02.1962, I ZR 118/60, BGHZ 37, 1, 6 – *AKI*; BGH, Urteil vom 08.11.1989, I ZR 14/88, GRUR 1990, 669, 673 – *Bibelreproduktion*; OLG Köln, Urteil vom 20.03.2009, 6 U 183/08, GRUR-RR 2010, 141, 142 – *3D-Messestände*; Nordemann, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 9 Rn. 128; erfasst werden somit neben herkömmlichen fotografischen Verfahren auch elektronische Aufnahmen, vgl. dazu Nordemann, in: Fromm/Nordemann, § 2 UrhG Rn. 193; Reuter, GRUR 1991, 23, 27.

<sup>188</sup> BGH, Urteil vom 03.11.1999, I ZR 55/97, GRUR 2000, 233, 318 – *Werbefotos*; BGH, Urteil vom 05.06.2003, I ZR 192/00, GRUR 2003, 1035, 1037 – *Hundertwasser-Haus*; OLG Koblenz, Urteil vom 18.12.1986, 6 U 1334/85, GRUR 1987, 435, 435 – *Verfremdete Fotos*; OLG Köln, Urteil vom 05.03.1999, 6 U 189/97, ZUM-RD 1999, 223, 224.

<sup>189</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.02.1996, 20 U 115/95, GRUR 1997, 49, 50 – *Beuys-Fotografien*.

<sup>190</sup> Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG Rn. 141.

### bb) Fotografienbasierte Meme

Manche Bild-Meme basieren auf Fotografien, die der sendende Internetnutzer selbst aufgenommen hat. Dazu gehören Bildmakros<sup>191</sup>, die wie bei *LOLCats* vielfach auf Fotografien basieren, die im privaten Raum aufgenommen wurden. Ob der typische Schnappschusscharakter solcher Fotografien einer hinreichenden Schöpfungshöhe und damit dem Urheberrechtsschutz entgegensteht, könnte von der Wahl des Bildausschnittes, der Bestimmung der Licht- und Schattenmodalitäten sowie der Kontraste abhängen. Letztlich kann die definitive Einordnung aufgrund der eindeutigen Anordnung in § 72 Abs. 1 UrhG dahinstehen, die einen Schutzgleichlauf von § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG und § 72 UrhG sicherstellt.<sup>192</sup>

Es ist allerdings fraglich, wie der urheberrechtliche Schutz von Fotografien zu beurteilen ist, die im öffentlichen Raum aufgenommen wurden und fremde Werke abbilden. Sowohl Classical Art-Meme als auch Fototrends<sup>193</sup> basieren häufig auf Reproduktionsfotografien, bei denen zwei Problemkreise zu unterscheiden sind. Zum einen können Reproduktionsfotografien bei der Abbildung eines fremden Werkes mit den Rechten Dritter kollidieren. Während die Vervielfältigung und Verbreitung von Werken, die sich an öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen befinden, unter anderem durch Lichtbilder nach § 59 Abs. 1 UrhG aufgrund der Panoramafreiheit zulässig sind, geht mit der Reproduktion von Bauwerken – mit Ausnahme des Eingreifens von § 53 UrhG – eine unzulässige Vervielfältigung nach §§ 59 Abs. 2, 16 UrhG einher.<sup>194</sup> Abhängig von dem konkreten Motiv kann die Anfertigung von Reproduktionsfotografien daher mit der Verletzung von Rechten Dritter einhergehen.

Zum anderen ist bedenkenswert, wie sich eine solche Kollision auf die urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Reproduktionsfotografien auswirkt. Grundsätzlich ist eine Fotografie urheberrechtlichem Schutz zugänglich, obwohl mit ihr die Vervielfältigung eines fremden Werkes einhergeht.<sup>195</sup> Damit richtet sich die

<sup>191</sup> Vgl. zu dem Begriff des Bildmakros S. 44, 50 ff.

<sup>192</sup> Sowohl die Urheberpersönlichkeitsrechte nach §§ 12 ff. UrhG als auch die Verwertungsrechte nach §§ 15 ff. UrhG kommen dem Lichtbildner wie auch dem Urheber eines Lichtbildwerkes gleichermaßen zu Gute. Eine Ausnahme bilden lediglich Fälle, in denen es um die Schutzfristen geht. Nach § 64 UrhG werden Lichtbildwerke siebzig Jahre geschützt, während die Schutzdauer bei einfachen Lichtbildern gemäß § 72 Abs. 3 UrhG auf 50 Jahre verkürzt ist. Vgl. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, § 2 UrhG Rn. 199 f.; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 189.

<sup>193</sup> Vgl. zu den Memgenres S. 49 ff.

<sup>194</sup> Zu den Einzelheiten von § 59 UrhG und der Art und Weise der Einbindung in die Fotografie vgl. BGH, Urteil vom 19.01.2017, I ZR 242/15, GRUR 2017, 390 – *East Side Gallery*; BGH, Urteil vom 27.04.2017, I ZR 247/15, GRUR 2017, 798 – *AIDA Kussmund*.

<sup>195</sup> So äußert sich jedenfalls der BGH, der trotz Vorliegens einer Vervielfältigung knapp diskutiert, dass aus der Kombination einer Reihe weiterer Merkmale Lichtbildwerkschutz erwachsen kann. Siehe BGH, Urteil vom 05.06.2003, I ZR 192/00, GRUR 2003, 1035, 1037 – *Hundertwasser-Haus*; ebenso OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.02.1996, 20 U 115/95, GRUR 1997, 49, 50 – *Beuys-Fotografien*.

Schutzfähigkeit von Reproduktionsfotografien nach allgemeinen Maßstäben. Bei zweidimensionalen Gegenständen wie Bildern und Gemälden ist die Wahl des Bildausschnittes vorgegeben, sodass aufgrund des geringen Gestaltungsspielraums des Fotografen in der Regel kein Urheberrechtsschutz besteht; die Reproduktion von dreidimensionalen Gegenständen lässt dagegen Raum für individuelle Einstellung der Lichtmodulation, Auswahl der Perspektive oder Beeinflussung der Schärfentiefe.<sup>196</sup> Wird dennoch die erforderliche Schöpfungshöhe nicht erreicht, kann ein Lichtbildwerk nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG durch die individuelle Nachbearbeitung des Fotomaterials entstehen.<sup>197</sup>

## b) Computergrafiken

Neben Fotografien werden Bild-Meme auf Computergrafiken gestützt. Gemeint sind grafische Designs, Zeichnungen und Computerbilder, die mithilfe von digitalen Techniken ausschließlich am Computer erzeugt werden. Sie entspringen der Fantasie ihres Erzeugers oder bilden reale Gegebenheiten ab.

Fraglich ist, wonach Computergrafiken geschützt werden. In Betracht kommt die Einordnung als Werk der bildenden Künste nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG oder als Lichtbildwerk nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG.

### aa) Grafische Designs und Zeichnungen

Werke der bildenden Künste nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG sind zwei- oder dreidimensionale Gestaltungen, die ihren ästhetischen Gehalt durch die Ausdrucksmittel Farben, Linien, Flächen, Raumkörper und Oberfläche zur Geltung bringen.<sup>198</sup> Sie erfassen Gemälde, Zeichnungen, Radierungen, Graphiken, Plastiken und Comics, sofern sich ihre schöpferische Eigentümlichkeit in der konkreten Gestaltung manifestiert.<sup>199</sup> Die Individualität ist zu verneinen, wenn sich der Urheber Routinen in Form feststehender Arbeitsschritte bedient, um sich kreativer Arbeit zu entziehen.<sup>200</sup> Gleiches gilt für Einschränkungen in Form vorgegebener Gestaltungsmittel, da sie den Gestaltungsraum einschränken.<sup>201</sup>

<sup>196</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.02.1996, 20 U 115/95, GRUR 1997, 49, 51 – *Beuys-Fotografien*; Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, § 2 UrhG Rn. 119.

<sup>197</sup> So Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, § 2 UrhG Rn. 119.

<sup>198</sup> Rehbindner/Peukert, Urheberrecht, Rn. 241.

<sup>199</sup> LG Köln, Urteil vom 21.04.2008, 28 O 124/08, MMR 2008, 556, 557 – *Virtueller Kölner Dom*; Rehbindner/Peukert, Urheberrecht, Rn. 241; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 150f.

<sup>200</sup> Schaefer, Die urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Werken der Gartengestaltung, S. 125 f., 148 ff.

<sup>201</sup> Vgl. zu dem Erfordernis eines hinreichenden Gestaltungsraums als Voraussetzung urheberrechtlichen Schutzes S. 69, 76 ff.

Digital erstellte Zeichnungen und Comics, die etwa für Bildmarkros, Classical Art- und Flash-Meme<sup>202</sup> verwendet werden, sind daher nur als Werk der bildenden Künste geschützt, wenn die Gestaltungselemente derart in ein Wechselwirkungsverhältnis zueinandertreten, dass dieser Werkteil des Mems eine neue Komplexitätsebene erreicht.<sup>203</sup> Ein solches Ineinandergreifen der verwendeten Komponenten resultiert bei Memen jedoch regelmäßig erst aus dem Zusammenspiel mit anderen multimodalen Ressourcen und nicht alleine aus dem grafischen Design, sodass sie nur in Ausnahmefällen Schöpfungsqualität aufweisen.

### bb) Computerbilder

Bei Bildern, die auf Computertechnik gestützt sind, gestaltet sich die Beurteilung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit schwieriger. Als Vorlage dient häufig ein Szenario aus dem nicht-digitalen Raum, das mithilfe technischer Programme nachgebildet wird. Die reine Nachbildung einer Vorlage lässt jedoch kaum Raum für individuelle Anpassung in Form von perspektivischen Korrekturen oder der Wahl des Bildausschnittes, sodass in der Regel eine rein handwerklich-technische Leistung vorliegt.<sup>204</sup>

Computergestützte Bilder können nur als Werkteile eines Mems nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG geschützt werden, wenn neben die mechanische Umsetzung der Vorlage eine eigenpersönliche Färbung tritt.<sup>205</sup> Ob Computerbilder, die vielfach als Grundlage für Bildmakros, Classical Art- und Flash-Meme dienen, solche zusätzlichen gestalterischen Elemente aufweisen, lässt sich nicht allgemeingültig beantworten.<sup>206</sup> Erst die Vorlage und ihre konkrete Umsetzung bestimmen, ob die Gestaltung über die originalgetreue Wiedergabe der Wirklichkeit hinausgeht.

<sup>202</sup> Vgl. zu den Memgenres S. 51 ff.

<sup>203</sup> *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 241; *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 2 UrhG Rn. 141; vgl. auch *Schulze*, in: *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts, § 9 Rn. 100.

<sup>204</sup> LG Köln, Urteil vom 21.04.2008, 28 O 124/08, MMR 2008, 556, 557 – *Virtueller Kölner Dom*; *Loewenheim/Leistner*, in: *Schricker/Loewenheim*, § 2 UrhG Rn. 160; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 2 UrhG 87, 93.

<sup>205</sup> Als das Resultat grafischer Gestaltungen auf dem Computerbildschirm fehlt es an einem Herstellungsprozess, der auf den Einsatz einer Strahlenquelle zurückzuführen ist. Nach wohl überwiegender Auffassung ist Computerbildern daher der Schutz als Lichtbild(werk) zu versagen. Stattdessen kommt der Schutz als Werk der bildenden Künste in Betracht nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG: OLG Köln, Urteil vom 20.03.2009, 6 U 183/08, GRUR-RR 2010, 141, 142 – *3D-Messestände*; *Loewenheim/Leistner*, in: *Schricker/Loewenheim*, § 2 UrhG Rn. 210; *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 2 UrhG Rn. 193; *Reuter*, GRUR 1991, 23, 26f.; dagegen und für die Einordnung als Lichtbildwerk sprechen sich dennoch aus: *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 2 UrhG Rn. 200; *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 72 UrhG Rn. 12; *Büchner*, ZUM 2011, 549, 549; *Wiebe*, GRUR Int. 1990, 21–35, 32.

<sup>206</sup> OLG Köln, Urteil vom 20.03.2009, 6 U 183/08, GRUR-RR 2010, 141, 142 – *3D-Messestände*; LG Köln, Urteil vom 21.04.2008, 28 O 124/08, MMR 2008, 556, 557 – *Virtueller Kölner Dom*; *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 2 UrhG Rn. 158; vgl. auch *Büchner*, ZUM 2011, 549, 549.



### 3. Multimedia-Elemente

Diverse Meme enthalten multimediale Elemente in Form von Bewegtbild und Audiodateien.<sup>207</sup> Bei Multimedia-Memen stellt sich jedoch das Problem, dass die zentralen Elemente des Mems häufig nicht selbst erzeugt, sondern bestehendes Material in vervielfältigter Form verwendet wird. Reaktionsvideos etwa greifen meistens auf bestehende Filmsequenzen zurück; Gleiches gilt für neu zusammengesetzte Trailer und das Einspielen von Musik bei Lipsync-Videos. Vereinzelt gibt es auch selbst erzeugte Multimedia-Komponenten, die dem urheberrechtlichen Schutz als Werkteil zugänglich sein können.

#### a) Videosequenzen

##### aa) Allgemeines zum Schutz von Filmwerken

Filmwerke genießen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG urheberrechtlichen Schutz. Sie sind die einzige multimodale Werkart, die der Gesetzgeber im Werkartenkatalog vorsieht.

Erfasst werden Bild- oder Bildtonfolgen, die den Eindruck eines bewegten Bildes entstehen lassen und durch die Aneinanderreihung von Bildern eine über das einzelne Bild hinausgehende Vermittlung von Geistesinhalten ermöglicht.<sup>208</sup> Der vermittelte Inhalt kann sowohl in einer dem Handlungsablauf zugrundeliegenden Geschichte als auch in einem belehrenden oder unterrichtenden Inhalt liegen.<sup>209</sup>

Typischerweise vereinen Filmwerke visuelle und akustische Modalitäten zu einer künstlerischen Werkeinheit.<sup>210</sup> Die Individualität des Filmwerkes folgt daher aus der Ton- und Bildkomposition.<sup>211</sup> Hinzu tritt die künstlerische Inszenierung der Szenerie wie der Kulissenbau, die sonstige Wahl des filmischen Hintergrundes, die Gestaltung der Grundlage eines Comicfilms sowie die dramaturgische Handlung und Abfolge der Bilder.<sup>212</sup>

<sup>207</sup> Vgl. S. 44 f. zu dem Begriff der multimodalen Memetik. Es geht in diesem Abschnitt um die komplexeren Formen der multimodalen Memetik, die den akustischen und visuellen Effekt nutzen. Die nachfolgende Prüfung ersterreckt sich damit auf den Remix multimedialer Inhalte, siehe dazu S. 54 ff.

<sup>208</sup> Reh binder/Peukert, Urheberrecht, Rn. 248.

<sup>209</sup> Reh binder/Peukert, Urheberrecht (17. Aufl. 2015), Rn. 303.

<sup>210</sup> Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 241.

<sup>211</sup> OLG Köln, Urteil vom 03. 12. 1999, 6 U 7/98, ZUM 2000, 320, 323 f. – Misch tonmeister; LG München, 19. 02. 1997, 21 O 11471/95, ZUM-RD 1998, 89, 93 – Deutsche Wochenschauen.

<sup>212</sup> BGH, Urteil vom 24. 11. 1983, I ZR 147/81, BGHZ 90, 219, 224 – Filmregisseur; Norde-mann, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 9 Rn. 167 ff.



### bb) Heimvideos

Lipsync- und Reaktionsvideos wie auch die filmische Dokumentation von Flashmobs basieren auf filmischem Material, das der sendende Internetnutzer selbst amateurhaft aufnimmt. Solche Heimvideos sind wenige Sekunden kurz, sodass nur wenig Raum für eine individuelle Gestaltung verbleibt.

Die Videosequenzen werden nicht mit einer professionellen Kameraausstattung aufgenommen, sondern mit Smartphones, Digitalkameras oder Webcams. Diese technischen Hilfsmittel lassen keinen Raum für technische Raffinessen. Die Auflösung der Aufnahme sowie die Farben und die Licht-, Schattendarstellung sind allenfalls durchschnittlich. Über die technischen Rahmenbedingungen hinaus zeichnen sich Heimvideos weder durch eine besondere Kameraperspektive, Lichtführung und Wahl des Bildausschnittes aus, noch werden Töne, Geräusche und Dialoge gezielt eingesetzt, um die bildliche Aussage dramaturgisch zu untermalen oder in Szene zu setzen. Im Fokus der Videosequenzen steht das Geschehen, das filmisch abgebildet wird, ohne dass einzelne Aspekte besonders hervorgehoben werden.<sup>213</sup> Heimvideos sind demnach nicht das Ergebnis einer individuellen Komposition, die für Schöpfungsqualität aber erforderlich ist.

Obwohl das dokumentierte Geschehen für memetische Zwecke zur besonderen Eingängigkeit prägnant ausgestaltet ist, lässt sich auch dem vermittelten Inhalt keine individuelle Aussage entnehmen. Insbesondere liegt der oftmals spontanen Dokumentation von (Alltags-)Situationen kein belehrender oder unterrichtender Geistesinhalt zugrunde.<sup>214</sup> Stattdessen weisen die Videosequenzen gewöhnliche und vorbekannte Elemente auf. Dem wird auch durch eine nachträgliche Bearbeitung nicht erfolgreich entgegengewirkt, da diese im memetischen Sinne häufig amateurhaft ausgeführt wird, ohne dass die Bildfolge durch den Schnitt und die Zusammenstellung der Bilder schöpferisch geprägt wird.<sup>215</sup>

Die Haltung des Mems resultiert daher nicht aus der individuellen Gestaltung oder der filmischen Gestaltung oder dem abgebildeten Inhalt. Sie resultiert aus der nachträglichen Bearbeitung und Ergänzung um weitere multimodale Ressourcen. Bei dem Remix multimedialer Inhalte werden Videosequenzen nachträglich um Schrifttexte für Fehlübersetzungen oder mit Musik unterlegt für Lipsync-Videos.<sup>216</sup> Bei selbst zusammengesetzten Trailern werden die Filmsequenzen um Lieder oder Tonspuren aus anderen Filmsequenzen ergänzt.

<sup>213</sup> BGH, Urteil vom 24. 11. 1983, I ZR 147/81, BGHZ 90, 219, 223 f. – *Filmregisseur*.

<sup>214</sup> Vgl. dazu LG München, Urteil vom 14. 01. 2010, 7 O 13628/09, ZUM 2010, 993, 998 – *Castingshow*; LG München, Urteil vom 29. 05. 2013, 7 O 22293/12, ZUM-RD 2013, 558, 559 – *Pornografische Filme*; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 216 f.

<sup>215</sup> Zu Amateurfilmen *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 221.

<sup>216</sup> Vgl. zu beiden Fallgruppen des Memgenres Auseinandersetzung mit massenmedialen Inhalten S. 54.

Heimvideos sind folglich für sich nicht als Filmwerke im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG geschützt, können aber bei einem geringeren Individualitätsmaß ergänzenden Leistungsschutz nach § 95 UrhG genießen. Diesem Laufbildschutz unterfallen Bild- und Tonfolgen, die aus einer schematischen Aneinanderreihung oder der Wiedergabe eines natürlichen Geschehensablaufs bestehen, ohne auf einer schöpferischen Leistung zu beruhen.<sup>217</sup>

### cc) Animationen

Fraglich ist, ob auch Animationen dem Schutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 6 zugänglich sind.

Anders als bei Lichtbildern kommt es für die Einordnung als Film nicht auf die Aufnahmetechnik an. Neben elektromagnetischen und digitalen Verfahren werden auch die auf andere Weise erschaffenen Bildfolgen erfasst.<sup>218</sup> Die extensive Auslegung des Filmbegriffs folgt aus § 2 Abs. 1 Nr. 6 a. E. UrhG, der Werke erfasst, die „wie Filmwerke“ geschaffen wurden. Entscheidend für den Filmwerkschutz ist somit nur, dass bei der Betrachtung des Werkes der Eindruck eines bewegten Bildes entsteht.<sup>219</sup>

Demgemäß hat der BGH in seinem *Alone in the Dark*-Urteil auch Computerspiele als Filmwerke eingeordnet, da sich ihr Erscheinungsbild auf dem Bildschirm als bewegtes Bild darstelle.<sup>220</sup> Dieser Ansatz lässt sich auf Zeichentrickfilme und Animationen übertragen. Obwohl sie mithilfe von technischen Programmen am Computer erzeugt werden, steht am Ende des Herstellungsprozesses ein bewegtes Bild. Die Flash-Memen und multimedialen Remixen zugrundeliegenden Animationen sind also grundsätzlich dem Schutz von § 2 Abs. 1 Nr. 6 Var. 2 UrhG zugänglich.

Aufgrund der für Meme typischen Knappheit ist allerdings fraglich, ob computerbasierte Bildfolgen einen hinreichenden Gestaltungsraum für eine individuelle Bewegtbildkomposition lassen. Wie bei Computerbildern, die als Werke der bildenden Künste nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG einzuordnen sind, hängt die Beurteilung davon ab, ob Animationen auf einer Vorlage beruhen. Verbleiben hinreichende Freiräume für die Gestaltung, kommt der Schutz als Filmwerk in Betracht; reine Nachbildungen sind dagegen als handwerklich technische Leistung nur dem Laufbildschutz gemäß § 95 UrhG zugänglich.

<sup>217</sup> Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 244.

<sup>218</sup> Nordemann, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 9 Rn. 161.

<sup>219</sup> Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG Rn. 39; Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, § 2 UrhG Rn. 120; Nordemann, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 9 Rn. 161.

<sup>220</sup> BGH, Urteil vom 12.07.2012, I ZR 18/11, BGHZ 194, 339, Rn. 14 – *Alone in the Dark*; BayObLG, Urteil vom 12.05.1992, 4 St RR 64/92, GRUR 1992, 508, 508 f. – *Verwertung von Computerspielen*; Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 217; Bullinger/Czychowski, GRUR 2011, 19, 22 ff.

## b) Audiodateien

aa) *Melodien*

Audiodateien finden sich bei Reaktionsvideos und dem Remix multimedialer Inhalte in Form kurzer Melodien. Sie können als Musikwerk gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG geschützt sein.

Musikwerke bestehen aus einer komponierten Tonfolge, die dem Hörer ein „akustisches Erlebnis“ vermittelt.<sup>221</sup> Die Töne können durch menschliche Stimmen, Musikinstrumente oder aber auf technischem Weg entstanden sein.

Die für Meme verwendeten Audio-Dateien bestehen nur aus wenigen Tonfolgen. Fraglich ist, ob sie dennoch eine hinreichende Schöpfungshöhe aufweisen. Der Bundesgerichtshof entschied in seiner *Klingeltöne für Mobiltelefone*-Entscheidung, dass kurze Jingles und einfache Melodien grundsätzlich urheberrechtlichem Schutz zugänglich sind.<sup>222</sup> Dass diese gegebenenfalls nicht darauf gerichtet sind, eine Tonfolge als Musikwerk in Form eines sinnlich-klanglichen Erlebnisses wahrzunehmen, sondern als rein funktionales Erkennungszeichen dienen, sei für den Werkschutz unbeachtlich.<sup>223</sup> Diese Rechtsprechung ist auf Melodien zu übertragen, die in Multimedia-Memen zur akustischen Unterstützung eingespielt werden.

Die Schutzgrenze ist bei einzelnen Tönen zu ziehen. Sie sind nur schutzfähig, wenn ihnen eine individuelle Tonkombination zugrunde liegt. Das ist von besonderer Relevanz beim *Sound Sampling*<sup>224</sup>, bei dem kurze Tonfolgen bestehender Lieder verwendet und zu einer neuen Tonfolge zusammengefügt werden.<sup>225</sup> Wurde die musikalische Grundidee, also Stil und Rhythmus des Stücks, vorgegeben, ist ein hinreichender Gestaltungsspielraum zu verneinen.<sup>226</sup>

<sup>221</sup> *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 238 f.; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 215.

<sup>222</sup> BGH, Urteil vom 18. 12. 2008, I ZR 23/06, GRUR 2009, 395, 396 f. – *Klingeltöne für Mobiltelefone*; näher zum Werkbegriff die Vorinstanz OLG Hamburg, Urteil vom 18. 01. 2006, 5 U 58/05, GRUR 2006, 323, 323 – *Klingeltöne für Mobiltelefone*.

<sup>223</sup> BGH, Urteil vom 03. 02. 1988, I ZR 143/86, GRUR 1988, 810, 811 – *Fanasy*.

<sup>224</sup> Um die Musiktechnik des Samplings geht es im zweiten Teil dieser Arbeit, vgl. S. 236 ff.; ausschließlich mit der urheberrechtlichen Zulässigkeit dieser Kunstform beschäftigt sich *Virreira Winter*, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts.

<sup>225</sup> Vgl. dazu BVerfG, Urteil vom 31. 05. 2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74 – *Metall auf Metall*; BGH, Urteil vom 20. 11. 2008, I ZR 112/06, GRUR 2009, 403 – *Metall auf Metall I*; BGH, Urteil vom 13. 12. 2012, I ZR 182/11, GRUR 2013, 614 – *Metall auf Metall II*; OLG Hamburg, Urteil vom 07. 06. 2006, 5 U 48/05, GRUR-RR 2007, 3 – *Metall auf Metall I*; OLG Hamburg, Urteil vom 17. 08. 2011, 5 U 48/05, GRUR-RR 2011, 396 – *Metall auf Metall II*.

<sup>226</sup> OLG München, Urteil vom 18. 08. 2011, 6 U 4362/10, ZUM 2011, 928, 929 – *Melodienfolge eines Werbejingles*.

### bb) Neuvertonung

Die Neuvertonung von Filmsequenzen spielt bei dem Remix multimedialer Inhalte eine Rolle. Sie könnten dem Sprachwerkschutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG unterfallen, der schriftliche und mündliche Darstellungen erfasst, sofern der gedankliche Inhalt mit Mitteln der Sprache ausgedrückt wird.<sup>227</sup>

Die mündliche freie Informationsvermittlung oder die Vermittlung durch gesprochene Texte – wie etwa bei Flash-Memen, neu zusammengesetzten Trailern oder Reaktionsvideos –, kann grundsätzlich urheberrechtlich geschützt sein. Da sie jedoch wie Schrifttexte für ihre memetische Eignung besonders kurz gehalten sind, setzt ihre Schutzfähigkeit voraus, dass sich die Individualität in jedem Element der sprachlichen Darstellung manifestieren muss.

## 4. Dokumentierte Inhalte

Abschließend ist der Frage nachzugehen, ob die bei der Dokumentation realer Augenblicke<sup>228</sup> dokumentierten Inhalte losgelöst von ihrer fotografischen oder filmischen Fixierung urheberrechtlich schutzwürdig sind.

Dokumentiert wird jeweils eine Körperhaltung, Pose oder Handlungsabfolge. Sie könnte als pantomimisches oder choreographisches Werk von § 2 Abs. 1 Nr. 3 UrhG erfasst sein. Dafür müsste die Darbietung einen Gedankeninhalt aufweisen, der durch Bewegung, Mimik und Gebärden ausgedrückt wird.<sup>229</sup> Der Schutz erstreckt sich aber nur auf die Formgestaltung der konkreten Darbietung, nicht dagegen auf das zugrundeliegende Konzept wie etwa die abstrakte Choreografie, aus der die Handlungsabfolge resultiert.<sup>230</sup>

Bei Fototrends steht eine Körperhaltung im Fokus, die sich durch eine akrobatische Bewegung oder witzige Attitüde auszeichnet. Sie weist jedoch keine Bezüge zur realen Welt und zu gesellschaftlichen Fragestellungen auf. Es lässt sich kein weitergehender gedanklicher Inhalt entnehmen, sodass der urheberrechtliche Schutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UrhG zu verneinen ist.

Flashmobs schaffen eine kollektive Identität und vermitteln das Gefühl, gemeinsam für gesellschaftliche und politische Themen einzutreten. Sie weisen einen Gedanken- oder Gefühlsinhalt auf, der über die synchron aufgeführten Bewegungsabläufe hinausgeht. Dennoch bestehen sie aus einer Aneinanderreihung

<sup>227</sup> Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG Rn. 4; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 82.

<sup>228</sup> Siehe zu diesem Memgenres auf S. 48 ff.

<sup>229</sup> Öst. OGH, Urteil vom 22. 01. 2008, 4 Ob 216/07d, GRUR Int. 2009, 262, 264 f. – *Racino-Show*; LG München, Urteil vom 29. 05. 1979, 7 S 2 1373/75, GRUR 1979, 852, 853 – *Godspell*.

<sup>230</sup> Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 153.

allgemein bekannter Figuren, die nicht den Eindruck vermitteln, dass mithilfe eines hinter den Bewegungsabläufen stehenden Konzepts eine Art Bühnenwerk stattfinden soll.<sup>231</sup> Flashmobs finden an einem zufällig ausgesuchten öffentlichen Ort statt, der wie vorgefunden genutzt wird. Damit fehlt es an Handlungsabläufen, die in einem besonders arrangierten Raum unter Einsatz sorgfältig ausgewählter, ausgefallener Gegenstände in Szene gesetzt werden.<sup>232</sup>

Sofern die Bewegungen und Mimiken über ihre objektive Eigenheit hinausgehende Gedanken und Empfindungen transportieren, werden sie nicht unmittelbar durch das Ausdrucksmittel der Körpersprache hervorgehoben. Der Grund für die Versammlung der Menschenmassen in öffentlichen Räumen und die synchronen Bewegungen schwingt nur hintergründig mit, ohne dass er sich der choreografischen Gestaltung selbst entnehmen lässt. Die Bewegungsabläufe bilden somit nur ein Assoziationsprodukt des Betrachters. Sie gleichen auch nicht einem lebendigen Bild, sodass die Zuordnung zu den Werken der bildenden Künste nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG ebenfalls scheitert. Der urheberrechtliche Schutz der dokumentierten Inhalte ist zu verneinen.

### 5. Zwischenergebnis

Es bleibt festzuhalten, dass der Schutz von Schrifttexten, Bildern und Multimedia-Elementen nur ausnahmsweise anzunehmen ist. Zum einen bieten memetische Inhalte aufgrund ihrer Knappheit nur einen geringen Gestaltungsraum. Für eine hinreichende Schöpfungshöhe müsste jedes Einzelelement eine eigenschöpferische Prägung erhalten. Zum anderen resultiert die individuelle Gedankenformung und Gedankenführung häufig erst aus dem Zusammenspiel mehrerer multimodaler Ressourcen, während der einzelne Bestandteil des Memes nicht über seine objektive Eigenart hinausgeht.<sup>233</sup>

Schrifttexte weisen für sich beinahe nie, Bilder und Videosequenzen bzw. Animationen nur selten ein ausreichendes Individualitätsmaß auf. Letztlich hängt die Beurteilung der Schutzfähigkeit jedoch im Einzelfall von den spezifischen Ausprägungen ab.

<sup>231</sup> BGH, Urteil vom 06.02.1985, I ZR 179/82, GRUR 1985, 529, 529 f. – *Happening*; BGH, Urteil vom 16.05.2013, I ZR 28/12, GRUR 2014, 65, Rn. 33 – *Beuys-Aktion*.

<sup>232</sup> BGH, Urteil vom 16.05.2013, I ZR 28/12, GRUR 2014, 65, Rn. 29 – *Beuys-Aktion*.

<sup>233</sup> Insoweit lässt sich die Argumentation zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Memen als einheitlichem Werk übertragen, die erst aus dem Zusammenspiel von Form und Inhalt resultiert. Vgl. dazu S. 61 f.

## II. Schwerpunkttheorie

### 1. Zuordnung zu einer Werkart

Nach der Schwerpunkttheorie erfolgt die Zuordnung eines Werkes zu einer Werkart anhand einer Schwerpunktbildung. In der Folge kommt es für die Zuordnung von Memen als Werkgesamtheit auf ihre prägendste Komponente an.<sup>234</sup>

Gelingt eine Schwerpunktbildung, folgt sowohl die Zuordnung der Werkgesamtheit zu der Werkart als auch die exklusive Anwendbarkeit der einschlägigen Sondervorschriften aus der prägendsten Werkkomponente.

Die Schwerpunkttheorie gleicht damit den Grundsätzen der Kulturwissenschaft bei der Zuordnung von Memen zur Sprach-, Bild- und Multimediamemetik.<sup>235</sup>

### 2. Werkgesamtheit: Problemstellung bei Memen

#### a) Schöpfungsqualität der Werkkomponenten

Die Zuordnung von Memen zu einer Werkart scheitert in den meisten Fällen. Wie oben aufgezeigt, weisen die einzelnen Bestandteile von Memen für sich in der Regel keine Schöpfungsqualität auf.<sup>236</sup>

Erfüllt das prägendste Element für sich schon nicht die Voraussetzung von § 2 Abs. 2 UrhG, lässt sich die Schwerpunktsetzung zugunsten einer Werkart nicht rechtfertigen. Andernfalls würden exklusiv Sondervorschriften herangezogen werden, die weder den Eigenheiten des Bestandteils entsprechen, das den Schwerpunkt bilden soll, noch dem Mem als Ganzem.

In den Ausnahmefällen, in denen einzelne Komponenten eines Mem Schöpfungsqualität aufweisen, stellt sich die Folgefrage, wie sich der Schwerpunkt einer Werkgesamtheit bestimmen lässt.

#### b) Bestimmung des Schwerpunktes

Die Bildung des Schwerpunktes könnte davon abhängig gemacht werden, welche Komponente der Adressat für besonders prägend hält.<sup>237</sup> Auf die subjektive

<sup>234</sup> LG Köln, Urteil vom 15.06.2005, 28 O 744/04, ZUM 2005, 910, 912 – *Multimedia-präsentation*; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn.243; Kreuzner, CR 2007, 1, 6; Loewenheim, GRUR 1996, 830, 832; Wiebe/Funkat, MMR 1998, 69, 70.

<sup>235</sup> Vgl. dazu die Ausführungen auf S. 42 f.

<sup>236</sup> Vgl. zum Sprachschutz S.86 ff., dem Schutz von Bildern S.91 ff. und dem Schutz von Multimedia-Elementen S.95 ff.

<sup>237</sup> Es komme auf die Formgestaltung an, die der Betrachter wahrnehme. So LG Köln, Urteil vom 15.06.2005, 28 O 744/04, ZUM 2005, 910, 912 – *Multimedia-präsentation*; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 243; Loewenheim, GRUR 1996, 830, 832; Wiebe/Funkat, MMR 1998, 69, 70.

Wahrnehmung eines Einzelnen abzustellen, birgt aber die Gefahr divergierender und damit wenig verlässlicher Ergebnisse.

Vorzugswürdig erscheint daher die Schwerpunktbildung anhand objektiv bestimmbarer wirtschaftlicher Kriterien – also etwa danach, welche die investitionsintensivsten oder augenscheinlich komplexesten und umfangreichsten Bestandteile der Werkgesamtheit sind. Allerdings entsteht Innovation auch bei geringen finanziellen Investitionen.<sup>238</sup> Der Schwerpunkt einer Werkeinheit lässt sich also ebenso wenig verlässlich durch wirtschaftliche Kriterien wie durch den investierten Arbeits- und Zeitaufwand bestimmen.<sup>239</sup> Subjektiv und objektiv ausgerichtete Kriterien zur Schwerpunktbestimmung eint daher, dass sie unbestimmt sind und eine erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich bringen.<sup>240</sup>

Ein weiterer Nachteil der Schwerpunktheorie ist die Absorption aller anderen einschlägigen Regelungsbereiche.<sup>241</sup> Es ist unbillig, einzelne Bestandteile einer Werkgesamtheit und die sie betreffenden Sonderregelungen nicht zu berücksichtigen, obwohl sie die schöpferische Gesamtstruktur der Werkgesamtheit anteilig mitprägen. Die Schwerpunktbildung zugunsten einer Werkart ist abzulehnen. Die Zuordnung von Memen zu einer katalogisierten Werkart scheitert nach dieser Theorie.

### III. Mischtheorie

#### 1. Zuordnungen zu mehreren Werkarten

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, das Werk in seine Bestandteile zu zerlegen und sie jeweils einer Werkart zuzuordnen. Da der Werkteilschutz innerhalb jeder Werkart gesondert zu prüfen ist, können unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten divergierende Schutzstandards angelegt werden.<sup>242</sup>

Ist das Werk einer der katalogisierten Werkarten zuzuordnen, werden ihm als „Mischwerk“<sup>243</sup> die seine Einzelteile betreffenden Sondervorschriften zuteil. Ge-

<sup>238</sup> Kreutzner, CR 2007, 1, 6.

<sup>239</sup> Insoweit ist auf die Argumentation gegen die Berücksichtigung des Herstellungsaufwandes, die im Rahmen der Schutzuntergrenze darstellt und abgelehnt wurde, zu verweisen. Dass die Investition und der Fleiß ausnahmsweise ein Indiz für die Komplexität eines Werkes sein können, muss bei Beurteilung des urheberrechtlichen Schutzes außer Betracht bleiben. Dennoch sprechen sich dafür aus: *Bisges*, Die Kleine Münze im Urheberrecht, S. 257; *Bisges*, GRUR 2015, 540, 544 f.; zurecht dagegen: *Loewenheim*, Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 6 Rn. 27; *Loewenheim/Leistner*, in: Schrickel/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 69; *Kuck*, in: Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Kap. 26 Rn. 72.

<sup>240</sup> Obwohl er eine andere Konsequenz daraus zieht, erkennt dieses Problem auch *Kreutzner*, CR 2007, 1, 8.

<sup>241</sup> *Bullinger/Czychowski*, GRUR 2011, 19, 21.

<sup>242</sup> *Schricker*, GRUR 1991, 563, 569; im Grundsatz genauso *Schricker*, GRUR Int. 2008, 200, 202; *Loewenheim/Leistner*, in: Schrickel/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 95.

<sup>243</sup> *Schricker*, GRUR Int. 2008, 200, 202.

lingt die Zuordnung zu mehreren Werkarten, sind die Sonderregelungen nebeneinander anzuwenden.<sup>244</sup>

Als wesentliches Argument für die Zergliederung in Werkteile wird angeführt, dass multimodale Werke dem Urheberrecht nicht fremd seien. Auch bei herkömmlichen Werken – also solchen, die nicht Ausfluss neuer, der Digitalisierung geschuldeten technischen Möglichkeiten sind – trafen mehrere Werkarten aufeinander.<sup>245</sup> Als Beispiele werden Opern und Musicals<sup>246</sup> wie auch wissenschaftliche Lehrbücher<sup>247</sup> angeführt.

Loewenheim argumentiert daher, dass die Digitalisierung keine neue Werkart begründe, sondern die Erscheinungsform eines Werkes verändere.<sup>248</sup> Die Werkart werde aber durch die Art und Weise des Werkschaffens bestimmt. Die Art und Weise der Festlegung des schöpferischen Kerns lasse die geistige Wesensart des Werkes dagegen unberührt.<sup>249</sup>

## 2. Mischwerk: Problemstellung bei Memen

Ein wesentlicher Vorteil dieses Vorgehens besteht einerseits darin, dass sämtlichen Werkkomponenten und deren Eigenheiten Rechnung getragen wird. Andererseits kommen die jeweiligen Sondervorschriften dem digitalen Werk in ihrer Summe zugute, ohne dass Schutzlücken entstehen.<sup>250</sup> Digitale Erzeugnisse werden somit bestmöglich in das Urheberrechtssystem eingefügt.

Dennoch wird die Zergliederung in Werkelemente und die Einordnung als Mischwerk der Eigenheit von Memen nicht gerecht: Als Werkgesamtheit bestehen sie aus untrennbar miteinander verwobenen Komponenten. Sie gehen aufgrund des Zusammenspiels der Ebenen des Inhalts und der Form über die Summe ihrer Einzelteile<sup>251</sup> hinaus. Risse man sie dennoch auseinander, beraubte man sie ihrer spezifischen kommunikativen Funktion. Durch die Zergliederung in Werkelemente und ihre isolierte Zuordnung zu den Werkarten des § 2 Abs. 1 UrhG ginge

<sup>244</sup> Bullinger/Czychowski, GRUR 2011, 19, 21; Katko/Maier, MMR 2009, 306, 306; Poll/Brauneck, GRUR 2001, 389, 389 f.

<sup>245</sup> Vgl. Beispiele in: Loewenheim, GRUR 1996, 830, 832; Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 95; ähnlich Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 78.

<sup>246</sup> Sie enthalten Elemente von Sprach- und Musikwerken i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 1, 2 UrhG.

<sup>247</sup> Sie enthalten Elemente von Sprachwerken und wissenschaftlichen Darstellungen i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 1, 7 Var. 1 UrhG.

<sup>248</sup> Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 94; Loewenheim, GRUR 1996, 830, 932; ebenso: Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG Rn. 46; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 243; Wiebe/Funkat, MMR 1998, 69, 70.

<sup>249</sup> Die technischen Vorgänge betreffen somit nicht die Ebene, auf die es für die Bestimmung des Schutzgegenstands ankomme, argumentieren Wiebe/Funkat, MMR 1998, 69, 70.

<sup>250</sup> Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 243; Bullinger/Czychowski, GRUR 2011, 19, 21.

<sup>251</sup> Vgl. dazu S. 59 ff.



ihre spezifische Schöpfungsstruktur verloren, weswegen auch dieser Ansatz zur Einordnung von Memen abzulehnen ist.

## C. Eigenständige Werkart

Das Ineinandergreifen mehrerer Modalitäten ist kein Alleinstellungsmerkmal von Memen, sondern erschwert auch bei anderen digitalen Werkeinheiten die eindeutige Zuordnung zu einer der katalogisierten Werkarten.<sup>252</sup>

Um dennoch der Multimodalität von Memen hinreichend Rechnung zu tragen, kommt die Einordnung als neue Werkart in Betracht. Nachfolgend wird untersucht, ob das Urheberrechtsgesetz den erforderlichen rechtlichen Rahmen bereithält, und dargestellt, welche Argumentationsansätze für die Anerkennung neuer Werkarten entwickelt wurden.

### I. Rechtlicher Rahmen

Nach § 2 Abs. 1 UrhG gehören zu den geschützten Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst „insbesondere“ die in den Nummern eins bis sieben aufgezählten Werkarten. In der Gesetzesbegründung zum Urheberrechtsgesetz aus dem Jahr 1965 heißt es weiter, dass auch neue Werkarten ohne weiteres geschützt seien, die sich „im Laufe der Zeit“ bilden.<sup>253</sup>

Aus dem Gesetzeswortlaut und der Gesetzesbegründung folgt, dass der Werkartenkatalog nicht abschließend ist. Der Gesetzgeber hat mit § 2 Abs. 1 UrhG den rechtlichen Rahmen geschaffen, um den Urheberrechtsschutz an den technischen Fortschritt anzupassen und neue Erscheinungsformen zu schützen.

## II. Beispiel einer neuen Werkart

### 1. Multimediawerke

Ein Beispiel für eine – in weiten Teilen als solche anerkannte<sup>254</sup> – eigenständige neue Werkart bilden Multimediawerke.

Multimediawerke sind multimediale digitale Einheiten, die auf Datenträgern gespeichert werden. Die Ressourcen Sprache, Bild und Ton verschmelzen mit Daten

<sup>252</sup> *Bisges*, Handbuch Urheberrecht, Kapitel 1 Rn. 102.

<sup>253</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 37.

<sup>254</sup> LG München, Urteil vom 11. 11. 2004, 7 O 1888/04, ZUM-RD 2005, 81, 83 f. – *Computerhardware*; Vgl. etwa Multimediawerke: LG Köln, Urteil vom 15. 06. 2005, 28 O 744/04, ZUM 2005, 910, 912 f. – *Multimediapräsentation*; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 248.

und Computerprogrammen zu einer digitalen Einheit.<sup>255</sup> Beispiele für Multimediawerke sind anspruchsvoll gestaltete Webseiten und Computerspiele.<sup>256</sup>

Die Besonderheit von Multimediawerken liegt darin, dass die Person des Adressaten mit der Person des Urhebers übereinstimmt. Sie gestaltet das Multimediawerk mit und trägt zu seiner schrittweisen Veränderung bei.<sup>257</sup>

Multimediawerke sind Ausfluss eines horizontalen Kommunikationsverhaltens: Sie gehen über den einseitigen Unterhaltungs- oder Informationszweck klassischer Film- oder Musikwerke hinaus und regen an zur Mitwirkung. Sie werden von Vielen für Viele geschaffen.

## 2. Rechtliche Einordnung

Manche wollen Multimediawerke einer katalogisierten Werkart zuordnen.<sup>258</sup>

Aufgrund der Eigenarten von Multimediawerken nimmt die Mehrheit der Literaturstimmen<sup>259</sup> wie auch die Rechtsprechung<sup>260</sup> eine eigenständige Werkart an. Sie knüpft die Annahme einer eigenständigen Werkart an die Voraussetzung, dass sich das Werk keiner der in § 2 Abs. 1 UrhG genannten Werkarten zuordnen lässt.<sup>261</sup> Diese Voraussetzung wird bei Multimediawerken als erfüllt angesehen.<sup>262</sup>

Sie seien kein Computerprogramme nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 UrhG, da am Ende des Herstellungsprozesses ein einheitliches (Bewegt-)Bild stehe, das allenfalls in seiner Entstehung auf ein Computerprogramm zurückgehe.<sup>263</sup> Der Einordnung als filmähnliches Werk nach § 2 Abs. 1 Nr. 6 a. E. UrhG – das die einzige katalogisierte multimodale Werkart ist – stehe der interaktive Entstehungsprozess

<sup>255</sup> *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 248; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 2 UrhG S. 152.

<sup>256</sup> *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 248; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 2 UrhG Rn. 151; *Schack*, MMR 2001, 9, 12; *Bullinger/Czychowski*, GRUR 2011, 19, 20ff.; *Kreutzner*, CR 2007, 1, 2.

<sup>257</sup> *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 2 UrhG Rn. 153.

<sup>258</sup> *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 96; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 243; *Wiebe*, in: Spindler/Schuster, § 2 UrhG Rn. 11; *Loewenheim*, GRUR 1996, 830, 832.

<sup>259</sup> *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 248; *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG Rn. 48; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 2 UrhG Rn. 154; *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, § 2 UrhG Rn. 96; *Hoeren*, CR 1994, 390, 395; *Schack*, MMR 2001, 9, 12.

<sup>260</sup> LG München, Urteil vom 11. 11. 2004, 7 O 1888/04, ZUM-RD 2005, 81, 83 – *Computerhardware*; LG Köln, Urteil vom 15. 06. 2005, 28 O 744/04, ZUM 2005, 910, 912 – *Multimedialdiaprasentation*.

<sup>261</sup> OLG Köln, Urteil vom 20. 03. 2009, 6 U 183/08, GRUR-RR 2010, 141, 143 – *3D-Messestände*; LG Köln, Urteil vom 21. 04. 2008, 28 O 124/08, MMR 2008, 556, 556 – *Virtueller Kölner Dom*.

<sup>262</sup> Siehe zu den einzelnen Argumenten den gesamten Aufsatz von *Hoeren*, CR 1994, 390.

<sup>263</sup> So wohl *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 248; zum Begriff des Computerprogramms siehe *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG Rn. 9.

eines Multimediawerkes entgegen.<sup>264</sup> Auch die Einordnung als Sammelwerk nach § 4 Abs. 1 UrhG sei abzulehnen, da die einzelnen Bestandteile zu einer untrennbaren Einheit verschmelzen.<sup>265</sup> Der enge Verbund mehrerer Ausdrucksmittel mit Informationen spreche daher für die Einordnung als eigenständige Werkart.

### III. Übertragbarkeit der Grundsätze auf Meme

#### 1. Meme als Multimediawerke

Für die Einordnung als Multimediawerk spricht die ihm innewohnende Verschmelzung seiner Bestandteile zu einer eigenen Werkeinheit. Sie lassen sich nicht voneinander trennen, ohne dass die besondere Schöpfungsstruktur von Memen verloren ginge.

Problematisch ist das Kriterium der Interaktivität. Als nutzergenerierte Inhalte sind Meme ebenfalls Ausfluss horizontaler Kommunikationsstrukturen. Sie bestehen ausschließlich aus einer digitalen Informationseinheit, die nur der Sendende in der konkreten Ausgestaltung erschaffen hat. Damit fehlt es an einer schrittweisen und interaktiven Mitgestaltung Mehrerer.<sup>266</sup>

Die memetischen Varianten einer digitalen Informationseinheit entstehen nacheinander und voneinander losgelöst. Sie sind nicht Teil einer Werkeinheit, sondern im Sinne der Arbeitsversion jeweils ein eigenständiges Mem.<sup>267</sup> Sie stehen allenfalls als abhängige Schöpfungen nach §§ 23, 24 UrhG zueinander in Beziehung. Meme sind daher nicht als Multimediawerke einzuordnen.<sup>268</sup>

#### 2. Eigene Werkart

##### a) Doppelnatur

Meme könnten wie Multimediawerke eine eigene Werkart bilden. Um die Zuordnung zu der neuen Werkart anhand objektiver Merkmale zu ermöglichen, ist ihre spezifische Schöpfungsstruktur herauszuarbeiten.

<sup>264</sup> Auf die Gemeinsamkeiten von Bildschirmspielen und Filmwerken weist hin *Nordemann*, GRUR 1981, 891, 894; das Problem von Multimediakwerken beschreibt zutreffend *Hoeren*, CR 1994, 390, 393, dem zufolge bei Multimediawerken ein Adressat des Urheberrechts (wie der Kameramann, Regisseur oder Cutter) fehle; *Schack*, MMR 2001, 9, 11.

<sup>265</sup> *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 248; *Schack*, MMR 2001, 9, 11; zwar nicht ausdrücklich, aber durch den Verweis auf die Entstehung einer Einheit *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG S. 47; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 2 UrhG Rn. 153; *Hoeren*, CR 1994, 390, 393.

<sup>266</sup> Vgl. zur Miturheberschaft den nächsten Abschnitt auf S. 112 ff.

<sup>267</sup> Siehe S. 55.

<sup>268</sup> Siehe dazu den dritten Teil dieser Arbeit auf S. 117 ff.

Zur näheren Konkretisierung der Merkmale können die zu Computerspielen entwickelten Grundsätze herangezogen werden. Computerspiele bilden einen Unterfall des Multimediawerkes.

Die Schöpfungsstruktur von Computerspielen wird durch ihre technisch-künstlerische Doppelnatur bestimmt.<sup>269</sup> Ihre künstlerische Seite ergibt sich aus der äußerlich wahrnehmbaren Nutzeroberfläche des Spiels, die in der audiovisuellen Spieldarstellung bestehe.<sup>270</sup> Die technische Seite wird in der Software erblickt, die dem Computerspiel zu Grunde liege und als „Innenleben“<sup>271</sup> des Computerspiels betrachtet wird.

Meme weisen ebenfalls eine Doppelnatur auf. Es gibt die äußerlich wahrnehmbare künstlerische Komponente eines Mems. Diese zeigt sich über die Art und Weise, in der der Inhalt formal mittels multimodaler Ressourcen präsentiert wird. Aus ihr folgt die dem Mem innewohnende Gedankenformung und Gedankenführung. Sie bestimmt die kommunikative Funktion des Mems, also dessen Haltung.<sup>272</sup> Sie wird nachfolgend als die dramaturgische Funktion bezeichnet.

Die formal-künstlerische und die dramaturgisch-haltungsbezogene Komponente berühren die Doppelnatur des Mems. Diese Unterscheidung hebt die spezifische Schöpfungsstruktur der Werkeinheiten hervor und ermöglicht die Zuordnung zu einer neuen Werkart.

## b) Rechtsfolge

Meme sind ebenso wie die katalogisierten Werkarten in die Systematik der Verwertungsrechte und der werkartenspezifischen Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes einzupassen. Es verbleibt die Frage nach der Rechtsfolge.

### aa) *Parallele Anwendbarkeit*

Die Schwerpunkttheorie und die daraus resultierende exklusive Anwendung der Vorschriften, die an die jeweils prägende Werkart geknüpft sind, wurden bereits abgelehnt.<sup>273</sup>

Es kommt die parallele Anwendbarkeit von Sondervorschriften in Betracht. Wurde eine Modalität verwendet, die – bei typisierender Betrachtung – auch einer

<sup>269</sup> Zu der Doppelnatur von Computerspielen vertiefend *Ulbricht*, CR 2002, 317, 321 f.

<sup>270</sup> *Bullinger/Czychowski*, GRUR 2011, 19, 21; *Katko/Maier*, MMR 2009, 306, 306; *Ulbricht*, CR 2002, 317, 321.

<sup>271</sup> *Bullinger/Czychowski*, GRUR 2011, 19, 21; *Katko/Maier*, MMR 2009, 306, 306.

<sup>272</sup> Zu dem Zusammenspiel der Ebenen aus kommunikationswissenschaftlicher oder juristischer Sicht siehe S. 45 ff., 59 ff., 82 f.

<sup>273</sup> Siehe S. 101 ff.

der katalogisierten Werkarten zugrundeliegt, müssen die betreffenden Vorschriften auch für Meme herangezogen werden.

Insofern gleicht die Rechtsfolge zwar derjenigen, die der Zergliederung in Werk-elemente folgt.<sup>274</sup> Der Anknüpfungspunkt ist jedoch ein anderer.

Meme werden nicht als Mischwerke in ihre Einzelteile zerlegt und entgegen ihrer Schöpfungsstruktur einem Sammelwerk im Sinne von § 4 Abs. 1 UrhG gleichgestellt. Stattdessen bilden sie als Werkeinheit den Anknüpfungspunkt für die Bestimmung der Rechtsfolgen des Urheberrechts. Die Bestandteile werden nicht als einzelne Elemente einer Sammlung untersucht, sondern im Hinblick auf ihre jeweilige Funktion im multimodalen Kontext, die als Teil des Gesamtwerkes für die spezifische Haltung eines Memes ursächlich ist.

### *bb) Anwendung der strengeren Sondervorschriften*

Manche halten der gleichzeitigen Anwendbarkeit verschiedener Sonderregelungen die indirekte Benachteiligung Dritter entgegen. Sie müssten sich für die Legitimierung der Werknutzung stets an der strengeren der nebeneinander anwendbaren Schrankenbestimmungen ausrichten, die in §§ 44a ff. UrhG geregelt sind.<sup>275</sup> Dieser Einwand bietet bei Memen nur einen geringen Anwendungsbereich, da sie nur einen geringen Schutzzumfang aufweisen und keine Benachteiligung Dritter zu befürchten ist.

#### (1) Geringer Schutzzumfang

Die Frage, ob eine Verletzungshandlung der Legitimation durch eine Schrankenbestimmung bedarf, setzt voraus, dass eine Verletzungshandlung vorliegt.

Eine Verletzung im Sinne des Urheberrechts ist nur anzunehmen, wenn durch die konkrete Nutzung der schöpferische Kern des Werkes betroffen ist. Damit kommt es entscheidend auf den Schutzzumfang an, der bei Werken der kleinen Münze – also auch bei Memen – aufgrund des geringen Individualitätsmaßes eng ausfällt.<sup>276</sup>

Es gilt der Grundsatz, dass je individueller das Werk ist, desto weiter auch sein Schutzzumfang ist; ein geringes Maß an schöpferischer Eigentümlichkeit bedeutet,

<sup>274</sup> Eine parallele Anwendbarkeit der Regelungen bei Computerprogrammen bejahend: *Bullinger/Czychowski*, GRUR 2011, 19, 21; *Katko/Maier*, MMR 2009, 306, 306; wohl genauso *Poll/Brauneck*, GRUR 2001, 389, 389 f.

<sup>275</sup> *Kreutzner*, CR 2007, 1, 5.

<sup>276</sup> Zu dem Schutz der kleinen Münze siehe S. 63 ff., um den Schutzzumfang von Memen geht es im dritten Teil dieser Arbeit im Rahmen des Systems der abhängigen Schöpfungen auf S. 117 ff.

dass der Schutzzumfang des betreffenden Werkes enger zu fassen ist.<sup>277</sup> Letzteres hat für ein Werk der kleinen Münze zur Folge, dass es nur in seiner konkreten Form gegen identische Nutzungen und Nachahmungen geschützt wird, während ähnliche Nutzungen nicht in den Schutzbereich fallen.<sup>278</sup>

Eine Verletzungshandlung ist bei Memen also nur zu bejahen, wenn die Nutzungshandlung annähernd identisch ausfällt. Andernfalls bedarf es keiner Schrankenregelungen zur Legitimation der zulässigen Nutzungshandlung. Infolge ihres geringen Schutzzumfangs kommen Schrankenregelungen bei Memen deshalb kaum Bedeutung zu.

## (2) Keine Benachteiligung Dritter

Auch wenn ausnahmsweise eine Verletzungshandlung vorliegt, zu deren Legitimierung es einer Schrankenbestimmung bedarf, ist bei Memen eine Benachteiligung Dritter nicht zu befürchten. Ein Mem benachteiligt an sich wohl niemanden.

Das Urheberrechtsgesetz enthält für bestimmte Werkarten nach § 2 Abs. 1 UrhG Sondervorschriften. Deren Anwendbarkeit ist also an die Zuordnung eines Werkes zu einer der Werkarten geknüpft. Die Sondervorschriften, die an § 2 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1, Nr. 2, 4 bis 6 UrhG geknüpft sind, weisen – anders als bei Multimediawerken, bei denen die §§ 69a ff. UrhG für Computerprogramme und §§ 88 ff. UrhG für Filmhersteller<sup>279</sup> anwendbar sind – keine Wertungsdiskrepanzen auf.

Sollten die Wertungen der Sondervorschriften dennoch zueinander im Widerspruch stehen, ist der Vorzug der Vorschrift einzuräumen, die den engsten Bezug zu der Fallkonstellation aufweist und ihr am besten entspricht.<sup>280</sup>

## cc) Prüfungsgang

Folgender Prüfungszweischritt wird bei Memen zur Ermittlung der Rechtsfolge vorgeschlagen: Zunächst müssen die in dem Mem verwendeten Modalitäten den

<sup>277</sup> BGH, Urteil vom 03.02.1988, I ZR 143/86, GRUR 1988, 810, 812 – *Fantasy*; BGH, Urteil vom 24.01.1991, I ZR 72/89, GRUR 1991, 533, 534 – *Brown Girl II*; BGH, Urteil vom 10.10.1991, I ZR 147/89, GRUR 1993, 34, 35 – *Bedienungsanweisung*; BGH, Urteil vom 08.07.2004, I ZR 25/02, GRUR 2004, 855, 857 – *Hundefigur*; BGH, Urteil vom 23.06.2005, I ZR 227/02, GRUR 2005, 854, 856 – *Karten-Grundsubstanz*; BGH, Urteil vom 13.11.2013, I ZR 143/12, BGHZ 199, 52, Rn. 41 – *Geburtstagszug*.

<sup>278</sup> Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 34.

<sup>279</sup> Durch die künstlerisch-technische Doppelnatur von Computerspielen sind die §§ 69a UrhG für Computerprogramme und die §§ 88 ff. UrhG für Filmhersteller heranzuziehen. Die erforderliche Berücksichtigung der technischen und filmischen Seite kann damit zu gegenteiligen Wertungen führen.

<sup>280</sup> So zurecht Bullinger/Czychowski, GRUR 2011, 19, 21.

Besonderheiten der katalogisierten Werkarten zugeordnet werden.<sup>281</sup> Die Schöpfungsqualität der einzelnen Bestandteile des Mems ist fakultativ, die Schöpfungsqualität des Mems als Werkgesamtheit ist dagegen konstitutive Schutzvoraussetzung.

Im nächsten Schritt sind die Sondervorschriften zu bestimmen. Je nach verwendeter Modalität sind einschlägig das Ausstellungsrecht in § 18 UrhG für Werke der bildenden Künste und Lichtbildwerke, das Vortragsrecht in § 19 Abs. 1 UrhG für Sprachwerke, das Aufführungsrecht in § 19 Abs. 2 und 3 UrhG sowie das Vorführungsrecht in § 19 Abs. 4 UrhG für Werke der bildenden Künste, Lichtbildwerke und Filmwerke, das Folgerecht in § 26 UrhG für Werke der bildenden Künste, § 72 UrhG zum generellen Schutz bei Lichtbildern und lichtbildähnlichen Erzeugnissen. Auch die Schrankenbestimmungen der §§ 44a ff. UrhG sind teilweise an bestimmte Werkarten geknüpft.<sup>282</sup> Hinzu treten Bestimmungen für verwandte Schutzrechte.

#### IV. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Meme durch die in § 2 Abs. 1 Nr. 1–7 UrhG katalogisierten Werkarten nicht zutreffend erfasst werden.

Stattdessen sind sie als eigenständige Werkart anzuerkennen. Meme unterscheiden sich von den in § 2 Abs. 1 UrhG benannten Werkarten wie auch von Multimediawerken durch ihre formaldramaturgisch-künstlerische und zugleich dramaturgisch-inhaltsbezogene Doppelnatur.<sup>283</sup> Sie ergibt sich aus dem multimodal gestalteten Zusammenspiel von Form und Inhalt und der daraus resultierenden Haltung.

Unter Ausnutzung des offenen Wortlauts von § 2 Abs. 1 UrhG sind Meme daher als gedachte „Nr. 8“ in den Werkartenkatalog hinzuzufügen.

### § 3 Die Rechteinhaberschaft im digitalen Umfeld

Nachdem festgestellt worden ist, dass Meme Schöpfungsqualität nach § 2 Abs. 2 UrhG aufweisen und eine eigenständige Werkart bilden, stellt sich die Frage, wer die Rechte an Memen innehat. Neben der Alleinurheberschaft des Sendenden nach § 7 UrhG kommt eine Miturheberschaft nach § 8 UrhG aller an den einzelnen Bestandteilen eines Mems Beteiligten in Betracht.

<sup>281</sup> Insoweit ist eine Untergliederung wie auf S. 85 ff. vorzunehmen.

<sup>282</sup> *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, § 2 UrhG Rn. 47; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 2 UrhG Rn. 4; *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 95.

<sup>283</sup> Vgl. zur Herleitung dieser Doppelnatur S. 106.

## A. Schöpferprinzip

Nach § 7 UrhG ist Urheber „der Schöpfer des Werkes“. In § 1 UrhG steht weiter, dass der Urheber für seine Werke nach Maßgabe des Urheberrechtsgesetzes Schutz genießt. Dieser Schutz erstreckt sich nach § 11 S. 1 UrhG auf seine geistigen und persönlichen Beziehungen sowie die Nutzung seines Werkes. Der Schutz seiner persönlichen Interessen folgt aus §§ 12–14 UrhG, der seiner materiellen Interessen aus §§ 15 ff. UrhG.

Die Verwendung bestehenden Materials ist ein stilprägendes Merkmal von Memen. Es führt zu einer gestaffelten Überlagerung von eigenen und fremden Beiträgen. Daraus folgt die Frage, ob Schöpfer eines Memes nicht die Vielzahl von Personen sind, deren Beiträge in der Werkeinheit des Memes zusammengeführt werden. Aufgrund dieser Kumulationen werden nachfolgend die Voraussetzungen einer Miturheberschaft nach § 8 UrhG geprüft.

## B. Vorüberlegungen

Miturhebern stehen die Rechte zur Veröffentlichung (§ 12 UrhG) und Verwertung (§§ 16 ff. UrhG) des Werkes nach § 8 Abs. 2 S. 1 UrhG als Gesamthandsgemeinschaft zu.<sup>284</sup>

Die Nutzungsrechtsvergabe des Werkes zugunsten eines Dritten im Sinne der §§ 31 ff. UrhG setzt die willentliche Übereinstimmung aller Urheber voraus. Damit besteht im Vergleich zur Alleinurheberschaft die gesteigerte Gefahr der Nutzungsversagung gegenüber Dritten.<sup>285</sup>

In § 8 Abs. 2 S. 3 UrhG ist die Aktivlegitimation jedes einzelnen Miturhebers normiert, der Ansprüche aus Verletzungen des gemeinsamen Urheberrechts für alle Urheber gemeinsam geltend machen darf. Bei Leistungsklagen kann er die Leistung allerdings ausschließlich „an alle Miturheber“ verlangen, die er namentlich aufführen muss. Die namentliche Nennung ist im digitalen Umfeld bei großen Gruppen von Miturhebern schwierig. Sie sind in der digitalen Sphäre häufig nur über das gemeinsame Werkschaffen miteinander verbunden. Diese Anonymität der Miturheber erschwert die Rechtsdurchsetzung.<sup>286</sup>

---

<sup>284</sup> Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 11 Rn. 5.

<sup>285</sup> Plaß, GRUR 2002, 670, 672.

<sup>286</sup> Jaeger/Metzger, MMR 2003, 431, 435; Plaß, GRUR 2002, 670, 672; i.E. so wohl auch OLG Köln, Urteil vom 07.03.2018, 6 U 162/17 – *Linux Kernel*; a.A. die Vorinstanz: LG Köln, Urteil vom 20.10.2017, 14 O 188/17, GRUR-RR 2018, 11, 13 – *Linux Kernel*.



## C. Miturheberschaft

Miturheberschaft setzt nach § 8 Abs. 1 UrhG voraus, dass Mehrere ein Werk gemeinsam schaffen, ohne dass sich ihre Anteile gesondert verwerten lassen.

### I. Schaffung eines einheitlichen Werkes

Das gemeinschaftliche Tätigwerden muss in ein einheitliches Werk münden, dessen Bestandteile im Falle ihrer hypothetischen Loslösung – in Abgrenzung zu einer reinen Werkverbindung nach § 9 UrhG – nicht gesondert verwertbar sein dürfen. Sind die Einzelbeiträge identifizierbar und faktisch voneinander trennbar, ist entscheidend, ob die Beiträge unvollständige Teile des ganzen Werkes darstellen.<sup>287</sup> „Unvollständig“ bedeutet, dass der einzelne Beitrag nach seiner Loslösung aus dem Werk ergänzt oder anderweitig integriert werden muss, um verkehrsfähig zu sein.<sup>288</sup>

Die Verkehrsfähigkeit der Einzelelemente eines Memes ist uneinheitlich zu beurteilen. Ob sprachliche Elemente – sowohl in Form von Bildunterschriften und Sprechblasen als auch in Form der Vertonung von Filmsequenzen – oder fotografische und filmische Bestandteile in sich derart abgeschlossen sind, dass sie auch für sich stehen können, muss im Einzelfall geprüft werden. Bei einer solchen teilweisen Verkehrsfähigkeit ist die Unvollständigkeit der Bestandteile unter Zugrundelegen des gesamten Werkes zu beurteilen.

Es ist im Wege einer „Weglassprobe“<sup>289</sup> zu ermitteln, ob das verbleibende Restwerk nach der Herauslösung des selbständigen Werkbeitrags unvollständig zurückbleibt.<sup>290</sup> Bei komplexen Gesamtwerken, die sich aus einer Vielzahl von selbständig verwertbaren schöpferischen Einzelelementen zusammensetzen, sei die Unvollständigkeit zu bejahen, sofern die Herauslösung zu einer unorganischen Zergliederung des Gesamtwerkes führe.<sup>291</sup>

Meme sind aufgrund ihrer Multimodalität als komplexe Gesamtwerke einzuordnen.<sup>292</sup> Bei Herauslösung der fotografischen, filmischen oder sprachlichen Elemente verbleibt eine zusammenhangslose Ansammlung der übrigen Bestandteile

<sup>287</sup> Insoweit ist an dem Kriterium der fehlenden gesonderten Verwertbarkeit festzuhalten. Es darf jedoch nicht dahingehend missverstanden werden, dass eine formelle Trennbarkeit der Beiträge für eine gesonderte Verwertbarkeit ausreicht. Vgl., BT-Drucks. IV/270, S. 41; BGH, Urteil vom 26. 02. 2009, I ZR 142/06, GRUR 2009, 1016, Rn. 38 – *Kranhäuser*; *Loewenheim/Peifer*, in: Schricker/Loewenheim, § 8 UrhG Rn. 5 f.; *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, § 8 UrhG Rn. 27 f.

<sup>288</sup> BGH, Urteil vom 14. 11. 2002, I ZR 199/00, GRUR 2003, 231, 234 – *Staatsbibliothek*; BGH, Urteil vom 26. 02. 2009, I ZR 142/06, GRUR 2009, 1016, Rn. 37 – *Kranhäuser*; *Loewenheim/Peifer*, in: Schricker/Loewenheim, § 8 UrhG Rn. 6.

<sup>289</sup> *Szalai*, UFITA 2012, 5, 21.

<sup>290</sup> OLG Hamburg, Urteil vom 05. 07. 2006, 5 U 105/4, ZUM-RD 2007, 59, 64 – *Kranhäuser*; *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, § 8 UrhG Rn. 28; *Szalai*, UFITA 2012, 5, 21.

<sup>291</sup> OLG Hamburg, Urteil vom 05. 07. 2006, 5 U 105/4, ZUM-RD 2007, 59, 64 – *Kranhäuser*.

<sup>292</sup> Vgl. dazu die Ausführungen zur spezifischen Schöpfungsstruktur von Memen auf S. 106 ff.

zurück. Mit der künstlerisch-dramaturgischen Doppelnatur<sup>293</sup> geht also die spezifische kommunikative Funktion des Mems verloren.

Dieses Ergebnis entspricht der Argumentation gegen die Einordnung als Sammelwerk im Sinne von § 4 Abs. 1 UrhG.<sup>294</sup>

## II. Schöpferische Leistungen mehrerer

Die zweite Voraussetzung von § 8 Abs. 1 UrhG ist, dass sich schöpferische Leistungen mehrerer in dem einheitlichen Werk manifestieren.<sup>295</sup> Der Beitrag eines Miturhebers muss für sich den Anforderungen von § 2 Abs. 2 UrhG genügen.

Diese Voraussetzung ist bei Memen grundsätzlich nicht erfüllt.<sup>296</sup> Die einzelnen Bestandteile eines Mems, die entweder auf Dritte oder den Sendenden zurückgehen, weisen nur in Ausnahmefällen Schöpfungsqualität auf und sind nur dann als schöpferische Leistungen geschützt. Damit ist die zweite Voraussetzung der Miturheberschaft in der Regel bei Memen zu verneinen.

## III. Gemeinschaftlichkeit der Werkschöpfung

Zuletzt setzt Miturheberschaft voraus, dass die Urheber das einheitliche Werk in gewollter Zusammenarbeit erschaffen.

Es bedarf einer Verständigung über die gemeinsame Aufgabe und die Gesamtidee des Werkes, denen sie ihre Leistungen unterordnen.<sup>297</sup> In Abgrenzung von einer beliebigen Mitarbeit mehrerer müssen die Miturheber das gemeinsame Ziel haben, gemeinschaftlich ein Werk zu erschaffen.<sup>298</sup> Üblicherweise entsteht das Werk daher im Wege einer horizontalen Arbeitsaufteilung, bei der die Miturheber ihren schöpferischen Beitrag dem gemeinsamen Ziel, also der Gesamtidee des Werkes, unterordnen.<sup>299</sup>

Die Bestandteile eines Mems entstehen hingegen nacheinander, also im Wege zeitlich gestaffelter Arbeitsprozesse. Eine horizontale Arbeitsaufteilung ist zumeist

---

<sup>293</sup> Vgl. zur Herleitung dieser Doppelnatur S. 106.

<sup>294</sup> Siehe dazu S. 60f.

<sup>295</sup> *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 285.

<sup>296</sup> Zur Werkeigenschaft der einzelnen Bestandteile eines Mems siehe S. 85 ff.

<sup>297</sup> BGH, Urteil vom 14.07.1993, I ZR 47/91, BGHZ 123, 208 – *Buchhaltungsprogramm*; BGH, Urteil vom 03.03.2005, I ZR 111/02, GRUR 2005, 860, 863 – *Fash 2000*; BGH, Urteil vom 26.02.2009, I ZR 142/06, GRUR 2009, 1016, Rn. 38 – *Kranhäuser*.

<sup>298</sup> Zu den Anforderungen an Willen, gemeinsam tätig zu werden, siehe *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 8 UrhG Rn. 2; *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 8 UrhG Rn. 42.

<sup>299</sup> Zu den Anforderungen an eine arbeitsteilige Werkschöpfung siehe BGH, Urteil vom 03.03.1959, I ZR 17/58, GRUR 1959, 335, 336 – *Wenn wir alle Engel wären*; BGH, Urteil vom 03.03.2005, I ZR 111/02, GRUR 2005, 860, 860 – *Fash 2000*.

nicht gegeben und daher abzulehnen. Ein Werk kann allerdings auch stufenweise entstehen, sofern die Miturheber ihre unselbständigen Beiträge zum einheitlichen Schöpfungsprozess der gemeinsamen Gesamtidee unterordnen. Die Beiträge Dritter, die sich in den einzelnen Bestandteilen von Memen manifestieren, bauen aber nicht als Vor-, Zwischen- oder Endstufen aufeinander auf.<sup>300</sup> Ein gemeinschaftliches Werkschaffen im Wege einer vertikalen Arbeitsteilung ist daher ebenfalls abzulehnen.<sup>301</sup>

Auch der Sendende arbeitet nicht auf die Schaffung eines gemeinsamen Werkes im Sinne eines gewollten Zusammenwirkens Mehrerer hin. Er bindet zwar die durch Dritte erschaffenen Elemente ein, ordnet das eigene schöpferische Tätigwerden aber durch eigenwillige Modifizierungen und Ergänzungen nicht einer Gesamtidee unter. Dieses Vorgehen lässt sich allenfalls als Unterordnung unter vorbestehende Leistungen verstehen, die nicht mit der Unterordnung unter die gemeinsame schöpferische Zusammenarbeit gleichzusetzen ist.<sup>302</sup>

#### IV. Zwischenergebnis

In Ermangelung der schöpferischen Leistungen Mehrerer und der Gemeinschaftlichkeit der Werkschöpfung ist eine Miturheberschaft im Sinne von § 8 Abs. 1 UrhG bei Memen abzulehnen. Der Schöpfer ist der Sendende des Mems, dem als Alleinurheber im Sinne von § 7 UrhG die positiven Benutzungs- und negativen Verbotungsrechte der §§ 15 ff. i. V. m. §§ 7 ff. UrhG zugeordnet werden.

Er macht sich die Leistungen Dritter nachträglich zueigen. Diese werden als konstitutiver Bestandteile der neuen Werkeinheit für die künstlerisch-dramaturgische Doppelnatur<sup>303</sup> des Mems ursächlich. Damit zwingt der Sendende einem bereits bestehenden, gegebenenfalls vollendeten Werk ohne oder gegen den Willen dessen, der es erschaffen hat, seine Individualität auf.

Anstatt einer schöpferischen Zusammenarbeit erschafft der Sendende durch das Mem eine zweite, vom Originalwerk abhängige Nachschöpfung nach §§ 3, 23 UrhG oder – bei Vorliegen eines hinreichenden Abstands – ein eigenständiges Werk nach §§ 2 Abs. 2, 24 Abs. 1 UrhG.<sup>304</sup>

<sup>300</sup> *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 8 UrhG Rn. 3; *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, § 8 UrhG Rn. 44; *Wiebe*, in: Spindler/Schuster, § 8 UrhG Rn. 3.

<sup>301</sup> Genauso wurde auf S. 106 argumentiert bei der Frage, ob die zum Multimediawerk entwickelten Grundsätze auf Meme übertragbar sind. Das Stichwort bidlete dort die Interaktivität.

<sup>302</sup> BGH, Urteil vom 03.03.2005, I ZR 111/02, GRUR 2005, 860, 863 – *Fash 2000*; OLG Hamburg, Urteil vom 04.03.1999, 3 U 169/98, GRUR 1999, 714, 716 – *Bauhaus-Glasleuchte*; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 8 UrhG Rn. 2f.

<sup>303</sup> Vgl. zur Herleitung dieser Doppelnatur S. 106.

<sup>304</sup> Zur Verwendung eines schöpferischen Vorentwurfs als Bearbeitung: BGH, Urteil vom 08.05.2002, I ZR 98/00, GRUR 2002, 799, 800 – *Stadtbahnfahrzeug*; Zur Abgrenzung zwischen Miturheberschaft und Bearbeitung bei Computerspielen: BGH, Urteil vom 03.03.2005,

## § 4 Zusammenfassung

In dem zweiten Teil dieser Arbeit wurde der Frage nachgegangen, inwieweit sich das Urheberrechtsgesetz auch auf digitale Werke erstreckt. Dazu wurden die Herausforderungen der digitalen Welt im Vergleich zu denen der analogen Welt herausgearbeitet. Es wurde festgestellt, dass das Urheberrecht umfassend von den Veränderungen betroffen ist: Zum einen im Rahmen des Schöpfungsprozesses durch den vermehrten Einsatz technischer Hilfsmittel, zum anderen durch die veränderte Rezeption des Werkbegriffs, der zunehmend nur der Informationsverkörperung dient.<sup>305</sup>

Im Mittelpunkt der Überlegungen stand die urheberrechtliche Schutzuntergrenze.<sup>306</sup> Am Beispiel von Memen wurden der Schutz von Erzeugnissen der kleinen Münze und die Auswirkungen auf den urheberrechtlichen Schutzgegenstand diskutiert. Der urheberrechtliche Schutz von Erzeugnissen geringeren Schutzniveaus wurde aus der europäischen Urheberrechtsentwicklung und dem im digitalen Zeitalter veränderten Konsumverhalten von Kunst abgeleitet, das bei der Bestimmung des Schutzgegenstandes des Urheberrechts zu berücksichtigen ist, um eine Stagnation des Rechts zu verhindern.

Übertragen auf Meme bedeutet das, dass sie als Werke der kleinen Münze geschützt sind. Überdies ist zu unterscheiden zwischen den einzelnen Ressourcen und der Werkgesamtheit. Erstere unterfallen als Bestandteile des Memes nicht dem Schutzgegenstand des Urheberrechts, da sie für sich genommen grundsätzlich keine Schöpfungsqualität aufweisen.<sup>307</sup> Dem Schutzgegenstand unterfällt dagegen als „qualifizierte menschliche Kommunikation“ die Werkeinheit des Memes.

Die besondere Schöpfungsstruktur eines Memes folgt aus dessen Doppelnatur, der künstlerischen Gestaltung des Inhalts mittels der multimodalen Ressourcen, die dramaturgisch zu der jeweiligen Haltung, also der kommunikativen Funktion des Memes, hinleiten.<sup>308</sup> Aufgrund dieser Besonderheiten, die als künstlerisch-dramaturgische Doppelnatur bezeichnet wurden<sup>309</sup>, sind Meme unter Ausnutzung des offenen Wortlautes in § 2 Abs. 1 UrhG als eigene Werkart einzuordnen.

Die gestaffelten Überlagerungen von eigenen und fremden Beiträgen stehen der eindeutigen Zuordnung zu der Person des Sendenden nicht entgegen.<sup>310</sup> Als alleiniger Schöpfer des Memes ist er als Urheber im Sinne von § 7 UrhG einzuordnen. In

---

I ZR 111/02, GRUR 2005, 860, 863 – *Fash 2000*; näher zur Abgrenzung zwischen der gemeinschaftlichen Werkschöpfung i. S. v. § 8 Abs. 1 UrhG und einer Bearbeitung *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, § 8 UrhG Rn. 47.

<sup>305</sup> Vgl. S. 57 ff.

<sup>306</sup> Vgl. S. 62 ff.

<sup>307</sup> Vgl. S. 85 ff.

<sup>308</sup> Vgl. S. 106 ff.

<sup>309</sup> Vgl. zur Herleitung S. 106.

<sup>310</sup> Vgl. S. 112 ff.

welchem Umfang ihm die positiven Benutzungs- und negativen Verbotungsrechte der §§ 11 ff. UrhG zustehen, richtet sich nach dem Schutzzumfang des Mems. Er erstreckt sich nur auf die schöpferischen Werkbestandteile, sodass der Schutzzumfang bei Memen gering ausfällt.

Insgesamt ist festzuhalten, dass das digitale Zeitalter zwar neuartige Herausforderungen mit sich bringt. Das Urheberrechtsgesetz lässt durch den vielfach offenen Wortlaut und seine Systematik jedoch ausreichend Raum, um auf technischen Fortschritt und neue Erscheinungsformen zu reagieren.

### *Teil 3*

## **Meme im System der abhängigen Schöpfungen**

Im letzten Teil wurde die Schöpfungsqualität von Memen als Werkgesamtheiten herausgearbeitet. Es ist Aufgabe des dritten Teils zu untersuchen, wie sich die auf Leistungen Dritter zurückgehenden Bestandteile eines Memes zu der eigenen schöpferischen Leistung des Sendenden verhalten. Es geht um den Grad der Abhängigkeit eines Memes zu der vorbestehenden urheberrechtlich geschützten Leistung eines Dritten.

Auf der einen Seite steht die Abgrenzung einer Reproduktion (§ 16 UrhG) von einer Umgestaltung (§ 23 Var. 2 UrhG), die mit einer Urheberrechtsverletzung einhergehen.<sup>1</sup> Auf der anderen Seite steht die Abgrenzung einer abhängigen Bearbeitung (§§ 3, 23 Var. 1 UrhG) von einer Werknutzung, die in eine eigenständige schöpferische Leistung (§ 2, 24 Abs. 1 UrhG) mündet.<sup>2</sup> Erstere bedingt, dass sich der Sendende gegenüber Dritten für eine Urheberrechtsverletzung zu verantworten hat. Letztere Abgrenzung bestimmt den Schutzzumfang des Urheberrechts an einem Mem. Sie bedingt, dass dem Sendenden positive Benutzungs- und negative Verbotungsrechte zustehen, die er nach §§ 97 ff. UrhG gegenüber Dritten geltend machen kann.

## **§ 1 Rahmenbedingungen der Untersuchung**

### **A. Nähere Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes**

#### **I. Urheberrechtsrelevante Nutzungen**

Die Bestandteile von Memen beruhen sowohl auf massenmedialen Inhalten, die konkrete im nicht-digitalen Raum verankerte Momente dokumentieren oder kommentieren, als auch auf nutzergenerierten Inhalten. Letztere können von Internetnutzern angefertigte fotografische oder filmische Materialien sein, die viralen Verbreitungsmechanismen unterliegen. Sie können aber auch memetische Qualität besitzen.

Eine urheberrechtsrelevante Nutzung setzt voraus, dass die jeweilige Leistung Dritter sich in einer persönlichen geistigen Schöpfung nach § 2 Abs. 2 UrhG ma-

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu S. 120 ff.

<sup>2</sup> Vgl. dazu S. 167 ff.

nifestiert hat. Sowohl massenmediale als auch nutzergenerierte Inhalte weisen zumindest nach den Grundsätzen der kleinen Münze grundsätzlich Werkeigenschaft auf.

Das Urheberrechtsgesetz schützt im zweiten Teil ab den §§ 70 ff. UrhG auch Leistungen anderer Art. Erfasst werden einerseits solche, die der schöpferischen Leistung des Urhebers ähnlich sind, aber kein hinreichendes Individualitätsmaß aufweisen, andererseits solche, die in Zusammenhang mit den Werken der Urheber erbracht werden wie wirtschaftlich bedeutsame, organisatorische oder technisch aufwendige Leistungen.<sup>3</sup> Für Meme ist insbesondere die erste Gruppe von Leistungsschutzrechten relevant: Weist das Fremdmaterial keine Schöpfungsqualität auf, kann es ergänzenden Leistungsschutz genießen. In Betracht kommt der Schutz von Lichtbildern (§ 72 UrhG), Laufbildern (§ 95 UrhG) oder Darbietungen ausübender Künstler (§ 73 UrhG). Besteht das für Meme verwendete Fremdmaterial in massenmedialen Inhalten, kann ausnahmsweise auch die zweite Gruppe von Leistungsschutzrechten wie der Schutz von Tonträgerherstellern (§§ 85 f. UrhG), Sendeunternehmen (§ 87 UrhG) oder Filmherstellern (§§ 88 ff. UrhG) von Bedeutung sein.<sup>4</sup>

In dieser Arbeit wird der Fokus auf die Verletzung von Urheberrechten gelegt, während die Verletzung verwandter Schutzrechte außer Betracht bleibt. Die verwendeten Werke(-Elemente) Dritter werden einheitlich im Kontext des Vervielfältigungs- und Bearbeitungsrechts als „Originalwerk“ und im Kontext der freien Benutzung als „Werkvorlage“ oder „benutztes Werk“ bezeichnet.

## II. Verletzung von Verwertungsrechten

Bei Beantwortung der Frage, inwieweit Meme die Urheberrechte Dritter verletzen, sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden: Die Verwertungsrechte können durch das erstmalige Einstellen auf digitalen Plattformen oder durch die Verbreitung von bereits im Internet befindlicher Gestaltungen verletzt werden.<sup>5</sup>

In erstgenanntem Fall kommt eine Verletzung des Vervielfältigungsrechts (§ 16 UrhG) oder des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) durch die Digitalisierung analoger oder den Upload digitaler Gestaltungen in Betracht. In zweitgenanntem Fall ist eine Verletzung des Vervielfältigungsrechts (§ 16 UrhG), des Verbreitungsrechts (§ 17 UrhG) sowie eine Verletzung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) möglich, sofern das Werk vorher nur einer begrenzten Personenzahl zugänglich war und durch die Wiedergabe

---

<sup>3</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 33.

<sup>4</sup> Vgl. zur Abgrenzung der Leistungsschutzrechte weiter *Ziegler*, Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing, S. 46.

<sup>5</sup> Diese Unterscheidung trifft *Ziegler*, Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing, S. 77.

erstmals einer großen Öffentlichkeit zuteil wird.<sup>6</sup> Bei Modifizierungen ist zudem das Bearbeitungsrecht (§ 23 UrhG) zu berücksichtigen.

Im Fokus der Arbeit steht jedoch das System der abhängigen Schöpfungen. Daher wird ausschließlich eine Verletzung des Vervielfältigungs- und des Bearbeitungsrechts berücksichtigt. Diese kann bei Memen mit der konsumtiven Nutzung durch die (identische) Reproduktion oder mit der transformativen Nutzung durch Einbettung des Fremdmaterials in abgeänderter Form einhergehen.

## B. Verfassungsrechtliche Einbettung des Urheberrechts

Das Urheberrecht zählt zum geistigen Eigentum, dessen verfassungsrechtlichen Schutz das Bundesverfassungsgericht in vermögensrechtlicher Hinsicht aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG herleitet.<sup>7</sup> Dem Urheber wird das immaterielle Gut als vermögenswertes Ergebnis seiner schöpferischen Leistung durch das Urheberrecht zugeordnet. Der grundgesetzlich geschützte Kern besteht in der angemessenen Beteiligung des Urhebers am wirtschaftlichen Nutzen seines Werkes.<sup>8</sup>

Gemäß Art. 14 Abs. 2 GG verpflichtet Eigentum. Als sozialgebundenes Recht unterliegt das Urheberrecht somit gewissen Einschränkungen. Als objektives Gesetzesrecht leitet es zahlreiche Begrenzungen der ausschließlichen Rechte des Urhebers her.<sup>9</sup> Neben den ausschließlichen Verwertungsinteressen des Urhebers ist

---

<sup>6</sup> Für eine tiefergehende Darstellung der im Internet typischerweise verletzten Verwertungsrechte des Urhebers wird verwiesen auf die Diss. von Ziegler, Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing, S. 73. Sie geht der Frage nach, ob und in welchen Fällen die urheberrechtlichen Verwertungsrechte durch Social Sharing verletzt werden. Die Arbeit legt dabei einen Schwerpunkt auf Soziale Netzwerke und trifft die oben dargestellte Unterscheidung zwischen erstmaligem Upload einerseits sowie der Weiterverbreitung bereits vorhandener Inhalte andererseits.

<sup>7</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. 10. 2013, 1 BvR 1842/11, BVerfGE 134, 204, Rn. 87 – Übersetzerhonorare; BVerfG, Beschluss vom 19. 07. 2011, 1 BvR 1916/09, BVerfGE 129, 78, 101 – *Le-Corbusier-Möbel*; BVerfG, Beschluss vom 25. 10. 1978, 1 BvR 352/71, BVerfGE 49, 382, 392 – *Kirchenmusik*; BVerfG, Beschluss vom 07. 07. 1971, 1 BvR 765/66, BVerfGE 31, 229, 238 ff. – *Schulbuchprivileg*.

<sup>8</sup> BVerfG, Beschluss vom 19. 07. 2011, 1 BvR 1916/09, BVerfGE 129, 78, 101 – *Le-Corbusier-Möbel*.

<sup>9</sup> Es lassen sich fünf Kategorien unterscheiden: Erstens die räumliche Begrenzung durch § 120 UrhG; zweitens die zeitliche Begrenzung durch §§ 64 ff. UrhG, wonach ein Werk 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers gemeinfrei wird; drittens eine inhaltliche Begrenzung durch die Schutzvoraussetzungen von § 2 UrhG. Viertens werden die ausschließlichen Rechte des Urhebers in ihrer sachlichen Reichweite begrenzt, indem die Nutzungshandlungen Dritter außerhalb der in §§ 15 ff. UrhG festgelegten Grenzen urheberrechtsirrelevant sind. Als fünfte Begrenzung sieht das Urheberrechtsgesetz in §§ 44a ff. UrhG punktuelle Ausnahmen vor, in denen urheberrechtsrelevante Nutzungshandlungen Dritter zulässig sind. Alle fünf Begrenzungen der ausschließlichen Rechte ergeben sich aus der Verknüpfung der Zwitterstellung des Urheberrechts als objektivem Gesetzesrecht und subjektivem Recht des Urhebers mit der Sozialbindung des geistigen Eigentumes. Vgl. im Einzelnen *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 12–17.



das Interesse der Allgemeinheit am ungehinderten Zugang sowie an der Nutzung von urheberrechtlichen Geisteswerken zu berücksichtigen.<sup>10</sup>

Nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 UrhG werden Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt. Daraus folgt, dass es dem Interesse der Allgemeinheit durch Begrenzungen der ausschließlichen Rechte des Urhebers zur Anwendung verhelfen muss.<sup>11</sup>

An dieser Stelle knüpft der dritte Teil der Arbeit an. Er widmet sich dem Spannungsfeld des Urheberrechts, das dem Schutz des Urhebers dient, ohne das Urheberrecht seiner Kultur fördernden Funktion zu berauben.<sup>12</sup>

## § 2 Vervielfältigungen und Umgestaltungen

### A. Vervielfältigungsrecht

#### I. Rechtliche Vorgaben

Das Vervielfältigungsrecht steht in dem Katalog von § 15 Abs. 1 UrhG an erster Stelle. Dort heißt es, dass der Urheber das ausschließliche Recht hat, sein Werk in körperlicher Form zu verwerten; dieses Recht umfasst insbesondere das Vervielfältigungsrecht. Es wird in § 16 Abs. 1 UrhG als das Recht bezeichnet, Vervielfältigungsstücke des Werkes herzustellen. Das Vervielfältigungsrecht wurde im Jahr 2001 mit Art. 2 InfoSoc-Richtlinie auf Unionsebene harmonisiert, sodass § 16 UrhG unionsrechtskonform auszulegen ist.<sup>13</sup>

Die Vervielfältigung eines Werkes ermöglicht den Werkgenuss für eine Vielzahl von Lesern, Hörern oder Betrachtern.<sup>14</sup> § 16 UrhG dient daher traditionell dem Schutz vor Nachdrucken als der Vorstufe zur Verbreitung des Werkes.<sup>15</sup>

Dieser Schutzzweck hat sich im digitalen Zeitalter gewandelt, in dem jeder Werkgenuss mit einer digitalen Vervielfältigung einhergeht. Probleme ergeben sich im Bereich von Speichervorgängen, elektronischer Werknutzung sowie beim Streaming, der Setzung von Hyperlinks und bei Thumbnails.<sup>16</sup> Um einem über-

<sup>10</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 30.

<sup>11</sup> BVerfG, Beschluss vom 20.01.2010, 1 BvR 2062/09, GRUR 2010, 416, Rn. 22 – *Fotoarchiv*.

<sup>12</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 30; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 68; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 17.

<sup>13</sup> Vgl. den weiten Wortlaut von Art. 2 InfoSoc-Richtlinie. Siehe i. Ü. zum Schutzgegenstand *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 354; vgl. *Kroitzsch/Götting*, in: Möhring/Nicolini, § 16 UrhG Rn. 3; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 16 UrhG Rn. 4.

<sup>14</sup> *Wiebe*, in: Spindler/Schuster, § 16 UrhG Rn. 1.

<sup>15</sup> *Kroitzsch/Götting*, in: Möhring/Nicolini, § 16 UrhG Rn. 1; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 16 UrhG Rn. 2.

<sup>16</sup> Vertiefend dazu *Heerma*, in: Wandtke/Bullinger, § 16 UrhG Rn. 16–27; BT-Drucks. IV/270; *Wiebe*, in: Spindler/Schuster, § 16 UrhG Rn. 3 ff.

schießenden Verbotungsrecht des Urhebers entgegenzuwirken, wurde § 44a UrhG für vorübergehende Vervielfältigungshandlungen und § 53 UrhG für Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch eingeführt. Die Regelungen tragen somit dem ursprünglichen Schutzzweck Rechnung, dass der private Werkgenuss (entgegen der Vervielfältigung als Vorstufe des öffentlichen Werkgenusses) grundsätzlich frei ist.<sup>17</sup>

## II. Vervielfältigungshandlung

Vergleicht man den Rechtsbegriff „Vervielfältigung“ mit der im Sprachgebrauch verankerten Begriffsbedeutung, ergeben sich wesentliche Unterschiede.<sup>18</sup>

Der Duden schlägt als Begriffssynonyme „Kopie“ und „Wiedergabe“ vor<sup>19</sup>; der Gesetzgeber des Urheberrechtsgesetzes aus dem Jahr 1965 beschreibt Vervielfältigungen als „körperliche Festlegungen, die geeignet sind, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen“.<sup>20</sup> Als Beispiele für Vervielfältigungen werden die Nachbildungen eines Kunstwerkes, das Nachbauen eines Werkes der Baukunst und das Ausführen von Plänen und Entwürfen aufgezählt. Sie gehen jeweils über eine identische Reproduktion des Werkes hinaus.

An diesem großzügigen Begriffsverständnis knüpft der Wortlaut von § 16 UrhG an. Das Vervielfältigungsrecht erfasst die Herstellung von Vervielfältigungsstücken, „gleichviel ob vorübergehend oder dauerhaft, in welchem Verfahren und in welcher Zahl“. In Art. 2 InfoSoc-Richtlinie heißt es weiter, dass die Vervielfältigung „in jeder Form ganz oder teilweise“ erfasst wird.

Diese Vorgabe aus Gesetz, Richtlinie und Gesetzesbegründung setzt der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung um. Er legt einen umfassenden Vervielfältigungsbegriff zugrunde, der auch mit der Wiedergabe des Werkstückes einhergehende Veränderungen erfasst.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Heerma, in: Wandtke/Bullinger, § 16 UrhG Rn. 1.

<sup>18</sup> Loschelder, GRUR 2011, 1078, 1079.

<sup>19</sup> Vgl. Begriffsbeschreibung und Synonyme, abrufbar unter: <https://www.duden.de/recht-schreibung/Vervielfaeltigung> (zuletzt abgerufen am: 21. 11. 2018).

<sup>20</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 47.

<sup>21</sup> Bereits vor Inkrafttreten des UrhG: BGH, Urteil vom 18.05.1955, I ZR 8/54, BGHZ 17, 266, 270 – *Grundig-Reporter*; i. Ü.: BGH, Urteil vom 03.07.1981, I ZR 106/79, GRUR 1982, 102, 103 – *Masterbänder*; BGH, Urteil vom 01.07.1982, I ZR 119/80, GRUR 1983, 28, 29 – *Presseberichterstattung und Kunstwerk-wiedergabe II*; BGH, Urteil vom 04.10.1990, I ZR 139/89, GRUR 1991, 449, 453 – *Betriebssystem*.

## B. Umgestaltungsrecht

### I. Rechtliche Vorgaben

Nach § 23 S. 1 UrhG dürfen „Bearbeitungen und andere Umgestaltungen eines Werkes nur mit der Einwilligung des Urhebers des bearbeiteten oder umgestalteten Werkes veröffentlicht oder verwertet“ werden.

Während die Veröffentlichung durch Bezugnahme auf § 12 UrhG die urheberpersönlichkeitsrechtliche Komponente des Urheberrechts betrifft, erfasst die „Verwertung“ die verwertungsrechtliche Komponente, die in §§ 16 ff. UrhG normiert sind. Da es in dieser Arbeit vorwiegend um die materiellen Interessen des Urhebers geht, wird die urheberpersönlichkeitsrechtliche Implikation von § 23 UrhG weitestgehend außer Betracht gelassen.<sup>22</sup>

§ 23 UrhG normiert das Bearbeitungsrecht, das von § 3 UrhG abzugrenzen ist. Nach § 3 UrhG steht dem Bearbeiter für seine schöpferischen Zutaten, die die Werkschwelle des § 2 Abs. 2 UrhG überwinden, ein Bearbeitungsurheberrecht zu.

Aus dem Zusammenspiel beider Normen lässt sich zum einen herleiten, dass die Herstellung einer Bearbeitung mit Ausnahme des § 23 S. 2 UrhG grundsätzlich frei ist (Herstellungsfreiheit einer Umgestaltung).<sup>23</sup> Zum anderen ist das Bearbeitungsurheberrecht ein abhängiges Recht, da der Originalurheber über die Veröffentlichung und Verwertung der Bearbeitungsfassung entscheidet.<sup>24</sup>

§ 23 S. 1 UrhG unterscheidet zwischen „Bearbeitungen“ und „anderen Umgestaltungen“. Obwohl diese Unterscheidung nicht im Gesetz angelegt ist, besteht Einigkeit darüber, dass die Bearbeitung einen Unterfall der Umgestaltung bildet.<sup>25</sup> Aus diesem Grund wird nachfolgend der Begriff der „Umgestaltung“ als Oberbegriff für „Bearbeitungen“ und „andere Umgestaltungen“ verwendet.

---

<sup>22</sup> Eine Ausnahme bildet insoweit nur die Frage, ob § 23 UrhG als primär verwertungs- oder urheberpersönlichkeitsrechtliche Vorschrift einzuordnen ist, sowie, ob bei der Einordnung von Memen eine Zweifelsregelung zugunsten von § 24 Abs. 1 UrhG greift, da neben dem Schutz der §§ 23, 24 UrhG noch ein urheberpersönlichkeitsrechtliches Instrument mit § 14 UrhG greift. Vgl. dazu jeweils S. 131 f., 137 f. und S. 329 ff.

<sup>23</sup> Sehr einschränkend dazu verhält sich *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 266, 271, der die Anwendungsfälle der Herstellungsfreiheit auf die Fälle reduzieren will, in denen die Herstellung der Bearbeitung in Manuskripten, Plänen oder Entwürfen besteht, die der Vorbereitung für die Herstellung der zur Verwertung bestimmten Erzeugnissen dienen.

<sup>24</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 51.

<sup>25</sup> Vgl. den eindeutigen Wortlaut „und andere Umgestaltungen“: *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 268.

## II. Veränderungen am Originalwerk

Die Abhängigkeit des Bearbeitungsrechts<sup>26</sup> resultiert daraus, dass die schöpferische Eigentümlichkeit des Originalwerkes trotz vorgenommener Veränderungen in der Bearbeitung fortlebt.<sup>27</sup> Erst wenn es nicht mehr in Erscheinung tritt, ist es gerechtfertigt, dem Urheber des Originalwerkes die Rechtsmacht über die Bearbeitung zu versagen.<sup>28</sup> Von einem solchen freien und selbständigen Werk ist erst mit dem Verblassen der Züge des Originalwerkes auszugehen.

Betrachtet man die Stellung von § 23 UrhG im Urheberrechtsgesetz zwischen dem Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG) und der freien Benutzung (§ 24 UrhG), ergeben sich zwei äußere Grenzen der Umgestaltung. Sie ermöglichen über eine Negativabgrenzung eine Bestimmung des Umgestaltungsbegriffs.

Auf der einen Seite steht die Vervielfältigung in reiner Form, die keine eigene schöpferische Tätigkeit voraussetzt; auf der anderen Seite die freie Benutzung, die in der Schaffung eines selbständigen Werkes resultiert.<sup>29</sup> Änderungen, die zwischen den Grenzen der Werkwiedergabe und der selbständigen persönlichen geistigen Schöpfung liegen, sind Umgestaltungen im Sinne von § 23 UrhG.

## C. Abgrenzung zwischen dem Vervielfältigungs- und Umgestaltungsrecht

### I. Bedeutung der Abgrenzung

Der Anknüpfungspunkt der Verletzungshandlung ist bei den §§ 16, 23 UrhG abweichend zu beurteilen und wirkt sich auf die Rechtsfolgen aus.<sup>30</sup>

Während die Vervielfältigung eines Werkes mit Ausnahme der §§ 44a ff. UrhG der Einwilligung des Urhebers bedarf, ist die Umgestaltung eines Werkes bis zu ihrer Veröffentlichung und Verwertung grundsätzlich zulässig. Die Abgrenzung wirkt sich somit zu einem darauf aus, ob und gegebenenfalls ab welchem Zeitpunkt eine Urheberrechtsverletzung vorliegt. Zum anderen betrifft sie die Legitimierungsmöglichkeit von Verletzungshandlungen: Die Schrankenbestimmungen erfassen nur die Verwertung des Originalwerkes, nicht dagegen die des umgestalteten Werkes.

Die unterschiedlichen Rechtsfolgen von §§ 16, 23 UrhG sind aus den folgenden Gründen für Meme relevant: Der digitalen Umgestaltung vorbestehender Werke

<sup>26</sup> Vgl. zu den Auswirkungen im Vergleich zu § 24 Abs. 1 UrhG S. 162 ff., 326 ff.

<sup>27</sup> BGH, Urteil vom 19. 11. 1971, I ZR 31/70, GRUR 1972, 143, 144 – *Biografie: Ein Spiel*; Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, S. 40.

<sup>28</sup> Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, S. 40.

<sup>29</sup> Loschelder, GRUR 2011, 1078, 1080.

<sup>30</sup> Dazu in der Einleitung des Aufsatzes von Loschelder, GRUR 2011, 1078, 1079.

ist – bei technischer Betrachtung – die körperliche Festlegung des Originalwerkes als Teil des digitalen Speicherungsprozesses vorgeschaltet. Meme enthalten somit das umgestaltete Originalwerk, sodass ihre Herstellung mit einer körperlichen Fixierung desselben einhergeht.<sup>31</sup>

Daraus folgt die Frage, ob mit jeder digitalen Werkumgestaltung von Memen die Verletzung des Vervielfältigungsrechts einhergeht mit der Folge, dass sich die Anwendungsbereiche von §§ 16, 23 UrhG überschneiden (Inklusionsverhältnis), oder ob die Vornahme von Veränderungen am Originalwerk die Annahme einer Vervielfältigung per se ausschließt. Letzteres hätte die gegenläufigen Anwendungsbereiche der §§ 16, 23 UrhG zur Folge (Exklusivitätsverhältnis).<sup>32</sup>

Entscheidend ist die dogmatische Einordnung von § 23 UrhG. Sie determiniert das Verhältnis des Umgestaltungsrechts zum Bearbeitungsrecht und damit den einschlägigen Verletzungstatbestand von Memen.

## II. Normverhältnis der §§ 16, 23 UrhG

### 1. Vertretene Ansichten

Während die Einordnung von § 16 UrhG als körperliches Verwertungsrecht unbestritten ist, besteht Uneinigkeit hinsichtlich der dogmatischen Einordnung des § 23 UrhG.

Im Wesentlichen sind zwei Positionen zu unterscheiden. Entweder soll das Umgestaltungsrecht ein eigenständiges (körperliches) Verwertungsrecht im Sinne von § 15 Abs. 1 UrhG sein, das neben die §§ 16 ff. UrhG tritt<sup>33</sup>, oder es betrifft den Schutzzumfang als weitergehende Inhaltsbestimmung<sup>34</sup>.

Die Positionen unterscheiden sich in zwei wesentlichen Punkten: Zunächst divergiert der Bezugspunkt der Verwertungsrechte, sodass dem Originalurheber

<sup>31</sup> Vgl. zu der zwangsläufigen Verknüpfung der Vervielfältigung mit dem Umgestaltungsprozess: BGH, Urteil vom 02. 11. 1962, I ZR 48/61, GRUR 1962, 441, 443 – *Mit Dir Allein*; BGH, Urteil vom 16. 05. 2013, I ZR 28/12, GRUR 2014, 65, 36 – *Beuys-Aktion*; Fischer, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 55; Virreira Winter, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, S. 188; Ziegler, Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing, S. 128; Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, § 23 UrhG Rn. 25.

<sup>32</sup> Vgl. zu der Unterscheidung abschließend S. 136 f.

<sup>33</sup> Gamm, Urheberrechtsgesetz, Rn. 23; Haberstumpf, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 290; Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, Rn. 225; Wegmann, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, S. 163; Nordemann, in: Fromm/Nordemann, §§ 23/24 UrhG Rn. 2; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 23 UrhG Rn. 9.

<sup>34</sup> Fischer, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 55; Virreira Winter, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, S. 190; Ziegler, Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing, S. 128; Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 23 UrhG Rn. 2; Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, § 23 UrhG Rn. 1; Koch, in: FS Bornkamm, 835–848, 838; Loschelder, GRUR 2011, 1078, 1082 f.

unterschiedlich weitreichende positive Benutzungs- und negative Verbotungsrechte zustehen. Mit einer durch den Originalurheber erteilten Einwilligung zur Verwertung oder Veröffentlichung der umgestalteten Werkfassung gehen demnach unterschiedliche Rechtsfolgen einher, insbesondere mit Blick auf eine mögliche Übertragung von Nutzungsrechten gemäß §§ 31 ff. UrhG. Überdies gelangen sie zu einer unterschiedlichen Beurteilung des Telos und des Normverhältnisses der §§ 16, 23 UrhG.

Im Folgenden werden die wesentlichen Argumente für die Einordnung als eigenständiges Verwertungsrecht oder Inhaltsbestimmung des Schutzzumfangs nach Gesichtspunkten gegliedert dargestellt. Am Ende eines jeden Abschnittes wird die Konsequenz für die dogmatische Einordnung von § 23 UrhG resümiert.

## *2. Argumentationslinien zur dogmatischen Einordnung des § 23 UrhG*

### *a) Gesetzesstellung und Wortlaut*

#### *aa) Gesetzlicher Rahmen*

Nach § 23 S. 1 UrhG dürfen Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen des Werkes „nur mit Einwilligung des Urhebers des bearbeiteten oder umgestalteten Werkes veröffentlicht oder verwertet werden“.

§ 23 UrhG steht im vierten Abschnitt, dritten Unterabschnitt des Urheberrechtsgesetzes mit dem Titel „Verwertungsrechte“ an vorletzter Stelle. Am Anfang des Unterabschnitts steht § 15 UrhG. Er enthält im ersten Absatz eine Aufzählung der körperlichen Verwertungsrechte ausschließlich des Urhebers und verweist unter anderem auf § 16 UrhG. § 23 UrhG ist nicht aufgeführt.

#### *bb) Inhaltsbestimmung des Schutzzumfangs*

Manche leiten aus dem Wortlaut und der Stellung im Urheberrechtsgesetz her, dass § 23 UrhG als Inhaltsbestimmung des Schutzzumfanges einzuordnen sei.<sup>35</sup>

Zum einen indiziere das Fehlen der Vorschrift in dem Katalog des § 15 Abs. 1 UrhG, dass der Gesetzgeber im Umgestaltungsrecht kein selbständiges Verwertungsrecht erblickte. § 23 UrhG bestehe seit dem Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes im Jahr 1965. Der Gesetzgeber hätte sie daher wie die §§ 16 ff. UrhG in den Katalog der körperlichen Verwertungsrechte aufnehmen können – habe sich jedoch offenkundig dagegen entschieden.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Virreira Winter, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, S. 190.

<sup>36</sup> So wohl Loschelder, GRUR 2011, 1078, 1082.

Zum anderen verweise die Formulierung „verwertet werden“ in § 23 S. 1a. E. UrhG eindeutig auf die in §§ 15–22 UrhG verankerten Verwertungsformen.<sup>37</sup> Sie enthalte die Maßgabe, dass § 23 UrhG das Vervielfältigungsrecht nach § 16 UrhG konkretisiere.

### b) Eigenständiges Verwertungsrecht

Andere werten die Gesetzesstellung von § 23 UrhG im dritten Unterabschnitt aufgrund des Titels („Verwertungsrechte“) als eindeutiges Zeichen für die Einordnung als eigenständiges Verwertungsrecht.<sup>38</sup> Hätte der Gesetzgeber das Umgestaltungsrecht allgemein als eine Inhaltsbestimmung des Schutzzumfangs regeln wollen, hätte er § 23 UrhG innerhalb des vierten Abschnitts („Inhalt des Urheberrechts“) nicht im dritten, sondern im vierten Unterabschnitt („sonstigen Rechte des Urhebers“) einordnen müssen.<sup>39</sup>

Diesem Befund stehe auch die fehlende Aufzählung der Vorschrift in § 15 Abs. 1 UrhG nicht entgegen. Wie bei dem Werkartenkatalog in § 2 Abs. 1 UrhG zeige die Formulierung „insbesondere“, dass die Aufzählung der körperlichen Verwertungsrechte nicht abschließend sei.<sup>40</sup>

Zudem beziehe sich die Formulierung „veröffentlichen oder verwerten“ in § 23 S. 1 a. E. UrhG auf die Umgestaltung. Sie solle nach sämtlichen in Betracht kommenden wirtschaftlich relevanten Möglichkeiten verwertet werden können. Zu den in Betracht kommenden Verwertungsformen im dritten Unterabschnitt zähle neben den §§ 16–22 UrhG auch das Umgestaltungsrecht in § 23 UrhG.

Der Wortlaut sei daher als formeller Verweis auf alle in Betracht kommenden Nutzungsmöglichkeiten zu verstehen.<sup>41</sup> Er hebe den erweiterten Rechtskreis des Urhebers hervor, dem neben der Verwertung des Originalwerkes auch die Veröffentlichung oder Verwertung der Umgestaltung vorbehalten sei.

<sup>37</sup> Loschelder, GRUR 2011, 1078, 1082.

<sup>38</sup> Wegmann, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, S. 163; Nordemann, in: Fromm/Nordemann, §§ 23/24 UrhG Rn. 2; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 23 UrhG Rn. 9.

<sup>39</sup> Nordemann, in: Fromm/Nordemann, §§ 23/24 UrhG Rn. 2.

<sup>40</sup> Schulze, in: Dreier/Schulze, § 23 UrhG Rn. 9.

<sup>41</sup> Gamm, Urheberrechtsgesetz, 23; Nordemann, in: Fromm/Nordemann, § 2 UrhG Rn. 2.

## c) Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers

aa) *Positive und negative Befugnisse*

Für die dogmatische Einordnung von § 23 UrhG kommt es auf das Verhältnis der positiven Benutzungs- und negativen Verbotungsrechte zueinander an, deren gemeinsamen Bezugspunkt das Werk bildet.

Das Werk bildet den Schutzgegenstand des Urheberrechtes. Da die Verwertungsrechte als absolut wirkende Rechte einen Teil dieses umfassenden Rechts bilden, ist das Werk im Einklang mit § 11 S. 1 a. E. UrhG als Schutzgegenstand der Verwertungsrechte zu bezeichnen.<sup>42</sup> Sie verschaffen dem Urheber die rechtliche Grundlage, die Kontrolle über die Art und den Umfang der Nutzung seines Werkes auszuüben und im Verhältnis zu Dritten von der Zahlung einer Vergütung abhängig zu machen.<sup>43</sup>

Diesem Bedürfnis trägt die Zweiteilung des Urheberrechts in eine positive und negative Befugnis Rechnung. Das positive Benutzungsrecht kennzeichnet die Befugnis des Urhebers, mit seinem Werk nach Belieben verfahren, es selbst zu nutzen oder anderen die Nutzung gemäß §§ 31 ff. UrhG gestatten zu können. Es umschreibt, wie § 903 BGB für das Sacheigentum, den sachlichen Gehalt des Ausschließlichkeitsrechts.<sup>44</sup> Das negative Verbotungsrecht dient dem Urheber als Instrument gegen die unberechtigte Werknutzung Dritter.<sup>45</sup> Es folgt aus §§ 15 ff. i. V. m. §§ 97 ff. UrhG und entspricht der Funktion von § 1004 BGB.

Abweichungen ergeben sich in zwei Punkten. Zunächst besteht Uneinigkeit bei der Beurteilung der Frage, welche formgestalterischen Ausprägungen noch dem Schutzgegenstand des Werkes unterfallen.<sup>46</sup> Dem schließt sich die Frage an, ob und inwieweit Umgestaltungen des Originalwerkes die Verwertungsrechte in Form der positiven Benutzungs- und negativen Abwehrrechte des Urhebers tangieren. Die Beurteilung dieser Frage bestimmt den sachlichen Schutzzumfang des Urheberrechts.<sup>47</sup>

<sup>42</sup> Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, S. 53.

<sup>43</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 28.

<sup>44</sup> Gamm, Urheberrechtsgesetz, 11; Kroitzsch/Götting, in: Möhring/Nicolini, § 11 UrhG Rn. 22; Haberstumpf, in: FS Schricker, 309–324, 310.

<sup>45</sup> Gamm, Urheberrechtsgesetz, 11; Kroitzsch/Götting, in: Möhring/Nicolini, § 11 UrhG Rn. 22; Haberstumpf, in: FS Schricker, 309–324, 310.

<sup>46</sup> Dazu vertieft Haberstumpf, in: FS Schricker, 309–324, 310 f.; Haberstumpf, ZGE 2012, 284, 434 f.

<sup>47</sup> Siehe dazu Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, 56 f.; Gamm, Urheberrechtsgesetz, 11; Kroitzsch/Götting, in: Möhring/Nicolini, § 11 UrhG Rn. 22 f.



## bb) Differenzhypothese

### (1) Inhalt

Von Gamm geht von der Grundprämisse aus, dass das positive Benutzungsrecht den Schutzgegenstand und das negative Verbotungsrecht den Schutzzumfang des Urheberrechts festlegt.<sup>48</sup> Letzteres gehe in seiner Reichweite über das positive Benutzungsrecht hinaus.<sup>49</sup>

Den Bezugspunkt der positiven Benutzungsrechte bilde das Werk in seiner konkret festgelegten Form. Werde es in veränderter Form genutzt, könne sich der Urheber nur auf seine negativen Verbotungsrechte berufen.

Aus diesem Auseinanderfallen der positiven Benutzungs- und negativen Verbotungsrechte folgert von Gamm, dass der Schutzzumfang – als „Erweiterung [der] bloß negativen Abwehrrechte“<sup>50</sup> – weiter reiche als der urheberrechtliche Schutzgegenstand.<sup>51</sup> Er werde in Abgrenzung zur freien Benutzung durch den Abstand zum Originalwerk nach §§ 23, 24 UrhG festgelegt.<sup>52</sup>

Aufgrund des überschießenden Schutzes der negativen Verbotungsrechte entstehe ein „Defensivraum“<sup>53</sup>, der nur einen reflexartigen Schutz biete, aber für die Gewährleistung eines umfassenden Schutzes ausreiche.<sup>54</sup>

### (2) Folge für die dogmatische Einordnung des § 23 UrhG

Erste Konsequenz ist, dass sich das Vervielfältigungsrecht gemäß § 16 UrhG als eines der positiven Benutzungsrechte des Urhebers, nur auf identische Nutzungen des Werkes erstreckt. Bei Veränderungen, die über den konkreten Schutzgegenstand hinausgehen, sei dagegen § 23 UrhG einschlägig.

Daraus folgen gegenläufige Schutzgegenstände und Anwendungsbereiche von §§ 16, 23 UrhG: Das Vervielfältigungsrecht erstreckt sich auf die unmittelbare Verwertung des Originalwerkes, das Umgestaltungsrecht dagegen nur auf die mittelbare Verwertung.<sup>55</sup> Damit entsteht ein Exklusivitätsverhältnis von §§ 16, 23 UrhG.

---

<sup>48</sup> Gamm, Urheberrechtsgesetz, 11; in diese Richtung argumentiert wohl auch *Virreira Winter*, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, S. 191, der darauf hinweist, dass der Urheber einem Dritten nur die Veröffentlichung oder Verwertung gestatten, ohne ihm Nutzungsrechte einräumen zu können.

<sup>49</sup> Gamm, Urheberrechtsgesetz, 11.

<sup>50</sup> Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, S. 57.

<sup>51</sup> Gamm, Urheberrechtsgesetz, 11.

<sup>52</sup> Gamm, Urheberrechtsgesetz, 23.

<sup>53</sup> Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, S. 56.

<sup>54</sup> Gamm, Urheberrechtsgesetz, 11.

<sup>55</sup> Gamm, Urheberrechtsgesetz, 23.

Den unmittelbaren Verwertungsgegenstand von § 23 UrhG bildet dagegen die Umgestaltungsfassung. Sie ist streng von dem Originalwerk zu trennen. In Verbindung mit §§ 15 ff. UrhG dient § 23 UrhG als Ausgangsnorm für ein eigenständiges Verwertungsrechtssystem für Umgestaltungen, das neben dem der §§ 15 ff. UrhG für identische Werknutzungen steht.<sup>56</sup>

Der Urheber wird Inhaber in der Reichweite deckungsgleicher Benutzungs- und Verbotungsrechte mit dem Inhalt der §§ 15 ff. UrhG. Sie erstrecken sich allerdings nur auf die Umgestaltungsfassung, deren Abstand zum Originalwerk durch § 24 UrhG determiniert wird.

### *cc) Deckungsgleichheit*

#### (1) Inhalt

Nach Ansicht von Haberstumpf bilden das positive Benutzungs- und negative Verbotungsrecht „zwei Seiten derselben Medaille“<sup>57</sup>.

Der Schutzgegenstand erfasse das Werk in unveränderter wie auch veränderter Form. Maßgeblich sei nur, dass der Gesamteindruck der Bearbeitungsfassung von der schöpferischen Eigenart des Originalwerkes derart geprägt werde, dass die Individualität des Originalwerkes in der Umgestaltung fortlebe.<sup>58</sup>

Dem stehe das negative Verbotungsrecht kongruent gegenüber. Es verleihe dem Urheber die Rechtsmacht, Dritte von der Nutzung seines Werkes in unveränderter und veränderter Form auszuschließen.<sup>59</sup> Ulmer konstatiert daher, dass der Schutzzumfang durch den Schutzgegenstand seine nähere Bestimmung erfahre.<sup>60</sup>

#### (2) Folge für die dogmatische Einordnung des § 23 UrhG

Der sachliche Schutzzumfang ist nach dieser Ansicht als kumulative Erweiterung der positiven Benutzungs- und negativen Verbotungsrechte zu verstehen. Aus ihrer Deckungsgleichheit folgt, dass sich die Verwertungsrechte der §§ 15 ff. UrhG –

<sup>56</sup> Gamm, Urheberrechtsgesetz, 23.

<sup>57</sup> Haberstumpf, in: FS Schricker, 309–324, 310; wohl ebenso Kroitzsch/Götting, in: Möhring/Nicolini, § 11 UrhG Rn. 22 f., die die von von Gamm vorgenommene Unterscheidung als „rechtssystematisch nicht gerechtfertigt“ bezeichnen.

<sup>58</sup> Haberstumpf, in: FS Schricker, 309–324, 309; Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, S. 225; wohl genauso Ungern-Sternberg, in: Schricker/Loewenheim, § 15 UrhG Rn. 34.

<sup>59</sup> Haberstumpf, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 81, 291; Haberstumpf, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, Kap. 10 § 16 UrhG Rn. 6; Haberstumpf, in: FS Schricker, 309–324, 310; genauso in Haberstumpf, ZGE 2012, 284, 434 f.

<sup>60</sup> Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 225, 265.

und damit auch das Vervielfältigungsrecht – auf das Werk in umgestalteter Form erstrecken.<sup>61</sup>

Anders als bei von Gamm stehen die §§ 16, 23 UrhG also in keinem Exklusivitätsverhältnis zueinander. Stattdessen lässt die Zugrundelegung eines weiten Schutzgegenstandes Raum für zweierlei dogmatische Einordnungen des Bearbeitungsrechts.

Sieht man in § 23 UrhG eine für Umgestaltungen eingreifende Sonderregelung des Vervielfältigungsbegriffs, ist sie als Schutzzumfangregelung einzuordnen.<sup>62</sup> Es lässt sich jedoch ebenso argumentieren, dass § 23 UrhG ein körperliches Verwertungsrecht im Sinne von § 15 Abs. 1 UrhG ist, das sich auf Umgestaltungen des Originalwerkes erstreckt und neben das Vervielfältigungsrecht tritt.<sup>63</sup> Beiden Einordnungen liegt das Verständnis zugrunde, dass sich die Rechtsmacht des Urhebers auf über den konkreten Schutzgegenstand hinausgehende Veränderungen des Werkes erstreckt.<sup>64</sup>

#### dd) Zweikreisfigur

Plassmann vertritt eine vermittelnde Ansicht.<sup>65</sup>

Er erkennt die Zweiteilung der Verwertungsrechte in positive und negative Befugnisse grundsätzlich an. Abhängig von dem Individualitätsgrad der umgestellten Fassung des Originalwerkes träten jedoch die positiven Benutzungsrechte hinter den negativen Verbotungsrechten zurück.

Zwei Fallgruppen seien zu unterscheiden. Bestehe die sogenannte „Allein-Individualität“ des Originalurhebers in der Umgestaltung fort und werde nur durch urheberrechtlich nicht geschützte Elemente ergänzt, erstreckten sich die positiven und negativen Befugnisse seiner Verwertungsrechte auf die Umgestaltung. Diesen allumfassenden Schutz von Umgestaltungen der Kategorie „Allein-Individualität“ leitet Plassmann daraus ab, dass die Individualität des Originalwerkes in der Abwandlung fortlebe und damit allgegenwärtig bleibe.<sup>66</sup>

<sup>61</sup> Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, S. 225.

<sup>62</sup> So etwa Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, § 23 UrhG Rn. 25; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, § 23 UrhG Rn. 1; Koch, in: FS Bornkamm, 835–848, 838; Leistner, ZUM 2011, 468, 474; Loschelder, GRUR 2011, 1078, 1082.

<sup>63</sup> Haberstumpf, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 290; Wegmann, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, S. 163; Haberstumpf, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, Kap. 10 § 23 UrhG Rn. 2 f.; Nordemann, in: Fromm/Nordemann, §§ 23/24 UrhG Rn. 2; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 23 UrhG Rn. 9; Haberstumpf, in: FS Schricker, 309–324, 312 f.; Hörnig, UFITA 1985, (99), 13, 75; Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 225, 265.

<sup>64</sup> Siehe Zusammenfassung des Meinungsstandes in Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 23 UrhG Rn. 7.

<sup>65</sup> Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, 56 f.

<sup>66</sup> Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, S. 55.

Davon abzugrenzen seien Umgestaltungen, die eigenschöpferische Elemente des Umgestalters enthielten. Bei ihnen endeten die positiven Befugnisse des Originalurhebers, sodass – wie bei von Gamm – ein „Defensivraum“ entstehe. Dem Originalurheber verbleiben damit nur die negativen Verbotensrechte.

Plassmann unterscheidet zwischen dem engen Kreis der beiden Befugnisse sowie dem weiteren Kreis des sachlichen Schutzzumfangs, der lediglich die negativen Befugnisse erfasse.<sup>67</sup> Daraus folge, dass § 23 UrhG eine den Schutzzumfang des Werkes betreffende Vorschrift sei. Die Einordnung als eigenständiges Verwertrungsrecht scheide damit aus.

#### d) Regelungszweck

##### aa) *Schutz der Werkintegrität*

Manche erblicken den Telos von § 23 UrhG in dem Schutz der ideellen Interessen des Urhebers.<sup>68</sup> Durch die Umgestaltung drohe eine Beeinträchtigung des Rechts auf werkgetreue Wiedergabe.

Bei Umgestaltungen trete das Originalwerk nicht so in Erscheinung, wie der Urheber es erschaffen habe, sondern in einer davon abweichenden Fassung. Die Umgestaltung weise einen anderen Gesamtcharakter und eine andere Tendenz auf. Da das Originalwerk aber erkennbar bleibe, schreibe die Öffentlichkeit die umgestaltete Fassung dem Originalurheber zu. Er werde automatisch an den in dem Werk preisgegebenen Anschauungen und geistigen Vorstellungen religiöser, politischer, künstlerischer, ästhetischer oder sonstiger Art gemessen.<sup>69</sup> Dadurch drohe eine Aushöhlung des in § 11 S. 1 UrhG verankerten Schutzes der geistigen und persönlichen Beziehung des Urhebers zu seinem Werk.<sup>70</sup>

Dem beuge § 23 UrhG als eine urheberpersönlichkeitsrechtliche Vorschrift vor. Sie stehe in einem Regelungszusammenhang mit §§ 14, 39 UrhG und diene der Umsetzung des Anspruchs auf Werkintegrität.<sup>71</sup> § 23 UrhG gebe dem Urheber ein Instrument an die Hand, grundsätzlich zulässige Werkumgestaltungen zu unterbinden, sofern der konkret geistig-ästhetische Gesamteindruck durch die Veränderung, Verhinderung oder Verfälschung der Aussage des Werkes gefährdet werde.<sup>72</sup>

<sup>67</sup> Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, S. 58.

<sup>68</sup> Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 23 UrhG Rn. 1, 3; Hörnig, UFITA 1985, (99), 13, 18; Koch, in: FS Bornkamm, 835–848, 838.

<sup>69</sup> Schulze, in: Dreier/Schulze, § 12 UrhG Rn. 1; ähnlich Hörnig, UFITA 1985, (99), 13, 18.

<sup>70</sup> Hörnig, UFITA 1985, (99), 13, 18.

<sup>71</sup> Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 23 UrhG Rn. 1, 3; Hörnig, UFITA 1985, (99), 13, 18; Koch, in: FS Bornkamm, 835–848, 838.

<sup>72</sup> Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 23 UrhG Rn. 3; zur dogmatischen Einordnung der änderungsrechtlichen Vorschriften und ihre Auswirkungen auf den Telos des § 23 UrhG Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, 44 ff.

Folge dieser urheberpersönlichkeitsrechtlichen Zuordnung ist, dass § 23 UrhG nicht als rein vermögensrechtliches Verwertungsrecht, sondern als Regelung des Schutzzumfangs bzw. als spezifische urheberpersönlichkeitsrechtliche Befugnis einzuordnen ist.<sup>73</sup>

*bb) Erhalt der verwertungsrechtlichen Werkherrschaft*

Ein Großteil der Literatur<sup>74</sup> betont dagegen den vermögensrechtlichen Charakter des Umgestaltungsrechts.

Die Umgestaltung „übernehme“ das Werk in seiner Struktur, „enthalte“ die wesentlichen Züge oder spezifischen Eigenarten des Werkes, sodass das Originalwerk stets „mit seinen Wesenszügen und Eigenheiten“<sup>75</sup> durch die neue Gestaltung durchscheine.<sup>76</sup> Alle Formulierungen drücken aus, dass die nach § 2 Abs. 2 UrhG geschützten Elemente des Originalwerkes in abgeänderter Form in der Umgestaltung fortleben würden. Daraus wird gefolgert, dass die Veröffentlichung oder Verwertung des Originalwerkes untrennbar mit derjenigen der Umgestaltung verklammert sei.

Aufgrund der Abweichungen zum Originalwerk sei die Umgestaltung dennoch nicht als „sein Werk“ im Sinne des § 11 UrhG anzusehen. Entgegen dem gesetzlichen Ausgangspunkt, wonach der Urheber kraft der ihm zugewiesenen ausschließlichen Verwertungsrechte über die Verwertung seines Werkes bestimme, wäre er ohne § 23 UrhG schutzlos gestellt.<sup>77</sup> Dieses Ergebnis sei wegen des Näheverhältnisses zum Originalwerk, das Folge der sichtbaren Übereinstimmungen sei, nicht hinzunehmen.<sup>78</sup>

Dem trüge § 23 S. 1 UrhG Rechnung und erweitere die verwertungsrechtliche Herrschaft des Urhebers, sofern die eigenschöpferischen Züge seines Werkes derart in Erscheinung träten, dass eine abhängige Schöpfung anzunehmen sei.<sup>79</sup> Der Telos der Vorschrift besteht nach dieser Ansicht darin, das Abhängigkeitsverhältnis der Umgestaltung zum Originalwerk beizubehalten. Sie dient demnach einem vermögensrechtlichen Zweck.

<sup>73</sup> Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 23 UrhG Rn. 2; Koch, in: FS Bornkamm, 835–848, 838.

<sup>74</sup> Haberstumpf, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 290; Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, 42, 49; Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 225, 265 ff.; Haberstumpf, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, Kap. 10 § 23 UrhG S. 10; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, § 23 UrhG Rn. 1; Nordemann, in: Fromm/Nordemann, §§ 23/24 UrhG Rn. 2; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 23 UrhG § 9; Haberstumpf, in: FS Schricker, 309–324, 312 f.; Loschelder, GRUR 2011, 1078, 1082 f.

<sup>75</sup> BGH, Urteil vom 19. 11. 1971, I ZR 31/70, GRUR 1972, 143, 144 – *Biografie: Ein Spiel*.

<sup>76</sup> Zu den einzelnen Formulierungen ziehe die Aufzählung in Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, S. 35.

<sup>77</sup> Hörnig, UFITA 1985, (99), 13, 17 f.

<sup>78</sup> Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, S. 36.

<sup>79</sup> Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, S. 41.

## e) Normcharakter

aa) *Vollständige und unvollständige Rechtssätze*

Zur weiteren Feinabstimmung der dogmatischen Einordnung ist die Wirkungsweise der Vorschrift heranzuziehen. Aus ihr ergeben sich weitere Hinweise darauf, wie das Umgestaltungsrecht in das Normgefüge des Urheberrechtsgesetzes einzuordnen ist.<sup>80</sup> Es ist zwischen vollständigen und unvollständigen Rechtssätzen zu unterscheiden.<sup>81</sup>

Vollständige Rechtssätze enthalten eine Geltungsanordnung. Ihre Aufgabe besteht darin, als konstitutiver Akt den Rechtsfolgen Geltung zu verschaffen. Dazu wird ein Sachverhalt dem Normativen zugeordnet und das rechtlich Geltende auf ihn angewandt. In der Folge bezeichnen Larenz und Canaris anordnende Rechtssätze als „Bestimmungssatz.“<sup>82</sup>

Unvollständige Rechtssätze stehen dagegen im Zusammenhang mit vollständigen Rechtssätzen. Sie erläutern den in einer anderen Vorschrift verwendeten Begriff, schränken ihren Tatbestand ein oder verweisen zur näheren Bestimmung des Tatbestandes oder der Rechtsfolge auf eine weitere Vorschrift.<sup>83</sup> Im Gegensatz zu einem Bestimmungssatz haben sie deklaratorische Wirkung.

Ob § 23 UrhG als unvollständiger Rechtssatz oder als Bestimmungssatz anzusehen ist, hängt von der Einordnung in den Regelungszusammenhang des vierten Abschnitts, dritten Unterabschnitts in „Verwertungsrechte“ ab.

In § 15 Abs. 1 und 2, 1. Hs. UrhG steht, dass der Urheber das ausschließliche Recht habe, „sein Werk in körperlicher Form zu verwerten“. Die Wirkungsweise von § 23 UrhG hängt davon ab, in welchem Verhältnis die Vorschrift einerseits zu § 15 UrhG, der den Inhalt der Verwertungsrechte allgemein beschreibt, und andererseits zum Vervielfältigungsrecht aus § 16 UrhG steht.

---

<sup>80</sup> Diese Unterscheidung trifft *Plassmann*, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, 59 ff.

<sup>81</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 77 f., 78 ff.

<sup>82</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 77 f., die diese Bezeichnung in Abgrenzung zum „Imperativsatz“ entwickeln.

<sup>83</sup> Im Einzelnen bezeichnet als „erläuternde Rechtssätze“, „einschränkende Rechtssätze“ und „verweisende Rechtssätze“ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 79–82.

### bb) Unvollständiger Rechtssatz

Die Einordnung von § 23 UrhG als unvollständiger Rechtssatz setzt das regulatorische Abhängigkeitsverhältnis zu einer anderen Bezugsnorm voraus. Viele erblicken diese Bezugsnorm von § 23 UrhG in § 15 UrhG.<sup>84</sup>

Den Anknüpfungspunkt sämtlicher Verwertungsrechte bilde das Werk des Urhebers („sein Werk“), dessen Schutzgegenstand sämtliche Werkumgestaltungen erfasse, die die individuellen Elemente des Originalwerkes enthielten.<sup>85</sup>

Loschelder bezeichnet § 23 UrhG daher als eine den Anwendungsbereich von § 15 UrhG erweiternde Sonderregelung: Sie ergänze den ersten Halbsatz von § 15 Abs. 1 UrhG dahingehend, dass der Urheber neben dem ausschließlichen Recht, sein Werk in körperlicher Form zu verwerten, das Recht habe, die Verwertung des Werkes in umgestalteter Form zu erlauben.<sup>86</sup> Koch konkretisiert für das Vervielfältigungsrecht nach § 16 UrhG, dass eine Umgestaltung zwangsläufig das Originalwerk enthalte, sodass jede Verwertung der umgestalteten Werkfassung in den Schutzbereich des Verwertungsrechts falle.<sup>87</sup>

Die Funktion von § 23 S. 1 UrhG bestehe somit in der Klarstellung, dass Umgestaltungen des Werkes ebenfalls zu den Verwertungsrechten des Urhebers zählen.<sup>88</sup> Einerseits erweitere § 23 UrhG den Schutzgegenstand und Schutzzumfang des Werkes als erläuternder Rechtssatz<sup>89</sup>, andererseits ergebe der Umkehrschluss aus § 23 S. 2 UrhG eine Einschränkung dieser Erweiterung, da für Umgestaltungen die Herstellungsfreiheit gelte.

### cc) Vollständiger Rechtssatz

Andere erblicken in § 23 UrhG einen Bestimmungssatz, dessen Geltungsanordnung sich aus der gesetzgeberischen Entscheidung ergebe, das Entscheidungsmonopol für Umgestaltungen eines Werkes (Tatbestand) dem Urheber des bearbeiteten oder umgestalteten Werkes zuzuordnen (Rechtsfolge).

<sup>84</sup> Fischer, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 58; Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, S. 225; Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 23 UrhG Rn. 3 f.; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, § 16 UrhG Rn. 8; Koch, in: FS Bornkamm, 835–848, 838; Leistner, ZUM 2011, 468, 473; Loschelder, GRUR 2011, 1078, 1082.

<sup>85</sup> Vgl. Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, S. 225.

<sup>86</sup> Loschelder, GRUR 2011, 1078, 1082; wohl ebenso: Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 23 UrhG 3 f., 7a, der § 23 S. 1 UrhG als bloßen Rechtsreflex der Verwertungsrechte anzieht; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, § 16 UrhG Rn. 8, § 23 UrhG Rn. 1; Koch, in: FS Bornkamm, 835–848, 838; Leistner, ZUM 2011, 468, 473.

<sup>87</sup> Koch, in: FS Bornkamm, 835–848, 838; ebenso Leistner, ZUM 2011, 468, 473 f.

<sup>88</sup> Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, S. 60, der in diese Richtung argumentiert, bevor er sich für eine enge Auslegung des Schutzgegenstandes entscheidet.

<sup>89</sup> Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, § 16 UrhG Rn. 8, § 23 UrhG Rn. 1.

Als vollständiger Rechtssatz lässt § 23 UrhG Raum für zwei konträre dogmatische Einordnungen.

### (1) Konstitutive Schutzzumfangregelung

Manche erblicken in § 23 UrhG eine konstitutive Schutzzumfangregelung, die eigenständig neben §§ 15, 16 UrhG stehe und den Schutzzumfang des Originalwerkes um ein weiteres Verbotungsrecht erweitere.<sup>90</sup>

Als Hauptargument verweist Plassmann auf die Konsequenzen, die bei gegenständlicher Einordnung als unvollständiger Rechtssatz entstünden: Bei der weiten Auslegung des Schutzgegenstandes verliefen die positiven Benutzungs- und negativen Verbotungsrechte des Urhebers kongruent, was mit der von ihm vertretenen Zweikreisfigur<sup>91</sup> unvereinbar sei.<sup>92</sup>

Von Gamm<sup>93</sup> gelangt wegen des Zusammenspiels von § 23 UrhG mit § 2 UrhG zu einem ähnlichen Ergebnis.<sup>94</sup> Aus der Einordnung als eigenständiges vermögensrechtliches Verwertungsrecht<sup>95</sup>, mit der die mittelbare Verwertung des Originalwerkes einhergehe, folge die konstitutive Wirkung von § 23 UrhG. Während die §§ 15–22 UrhG durch die unmittelbare Verwertung den Schutzgegenstand des Originalwerkes festlegten, markiere § 23 UrhG von außen die Grenze des Schutzzumfangs.<sup>96</sup> Die für die Einordnung als konstitutive Schutzzumfangregelung ursächliche Diskrepanz zwischen den positiven Benutzungs- und negativen Verbotungsrechten des Originalurhebers richte sich nach dem Grad des Abstandes der Umgestaltung zum Originalwerk.<sup>97</sup>

### (2) Eigenständiges Verwertungsrecht

Ein Großteil der Litaraturstimmen ordnet § 23 UrhG als vollständigen Rechtssatz ein, der ein eigenständiges, neben die §§ 15 ff. UrhG tretendes Verwertungsrecht normiere.<sup>98</sup> Den gesetzlichen Anknüpfungspunkt der Geltungsanordnung bilde der Einwilligungsvorbehalt in § 23 S. 1 UrhG.

<sup>90</sup> Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, 59, 61; Gamm, Urheberrechtsgesetz, 23.

<sup>91</sup> Vgl. zur Zweikreisfigur S. 130 ff.

<sup>92</sup> Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, S. 58.

<sup>93</sup> Vgl. zur Differenzhypothese S. 128 f.

<sup>94</sup> Gamm, Urheberrechtsgesetz, 23.

<sup>95</sup> Gamm, Urheberrechtsgesetz, 23.

<sup>96</sup> Gamm, Urheberrechtsgesetz, 23.

<sup>97</sup> Gamm, Urheberrechtsgesetz, § 23 Rn. 6, 1.

<sup>98</sup> Haberstumpf, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 290; Wegmann, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, S. 163; Haberstumpf, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, Kap. 10 § 23 UrhG Rn. 2f.; Nordemann, in: Fromm/Nordemann,



Er sei zum einen für den konstitutiven Charakter der Vorschrift ursächlich. Zum anderen folge aus ihm, dass sich die positiven Benutzungsrechte des Urhebers auf Umgestaltungen des Originalwerkes erstrecken.

f) Zusammenfassung und Auswirkung auf das Normverhältnis

Setzt man die Argumentationsansätze zur Herleitung der dogmatischen Einordnung des Umgestaltungsrechts in Bezug zu der Ausgangsfrage, wie das Normverhältnis der §§ 16, 23 UrhG ausgestaltet ist, ergibt sich folgender Befund:

*aa) Inklusionsverhältnis*

Es lässt sich vertreten, dass mit jeder Umgestaltung eine Verletzung des Vielfältigkeitsrechts einhergeht. § 23 UrhG ist dann kein eigenständiges Verwertungsrecht im Sinne von § 15 Abs. 1 UrhG, sondern eine den Schutzzumfang näher konkretisierende Inhaltsbestimmung mit deklaratorischem Charakter. Da sich die Anwendungsbereiche überschneiden, stehen die §§ 16, 23 UrhG in einem Inklusionsverhältnis zueinander.

*bb) Exklusivitätsverhältnis*

Dem steht die Annahme gegenläufiger Anwendungsbereiche gegenüber.

Sie resultiert in einem Exklusivitätsverhältnis der §§ 16, 23 UrhG. Die Herleitung erfolgt aus zwei gegensätzlichen Standpunkten. Beide vereint, dass § 23 UrhG als Ausgangsnorm für ein eigenständiges Verwertungsrecht mit vermögensrechtlichem Charakter eingeordnet wird. Dennoch fußen die Standpunkte auf verschiedenen Annahmen hinsichtlich der Reichweite des urheberrechtlichen Schutzgegenstandes.

Wird vertreten, dass das Werk in seiner konkret festgelegten Formgestaltung den Schutzgegenstand des Urheberrechts bildet (enger Schutzgegenstand), entsteht ein überschießender Schutz durch die negativen Verbotungsrechte. Daraus resultieren zwei eigenständige Verwertungsrechtssysteme, die für identische Werknutzungen und Umgestaltungen nebeneinander existieren.

Wird vertreten, dass das Werk in unveränderter und veränderter Form den urheberrechtlichen Schutzgegenstand bildet (weiter Schutzgegenstand), steht § 23 UrhG

---

§§ 23/24 UrhG Rn. 2; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 23 UrhG Rn. 9; *Haberstumpf*, in: FS Schriker, 309–324, 312 f.; *Hörnig*, UFITA 1985, (99), 13, 75.

als eigenständiges körperliches Verwertungsrecht im Sinne von § 15 Abs. 1 UrhG neben den §§ 16–22 UrhG.

### 3. Stellungnahme

Nach hier vertretener Ansicht ist § 23 UrhG als eigenständiges Verwertungsrecht einzuordnen, das in einem Exklusivitätsverhältnis zu § 16 UrhG steht.

#### a) Schutz der verwertungsrechtlichen Werkherrschaft

##### aa) *Konsequenz der monistischen Theorie*

Das Originalwerk scheint trotz des anderen Gesamtcharakters der Umgestaltung durch die neue Werkfassung durch, sodass es von Dritten zwangsläufig mit der Person des Urhebers assoziiert wird. Die Überlegung, dass mit einer Werkumgestaltung die Verletzung des Anspruchs auf Werkintegrität droht, ist daher grundsätzlich naheliegend.

Dass sich die verwertungsrechtlichen Aspekte nicht eindeutig von den urheberpersönlichkeitsrechtlichen trennen lassen, ist Ausfluss der monistischen Theorie. Aus ihr folgt, dass die ideellen und materiellen Interessen des Urhebers gemeinsam das Fundament des einheitlichen Urheberrechts bilden.<sup>99</sup>

Trotz dieser engen Verzahnung bedarf es auf der Ebene der verschiedenen Einzelrechte einer Unterscheidung zwischen primär urheberpersönlichkeitsrechtlichen und vermögensrechtlich geprägten Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes. Nur so lässt sich trotz der Vielzahl und Vielseitigkeit der Lebenssachverhalte ein umfassendes Schutzsystem erreichen.

Dass der Gesetzgeber diese Notwendigkeit erkannt hat, zeigt die Systematik des Urheberrechtsgesetzes. Zwecks erforderlicher Schwerpunktbildung besteht der vierte Abschnitt aus mehreren Unterabschnitten, die den Inhalt des Urheberrechts und seine verschiedenen Ausprägungen näher bestimmen.<sup>100</sup> Der zweite Unterabschnitt, trägt die Überschrift „Urheberpersönlichkeitsrechte“, während der dritte Unterabschnitt als „Verwertungsrechte“ betitelt wurde. Entsprechend dieser Unterteilung tragen die §§ 12–13 UrhG dem Schutz der geistigen und persönlichen Beziehungen des Urhebers zu seinem Werk Rechnung. Ergänzt durch die §§ 14, 39, 62 UrhG, wird der Schutz der Werkintegrität hinreichend durch urheberpersönlichkeitsrechtliche Befugnisse sichergestellt.<sup>101</sup>

<sup>99</sup> Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 113, 117.

<sup>100</sup> Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, S. 48.

<sup>101</sup> Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, S. 48.

### bb) Vermögensrechtlicher Schwerpunkt

In Abgrenzung zu den §§ 12, 13, 39, 62 UrhG dient § 23 UrhG dem Erhalt der verwertungsrechtlichen Kontrolle des Urhebers über die Werkumgestaltung.<sup>102</sup>

Die unerlaubte Verwertung der Umgestaltung beeinträchtigt den Urheber in Ausübung seines Verwertungsrechts. Aufgrund der überwiegenden Übereinstimmungen des Originalwerkes und der Umgestaltung droht ein Konkurrenzverhältnis auf demselben Markt zu entstehen. Durch das Näheverhältnis zum Originalwerk könnte die Nachfrage potentieller Werknutzer mit der Umgestaltung hinreichend befriedigt werden. Folglich droht dem Originalurheber mit der unerlaubten Verwertung ein erheblicher Vermögensschaden.<sup>103</sup> Dieser Gefahr wirkt § 23 UrhG entgegen, indem die Werkherrschafft in vermögensrechtlicher Hinsicht geschützt und dem durch Art.14 GG gebotenen Schutz des geistigen Eigentums Rechnung getragen wird.<sup>104</sup>

Es ist zuzugeben, dass dem Originalurheber mit dem Einwilligungsvorbehalt zugleich ein Instrument zum mittelbaren Schutz der Werkintegrität an die Hand gegeben wird.<sup>105</sup> Verweigert er die Einwilligung zur Veröffentlichung oder Verwertung der Werkumgestaltung, tritt er zugleich einer mit der Umgestaltung drohenden Entstellung entgegen.

Der vermögensrechtlich orientierte Schutzmechanismus von § 23 UrhG dient somit zugleich ideellen Interessen. Damit kommt das Umgestaltungsrecht einer Inkarnation der monistischen Theorie gleich.

### b) Einheitliches Verwertungsrechtssystem

#### aa) Deckungsgleichheit positiver und negativer Befugnisse

Der von Plassmann vertretenen Zweikreisfigur<sup>106</sup> als auch der von von Gamm vertretenen Differenzhypothese<sup>107</sup> liegt die unrichtige Annahme zugrunde, dass die negativen Abwehrrechte des Urhebers weiterreichen als seine positiven Benutzungsrechte.<sup>108</sup>

<sup>102</sup> Fischer, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 60; Gamm, Urheberrechtsgesetz, 23; Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, Rn. 158, der die in der Umgestaltungsverwertung enthaltene Werkvertretung zutreffend umschreibt.

<sup>103</sup> Zu der Notwendigkeit, dem Urheber die wirtschaftliche Auswertungsmöglichkeit über sein Werk zu erhalten Hörnig, UFITA 1985, (99), 13, 17 f.

<sup>104</sup> Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, S. 41.

<sup>105</sup> Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, S. 43.

<sup>106</sup> Vgl. S. 130.

<sup>107</sup> Vgl. S. 128 ff.

<sup>108</sup> Während nach ersterer Ansicht noch Abwandlungen, die allein von der Individualität des Originalurhebers gezeichnet sind, erfasst werden, dehnen sie sich nach letzterer Ansicht nur auf geringfügige Werkabweichungen aus.

### (1) Weiter Schutzgegenstand

Für einen weiten Schutzgegenstand spricht die Schutzfunktion des Urheberrechts, dem eine Zweiteilung in Schutzgegenstand und Schutzzumfang im Sinne einer Unterscheidung zwischen positiven Benutzungs- und negativen Verbotungsrechten fremd ist.<sup>109</sup>

Sie entzweit die einheitlich ausgestalteten Befugnisse des Urhebers, die nach der Intention des Gesetzgebers erst durch ihr Zusammenspiel einen umfassenden Schutz der materiellen Interessen des Urhebers ermöglichen.<sup>110</sup> Ausfluss der eigenen Werkhoheit ist nicht nur, dass der Urheber sein Werk nach Belieben verändern kann, sondern auch, dass er Dritten als Ausfluss dieses ausschließlichen Rechts die Verwertung oder Veröffentlichung einer veränderten Fassung seines Werkes durch Versagung seiner Einwilligung verbieten kann.

Als positive und negative Seite derselben Medaille, die nicht für sich jeweils dem Schutzgegenstand oder Schutzzumfang entsprechen, müssen die Benutzungs- und Verbotungsrechte kongruent zueinander ausgestaltet sein.<sup>111</sup> Der Schutzzumfang dient lediglich der Ausübung der Ausschließlichkeitsrechte gegenüber Dritten und ist als Erweiterung der positiven und negativen Befugnisse zu verstehen, die sich nicht nur auf (nahezu) identische, sondern auch auf Umgestaltungen erstrecken.<sup>112</sup>

### (2) Folgebetrachtung

Zudem führt die Zweiteilung in positive und negative Befugnisse zu einer Vermengung der Rechte des Originalurhebers und Umgestalters.<sup>113</sup>

Obwohl von der Gegenmeinung anerkannt wird, dass die individuellen Züge des Originalwerkes in der Umgestaltung fortleben, soll die Umgestaltung den positiven Befugnissen des Originalurhebers an seinem Werk entzogen werden. Damit werden die Stellung von Umgestaltungen im System der abhängigen Schöpfungen und die betreffenden gesetzlichen Vorgaben ignoriert.

Umgestaltungen werden durch den eigenschöpferischen Kern des Originalwerkes maßgeblich geprägt. Diesem Abhängigkeitsverhältnis trägt § 23 S. 1 UrhG

---

<sup>109</sup> *Kroitzsch/Götting*, in: Möhring/Nicolini, § 11 UrhG Rn. 22.

<sup>110</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 43.

<sup>111</sup> Insoweit ist von einer Deckungsgleichheit der positiven und negativen Befugnisse auszugehen, vgl. S. 129 ff.

<sup>112</sup> Vgl. *Kroitzsch/Götting*, in: Möhring/Nicolini, § 11 UrhG Rn. 22, die betonen, dass es ein ganz anderes Problem betrifft, dass der nutzungsberechtigte Teil Eingriffe auch dann abwehren kann, wenn ihm nur die Nutzung im Ganzen erlaubt ist und insofern sein Verbotungsrecht möglicherweise von seinem Nutzungsrecht abweicht.

<sup>113</sup> *Haberstumpf*, in: FS Schricker, 309–324, 314; a. A. *Ziegler*, Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing, S. 128.

durch den Erhalt der verwertungsrechtlichen Werkherrschaft des Urhebers Rechnung.<sup>114</sup> Auch ein möglicherweise an den Bearbeitungszutaten entstandenes Bearbeitungsurheberrecht nach § 3 UrhG lässt diese Rechtsmacht unberührt. Insbesondere steht es dem Originalurheber unbeschadet von § 3 UrhG frei, weitere Umgestaltungen herzustellen und zu verwerten.

Das Bearbeitungsurheberrecht eines Dritten schränkt nicht per se die positiven Benutzungsrechte des Originalurhebers an seinem Werk ein.<sup>115</sup> Es beschränkt sie allenfalls in ihrer tatsächlichen Ausübung.<sup>116</sup> Das Aufeinandertreffen von ausschließlichen Rechten Mehrerer führt immer zu einer gegenseitigen Begrenzung<sup>117</sup> und ist im Rechtsverkehr üblich.

Das Zusammenspiel der §§ 3, 23 UrhG zeigt, dass der urheberrechtliche Schutzgegenstand Nutzungen des Werkes in seiner konkreten und veränderten Formgestaltung erfasst. Der Gesetzgeber hat eine eindeutige Zuordnung der Rechte vorgenommen, die bei der Annahme eines engen Schutzgegenstandes unterlaufen würde.

### *bb) § 15 UrhG als einheitlicher Anknüpfungspunkt*

Der Ansatz von von Gamm und Plassmann ist zudem unvereinbar mit dem Wortsinn einer „Verwertung“, der sich aus der Systematik des Urheberrechtsgesetzes ergibt.<sup>118</sup>

#### (1) Verwertungsbegriff

Der Verwertungsbegriff wird im vierten Abschnitt, dritten Unterabschnitt, sowohl in § 15 UrhG als auch in § 23 UrhG verwendet. Aus dieser Wortverbindung folgt die Frage, welche der beiden Vorschriften für die Begriffsbedeutung sinnprägend ist.<sup>119</sup> In jedem Fall ist von einer einheitlichen Begriffsverwendung durch den Gesetzgeber innerhalb des Urheberrechtsgesetzes auszugehen.<sup>120</sup>

Der Gesetzgeber stellt in den einzelnen Abschnitten im Urheberrechtsgesetz stets die allgemeine Vorschrift den spezielleren Vorschriften voran. Diese Systematik zeigt sich sowohl im zweiten als auch dritten Abschnitt: Während § 2 Abs. 2 UrhG die Werkvoraussetzungen normiert, regeln die §§ 3–6 UrhG spe-

<sup>114</sup> Vgl. dazu S. 132 f.

<sup>115</sup> *Haberstumpf*, ZGE 2015, 425, 435.

<sup>116</sup> *Haberstumpf*, in: FS Schrick, 309–324, 314.

<sup>117</sup> Vgl. etwa die §§ 904 ff. BGB für das Sacheigentum: *Fritzsche*, in: BeckOK-BGB, § 903 BGB Rn. 70 f.

<sup>118</sup> Insoweit ist der Einordnung als vollständiger Rechtssatz zu folgen, vgl. S. 134 ff.

<sup>119</sup> Zu den Kriterien siehe *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 145, 147.

<sup>120</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 142.

zielle Werktypen. Gleiches gilt für den dritten Abschnitt im Hinblick auf den Begriff des Urhebers, dem § 7 UrhG als die allgemeine Vorschrift vorangestellt ist und die §§ 8–10 UrhG als die speziellen Vorschriften folgen.

Auch der vierte Abschnitt, dritter Unterabschnitt, folgt dieser Systematik. Während § 15 UrhG das allgemeine Verwertungsrecht normiert, enthalten die §§ 16 ff. UrhG nähere Bestimmungen der Verwertungsbefugnisse.<sup>121</sup> § 15 UrhG spricht dem Urheber das ausschließliche Recht zur Verwertung seines Werkes zum Schutz seiner materiellen Interessen zu.<sup>122</sup>

Dass eine nähere Ausgestaltung der Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers der Intention des Gesetzgebers entsprach, zeigt die Differenzierung in § 15 Abs. 1, 2 UrhG zwischen der körperlichen und unkörperlichen Verwertung des Werkes. Hätte er eine weitere Differenzierung im Hinblick auf den Bezugspunkt des Verwertungsvorganges angestrebt, würde § 15 UrhG einen entsprechenden Hinweis enthalten.

Unter Zugrundelegung der monistischen Ausgestaltung des deutschen Urheberrechts ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber dem Urheber zu seinem umfassenden Schutz die Herrschaft über sämtliche Verwertungsvorgänge einräumen wollte. Den Schutzgegenstand sämtlicher Verwertungsvorgänge der §§ 15, 16 ff. UrhG bildet ausweislich § 15 UrhG unmittelbar das Werk.

Diese Wertung ist auf § 23 UrhG zu übertragen. Zum einen zeigt die Stellung im vierten Abschnitt, dritten Unterabschnitt, dass Werkumgestaltungen zu den einschlägigen Verwertungsvorgängen nach § 15 UrhG zählen. Den Schutzgegenstand des Umgestaltungsrechts und der positiven Benutzungsrechte des Urhebers bildet daher das Werk mit seinen nach § 2 UrhG geschützten eigenpersönlichen Zügen.

Weder der Wortsinn der „Verwertung“ noch die Systematik des Urheberrechtsgesetzes lassen Raum für zwei parallel existierende Verwertungsrechtssysteme.

## (2) Historische Betrachtung

Für die Existenz zweier parallel existierender Verwertungsrechtssysteme gibt es auch keine Anhaltspunkte in der Entstehung und Entwicklung des Urheberrechtsgesetzes.

Die § 23 UrhG zugrundeliegende Konstellation der Umgestaltung war bei Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes im Jahr 1965 bekannt. Hätte der Gesetzgeber eine Zweiteilung der Verwertungsrechte gutgeheißen, hätte er sie in das Urheberrechtsgesetz oder die Gesetzesmaterialien aufgenommen.

<sup>121</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 46.

<sup>122</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 43; *Kroitzsch/Götting*, in: Möhring/Nicolini, § 11 UrhG Rn. 22, § 15 UrhG Rn. 9 ff.

### cc) Einwilligungserfordernis

Zu berücksichtigen ist, welche Konsequenzen sich aus dem in § 23 S. 1 UrhG angelegten Einwilligungserfordernis für die Nutzungsrechtsübertragung an Dritte ergeben.<sup>123</sup>

#### (1) Rechtliche Vorgaben

Neben dem absoluten Verbotungsrecht gewährt das Gesetz die Möglichkeit zur befugten Verwertung der Umgestaltung, sofern der Urheber eine entsprechende Einwilligung erteilt hat. Als „positive Kehrseite zum negativen Verbotungsrecht“<sup>124</sup> ist die Einwilligung entweder Bestandteil eines zwischen dem Urheber und dem Verwerter der Umgestaltung zustande gekommenen Rechtsgeschäftes im Sinne der §§ 31 ff. UrhG oder sie beseitigt die Rechtswidrigkeit einer ansonsten unerlaubten Handlung.

Die zuletzt aufgezählte Legitimationswirkung der Einwilligung ist Folge der Differenzhypothese bzw. Zweikreisfigur. Da sie auf einem engen Schutzgegenstand fußt, verfügt der Urheber bei Umgestaltungen über kein positives Benutzungsrecht.<sup>125</sup> Was er nicht hat, kann er auch nicht an Dritte im Rahmen eines Rechtsgeschäfts übertragen. Daher geht mit der Einwilligung zur Veröffentlichung oder Verwertung nur eine schuldrechtlich wirkende Gestattung bzw. ein Verzicht des Urhebers auf seine Verbotungsrechte einher.<sup>126</sup>

#### (2) Vertragsrechtlicher Aspekt

Folge der Differenzhypothese oder Zweikreisfigur ist, dass der Urheber des Werkes bei Werkumgestaltungen auf ein deliktisches Schutzsystem verwiesen würde. Die zentrale Rolle käme dem Dritten zu, der den Schutzmechanismus der §§ 97 ff. UrhG durch seine unerlaubte Handlung auslöst.<sup>127</sup>

Die Akzentuierung des Bearbeitungsrechts als reflexartiges Recht der unerlaubten Handlung läuft dem Schutzzweck des Urheberrechts zuwider. Nach § 11 S. 1 a. E. UrhG ist der Urheber in der Nutzung des Werkes zu schützen. Im Zentrum des Urheberrechtsschutzes müssen das Werk und sein Schöpfer stehen.

<sup>123</sup> Bei der nachfolgenden Unterscheidung kommt es erneut auf den Umfang der Ausschließlichkeitsrechte an, die unterschiedlich beurteilt wurden. Vgl. daher die Ausführungen zur Differenzhypothese, Deckungsgleichheit und Zweikreisfigur auf S. 127 ff.

<sup>124</sup> Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, S. 188.

<sup>125</sup> Vgl. dazu Virreira Winter, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, S. 192.

<sup>126</sup> Siehe Thesen 1 bis 3: Ohly, GRUR 2012, 983, 984 f.

<sup>127</sup> Haberstumpf, in: FS Schrickler, 309–324, 312; Haberstumpf, ZGE 2015, 425, 433.

Folglich darf das Ob des Schutzes nicht in den Händen eines unbeteiligten Dritten liegen. Andernfalls würde der Schutz der materiellen Interessen nach §§ 11, 15 ff. UrhG zu einem reflexartig wirkenden Schutzsystem degradiert.

Der Schutz griffe erst mit der verwertungsrechtlich relevanten Handlung Dritter ein, sodass dem Urheber bis dahin die (Neben-)Rolle des passiv abwartenden Erlaubenden zukäme. Demgegenüber kann er sich nur als Inhaber von Nutzungsrechten dazu entschließen, dem Dritten Rechte zu übertragen. Konstitutive Voraussetzung ist demnach, dass der Urheber über positive Befugnisse verfügt.

Diese wird nur bei Zugrundelegung eines weiten Schutzgegenstandes erfüllt. Erstrecken sich die positiven Befugnisse des Urhebers nach §§ 15 ff. UrhG auf das Werk in umgestalteter Form, ist er Inhaber des Entscheidungsmonopols. Er kann nicht nur über das Ob des Eingreifens urheberrechtlichen Schutzes, sondern auch über die Nutzungsmodalitäten – das Wie – entscheiden.<sup>128</sup>

Die Folgebetrachtung zeigt, dass dem Einwilligungserfordernis aus § 23 S. 1 UrhG ein vertragsrechtlicher Aspekt anhaftet.<sup>129</sup> Die Einräumung der Rechte vereint die dinglich wirkende Einwilligung zur Verwertung oder Veröffentlichung der Umgestaltung mit der Übertragung der positiven Nutzungsbefugnisse nach § 23 i. V. m. §§ 31 ff. UrhG.<sup>130</sup>

### (3) Berücksichtigung der Interessenlage

Die extensive Interpretation des Einwilligungserfordernisses als Rechtsgeschäft, das zwischen dem Urheber und dem Verwerter der Umgestaltung zustande kommt und auf die Nutzungsrechtsübertragung gerichtet ist, trägt überdies dem Interesse des Dritten Rechnung.<sup>131</sup>

Zum einen ist der Urheber an die Rechtsübertragung qua Rechtsgeschäft gebunden<sup>132</sup> und muss die dem Dritten übertragenen, im Zweifel dinglich wirkenden

<sup>128</sup> *Haberstumpf*, in: FS Schricker, 309–324, 311 f.; *Haberstumpf*, ZGE 2015, 425, 433; *Hörnig*, UFITA 1985, (99), 13, 75.

<sup>129</sup> Siehe These 5: *Ohly*, GRUR 2012, 983, 986.

<sup>130</sup> *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 225; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 23 UrhG Rn. 8; *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, §§ 23/24 UrhG Rn. 13; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 23 UrhG 11 ff., 18; *Haberstumpf*, in: FS Schricker, 309–324, 311 ff.; *Haberstumpf*, ZGE 2015, 425, 434 f.; *Hörnig*, UFITA 1985, (99), 13, 74 f.; a. A. *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, § 23 UrhG Rn. 7, der einen zusätzlich abgeschlossenen Nutzungsvertrag fordert; a. A. *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, § 23 UrhG Rn. 25, der davon ausgeht, dass die Einwilligung sich nur „in der Regel“ als die Einräumung gegenständlicher Nutzungsrechte darstellt.

<sup>131</sup> *Haberstumpf*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, Kap. 10 § 23 UrhG Rn. 2; *Haberstumpf*, in: FS Schricker, 309–324, 312; *Haberstumpf*, ZGE 2015, 425, 434; *Hörnig*, UFITA 1985, (99), 13, 75.

<sup>132</sup> Insoweit findet die allgemeine Rechtsgeschäftslehre Anwendung. Zur Vertragsfreiheit, ausnahmsweise bestehenden Kontrahierungszwängen sowie den üblichen Vertragsarten siehe *Soppe*, in: Möhring/Nicolini, § 31 UrhG Rn. 7.



Nutzungsrechte<sup>133</sup> respektieren. Zum anderen genießt der Dritte als Inhaber eines Nutzungsrechts gemäß § 33 UrhG Sukzessionsschutz und kann das Nutzungsrecht ausnahmsweise sogar nach Maßgabe der §§ 34, 35 UrhG gegen den Willen des Urhebers weiterübertragen. Auch das Veröffentlichungsrecht ist als Erfüllung der nutzungsvertraglich festgelegten Zweckverfolgung an einen Dritten übertragbar. Die übrigen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse verbleiben dagegen gemäß § 39 Abs. 1 UrhG beim Urheber, sodass er sie anders als vermögensrechtliche Befugnisse auch gegenüber dem Nutzungsberechtigten geltend machen kann.<sup>134</sup>

Diesen berechtigten Schutzinteressen des Bearbeiters wird durch eine rein schuldrechtlich wirkende Befugnis zur Werknutzung nicht Rechnung getragen. Dabei gestattet der Urheber dem Vertragspartner zwar die Werknutzung und verpflichtet sich, seine Verbotsrechte nicht auszuüben.<sup>135</sup> Die Vereinbarung wirkt aber nur relativ zwischen den Vertragspartnern und nicht absolut gegenüber Dritten. Dies ist insbesondere bei Rechtsverletzungen von Bedeutung, da der schuldrechtlich zur Nutzung Befugte gegenüber Rechtsverletzern keine Unterlassungsansprüche geltend machen kann.<sup>136</sup>

Um den Dritten dennoch ausreichend zu schützen, sind die Befürworter der Differenzhypothese und Zweikreisfigur dazu gezwungen, den Vorgang der Rechteinräumung in zwei Rechtsakte zu unterteilen: Neben der die Rechtswidrigkeit der Handlung beseitigenden Einwilligung soll der Urheber mit dem Bearbeiter einen ergänzenden Nutzungsvertrag abschließen.<sup>137</sup> Dieser ist auf die Übertragung von Nutzungsrechten gerichtet, die gemäß § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG beschränkbar sind.

Da der Urheber selbst zur Nutzung der Werkumgestaltung nicht befugt ist, kann er lediglich Nutzungsrechte zur mittelbaren Werknutzung einräumen, sofern und soweit sein eigener schöpferischer Anteil durch die mittelbare Werknutzung betroffen ist. Damit die Verwertung der Umgestaltung durch den Dritten auch dem Umgestaltungsurheber gegenüber rechtmäßig wird, muss Letzterer seinerseits entsprechende Nutzungsrechte erteilen, die sich auf die schöpferischen Umgestaltungszutaten erstrecken.<sup>138</sup>

Der Dritte muss daher an zwei Fronten tätig werden, damit die Verwertung der Umgestaltung zulässig ist. Dies ist nicht nur unübersichtlich und für den Dritten

<sup>133</sup> Welche Rechtsposition der Dritte erhält, ist durch Auslegung zu ermitteln. Ein dinglich wirkendes Nutzungsrecht ist jedoch aus seiner Sicht gegenüber einer rein schuldrechtlichen Gestattung grundsätzlich vorzugswürdig. Siehe dazu *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 31 UrhG Rn. 8.

<sup>134</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 29.

<sup>135</sup> *Plassmann*, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, S. 187; *Haberstumpf*, in: FS Schricker, 309–324, 312.

<sup>136</sup> *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 31 UrhG Rn. 7.

<sup>137</sup> *Gamm*, Urheberrechtsgesetz, 11; *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, § 23 UrhG 7a, 9; *Haberstumpf*, in: FS Schricker, 309–324, 313.

<sup>138</sup> *Plassmann*, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, 188 f., der jedoch bei seiner Stellungnahme nur von „Befugnis“ spricht. Es bleibt daher unklar, ob er eine dinglich wirkende Nutzungsrechtsübertragung oder eine rein schuldrechtliche Gestattung präferiert.

aufwendig. Zudem bedeutet die Zweiteilung in zwei Rechtsakte eine erhebliche Verkomplizierung einer an sich simplen Nutzungsrechtsübertragung durch eine rechtsgeschäftlich wirkende Einwilligung.

### c) Bestimmungssatz konstitutiver Wirkung

Aufgrund der in § 15 UrhG vorgesehenen Öffnungsklausel für weitere Verwertungsrechte ist in der Formulierung in § 23 S. 1 UrhG, dass „Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen des Werkes [...] nur mit Einwilligung [...] veröffentlicht oder verwertet werden [dürfen]“, nicht ein reiner Verweis auf die Verwertungsrechte der §§ 15–22 UrhG zu erblicken.

Vor dem Hintergrund der Öffnungsklausel in § 15 UrhG ist der Wortlaut von § 23 UrhG extensiv zu verstehen. Der Gesetzesentwurf des Urheberrechtsgesetzes aus dem Jahr 1965 betont, dass zur Gewährleistung eines umfassenden Schutzes bewusst auf eine erschöpfende Aufzählung der Verwertungsrechte verzichtet wurde.<sup>139</sup> Die Werkumgestaltung soll durch jede in Betracht kommende wirtschaftlich relevante Nutzungsmöglichkeit verwertet werden können. In der Folge ergibt sich aus dem Wortlaut keineswegs die zwingende Einordnung des Bearbeitungsrechts als eine § 15 UrhG ergänzende deklaratorisch wirkende Sonderregelung.

Sogar das Gegenteil ist der Fall. § 23 UrhG enthält eine vollständige Geltungsanordnung, ohne dass es § 15 UrhG als Bezugsnorm bedarf: Bei jeder Umgestaltung des Werkes wird dem Urheber des umgestalteten Werkes das Entscheidungsmonopol über die Veröffentlichung oder Verwertung der Umgestaltung zugeordnet. Das Umgestaltungsrecht erfüllt daher wie das Vervielfältigungsrecht keine Hilfsfunktion, sondern ist ein eigenständiges Verwertungsrecht.

Mit der Einordnung als Bestimmungssatz werden zudem Wertungswidersprüche vermieden. Diese drohen durch die in § 23 UrhG verankerte Herstellungsfreiheit für Umgestaltungen verursacht zu werden. Aus dieser Herstellungsfreiheit folgt, dass sich der Verletzungszeitpunkt bis zur Veröffentlichung oder weiteren Verwertung der Umgestaltung nach hinten verschiebt, während für die Verletzung des Vervielfältigungsrechts die körperliche Fixierung ausreicht.

Nimmt man dennoch eine Vervielfältigung durch die körperliche Fixierung des Werkstücks als Teil des Umgestaltungsprozesses an, führt dies zu einer Vermischung der gegenläufigen Wertungen. Es entstünde innerhalb des Anwendungsbereichs derselben Vorschrift ein unübersichtliches Regel-Ausnahme-Verhältnis.<sup>140</sup> Im Interesse klarer Leitlinien gibt § 23 UrhG ein eigenständiges Verwertungs-

<sup>139</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 45.

<sup>140</sup> Zur Unterscheidung zwischen einer Vervielfältigung und einer Bearbeitung siehe *Koch*, in: FS Bornkamm, 835–848, 843; a. A. *Ziegler*, Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing, S. 128, die dafür plädiert, bei einem Nebeneinander der §§ 16, 23 UrhG der Wertung von § 23 UrhG den Vorzug einzuräumen.

recht mit konstitutiver Wirkung und ist nicht als Sonderregelung zu § 16 UrhG einzuordnen.

#### d) Nationaler und internationaler Rechtsrahmen

##### aa) *Gesetzessystematik im nationalen Recht*

Auch die §§ 39 Abs. 1, 88 Abs. 1, 89 Abs. 1 UrhG zeigen, dass die eingeschränkte Lesart des § 23 UrhG als eine den § 15 UrhG ergänzende Sonderregelung dem Willen des Gesetzgebers widerspricht.

Zum einen wird das Umgestaltungsrecht in anderen Vorschriften gleichrangig neben den Verwertungsrechten der §§ 15 ff. UrhG genannt. Zum anderen wird das Umgestaltungsrecht ausdrücklich in § 88 Abs. 1 UrhG auf die Verfilmung eines Werkes übertragen. Gleiches folgt aus § 89 Abs. 1 UrhG für Rechte am Filmwerk<sup>141</sup> sowie aus § 69c Nr. 2 UrhG für Computerprogramme<sup>142</sup>.

§ 39 Abs. 1 UrhG zeigt in dieselbe Richtung. Haben Urheber und Nutzungsberechtigter eine Vereinbarung mit dem entsprechenden Inhalt getroffen, soll der Nutzungsrechteinhaber die dingliche Befugnis haben, das Werk frei oder schöpferisch verändert zu nutzen sowie diese Befugnis unter Sukzessionsschutz an Dritte gemäß § 33 UrhG weiterzugeben. Eine Änderungsvereinbarung beschränkt demnach nicht nur die negativen Verbotungsrechte des Urhebers, sondern führt zu einer Übertragung der positiven Nutzungsrechte, was für die Einordnung des Bearbeitungsrechts als Verwertungsrecht spricht.<sup>143</sup>

Überdies zeigt die Auslegungsvorschrift des § 37 Abs. 1 UrhG, wonach dem Urheber, der einem anderen ein Nutzungsrecht einräumt, im Zweifel das Recht der Einwilligung zur Veröffentlichung oder Verwertung einer Bearbeitung des Werkes verbleibt, dass das Recht zur Bearbeitung ein Verwertungsrecht bildet. Bei der Einordnung von § 23 UrhG als Schutzzumfangregelung wäre diese Vorschrift entbehrlich gewesen.<sup>144</sup>

##### bb) *Internationaler Kontext*

###### (1) *Völkerrecht*

Zunächst ist das Revidierte Berner Übereinkommen heranzuziehen. Als internationales Abkommen, dem die Europäische Union und die einzelnen Mitgliedsstaat-

<sup>141</sup> Schulze, in: Dreier/Schulze, § 88 UrhG Rn. 15, 34; *Haberstumpf*, in: FS Schricker, 309–324, 290.

<sup>142</sup> *Dreier*, in: Dreier/Schulze, § 69c UrhG Rn. 12 ff.

<sup>143</sup> *Haberstumpf*, in: FS Schricker, 309–324, 313.

<sup>144</sup> *Hörnig*, UFITA 1985, (99), 13, 75.

ten beigetreten sind, sind die Wertungen und Bestimmungen des Übereinkommens als „integraler Bestandteil der Unionsordnung“<sup>145</sup> zu beachten.<sup>146</sup> Zudem gelangen Art. 1 bis 21 RBÜ durch die Verweisung in Art. 9 Abs. 1 TRIPS zur Anwendung.

In Art. 12 RBÜ heißt es, dass die Urheber von Werken der Literatur oder Kunst das „ausschließliche Recht [genießen], Bearbeitungen, Arrangements und andere Umarbeitungen ihrer Werke zu erlauben.“ Gleiches geht aus Art. 8 für Übersetzungen und Art. 14 RBÜ für filmische Bearbeitungen eines Werkes hervor.

Dem Revidierten Berner Übereinkommen lässt sich demnach der Grundsatz entnehmen, dass europäischen Urhebern von Werken der Literatur und Kunst ein Bearbeitungsrecht in Form eines Ausschließlichkeitsrechts zusteht.<sup>147</sup>

## (2) Unionsrecht

Dem Unionsrecht lässt sich dagegen keine eindeutige Lesart entnehmen.

### (a) Computerprogramm- und Datenbank-Richtlinie

Art. 4 Abs. 1 lit. b Computerprogramm-Richtlinie und Art. 5 lit. b Datenbank-Richtlinie führen das Bearbeitungsrecht ausdrücklich als eines von mehreren Verwertungsrechten neben dem Vervielfältigungsrecht auf. Dem Urheber eines Computerprogramms und eines Datenbankwerkes steht das ausschließliche positive Nutzungsrecht an einer „Übersetzung“ oder „Bearbeitung“, einem „Arrangement“ oder einer „Anordnung“ sowie einer „anderen Umarbeitung“ zu.

Der europäische Gesetzgeber erblickte demnach zur Entstehungszeit der Richtlinien im Umgestaltungsrecht<sup>148</sup> ein eigenständiges Ausschließlichkeitsrecht.

### (b) InfoSoc-Richtlinie

Der InfoSoc-Richtlinie lässt sich dagegen keine derartige Regelung entnehmen. Der Begriff der Bearbeitung bleibt in der gesamten Richtlinie unerwähnt.

In Art. 2 InfoSoc-Richtlinie steht lediglich, dass der Urheber eine Vervielfältigung „auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise“ erlauben oder

<sup>145</sup> EuGH, Urteil vom 03.09.2014, C-201/13, ECLI EU:C:2014:2132, Rn. 20 – *Deckmyn*.

<sup>146</sup> *Haberstumpf*, ZGE 2015, 425, 436.

<sup>147</sup> *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, §§ 23/24 UrhG Rn. 2; a. A. *Fischer*, *Digitale Kunst und freie Benutzung*, S. 58.

<sup>148</sup> Bzw. im „Bearbeitungsrecht“, da es im internationalrechtlichen Kontext keine Unterscheidung zwischen „Bearbeitungen“ und „anderen Umgestaltungen“ gibt. Zu den begrifflichen Unterschieden im deutschen Urheberrecht vgl. S. 150 ff.

verbieten könne. In der Formulierung „ganz oder teilweise“ sehen manche einen Verweis auf das Bearbeitungsrecht, das einen Unterfall des Vervielfältigungsrechts bilde. Art. 2 InfoSoc-Richtlinie wird daher als Argument für die Einordnung des § 23 UrhG als Sonderregelung herangezogen. Daraus wird gefolgert, dass auch das Umgestaltungsrecht vollharmonisiert sei.<sup>149</sup>

Die Formulierung in Art. 2 InfoSoc-Richtlinie lässt sich jedoch auch als reine Konkretisierung des Anwendungsbereichs des Vervielfältigungsrechts verstehen. Wie in der Gesetzesbegründung zum Urheberrechtsgesetz aus dem Jahr 1965 betont auch der Richtlinienggeber, dass das Vervielfältigungsrecht neben identischen Werkreproduktionen auch geringfügige Änderungen erfasst.

Für diese Lesart und dafür, dass der europäische Gesetzgeber nicht beabsichtigte, in der InfoSoc-Richtlinie zur dogmatischen Einordnung des Umgestaltungsrechts Stellung zu nehmen, spricht der Veröffentlichungszeitpunkt der InfoSoc-Richtlinie im Amtsblatt der Europäischen Union im Jahr 2001.<sup>150</sup> Die Veröffentlichung der Computer-Richtlinie, in der sich der Unionsgesetzgeber ausdrücklich zu der Einordnung als Ausschließlichkeitsrecht äußert, erfolgte im Jahr 2009 und damit zeitlich nach Zustandekommen der InfoSoc-Richtlinie. Der Unionsgesetzgeber kehrte somit zielgerichtet zu den Grundsätzen zurück, die im Jahr 1996 Eingang in die Datenbank-Richtlinie gefunden haben, und die, wie aufgezeigt, auf der Revidierten Berner Übereinkunft (RBÜ) fußen.

Während die InfoSoc-Richtlinie keine Vorgaben für eine unionskonforme Auslegung von § 23 UrhG enthält, ergibt die völkerrechtskonforme Auslegung von § 23 UrhG, dass das Umgestaltungsrecht als eigenständiges Verwertungsrecht im Sinne des § 15 Abs. 1 UrhG einzuordnen ist. Ersteres folgt daraus, dass Art. 2 InfoSoc-Richtlinie anders als die Computer- und Datenbank-Richtlinie keinen Verweis auf das Umgestaltungsrecht enthält.<sup>151</sup>

#### e) Zwischenergebnis

Aus den vorstehenden Argumenten ergibt sich, dass § 23 UrhG als eigenständiges körperliches Verwertungsrecht im Sinne des § 15 Abs. 1 UrhG einen rein vermögensrechtlichen Charakter aufweist und in einem Exklusivitätsverhältnis zu § 16 UrhG steht.

<sup>149</sup> So etwa *Ungern-Sternberg*, GRUR 2015, 533, 534; a. A. ist *Fischer*, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 220, der zufolge Art. 2 InfoSoc-Richtlinie nur abgeleitete Werkumgestaltungen erfasst, während das Bearbeitungsrecht – als eigenständiges Verwertungsrecht – nicht erfasst wird. Sie gelangt somit zu dem Ergebnis einer teilweisen Vollharmonisierung.

<sup>150</sup> Vgl. ABl. Nr. L 167 S. 10 ff. vom 22.06.2001.

<sup>151</sup> Für diese Lesart sprechen sich ebenfalls aus *Virreira Winter*, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, S. 188; *Apel*, JVC 2017, 563, 564; *Hilty/Senftleben*, in: FS: 50 Jahre UrhG, S. 318, 322; *Haberstumpf*, ZGE 2015, 425, 435.

Der Urheber eines Werkes wird somit vollumfänglich gegen Urheberrechtsverletzungen geschützt, die das Werk in seiner konkreten oder veränderten Formgestaltung betreffen. Dazu stehen dem Urheber einerseits positive Benutzungsrechte nach §§ 15 ff. UrhG zu, die er im Wege der Einwilligung zur Verwertung der Werkumgestaltung gemäß §§ 31 ff. UrhG auf Dritte übertragen kann, und andererseits negative Verbotungsrechte, um die Werknutzung durch Dritte nach §§ 97 ff. UrhG unterbinden zu können.

### III. Abgrenzung der Anwendungsbereiche

Aus der Einordnung von § 23 UrhG als Verwertungsrecht, das eigenständig neben § 16 UrhG steht, folgt die Notwendigkeit einer klaren Abgrenzung der Anwendungsbereiche. Weist die neue Gestaltung nur geringfügige Änderungen im Vergleich zum Originalwerk auf, können Überschneidungen des Vervielfältigungs- und Umgestaltungsrechts auftreten.

#### 1. Grad der Veränderung: Vervielfältigung oder Umgestaltung

Diejenigen, die in § 23 UrhG eine die §§ 15, 16 UrhG ergänzende Sonderregelung erblicken<sup>152</sup>, wollen zwischen einer „reinen“ (§ 16 UrhG) und „umgestaltenden“ Vervielfältigung (§ 23 i. V. m. § 16 UrhG) unterscheiden.<sup>153</sup>

Eine „reine“ Vervielfältigung im Sinne von § 16 UrhG liege bei einer identischen Wiedergabe oder bei unwesentlichen Veränderungen vor, die über keine eigene schöpferische Ausdruckskraft verfügen. Da solche Nachbildungen ausschließlich durch die schöpferische Eigentümlichkeit des Originalwerkes geprägt würden, stimme der Gesamteindruck der Gestaltungen überein.<sup>154</sup>

Eine „umgestaltende“ Vervielfältigung im Sinne von § 23 i. V. m. § 16 UrhG liege bei wesentlichen Veränderungen vor, sofern noch ein übereinstimmender Gesamteindruck der Gestaltungen bestehe.<sup>155</sup> Dann verfüge die neue Gestaltung trotz einer vorgenommenen Umgestaltung über keine eigene schöpferische Ausdruckskraft und unterfiele dem Schutzbereich des Originalwerkes.<sup>156</sup>

<sup>152</sup> Vgl. zu beiden Ansichten S. 124 ff.

<sup>153</sup> Koch, in: FS Bornkamm, 835–848, 843 f.; Leistner, ZUM 2011, 468, 474 ff.; Loschelder, GRUR 2011, 1078, 1082 f.

<sup>154</sup> So die Rechtsprechung, die bei der Abgrenzung immer wieder andere Kriterien zugrundelegt: BGH, Urteil vom 02. 11. 1962, I ZR 48/61, GRUR 1962, 441, 443 – *Mit Dir Allein*; BGH, Urteil vom 10. 12. 1987, I ZR 198/85, GRUR 1988, 533, 535 – *Vorentwurf II*; BGH, Urteil vom 29. 04. 2010, I ZR 69/08, BGHZ 185, 291, Rn. 17 – *Vorschaubilder*.

<sup>155</sup> BGH, Urteil vom 03. 02. 1988, I ZR 142/86, GRUR 1988, 812, 814 – *Ein bisschen Frieden*; BGH, Urteil vom 24. 01. 1991, I ZR 72/89, GRUR 1991, 533, 534 – *Brown Girl II*.

<sup>156</sup> BGH, Urteil vom 10. 12. 1987, I ZR 198/85, GRUR 1988, 533, 535 – *Vorentwurf II*; BGH, Urteil vom 29. 04. 2010, I ZR 69/08, BGHZ 185, 291, Rn. 17 – *Vorschaubilder*; BGH, Urteil vom 16. 05. 2013, I ZR 28/12, GRUR 2014, 65, Rn. 36 – *Beuys-Aktion*.

Zur Ermittlung des Grades der Übernahme bedarf es einer Gesamtschau beider Gestaltungen: In einem ersten Schritt sind die objektiven Merkmale des Originalwerkes herauszuarbeiten, die seine schöpferische Eigentümlichkeit prägen; im zweiten Schritt wird im Wege eines Vergleichs der Gestaltungen ermittelt, ob und in welchem Umfang eigenschöpferische Merkmale in der neuen Gestaltung übernommen wurden.<sup>157</sup> Entscheidend ist somit der Gesamteindruck.<sup>158</sup>

Diese Unterscheidung zwischen einer „reinen“ und einer „umgestaltenden“ Vervielfältigung ist mit der Einordnung von § 23 UrhG als eigenständigem Verwertungsrecht unvereinbar. Aufgrund des Exklusivitätsverhältnisses der §§ 16, 23 UrhG liegt entweder eine Vervielfältigung oder eine Umgestaltung vor.<sup>159</sup>

Dennoch sind die vorstehenden Kriterien zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche mit der Maßgabe heranzuziehen, dass unter einer „Vervielfältigung“ (§ 16 UrhG) die überwiegend unveränderte und unter einer „Umgestaltung“ (§ 23 UrhG) die veränderte Übernahme verstanden wird.

## 2. Terminologie: Bearbeitung und andere Umgestaltung

### a) Begriffsverwendung

#### aa) Urheberrechtsgesetz

§ 23 UrhG differenziert zwischen „Bearbeitungen“ und „anderen Umgestaltungen“. Während der Begriff der „anderen Umgestaltung“ ausschließlich im Hinblick auf den Einwilligungsvorbehalt des Originalurhebers in § 23 UrhG auftaucht, wird der Bearbeitungsbegriff zusätzlich im Kontext des Bearbeitungsurheberrechts verwendet.<sup>160</sup>

<sup>157</sup> BGH, Urteil vom 03.02.1988, I ZR 142/86, GRUR 1988, 812, 814 – *Ein bisschen Frieden*; BGH, Urteil vom 24.01.1991, I ZR 72/89, GRUR 1991, 533, 534 – *Brown Girl II*; BGH, Urteil vom 01.12.2010, I ZR 12/08, GRUR 2011, 134, Rn. 33 – *Perlentaucher*.

<sup>158</sup> Fischer, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 54.

<sup>159</sup> Vgl. die Stellungnahme zum Normverhältnis der §§ 16, 23 UrhG sowie das Zwischenergebnis auf S. 125 ff., 148; ähnlich geht vor *Virreira Winter*, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, S. 189, der unter einer „anderen Umgestaltung“ eine Vervielfältigung des bearbeiteten Werkes versteht, mit der unwesentliche Änderungen einhergehen, während bei einer schöpferischen Bearbeitung der Anwendungsbereich von § 16 UrhG in Ermangelung einer körperlichen Fixierung nicht betroffen sei.

<sup>160</sup> Anders dagegen das schweizer Urheberrechtsgesetz: In Art. 3Abs. 1 URG heißt es, dass „Werke zweiter Hand“ geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter sind, die unter Verwendung bestehender Werke so geschaffen werden, dass die verwendeten Werke in ihrem individuellen Charakter erkennbar bleiben. Dass von dieser Legaldefinition auch Bearbeitungen erfasst werden, ergibt sich aus Art. 3Abs. 2 URG, dem zufolge „Übersetzungen sowie audiovisuelle und andere Bearbeitungen“ erfasst werden. Das schweizer Urheberrecht will dem Bearbeiter ein Urheberrecht an sämtlichen Werken zweite Hand einräumen, ohne dass

In § 3 S. 1 UrhG heißt es, dass „Übersetzungen und andere Bearbeitungen eines Werkes, die persönliche geistige Schöpfungen des Bearbeiters sind, [...] wie selbständige Werke“ geschützt werden. Aus der spezifischen Verwendung folgt, dass eine „Bearbeitung“ andere Rechte auslöst als eine „andere Umgestaltung“.

#### bb) Gesetzesmaterialien

Der Gesetzgeber nimmt die Unterscheidung auch in der Gesetzesbegründung zum Urheberrechtsgesetz aus dem Jahr 1965 vor.

Dort heißt es, dass „Bearbeitungen im eigentlichen Sinne stets den Zweck [verfolgen], das Originalwerk bestimmten Verhältnissen anzupassen [...]. Der Bearbeiter will hierbei die Identität des Originalwerkes unberührt lassen; er will nur dessen Verwertungsmöglichkeiten erweitern.“<sup>161</sup> In Abgrenzung dazu seien Umarbeitungen eines Werkes keine Bearbeitungen im eigentlichen Sinne, da der Verfasser „nicht das Originalwerk zur Geltung bringen, sondern das Ergebnis seiner Arbeit als eigenes Werk ausgeben will“.<sup>162</sup>

#### b) Lösungsansätze

Anders als die Instanzgerichte<sup>163</sup> ignoriert der Bundesgerichtshof die im Gesetz und den Gesetzesmaterialien angelegte Unterscheidung weitestgehend und verwendet die Begriffe „Bearbeitung“ und „andere Umgestaltung“ synonymhaft.<sup>164</sup>

In der Literatur gibt es hingegen Versuche, taugliche Abgrenzungskriterien zu entwickeln. Den Ausgangspunkt bildet die Festlegung des Bearbeitungsbegriffs, von dem der Begriff der „anderen Umgestaltung“ negativ abgegrenzt wird.

---

er zwischen Werkumgestaltungen und Bearbeitungen differenziert, vgl. Art. 3 Abs. 3 URG. Ausführlich mit dem Bearbeitungsbegriff im schweizer Urheberrecht beschäftigt sich Haas, Die Verwendung von Bearbeitungen urheberrechtlich geschützter Werke.

<sup>161</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 51.

<sup>162</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 51.

<sup>163</sup> Für die in den Gesetzesmaterialien angelegte Unterscheidung sprechen sich aus KG, Urteil vom 30.01.1996, 5 U 7926/95, GRUR 1997, 128, 129 – *Verhüllter Reichstag I*; KG, Urteil vom 18.11.2003, 5 U 350/02, GRUR-RR 2004, 129, 131 – *Modernisierung einer Liedaufnahme*; Vgl. etwa OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.12.2011, I-20 U 171/10, GRUR 2012, 173, 175 – *Beuys-Fotoreihe*; a. A. wohl OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.02.1989, 20 U 54/87, GRUR 1990, 263, 266 – *Automaten-Spielplan*; LG Köln, Urteil vom 19.05.1972, I ZR 42/71, GRUR 1973, 88 – *Kinder in Not*.

<sup>164</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 08.11.1989, I ZR 14/88, GRUR 1990, 669, 669 – *Bibelreproduktion*; BGH, Urteil vom 07.02.2002, I ZR 304/99, BGHZ 150, 32, 534 – *Unikatrahmen*.



### aa) Unterordnungsfunktion einer Bearbeitung

Manche vertreten einhergehend mit der Gesetzesbegründung, dass Bearbeitungen ausschließlich Änderungen erfassen, die sich dem Zweck des Originalwerkes unterordnen und dem Ziel dienen würden, es bestimmten Verhältnissen anzupassen.<sup>165</sup>

Alle anderen Änderungen des vorhandenen Werkes, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen und nur eine innere Verbindung im weitesten Sinne aufwiesen, seien „andere Umgestaltung“ im Sinne von § 23 S. 1 Var. 2 UrhG.<sup>166</sup>

Beispiele für eine Bearbeitung seien die Übersetzung in eine andere Werkattung<sup>167</sup>, die sprachliche Neufassung eines Romans, die Umschreibung zu einem Theaterdrehbuch, dessen Verfilmung und die Umsetzung eines Textes in ein optisch wahrnehmbares Bild.<sup>168</sup> Sie vereine, dass der Bearbeiter durch die Wahl und Gestaltung der durch die neue Gattung eröffneten Ausdrucksmittel schöpferisch tätig werde.<sup>169</sup>

Neben den insoweit eindeutig lautenden Gesetzesmaterialien wird die restriktive Auslegung von § 3 UrhG mit dem Wortlaut der Vorschrift begründet, dem sich eine ausdrückliche Zuweisung zu § 3 UrhG entnehmen lasse.<sup>170</sup> Zudem zeige das

<sup>165</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 21. 02. 1989, 20 U 54/87, GRUR 1990, 263, 266 – *Automaten-Spielplan*; KG, Urteil vom 18. 11. 2003, 5 U 350/02, GRUR-RR 2004, 129, 131 – *Modernisierung einer Liedaufnahme*; Fischer, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 57; Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 23 UrhG Rn. 6; *Haberstumpf*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, Kap. 10 § 23 UrhG Rn. 5; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, § 3 UrhG Rn. 5; unentschlossen, aber i. E. wohl genauso *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 23 UrhG Rn. 5; *Haberstumpf*, in: FS Schricker, 309–324, 318 ff.; *Koch*, in: FS Bornkamm, 835–848, 842; *Loschelder*, GRUR 2011, 1078, 1081.

<sup>166</sup> Sie sollen allenfalls in entsprechender Anwendung des § 3 UrhG erfasst werden. So insbesondere *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, § 3 UrhG Rn. 4; zur vergleichbaren Interessenlage von anderen Werkumgestaltungen und Bearbeitungen *Haberstumpf*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, Kap. 10 § 23 UrhG Rn. 5.

<sup>167</sup> Zur Übersetzung eines Sprachwerkes BGH, Urteil vom 15. 09. 1999, I ZR 57/97, GRUR 2000, 144, 144 f. – *Comic-Übersetzung II*; zur Übersetzung eines Musikwerkes in ein Filmwerk OLG München, Urteil vom 5. 12. 2002, 29 U 3069/02, GRUR 2003, 420, 421 – *Alpensinfonie*; generell zur Übersetzung in eine neue Werkattung OLG München, Urteil vom 20. 12. 2007, 29 U 5512/06, GRUR-RR 2008, 37, 39 – *Pumuckl-Illustrationen II*.

<sup>168</sup> Schaffung der erforderlichen Voraussetzungen, um das Originalwerk einem neuen Verwendungszweck anzupassen und einem anderen Ausdrucksmittel zuzuführen, ohne dass das Originalwerk inhaltlich modifiziert wird. Vgl. KG, Urteil vom 30. 01. 1996, 5 U 7926/95, GRUR 1997, 128, 129 – *Verhüllter Reichstag I*; KG, Urteil vom 18. 11. 2003, 5 U 350/02, GRUR-RR 2004, 129, 131 – *Modernisierung einer Liedaufnahme*; OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. 12. 2011, I-20 U 171/10, GRUR 2012, 173, 175 – *Beuys-Fotoreihe*.

<sup>169</sup> OLG München, Urteil vom 20. 12. 2007, 29 U 5512/06, GRUR-RR 2008, 37, 39 – *Pumuckl-Illustrationen II*.

<sup>170</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 51; *Haberstumpf*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, Kap. 10 § 23 UrhG Rn. 5; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, § 23 UrhG Rn. 5.

Übersetzungsbeispiel in § 3 S. 1 UrhG, das einen Unterfall der Bearbeitung bilde („und andere Bearbeitungen“), dass Bearbeitungen dem Originalwerk zu dienen bestimmt seien.<sup>171</sup> Das Regelbeispiel sei daher als ein Indiz für die Regelungsintention des Gesetzgebers zu werten.

Zudem wird die Systematik der §§ 3, 23 UrhG angeführt.<sup>172</sup> Setze eine Bearbeitung in Abgrenzung zu „anderen Umgestaltungen“ bereits begrifflich eine persönliche geistige Schöpfung voraus, bedürfe es nicht der Regelung des § 3 UrhG, die der Abgrenzung von schöpferischen und nicht schöpferischen Bearbeitungen diene. In diesem Fall würde die Vorschrift jeglichen Anwendungsbereich verlieren.

#### *bb) Objektive Bestimmung der Werkeigenschaft einer Bearbeitung*

Die Gegenansicht will jede Änderung, Erweiterung und Weiterentwicklung eines Werkes unter den Bearbeitungsbegriff fassen, die den Grad einer persönlichen geistigen Schöpfung aufweist.<sup>173</sup> Gestaltungen, die ein Werk ändern, ohne eine eigene Schöpfungsqualität aufzuweisen, seien dagegen „andere Umgestaltungen“.<sup>174</sup>

Das maßgebliche Unterscheidungskriterium liegt nach dieser Ansicht also in der Werkeigenschaft einer Bearbeitung.

#### c) Stellungnahme

Nach hier vertretener Ansicht ist der Bearbeitungsbegriff nach objektiven Gesichtspunkten zu bestimmen. Es kommt für die Abgrenzung zu einer „anderen Umgestaltung“ auf die Werkeigenschaft der Gestaltung an, die sich nach § 2 Abs. 2 UrhG richtet.

<sup>171</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 51; vgl. auch *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, § 3 UrhG Rn. 14; i. E. ähnlich *Haberstumpf*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, Kap. 10 § 23 UrhG Rn. 6; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, § 3 UrhG Rn. 5; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 3 UrhG Rn. 12.

<sup>172</sup> *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, § 23 UrhG Rn. 5, § 3 UrhG Rn. 5 und Fn. 8.

<sup>173</sup> LG Köln, Urteil vom 19.05.1972, I ZR 42/71, GRUR 1973, 88 – *Kinder in Not*; *Gamm*, Urheberrechtsgesetz, 23; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 268; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 3 UrhG Rn. 15 ff. und § 23 Rn. 3; *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, §§ 23/24 UrhG Rn. 9; *Obergfell*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, Kap. 10 § 3 UrhG Rn. 3; *Hörnig*, UFITA 1985, (99), 13, 57, 60; scheinbar bei Vergleich mit vertretener Ansicht in § 23 UrhG Rn. 5 im Hinblick auf den Begriff der anderen Umgestaltung unentschlossen *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 3 UrhG Rn. 8.

<sup>174</sup> Wie der Umkehrschluss zeigt, spricht sich für diese Unterscheidung aus OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.02.1989, 20 U 54/87, GRUR 1990, 263, 266 – *Automaten-Spielplan*; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 3 UrhG Rn. 15.

### aa) *Eigener Regelungsgehalt des § 3 UrhG*

Der Vorschrift des § 3 UrhG kommt auch bei einem weiten Verständnis des Bearbeitungsbegriffs ein eigener Anwendungsbereich zu.<sup>175</sup> § 3 UrhG stellt klar, dass sich das Bearbeitungsurheberrecht ausschließlich auf die kreative Eigenleistung des Bearbeiters erstreckt und nicht auf das gesamte Werk, wie sich ansonsten aus § 2 Abs. 2 UrhG herleiten ließe. Entgegen der Gegenansicht verbleibt somit auch bei der Forderung nach der Werkeigenschaft einer Bearbeitung ein eigener Regelungsgehalt der Vorschrift.

§ 3 UrhG ist einerseits Ausdruck des Abhängigkeitsverhältnisses der neuen Gestaltung zum Originalwerk, andererseits zeigt die Vorschrift – und dies ist ein Alleinstellungsmerkmal von § 3 UrhG –, dass auch im Verhältnis zur Gestaltung geringfügige Änderungen trotz eines geringeren Umfangs dem urheberrechtlichen Schutz zugänglich sind.

Überdies würde gerade bei Annahme einer Unterordnungsfunktion der direkte Anwendungsbereich von § 3 UrhG im digitalen Zeitalter praktisch auf Null reduziert. Übersetzungen und andere dem Originalwerk dienende Änderungen erreichen aufgrund neuer technischer Möglichkeiten und automatisierter Vorgänge immer seltener die Schöpfungsschwelle des § 2 Abs. 2 UrhG. Es fehlte somit an einem Anknüpfungspunkt für das Bearbeitungsurheberrecht. Aus demselben Grund ist auch die Gesetzesbegründung zu § 23 UrhG, die aus dem vor-digitalen Zeitalter im Jahr 1962 stammt, in diesem Punkt als nicht mehr zeitgemäß zu betrachten.<sup>176</sup>

### bb) *Zweckrichtung als untaugliches Unterscheidungskriterium*

#### (1) *Rechtsunsicherheit*

Der mit dem Originalwerk verfolgte Zweck ist als Abgrenzungskriterium zwischen den Anwendungsbereichen nicht geeignet, da er sich nicht nach objektiven Maßstäben bestimmen lässt. Insbesondere ergibt sich die Unterordnungsfunktion nicht ohne weiteres aus der äußeren Betrachtung.<sup>177</sup> Bei der Zweckrichtung handelt es sich daher um ein subjektives Kriterium: Es geht um das Motiv des Bearbeiters zur Erschaffung einer Gestaltung.<sup>178</sup>

<sup>175</sup> Gegenteiliger Ansicht sind diejenigen, die eine Unterordnungsfunktion der Bearbeitung fordern, vgl. S. 152 f.

<sup>176</sup> Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, § 23 UrhG Rn. 5; Nordemann, in: Fromm/Nordemann, §§ 23/24 UrhG Rn. 9; Bohr, UFITA 1977, 95, 100; Hörnig, UFITA 1985, (99), 13, 13.

<sup>177</sup> Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, § 23 UrhG Rn. 5; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 23 UrhG Rn. 5; Nordemann, in: Fromm/Nordemann, §§ 23/24 UrhG Rn. 9; Bohr, UFITA 1977, 95, 100; Hörnig, UFITA 1985, (99), 13, 61; wohl ähnlich argumentiert auch Virreira Winter, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, S. 185.

<sup>178</sup> Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, § 3 UrhG Rn. 9.

Die Schaffung von Rechtssicherheit durch das Aufstellen einer verlässlichen Verhaltensordnung gehört zu den grundlegenden Aufgaben des Rechts. Rechtsnormen müssen inhaltlich klar abgefasst sein, sodass der Bürger sich selbständig ein eigenes Bild von der Rechtslage machen kann.<sup>179</sup>

Vorliegend geht es um die Frage, ob die schöpferische Leistung einer Person mit einem Bearbeitungsurheberrecht nach § 3 UrhG geschützt wird. Es handelt sich somit um die Beurteilung der Urheberrechtsschutzfähigkeit eines Werkes. Aus ihr folgt, ob der Person des Umgestalters weitergehende Benutzungs- und Abwehrrechte an seinem Werk zustehen, oder ob sie gegenüber dem Originalurheber schutzlos gestellt wird.

Dass die grundlegende Entscheidung im Urheberrecht nicht von dem subjektiven Kriterium der Zweckrichtung abhängig gemacht werden darf, ergibt sich zudem aus der Systematik des Urheberrechtsgesetzes. Der Gesetzgeber zieht nur im Rahmen der Einschränkung eines Rechts (§§ 45 ff. UrhG) und der Übertragung von Rechten (§§ 31 ff. UrhG) die Zweckrichtung heran.<sup>180</sup> Geht es um die Schutzvoraussetzungen, also die vorgelagerte Frage, ob überhaupt ein Recht besteht, muss die Zweckrichtung dagegen außer Betracht bleiben.

Die grundlegende Wertung, dass sich Vorstellungen und Absichten nicht zuverlässig ermitteln lassen, wird zudem von den Gesetzesmaterialien zum Urheberrechtsgesetz aus dem Jahr 1965 gestützt. In der Gesetzesbegründung zu § 23 UrhG führt der Gesetzgeber aus, die Zulässigkeit der Bearbeitung von „[...] subjektiven Voraussetzungen abhängig zu machen, die vielfach schwer festzustellen sind“, erscheine nicht bedenkenfrei.<sup>181</sup>

## (2) Einsatz von Vermutungen

Eine Unterordnungsfunktion des § 3 UrhG folgt auch nicht aus dem Einsatz von Vermutungen für das Vorliegen einer Bearbeitung, die zur Ermittlung der tatsächlichen Zweckrichtung herangezogen werden könnten, um das subjektive Abgrenzungskriterium zu objektivieren.

Eine Vermutung ist an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, bei deren Vorliegen die Vermutungswirkung eintritt. Zur Handhabung der vielseitigen Lebenssachverhalte könnte man im Anwendungsbereich von § 3 UrhG Regelungsbeispiele in Form typischer Bearbeitungsformen mit Vermutungswirkung aufführen. Beispiele für anerkannte Bearbeitungsarten sind Übersetzungen (§ 3 S. 1 UrhG), die Dramatisierung eines Romans, Verfilmung eines Sprachwerkes oder Erstellung von Auszügen eines Musikwerkes.<sup>182</sup>

<sup>179</sup> Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Art. 20 GG Rn. 53.

<sup>180</sup> Gamm, Urheberrechtsgesetz, 24.

<sup>181</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 51.

<sup>182</sup> Vgl. Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, S. 268–270.

Ein wesentlicher Nachteil von Vermutungen ist allerdings die Erzeugung eines antithetischen Anwendungsbereichs von § 3 UrhG: Atypische Bearbeitungsformen – die insbesondere im digitalen Bereich zum Tragen kommen – würden von den Regelungsbeispielen und damit von der Vermutungswirkung nicht erfasst. Währenddessen unterfielen Umarbeitungen, die dem Originalwerk aus Sicht des Umgestalters nicht zu dienen bestimmt sind, wegen des Einsatzes typischer Bearbeitungsmittel dem Anwendungsbereich des § 3 UrhG. In der Folge liefe die Vorschrift bei unüblichen Bearbeitungsformen leer, während übliche Bearbeitungsformen entgegen ihrer tatsächlichen Zweckrichtung erfasst würden.

Auch der Versuch, die Unterordnungsfunktion mithilfe von Vermutungen zu objektivieren, trägt daher nicht zu einer besseren Vorhersehbarkeit der Rechtslage bei.<sup>183</sup> In dieselbe Richtung zeigt auch die historische Entwicklung des Umgestaltungsrechts. Die dem Urheberrechtsgesetz vorgeschalteten Gesetze enthielten in § 12 Abs. 2 Nr. 1–4 LUG und § 15 (KUG) eine Aufzählung typischer Bearbeitungsarten. Von einer entsprechenden Aufzählung wurde im Urheberrechtsgesetz ausweislich der Gesetzesbegründung bewusst abgesehen.<sup>184</sup>

Mehrere Bearbeitungsarten aufzunehmen, um ein unzuverlässiges Abgrenzungskriterium zu objektivieren, widerspräche nicht nur der Intention des Gesetzgebers, sondern bedeutete einen Rückschritt zurück in der Progressionskette des Urheberrechtsgesetzes.

### cc) Folgebetrachtung

Im Interesse der Rechtssicherheit ist die Abgrenzung des Bearbeitungsbegriffs von „anderen Umgestaltungen“ nach objektiven Maßständen zu bestimmen. Entscheidend ist die Werkeigenschaft der „Bearbeitung“.<sup>185</sup>

Dies hat den Vorteil, dass fehlgeschlagene Plagiate, also abhängige Nachschöpfungen, die eine eigene geistige Leistung des bearbeitenden Urhebers enthalten, sowie Werke, die ursprünglich eigenständige Werke nach §§ 2, 24 UrhG werden sollten<sup>186</sup>, trotz des gescheiterten Bearbeitungsversuchs als Bearbeitungen nach

<sup>183</sup> Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Art. 20 GG Rn. 59.

<sup>184</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 51.

<sup>185</sup> Virreira Winter, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, S. 186; Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, § 3 UrhG Rn. 15, 10; i.E. genauso Bohr, UFITA 1977, 95, 100; Hörnig, UFITA 1985, (99), 13, 61; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 3 UrhG Rn. 8; so auch Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, § 3 UrhG Rn. 5, obwohl seine Argumentation mit Blick auf seine Position zum Bearbeitungsbegriff wenig gradlinig ist; dieses Ergebnis entspricht auch der Rechtslage im schweizer Urheberrecht, vgl. Haas, Die Verwendung von Bearbeitungen urheberrechtlich geschützter Werke, S. 53, die solche schöpferischen Bearbeitungen als „sequenzielle Innovation“ bezeichnet.

<sup>186</sup> Vgl. Beispiele für Umarbeitungen BT-Drucks. IV/270, S. 51.

§ 3 UrhG geschützt werden.<sup>187</sup> Entscheidend ist lediglich, dass sie persönliche geistige Schöpfungen des Bearbeiters sind.

Die Vertreter der Gegenansicht kommen zu dem widersprüchlichen Ergebnis, dass jeweils eine „andere Umgestaltung“ vorliegt, an der trotz der eigenen schöpferischen Leistung des Umgestalters kein Urheberrechtsschutz entsteht.

Diese Lücke wird geschlossen<sup>188</sup>, wenn man unter einer Bearbeitung alle Änderungen, Erweiterungen und Weiterentwicklungen eines Werkes versteht, die eine eigene geistige Schöpfung des Bearbeiters enthalten.

#### d) Zwischenergebnis

Abschließend ist festzuhalten, dass eine Bearbeitung im Sinne von § 3, 23 S. 1 Var. 1 UrhG vorliegt, wenn sie als persönliche geistige Schöpfung zu den in ihr enthaltenen, urheberrechtlich geschützten Bestandteilen des Originalwerkes eine irgendwie geartete, innere Verbindung herstellt.<sup>189</sup> Eine subjektive Komponente in Form einer bestimmten Zweckrichtung ist nicht erforderlich.<sup>190</sup>

Eine „andere Umgestaltung“ dient in Abgrenzung dazu nicht als Auffangbecken für fehlgeschlagene Plagiate. Der eigenständige Anwendungsbereich von § 23 S. 1 Var. 2 UrhG erfasst vielmehr Umarbeitungen des Originalwerkes, die keine eigene schöpferische Leistung des Umgestalters enthalten.

### 3. Zwischenergebnis

Wie eingangs dargestellt, folgt aus der Einordnung von § 23 UrhG als eigenständigem Verwertungsrecht die Notwendigkeit einer klaren Abgrenzung der Anwendungsbereiche von §§ 16, 23 UrhG. Insbesondere bei geringfügigen Änderungen im Vergleich zum Originalwerk können Überschneidungen auftreten. Um diese zu minimieren, wurden vorstehend Leitlinien entwickelt. Sie dienen der näheren Bestimmung der Anwendungsbereiche des Vervielfältigungs- und Umgestaltungsrechts.

Eine Vervielfältigung nach § 16 UrhG liegt ausschließlich bei einer identischen oder nahezu identischen Werkwiedergabe vor. Sobald wesentliche Änderungen am Originalwerk vorgenommen werden, kommt eine Umgestaltung nach § 23 S. 1 UrhG in Betracht. Weisen die Änderungen Schöpfungsqualität auf, liegt

---

<sup>187</sup> Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, § 3 UrhG Rn. 10; Nordemann, in: Fromm/Nordemann, §§ 23/24 UrhG Rn. 9.

<sup>188</sup> Nordemann, in: Fromm/Nordemann, §§ 23/24 UrhG Rn. 9.

<sup>189</sup> So etwa in KG, Urteil vom 18. 11. 2003, 5 U 350/02, GRUR-RR 2004, 129, 131 – *Modernisierung einer Liedaufnahme*; Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 3 UrhG Rn. 6; Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, § 3 UrhG Rn. 8.

<sup>190</sup> Vgl. S. 153 ff.

eine Bearbeitung nach § 23 S. 1 Var. 1 UrhG, andernfalls eine andere Umgestaltung nach § 23 S. 1 Var. 2 UrhG vor.

#### **IV. Einordnung von Memen in das System der abhängigen Schöpfungen**

Die Abgrenzung zwischen §§ 16, 23 UrhG richtet sich nach dem Grad der Veränderung im Vergleich zum Originalwerk. Der Grad der Veränderung bedingt zugleich den Grad der Abhängigkeit des Erzeugnisses gegenüber dem Originalwerk. Aus ihm folgt das sogenannte System der abhängigen Schöpfungen.

Es besteht aus drei Stufen, die alle Grade nicht schöpferischer und schöpferischer Veränderungen vorbestehender Werke erfassen. Die einzelnen Stufen werden im nächsten Schritt dargestellt und ihre Rechtsfolgen zueinander in Bezug gesetzt.

Zudem erfolgt die Einordnung von Memen in dieses System. Sie bestimmt einerseits, ob, in welchem Maße und durch wen die neue Gestaltung verwendet werden darf. Andererseits wird das Mindestmaß an Schutz bestimmt, das der neuen Gestaltung zuteil wird.<sup>191</sup> Die Einordnung bedingt, ob durch Meme Urheberrechte Dritter verletzt werden oder ob sie urheberrechtlichen Schutz genießen. Im letztgenannten Fall gilt der Grundsatz, dass je größer der eigenschöpferische Gehalt einer Gestaltung ist, desto weiter ist sein Schutzzumfang.<sup>192</sup>

##### *1. Überblick über das Stufensystem*

###### **a) Stufe null: Vervielfältigungen**

Auf Stufe null stehen Vervielfältigungen eines Werkes nach § 16 UrhG. Sie bestehen in einer identischen oder geringfügig vom Originalwerk abweichenden Werkwiedergabe.

Dieser wohnt keine eigene schöpferische Leistung inne, sodass sie keinen eigenständigen urheberrechtlichen Schutz genießt.

Die mit der Vervielfältigung einhergehende körperliche Fixierung begründet vielmehr eine Urheberrechtsverletzung nach § 16 Abs. 1 UrhG.<sup>193</sup>

---

<sup>191</sup> Ähnlich verfährt in seiner Dissertation *Haas*, Die Verwendung von Bearbeitungen urheberrechtlich geschützter Werke, S. 54. Er unterscheidet zwischen den drei „Facetten der Bearbeitung“: Die „erste Facette“ erfasse die Erstellung, die „zweite Facette“ die Verwendung und die „dritte Facette“ den Schutz der Bearbeitung.

<sup>192</sup> Vgl. zum Schutzzumfang von Memen S. 108.

<sup>193</sup> Vgl. zur Vervielfältigung S. 120 f.

## b) Stufe eins: Andere Umgestaltungen

Auf der ersten Stufe steht eine „andere Umgestaltung“ nach § 23 S. 1 Var. 2 UrhG. Für sie gilt die Herstellungsfreiheit.

Bei geringfügigen Veränderungen kann es einen Überschneidungsbereich mit Stufe null geben. Die Abgrenzung richtet sich nach dem Gesamteindruck: Sind die Veränderungen derart gering, dass die neue Gestaltung ausschließlich durch die schöpferische Eigentümlichkeit des Originalwerkes geprägt wird, liegt eine Vervielfältigung vor. Bei einer wesentlichen Veränderung ist dagegen eine Umgestaltung zu bejahen. In Abgrenzung zu einer Bearbeitung ist sie jedoch nicht-schöpferisch. An ihr entsteht kein Bearbeitungsurheberrecht nach § 3 UrhG.

Die Umgestaltungsleistung wird nicht urheberrechtlich geschützt, sondern ist frei verfügbar.<sup>194</sup> Ausweislich § 23 S. 1 UrhG darf sie jedoch nicht ohne die Einwilligung des Originalurhebers veröffentlicht oder verwertet werden – sie ist also seiner Rechtsmacht unterstellt.

## c) Stufe zwei: Bearbeitungen

Auf der zweiten Stufe steht die schöpferische Bearbeitung nach § 23 S. 1 Var. 1 UrhG. Sie bildet den Mittelbau des Stufensystems.<sup>195</sup> Für sie gilt ebenfalls die Herstellungsfreiheit.

Obwohl in der Bearbeitungsfassung die Eigenschaften des bearbeiteten Werkes durchscheinen, lässt sie diese schöpferisch „in neuem Gewand“<sup>196</sup> erstrahlen. An diesem schöpferischen Eigenanteil entsteht ein abhängiges Bearbeitungsurheberrecht im Sinne von § 3 UrhG. Der Urheber kann Dritte somit in den Grenzen von § 23 UrhG von der Verwertung ausschließen.<sup>197</sup> Der Schutzzumfang der neuen Gestaltung wird durch den Individualitätsgrad der Bearbeitungszutat determiniert.

Dennoch untersteht die Bearbeitung der Rechtsmacht des Urhebers, der in ihre Veröffentlichung und Verwertung einwilligen muss.

---

<sup>194</sup> In Ermangelung einer schöpferischen Leistung ist also, anders als bei einer schöpferischen Bearbeitung, der Urheberrechtsschutz von Werkumgestaltungen ausgeschlossen, vgl. S. 150 ff. Daneben greift auch kein Leistungsschutz. In Betracht käme nur der Lichtbildschutz nach § 72 BGB oder der Laufbildschutz nach § 95 UrhG. Bei einer Werkumgestaltung im Sinne von § 23 S. 1 Var. 2 BGB geht es jedoch um Modifikationen an einem bestehenden Werk, durch die kein neues Lichtbild oder eine neue Bildfolge erschaffen wird, an der Leistungsschutz entstehen könnte. In der Folge ist die andere Werkumgestaltung nicht geschützt und für jedermann frei verfügbar.

<sup>195</sup> Nordemann, in: Fromm/Nordemann, §§ 23/24 UrhG Rn. 27.

<sup>196</sup> Ziegler, Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing, S. 62.

<sup>197</sup> Vgl. zu dem Verhältnis von §§ 3, 23 UrhG S. 123.



#### d) Stufe drei: Freie Benutzung

Auf der dritten Stufe steht die freie Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG.<sup>198</sup> Liegt ein hinreichender Abstand zum Originalwerk vor, entsteht ein selbständiges neues Werk, das der Rechtsmacht des Originalurhebers entzogen ist.

An ihm entsteht ein eigenständiges Urheberrecht nach § 2 Abs. 2 UrhG mit der Folge, dass dem Urheber die positiven Benutzungs- und negative Verbotungsrechte nach §§ 11 ff. UrhG zustehen.<sup>199</sup>

### 2. Einzelfragen

#### a) Stufe null: Identische Werkwiedergabe

Meme imitieren nicht nur, sondern variieren vorbestehende kulturelle Informationseinheiten. Sie gehen daher in der Regel über eine identische Reproduktion des vorbestehenden Originalwerkes hinaus.

Einzelne Bestandteile eines Mems werden zwar identisch wiedergegeben. Aufgrund der zumeist schöpferischen Einbindung in die Werkgesamtheit bleibt eine solche Wiedergabe aber außer Betracht. Reicht der Veränderungsgrad<sup>200</sup> für eine Umgestaltung aus, muss eine mit der körperlichen Fixierung einhergehende Verletzung des Vervielfältigungsrechts wegen des Exklusivitätsverhältnisses<sup>201</sup> von §§ 16, 23 UrhG außer Betracht bleiben.

Meme sind das Resultat der Weiterentwicklung des Grundthemas. Die schrittweise Modifikation der Ebene des Inhalts, der Form oder der daraus resultierenden Ebene der Haltung unterscheidet Meme von Virals.<sup>202</sup> Letztere werden durch die fortlaufende Wiedergabe desselben Inhalts gekennzeichnet.

Aufgrund der identischen Reproduktion lassen Virals eine schöpferische Eigenleistung vermissen und sind als Vervielfältigungen nach § 16 UrhG einzuordnen. Auch angehängte, persönliche Kommentare, die sich mit dem Inhalt des Virals auseinandersetzen, stehen dieser Einordnung nicht entgegen, da sie allenfalls als ausschmückendes Beiwerk zu dem wiedergegebenen Werk wahrgenommen werden.

---

<sup>198</sup> Dazu im nächsten Abschnitt auf S. 167 ff.

<sup>199</sup> Vgl. dazu S. 127, 138 ff.

<sup>200</sup> Vgl. dazu die Ausführungen zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von §§ 16, 23 UrhG auf S. 149 f.

<sup>201</sup> Vgl. S. 137 ff.

<sup>202</sup> Zur Abgrenzung der memetischen zur viralen Verbreitung siehe S. 37 ff.

## b) Stufe eins: Veränderte Werkwiedergabe

Weisen Meme geringfügige Veränderungen auf, kommt eine Vervielfältigung nach § 16 UrhG oder eine andere Umgestaltung nach § 23 S. 1 Var. 2 UrhG in Betracht. Die Abgrenzung zwischen der Stufe null (Vervielfältigung) und der ersten Stufe des Systems der abhängigen Schöpfungen (andere Umgestaltung) richtet sich nach dem Grad der Veränderung.

Beispiele für eine Vervielfältigung können die Übersetzung in einen anderen Werkstoff durch Veränderung der Werkdimension<sup>203</sup> oder die Vergrößerung oder Verkleinerung des Werkstückes<sup>204</sup> bilden. Auch die Integration eines Werkes oder eines Werkteils in ein anderes Werk, das sich einem Dritten als Gesamtkunstwerk darstellt, kann nach § 16 Abs. 1 UrhG zuzuordnen sein.<sup>205</sup> Gleiches gilt für die erstmalige Fixierung eines unkörperlichen Werkes, etwa einer spontan gehaltenen Rede für ein politisches Mem oder die filmische Aufnahme eines Flashmobs.<sup>206</sup>

Dennoch sind veränderte Werkwiedergaben, die an der Grenze der §§ 16, 23 S. 1 Var. 2 UrhG stehen, bei Memen äußerst selten, da sie durch ihre spezifischen Strukturen in der Regel Schöpfungsqualität aufweisen.<sup>207</sup> Vervielfältigungen und andere Umgestaltungen kommen daher nur bei knappen memetischen Beiträgen in Betracht, in denen die eigentümlichen Besonderheiten des Werkstückes besonders sichtbar bleiben.

Beispiele bilden Sprach-Meme wie Hashtags und Emoticons. Sie verschmelzen zwar optisch zu einer neuen Gestaltung. Da sie über keine eigene schöpferische Ausdruckskraft verfügen<sup>208</sup>, befinden sie sich aufgrund des übereinstimmenden Gesamteindrucks noch im Schutzbereich des Originals.<sup>209</sup> Dies gilt sogar dann, wenn sie nur einzelne Werkteile übernehmen.<sup>210</sup>

<sup>203</sup> BGH, Urteil vom 01. 07. 1982, I ZR 119/80, GRUR 1983, 28, 29 – *Presseberichterstattung und Kunstwerkwiedergabe II*.

<sup>204</sup> BGH, Urteil vom 08. 11. 1989, I ZR 14/88, GRUR 1990, 669, 673 – *Bibelreproduktion*; zu Thumbnails, bei denen das vorhandene Werk durch eine Suchmaschine in verkleinerter Form dargestellt wird: BGH, Urteil vom 29. 04. 2010, I ZR 69/08, BGHZ 185, 291, Rn. 17 – *Vorschaubilder*.

<sup>205</sup> BGH, Urteil vom 07. 02. 2002, I ZR 304/99, BGHZ 150, 32, 34 – *Unikatrahmen*; *Dustmann*, in: Fromm/Nordemann, § 16 UrhG Rn. 18.

<sup>206</sup> BGH, Urteil vom 03. 07. 1981, I ZR 106/79, GRUR 1982, 102, 103 – *Masterbänder*; BGH, Urteil vom 06. 02. 1985, I ZR 179/82, GRUR 1985, 529, 539 – *Happening*; BGH, Urteil vom 05. 06. 2003, I ZR 192/00, GRUR 2003, 1035, 1036 – *Hundertwasser-Haus*.

<sup>207</sup> Vgl. die Ausführungen zu Memen als eigenständige Werkart auf S. 106 ff.

<sup>208</sup> Zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Schrittexten siehe S. 86 ff.

<sup>209</sup> BGH, Urteil vom 10. 12. 1987, I ZR 198/85, GRUR 1988, 533, 535 – *Vorentwurf II*; BGH, Urteil vom 29. 04. 2010, I ZR 69/08, BGHZ 185, 291, Rn. 17 – *Vorschaubilder*; BGH, Urteil vom 16. 05. 2013, I ZR 28/12, GRUR 2014, 65, Rn. 36 – *Beuys-Aktion*; diese Rechtsprechung für das Sampling einschränkend EuGH, Urteil vom 29. 07. 2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 37 – *Pelham u. a.*; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 268; *Raue*, GRUR 2011, 203, 206.

<sup>210</sup> Abweichendes gelte indes nur, wenn das entnommene Fragment nicht mehr wiedererkennbar sei, vgl. EuGH, Urteil vom 29. 07. 2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 37 – *Pelham u. a.*;

Die Rechtsfolgen einer Vervielfältigung, bei der der sendende Internetnutzer nur die Rechte Dritter mit der körperlichen Fixierung des Werkstückes verletzt, ohne selbst Rechteinhaber zu werden, und einer Umgestaltung, bei der der Sendende bis zur Veröffentlichung oder Verwertung der Umgestaltungsfassung Herstellungsfreiheit genießt, divergieren. Mit Blick auf die gegensätzlichen Rechtsfolgen ist die trennscharfe Abgrenzung daher von besonderer Bedeutung.

Aufgrund der dargelegten fließenden Grenze zwischen einer unwesentlichen und wesentlichen Veränderung des Originalwerkes ist ein extensives Verständnis des Umgestaltungsbegriffes zugrunde zu legen.<sup>211</sup> Wird die neue Gestaltung noch durch die schöpferische Eigentümlichkeit des Originalwerkes geprägt, sodass ein übereinstimmender Gesamteindruck beider Gestaltungen entsteht, ist im Zweifel von einer anderen Umgestaltung auszugehen.

Durch die Gewährung der Herstellungsfreiheit im privaten Bereich entstehen Freiräume für kreative gestalterische Experimente, die langfristig den kulturellen Fortschritt vorantreiben. Zum einen untersteht die Veröffentlichung und Verwertung einer Umgestaltung trotz der Herstellungsfreiheit dem Einwirkungsbereich des Originalurhebers. Folglich werden dessen ideelle wie auch materielle Interessen in Form der verwertungsrechtlichen Werkherrschaft nicht tangiert. Zum anderen wird mit einem extensiven Umgestaltungsbegriff eine Wertungsharmonie mit §§ 44a, 53 UrhG erzeugt.<sup>212</sup> So wie vorübergehende Vervielfältigungshandlungen und Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch ausnahmsweise zulässig sind, muss auch die durch § 23 UrhG gesetzlich vorgegebene Herstellungsfreiheit, die dem Zugangs- und Nutzungsinteresse der Allgemeinheit Rechnung trägt, ausgenutzt und durch digitale Schöpfungsprozesse ausgefüllt werden.

### c) Stufe zwei: Schöpferische Bearbeitung

Wie in dem zweiten Teil dieser Arbeit herausgearbeitet wurde, weisen Meme als Werkgesamtheiten in der Regel Schöpfungsqualität auf. Sie sind damit zumindest als Bearbeitungen im Sinne von § 23 S. 1 Var. 1 UrhG auf der zweiten Stufe des Systems der abhängigen Schöpfungen einzuordnen.

Es gibt zwei Erscheinungsformen schöpferischer Bearbeitungen, unter die Meme zu subsumieren sind.

---

BGH, Urteil vom 10. 12. 1987, I ZR 198/85, GRUR 1988, 533, 535 – *Vorentwurf II*; *Heerma*, in: Wandtke/Bullinger, § 16 UrhG Rn. 6; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, § 16 UrhG Rn. 14; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 16 UrhG Rn. 9; *Raue*, GRUR 2011, 203, 206.

<sup>211</sup> Das Gleiche gilt für die Anwendungsbereiche von §§ 23, 24 UrhG, für die eine Zweifelsreglung im Interesse des kulturellen Kreislaufes an späterer Stelle entwickelt wird. Vgl. dazu S. 326 ff.

<sup>212</sup> *Heerma*, in: Wandtke/Bullinger, § 16 UrhG Rn. 1.

*aa) Formelle Werkumgestaltung*

Die erste Gruppe bilden Bearbeitungen auf der formellen Ebene, die die Verwertungsmöglichkeiten des Originalwerkes erweitern sollen.<sup>213</sup> Eine solche formelle Umgestaltung ist etwa die Übersetzung in eine andere Werkart nach § 3 S. 1 UrhG. Aufgrund ihrer Unterordnungsfunktion entspricht sie dem Bearbeitungsbegriff, der in den Gesetzesmaterialien verankert ist.<sup>214</sup>

Meme stehen nicht im Zusammenhang mit dem Originalwerk, sondern sollen als eigenständige Gestaltung wahrgenommen werden. Der Sendende verwirklicht mit seinem Mem eine eigene Gestaltungsidee. Es dient seiner Selbstdarstellung im Internet. Folglich weisen Meme im Vergleich zum Originalwerk weder eine Unterordnungsfunktion auf noch sollen sie dessen Verwertungsmöglichkeit erweitern. Meme sind somit keine formellen Werkumgestaltungen, sondern treten eigenständig in Erscheinung.

*bb) Inhaltliche Werkumgestaltung*

Die zweite Gruppe bilden inhaltliche Bearbeitungen, die als inhaltliche Umgestaltungen bezeichnet werden.<sup>215</sup> Sie ordnen sich nicht dem Originalwerk unter, sondern verfolgen einen eigenen Zweck: Sie setzen etwa eine Geschichte fort, resultieren aus ungewollten Plagiaten<sup>216</sup>, entlehnen zielgerichtet Figuren eines Romans zum Zwecke von Karikaturen und Satiren.<sup>217</sup>

Meme machen sich das verwendete Werk bzw. einzelne Werkelemente zu Eigen. Sie werden ihrem ursprünglichen Kontext entrissen und in einen neuen Bezugsrahmen eingefügt.

In Abgrenzung zu formellen Umformungen verfolgen Meme einen eigenen Zweck, zu dessen Erreichung Werkelemente entlehnt und neu kontextualisiert werden. Insoweit liegen die Voraussetzungen einer inhaltlichen Umgestaltung und einer Bearbeitung im Sinne des § 3 UrhG grundsätzlich vor.

---

<sup>213</sup> *Bisges*, Handbuch Urheberrecht, Kapitel 1 Rn. 235; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 3 UrhG Rn. 9; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht (17. Aufl. 2015), Rn. 316.

<sup>214</sup> Formelle Werkumgestaltungen entsprechen insofern den Anforderungen einer Bearbeitung, die nach der Gegenansicht eine Unterordnungsfunktion gegenüber dem Originalwerk aufweisen muss, vgl. S. 152 f.

<sup>215</sup> *Bisges*, Handbuch Urheberrecht, Kapitel 1 Rn. 235; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht (17. Aufl. 2015), Rn. 316.

<sup>216</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 51; ähnlich in seiner Argumentation für ein objektives Begriffsverständnis der Bearbeitung *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 3 UrhG Rn. 10.

<sup>217</sup> *Bisges*, Handbuch Urheberrecht, Kapitel 1 Rn. 235.

d) Abgrenzung zwischen Stufe zwei und drei:  
Bearbeitung oder freie Benutzung

Die Abgrenzung zwischen einer Bearbeitung auf der zweiten Stufe und einer freien Benutzung auf der dritten Stufe des Systems der abhängigen Schöpfungen richtet sich nach dem Abstand zur Vorlage.

Meme müssen einen hinreichenden Abstand zum Originalwerk aufweisen, um ein selbständiges Werk darzustellen und § 24 Abs. 1 UrhG zu unterfallen. Es ist daher wichtig, wie markant das eigenständige Gepräge von Memen ist. Tritt es vollständig hinter dem Originalwerk zurück, liegt eine freie Benutzung nach § 24 UrhG vor. Das neue Werk wäre der Rechtsmacht des Originalurhebers vollständig entzogen.

Entscheidende Voraussetzung einer Bearbeitung im Sinne von § 23 S. 1 Var. 1 UrhG ist daher, dass die individuellen Züge des Originalwerkes noch durchblicken.<sup>218</sup> Es gilt der Grundsatz, je ausgeprägter die Individualität des Originalwerkes, desto weniger schnell verblasst es gegenüber dem neuen Werk und desto höher sind die Anforderungen an eine freie Benutzung.<sup>219</sup>

*aa) Dafür: Geringer Abstand*

Dafür spricht, dass das Originalwerk in der neuen Gestaltung sichtbar bleibt und bestimmungsgemäß bleiben soll. Dass die fortbestehende Sichtbarkeit des entlehnten Werkes ein Charakteristikum ist, das gegen ein eigenes Gepräge von Memen spricht, zeigt eine Betrachtung mehrerer Memgenres.

Bei Fototrends<sup>220</sup> bildet etwa dieselbe entlehnte Pose den integralen Bestandteil zahlreicher Fotografien. Sie steht im Mittelpunkt und ist verbindendes Erkennungsmerkmal zahlreicher Meme.

Gleiches gilt für Bildmakros<sup>221</sup>, bei denen die abgebildete Standardfigur, die als Teil einer Fotografie entlehnt wird, im Vordergrund der Gestaltung steht. Die hinzugefügten Schriftzüge wirken formelhaft und nehmen zunächst die Rolle reinen Beiwerkes ein.

<sup>218</sup> Vgl. dazu: *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, § 3 UrhG Rn. 7; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, § 3 UrhG Rn. 7; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 3 UrhG Rn. 4.

<sup>219</sup> BGH, Urteil vom 10. 10. 1991, I ZR 147/89, GRUR 1993, 34, 35 – *Bedienungsanweisung*; BGH, Urteil vom 13. 04. 2000, I ZR 282/97, GRUR 2000, 703, 706 – *Mattscheibe*; *Bisges*, Handbuch Urheberrecht, Kapitel 1 Rn. 243; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 2 UrhG Rn. 33; *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 93; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 34.

<sup>220</sup> Vgl. zu Fototrends S. 49.

<sup>221</sup> Vgl. zu Bildmakros S. 44 f., 50 f.

Auch bei Photoshopreaktionen<sup>222</sup> steht im Aufmerksamkeitsmittelpunkt ein zu Dokumentationszwecken abgebildetes Ereignis. Obwohl das Gezeigte in Frage gestellt und in seine Einzelteile zerlegt wird, prägt es den Gesamteindruck maßgeblich mit.

Alle drei Konstellationen, die jeweils eine der drei klassifizierten Mem-Gruppen repräsentieren, weisen optisch eine große Nähe zum Originalwerk auf. Als verbindendes Schlüsselement ermöglicht seine fortbestehende Sichtbarkeit die Zusammenführung diverser Memvariationen desselben Leitmotivs.

Es ist dem zufolge festzuhalten, dass die Züge des verwendeten Werkes bei Memen identifizierbar bleiben. Dies spricht für die Annahme einer Bearbeitung und gegen eine freie Benutzung.<sup>223</sup>

#### *bb) Dagegen: Großer Abstand*

Indes weisen Meme neben der augenscheinlichen Übereinstimmung auf akustischer oder visueller Ebene keine große Nähe zum Originalwerk auf. Dieses fungiert vielmehr als Stimulationsmittel zum zwar angelehnten, aber eigenen Werkschaffen.

Die Zweckentfremdung und Unterordnung unter eine neue Botschaft dienen der Erzeugung einer Inkongruenz, die ihrerseits in Kombination mit der erkennbaren Übernahme des Originalwerkes ein memetisches Gestaltungsmittel ist. Es wird ein Paradoxon geschaffen, zu dessen Aufklärung der Adressat die spezifische kommunikative Funktion des Mem freilegen muss.

Aufgrund dieser aus dem Zusammenspiel des Inhalts, der Form und der Haltung resultierenden Vielschichtigkeit lassen sich Meme nicht eindeutig dem Schutzbereich des Originalwerkes nach § 23 S. 1 Var. 1 UrhG unterstellen. Gegen die Einordnung auf der zweiten Stufe des Systems der abhängigen Schöpfungen und für die Einordnung als freie Benutzung auf der dritten Stufe spricht etwa, dass ein neuer Wesenskern des Mem durch die umfangreichen schöpferischen Modifikationen erschaffen wird.<sup>224</sup> Seine eigene kommunikative Funktion lässt das Originalwerk trotz akustischer oder visueller Übereinstimmungen in den Hintergrund treten.

---

<sup>222</sup> Vgl. zu Photoshopreaktionen S. 53 f.

<sup>223</sup> Die Problematik der fortbestehenden Sichtbarkeit des Originalwerkes wird an späterer Stelle aufgegriffen. Vgl. S. 181 ff., 232 ff.

<sup>224</sup> Wie sich der eigenständige Wesenskern von Memen zu der fortbestehenden Sichtbarkeit des benutzten Werkes verhält, wird an späterer Stelle diskutiert. Vgl. dazu S. 236 ff., 287 ff.

### cc) Zwischenergebnis

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass eine definitive Zuordnung zur zweiten oder dritten Stufe des Systems der abhängigen Schöpfungen nicht möglich ist.

Zum einen ist unklar, unter welchen Voraussetzungen ein hinreichender Abstand zwischen der neuen Gestaltung und dem Originalwerk anzunehmen ist; zum anderen lässt sich nicht allgemeingültig beantworten, unter welchen Voraussetzungen eine für eine freie Benutzung hinreichende Schöpfungsqualität zu bejahen ist.

Zur Beantwortung beider Fragen trägt der nächste Abschnitt dieser Arbeit bei, der sich mit § 24 Abs. 1 UrhG befasst. Die in der Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen zur freien Benutzung werden dargestellt und mit Blick auf die bei Memen auftretenden Fragestellungen weiterentwickelt. Es folgt eine weitere Einordnung von Memen in das System der abhängigen Schöpfungen. Sie knüpft an die in diesem Abschnitt geäußerte Frage an, wie mit Gestaltungen zu verfahren ist, die trotz der fortbestehenden Sichtbarkeit des benutzten Werkes einen eigenschöpferischen Wesenskern aufweisen.

## V. Zwischenergebnis

Die Unterscheidung zwischen einer Vervielfältigung nach § 16 UrhG und einer Umgestaltung nach § 23 UrhG ist mit Blick auf die Rechtsfolgen von entscheidender Bedeutung. Sie erfordert die Bestimmung des Normverhältnisses wie auch eine Abgrenzung der Anwendungsbereiche.

Es wurde herausgearbeitet, dass die §§ 16 und 23 UrhG gegenläufige Anwendungsbereiche haben und daher in einem Exklusivitätsverhältnis zueinander stehen.<sup>225</sup> Während sich die reine Vervielfältigung ohne weiteres von einer Umgestaltung abgrenzen lässt, gestaltet sich die Unterscheidung zwischen einer veränderten Werkwiedergabe und einer anderen Umgestaltung schwierig, da sie sich nur nach dem Grad der Veränderung richtet, der im Wege einer Gesamtschau beider Gestaltungen zu ermitteln ist.<sup>226</sup> Die Abgrenzung zwischen einer anderen Umgestaltung und einer Bearbeitung, die in § 23 S. 1 Var. 1 UrhG angelegt ist, fällt dagegen leichter. Nach hiesiger Ansicht ist auf die Schöpfungsqualität der umgearbeiteten Werkfassung abzustellen.<sup>227</sup>

Da die mit Memen einhergehenden Veränderungen des Originalwerkes grundsätzlich Schöpfungsqualität aufweisen, sind sie auf der zweiten Stufe als Bearbeitung nach § 23 S. 1 Var. 1 UrhG oder auf der dritten Stufe als freie Benutzungen nach § 24 Abs. 1 UrhG in dem System der abhängigen Schöpfungen einzuordnen.

<sup>225</sup> Vgl. die Stellungnahme zur Bestimmung des Normverhältnisses auf S. 137 ff.

<sup>226</sup> Aufgrund dieser Schwierigkeit wurde für eine extensive Auslegung des Umgestaltungsbegriffes i. S. v. § 23 S. 1 Var. 2 UrhG plädiert, vgl. S. 161 f.

<sup>227</sup> Vgl. zur Abgrenzung einer Bearbeitung zur anderen Umgestaltung S. 153 ff.

Memen wird also als Mindestmaß der Schutz von §§ 3, 23 S. 1 UrhG zuteil: Es gilt die Herstellungsfreiheit, während sie in ihrer Veröffentlichung oder Verwertung dem Einwirkungsbereich des Originalurhebers unterstellt sind. Zudem ist der sendende Internetnutzer Inhaber eines abhängigen Bearbeitungsurheberrechts. Ob Meme eine über eine Bearbeitung hinausgehende eigene Schöpfungsqualität und einen hinreichenden Abstand zur Werkvorlage aufweisen, sodass sie als selbständige Werke nach § 24 Abs. 1 UrhG geschützt sind, wird im folgenden Abschnitt diskutiert.

## § 3 Neuschöpfungen als das Resultat freier Benutzung

### A. Ziel der Untersuchung

Nachdem vorstehend das Verhältnis der §§ 16, 23 UrhG und ihre Rolle im System der abhängigen Schöpfungen festgelegt wurde, widmet sich dieser Abschnitt der dritten und zugleich höchsten Stufe des Stufensystems.

Es geht um die freie Benutzung eines Werkes nach § 24 Abs. 1 UrhG. Wie bei einer Bearbeitung, wird ein Dritter auf der Grundlage einer transformativen Werknutzung selbst schöpferisch tätig. Anders als bei einer Bearbeitung entsteht jedoch keine abhängige, sondern eine selbständige Neuschöpfung. Inspiriert durch das vorbestehende Werk, aber durch die schöpferische Eigentümlichkeit geprägt, entsteht ein abweichender Gesamteindruck der Gestaltungen.

Anknüpfend an die Ausführungen im zweiten Teil wird untersucht, ob Memen eine der freien Benutzung entsprechende Werknutzung zugrundeliegt. Dazu sind der originäre Regelungszweck von § 24 Abs. 1 UrhG<sup>228</sup> und die jüngste nationale und europäische Rechtsentwicklung zu berücksichtigen<sup>229</sup>. Letztere verändert die Funktion der freien Benutzung im digitalen Zeitalter, die verstärkt einen angemessenen Ausgleich zwischen den Exklusivitätsinteressen der Urheber und den transformativen Nutzungsinteressen der zunehmend künstlerisch-experimentierfreudigen Allgemeinheit schaffen.<sup>230</sup>

---

<sup>228</sup> Vgl. S. 168 ff. für die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Vorliegen eines äußeren Abstandes zwischen Werkvorlage und neuem Werk.

<sup>229</sup> Vgl. S. 181 ff. zum inneren Abstand sowie S. 201 ff. zum unionsrechtlichen Rahmen, der durch die InfoSoc-Richtlinie und die Rechtsprechung des EuGH bestimmt wird.

<sup>230</sup> Zu den neuen Anforderungen im digitalen Zeitalter und der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu § 24 Abs. 1 UrhG siehe S. 231 ff.



## B. Die freie Benutzung gemäß § 24 Abs. 1 UrhG

Es stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit der Öffnung von § 24 Abs. 1 UrhG für neuartige Schöpfungskonstellationen mit der Systematik des Urheberrechtsgesetzes und den unionsrechtlichen Vorgaben. Dazu wird die bei Entstehung des Urheberrechtsgesetzes im Jahr 1965 vorgesehene Funktion der in den vergangenen Jahren gewachsenen erweiterten Funktion gegenübergestellt.

Die Gegenüberstellung schafft die Grundlage für die sich anschließende Untersuchung, ob und inwieweit der Anwendungsbereich von § 24 Abs. 1 UrhG auf Werke digitaler Kulturtechniken, die wie Meme einen referenziellen Charakter aufweisen, ausgeweitet werden kann.

### I. Äußerer Abstand: Klassische Funktion von § 24 Abs. 1 UrhG

#### 1. Regelungszweck

In § 24 Abs. 1 UrhG steht, dass „ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen“ geschaffen worden ist, „ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet“ werden darf.<sup>231</sup>

Die freie Benutzung fußt auf der Annahme eines kreativen Kreislaufs als Grundlage eines florierenden Kulturlebens. Niemand schöpft Neues aus dem Nichts; nur wer Zugang zu den Geisteswerken Dritter hat und sich kreativ mit ihnen auseinandersetzen darf, kann an dem kreativen Austausch teilnehmen und kulturellen Fortschritt vorantreiben.<sup>232</sup> Das Interesse der Allgemeinheit erschöpft sich also nicht in der konsumtiven Werknutzung, sondern erstreckt sich auf die transformative Werknutzung.<sup>233</sup>

§ 24 Abs. 1 UrhG bestimmt die Umstände, unter denen der Rückgriff auf vorbestehende Werke zulässig ist, und wirkt der Monopolisierung des Werkschaffens Einzelner entgegen. Aus ihr folgt nicht nur die Herstellungsfreiheit wie aus § 23 UrhG für Umgestaltungen, sondern sie befreit die Veröffentlichung oder Verwertung der in transformativer Werknutzung geschaffenen Neuschöpfung von der Zustimmungsbedürftigkeit des Urhebers des benutzten Werkes.<sup>234</sup> Nach

<sup>231</sup> Ausführlich zur Historie der Vorschrift siehe *Fischer*, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 61.

<sup>232</sup> BGH, Urteil vom 13. 12. 2012, I ZR 182/11, GRUR 2013, 614, Rn. 12 – *Metall auf Metall II*; BGH, Urteil vom 20. 11. 2008, I ZR 112/06, GRUR 2009, 403, Rn. 21 – *Metall auf Metall I*; *Haberstumpf*, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 323; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 73; *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 2.

<sup>233</sup> Diese Unterscheidung zwischen transformativer und konsumtiver Werknutzung trifft *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 67 ff., dem zufolge beide Ausfluss des Zugangsinteresses der Allgemeinheit sind.

<sup>234</sup> *Wiebe*, in: Spindler/Schuster, § 2 UrhG Rn. 1.

§ 24 Abs. 1 UrhG endet der Herrschaftsbereich des Urhebers über sein Werk dort, wo ein neues eigenständiges Geisteswerk erschaffen wird.<sup>235</sup>

## 2. Abweichung der Schutzgegenstände

Eine freie Benutzung muss ausweislich § 24 Abs. 1 UrhG in einem selbständigen Werk resultieren. Nach der Gesetzesbegründung des Urheberrechtsgesetzes aus dem Jahr 1965 liegt eine freie Benutzung vor, wenn sich das in Anlehnung an ein anderes Werk geschaffene Werk „von der Vorlage so weit gelöst hat, dass es als eine völlig selbständige Neuschöpfung anzusehen ist“<sup>236</sup>.

Daraus ergeben sich zwei Voraussetzungen: Zunächst muss die transformative Werknutzung in einer Gestaltung münden, die die Hürde der schöpferischen Leistung nach § 2 Abs. 1 UrhG überschreitet. Als Neuschöpfung muss sie zudem „selbständig“ sein. Das bedeutet, dass das neue Werk trotz der Entlehnung eigenpersönlicher Züge des benutzten Werkes über eine eigene schöpferische Ausdruckskraft verfügen muss.<sup>237</sup> Sein Schutzgegenstand darf weder identisch sein noch weitgehend identisch entlehnt werden.

Inwieweit eine Übernahme des Schutzgegenstands vorliegt, folgt die Rechtsprechung aus der Vorgabe der Gesetzesbegründung zu § 23 UrhG („von der Vorlage so weit gelöst“<sup>238</sup>). Sie beurteilt die Selbständigkeit mithilfe des Abstandes, den das neue Werk zu dem benutzten Werk aufweist.<sup>239</sup> Er sei insbesondere bei Vorliegen eines äußeren Abstandes zu bejahen. Dabei ergäben sich die Unterschiede zwischen benutztem Werk und der Neuschöpfung aus den äußerlichen Merkmalen, die so verschieden seien, dass der erforderliche Abstand nach außen ersichtlich werde.<sup>240</sup> In Anlehnung an die von Ulmer<sup>241</sup> entwickelte Verblässens-Formel fordert die Rechtsprechung, dass „angesichts der Eigenart des neuen Werkes die entlehnten eigenpersönlichen Züge des geschützten älteren Werkes verblässen“<sup>242</sup> müssen.

<sup>235</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 31; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 3 f.

<sup>236</sup> Siehe BT-Drucks. IV/270, S. 51.

<sup>237</sup> *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 30.

<sup>238</sup> Siehe BT-Drucks. IV/270, S. 51.

<sup>239</sup> Siehe etwa BGH, Urteil vom 20. 11. 2008, I ZR 112/06, GRUR 2009, 403, Rn. 406 – *Metall auf Metall I*; BGH, Urteil vom 08. 05. 2002, I ZR 98/00, GRUR 2002, 799, 800 – *Stadtbahnfahrzeug*; BGH, Urteil vom 29. 04. 1999, I ZR 65/96, BGHZ 141, 267, 987 – *Laras Tochter*.

<sup>240</sup> Siehe etwa BGH, Urteil vom 11. 03. 1993, I ZR 264/91, GRUR 1994, 191, 193 – *Asterix Persiflagen*.

<sup>241</sup> Der Begriff des Verblässens geht zurück auf *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 162 f.

<sup>242</sup> So die Rechtsprechung seit 50 Jahren: BGH, Urteil vom 04. 02. 1958, I ZR 48/57, GRUR 1958, 402, 404 – *Lili Marleen*; erstmals ausdrücklich auf den Erschaffer der Formel, E. Ulmer, Bezug nehmend BGH, Urteil vom 01. 04. 1958, I ZR 49/57, GRUR 1958, 500, 502 – *Mecki-Igel*; zuletzt: BGH, Urteil vom 16. 05. 2013, I ZR 28/12, GRUR 2014, 65, Rn. 38 – *Beuys-Aktion*; BGH, Urteil vom 17. 07. 2013, I ZR 52/12, GRUR 2014, 258, Rn. 38 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm*; BGH, Urteil vom 28. 07. 2016, I ZR 9/15, GRUR 2016, 1157, 19 – *Promis auf fett getrimmt*.

Eine „freie Benutzung“ im Kontext des § 24 Abs. 1 UrhG ist mit einer „urheberrechtsfreie[n] Benutzung“<sup>243</sup> gleichzusetzen. Das benutzte Werk dient lediglich als Anregung für die eigene Werkschaffung, ohne dass eine äußere Identität beider Werke erkennbar ist. Folglich weist das neue Werk zwar einen Bezug zu dem benutzten Werk auf, unterfällt aber nicht seinem Schutzgegenstand.<sup>244</sup>

### 3. Dogmatische Einordnung des § 24 Abs. 1 UrhG

Es stellt sich die Frage, wie die freie Benutzung in die Systematik des Urheberrechtsgesetzes einzuordnen ist. Sie ist zum einen von Bedeutung für die Vereinbarkeit der Vorschrift mit dem Unionsrecht, die an späterer Stelle diskutiert wird<sup>245</sup>, zum anderen determiniert sie, ob und inwieweit § 24 Abs. 1 UrhG auf digitale referenzielle Werke wie Meme anwendbar ist, bei denen das vorbestehende Werk bestimmungsgemäß sichtbar bleibt<sup>246</sup>.

#### a) Vertretene Ansätze

Im Wesentlichen sind zwei Auffassungen zu unterscheiden.

##### aa) Schutzzumfangbestimmung

Ein Großteil der Literatur erblickt in § 24 Abs. 1 UrhG eine Schutzzumfangbestimmung, die die Grenze des Schutzbereichs markiere.<sup>247</sup> Auch der BGH spricht in dem Urteil *Metall auf Metall IV* davon, dass „der Schutzbereich eines Verwertungsrechts [...] durch § 24 Abs. 1 UrhG in der Weise (immanent) beschränkt [wird], dass ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werks oder der Leistung eines Rechtsinhabers geschaffen worden ist, ohne seine Zustimmung verwertet werden darf“.<sup>248</sup>

<sup>243</sup> Hilty, in: FS Schulze, S. 127, 128.

<sup>244</sup> Anders dagegen das Bearbeitungsrecht nach § 23 S. 1 Var. 1 UrhG, vgl. S. 129 ff., 138 ff.

<sup>245</sup> Vgl. dazu S. 201 ff.

<sup>246</sup> Vgl. dazu S. 287 ff., 309 f.

<sup>247</sup> Rehlinger/Peukert, Urheberrecht, Rn. 423; Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, S. 275; Virreira Winter, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, S. 196; Wegmann, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, 157 ff.; v. Becker, in: FS Loewenheim, 3–18, 16; Hilty, in: FS Schulze, S. 127, 128; Koch, in: FS Bornkamm, 835–848, 838; Loewenheim, in: FS Fezer, S. 789, 795; Peifer, in: Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag am 26. März 2013, 99–109, 106; Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, § 24 UrhG Rn. 1; Arz, UFITA 2013, 353, 356; Franzen/Olenhusen, UFITA 2007, 435, 447; Lindhorst, GRUR 2009, 406, 407; Reinhart, UFITA 1986, 65, 71; Slopek, WRP 2009, 20, 22.

<sup>248</sup> BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 36 – *Metall auf Metall IV*.

Dieser dogmatischen Einordnung entspricht die Bezeichnung als negative Inhaltsabgrenzung des sachlichen Schutzbereichs im Verhältnis zu § 23 UrhG<sup>249</sup> und als Ausnahmegesetz<sup>250</sup>, die das Einwilligungserfordernis aus § 23 UrhG für die Veröffentlichung oder Verwertung entfallen lasse.

Nach allen Ansichten reicht die verwertungsrechtliche Werkherrschaft des Urhebers über sein Werk in abgewandelter Form – je nach vertretener Ansicht zur dogmatischen Einordnung des § 23 UrhG in Form einer umgestaltenden Vervielfältigung oder eines eigenständigen Bearbeitungsrechts<sup>251</sup> – nur so weit, wie keine selbständige Neuschöpfung erschaffen wurde. Abhängige Nachschöpfungen unterstünden daher noch dem Einwirkungsbereich des Originalurhebers, dem das Entscheidungsmonopol über ihre Veröffentlichung und Verwertung durch § 23 S. 1 UrhG zugeordnet wird.

Vereinzelte wird daraus gefolgert, dass § 24 Abs. 1 UrhG eine Vorschrift rein deklaratorischer Natur sei.<sup>252</sup> Sie enthalte die Klarstellung, dass die Werkherrschaft des Urhebers nur so weit reiche, wie seine durch § 2 Abs. 2 UrhG geschützte eigen-schöpferische Leistung betroffen sei.

#### bb) Schrankenbestimmung

Die Gegenansicht ordnet § 24 Abs. 1 UrhG als inhaltliche Schranke ein. Manche treffen diese dogmatische Einordnung ausdrücklich<sup>253</sup>; andere deuten vage an, dass die Vorschrift „Elemente einer Schrankenbestimmung zugunsten des kreativen Schaffens“ berge<sup>254</sup>. Auch der Bundesgerichtshof bezeichnet § 24 Abs. 1 UrhG als eine Bestimmung, bei der es „der Sache nach um eine, wenn auch an anderer Stelle des Urheberrechtsgesetzes geregelte, Schranke des Urheberrechts“ gehe.<sup>255</sup>

<sup>249</sup> *Gamm*, Urheberrechtsgesetz, 24; inhaltlich genauso, aber von einer „immanenten Begrenzung des Schutzgegenstandes“ sprechend *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881, 884; so auch *Leistner*, GRUR 2016, 772, 775; ebenso BGH, Beschluss vom 01.06.2017, I ZR 115/16, GRUR 2017, 895, Rn. 22 – *Metall auf Metall III*.

<sup>250</sup> *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, § 24 UrhG Rn. 1.

<sup>251</sup> Zu dem Streit siehe S. 124 ff.

<sup>252</sup> Diese Überlegung stellt etwa *Hilty*, in: FS Schulze, S. 127, 128 an, der jedoch letztlich für die Notwendigkeit einer solchen Klarstellung plädiert; ebenso *Duvigneau*, ZUM 1998, 535, 543.

<sup>253</sup> *Haberstumpf*, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 323 ff., der sich zwar nicht ausdrücklich zu der Einordnung äußert, § 24 UrhG jedoch in dem Abschnitt der „Schranken“ eingliedert; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 24 UrhG Rn. 1; *Wiebe*, in: *Spindler/Schuster*, § 24 UrhG Rn. 1; *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, §§ 23/24 UrhG Rn. 4; *Apel*, JVC 2017, 563, 564; *Garloff*, GRUR 2001, 476, 477; *Haberstumpf*, ZGE 2015, 425, 427; *Ohly*, GRUR 2017, 964–969, 967; *Stieper*, ZUM, 223, 224.

<sup>254</sup> *Vogel*, in: FS Loewenheim, S. 368, 371.

<sup>255</sup> BGH, Urteil vom 20. 11. 2008, I ZR 112/06, GRUR 2009, 403, Rn. 21 – *Metall auf Metall I*; BGH, Urteil vom 28.07.2016, I ZR 9/15, GRUR 2016, 1157, 24 – *Promis auffett getrimmt*; eine Kehrtwende der höchstrichterlichen Rechtsprechung vollzog sich jedoch mit BGH, Beschluss vom 01.06.2017, I ZR 115/16, GRUR 2017, 895, Rn. 22 – *Metall auf Metall III*; BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 36 – *Metall auf Metall IV*.

Die Einordnung als Schrankenbestimmung wird mit der gleichen Funktionsweise wie die inhaltlichen Schrankenbestimmung der §§ 44a ff. UrhG begründet.<sup>256</sup> Als Ausfluss der Sozialbindung des geistigen Eigentums legitimierten die §§ 44a ff. UrhG ebenfalls im Interesse der Allgemeinheit und dem Interesse Einzelner die erlaubnisfreie Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke. Dieser Mittel-Zweck-Relation entspreche § 24 Abs. 1 UrhG, der die Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers im Interesse der Allgemeinheit an kulturellem Fortschritt zulasten des Urhebers des benutzten Werkes begrenze.

## b) Stellungnahme

### aa) Gesetzessystematik

Es besteht Einigkeit darüber, dass sich aus der Stellung von § 24 Abs. 1 UrhG im vierten Abschnitt, dritten Unterabschnitt, mit dem Titel „Verwertungsrechte“ – anders als bei § 23 UrhG – nicht die Einordnung als Verwertungsrecht herleiten lässt.

Diejenigen, die in § 24 Abs. 1 UrhG eine Schutzzumfangbestimmung erblicken, weisen auf die Stellung außerhalb des sechsten Abschnittes hin, der die inhaltlichen Schrankenbestimmung der §§ 44a ff. UrhG enthält.<sup>257</sup> Die Stellung im vierten Abschnitt sei ein Indiz für die gesetzgeberische Intention, § 24 Abs. 1 UrhG nicht als inhaltliche Schrankenbestimmung, sondern als Grenze der Verwertungsrechte einzuordnen. Deshalb stehe die Vorschrift auch am Ende des vierten Abschnitts hinter den Verwertungsrechten der §§ 15–23 UrhG.

Dem wird entgegengehalten, dass der Gesetzgeber diverse Vorschriften im Urheberrechtsgesetz systemwidrig platziere. Als Beispiel für „deplatzierte“ Vorschriften wird etwa § 95b Abs. 1 S. 1 UrhG angeführt, der trotz des Titels „Durchsetzung der Schrankenbestimmungen“ nicht sämtliche Schranken der §§ 44a ff. UrhG aufführe.<sup>258</sup> Darüber hinaus werden die in zeitlicher Hinsicht wirkende Schranke des § 64 UrhG sowie die §§ 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 S. 2, 44 Abs. 2 UrhG als weitere Beispiele für Schrankenbestimmungen herangezogen, die ebenfalls außerhalb des

<sup>256</sup> Schulze, in: Dreier/Schulze, § 24 UrhG Rn. 1; zu der Bezeichnung als „inhaltliche“ Schrankenbestimmung in Abgrenzung zu anderen Schrankenbestimmungen siehe Melichar/Stieper, in: Schricker/Loewenheim, vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 8.

<sup>257</sup> Plassmann, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, 122 ff.; Loewenheim, in: FS Fezer, S. 789, 795; Slopek, WRP 2009, 20, 22.

<sup>258</sup> Mit Blick auf das Fehlen der vom Gesetzgeber im 6. Abschnitt eingeordneten Schrankenbestimmungen in § 95b Absatz 1 Satz 1 UrhG sei es im Umkehrschluss zu rechtfertigen, dass § 24 UrhG weder in dieser Vorschrift noch generell im 6. Abschnitt aufgezählt werde. So Stieper, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, S. 502; ebenso Wegmann, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, S. 154, die ihrerseits auf Stieper verweist.

Katalogs der §§ 44a ff. UrhG geregelt seien.<sup>259</sup> Die Stellung im vierten Abschnitt sei daher nicht aussagekräftig.<sup>260</sup>

Diese Argumentation ist fragwürdig. Aus der systemwidrigen Einordnung einzelner Vorschriften kann nicht allgemein die Irrelevanz der Gesetzesstellung für die dogmatische Einordnung urheberrechtlicher Vorschriften hergeleitet werden. Der Gesetzesstellung lassen sich keine gesicherten Erkenntnisse über die Dogmatik von § 24 Abs. 1 UrhG entnehmen.

#### *bb) Funktionale Betrachtung von § 24 Abs. 1 UrhG und §§ 44a ff. UrhG*

Stattdessen ist die Funktionsweise zu untersuchen, um § 24 Abs. 1 UrhG in das System des Urheberrechtsgesetzes einordnen zu können. Dazu bedarf es eines Vergleichs mit den inhaltlichen Schrankenbestimmungen der §§ 44a ff. UrhG.

#### **(1) Regelungszweck**

Das Urheberrechtsgesetz sieht zugunsten individueller und allgemeiner Interessen Beschränkungen der Befugnisse vor, die dem Urheber als Ausfluss seines geistigen Eigentums zustehen.<sup>261</sup>

Sowohl die §§ 44a ff. UrhG als auch § 24 Abs. 1 UrhG sind Ausfluss dieser Sozialbindung nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG: Sie dienen der Freiheit der geistigen Auseinandersetzung mit bestehendem Kulturgut.<sup>262</sup>

Zur Erreichung dieses Ziels streben sie einen Ausgleich der ausschließlichen Verwertungsinteressen des Urhebers mit dem Nutzungs- und Zugangsinteresse der Allgemeinheit an.<sup>263</sup> Aus ihnen folgt die Einschränkung des urheberrechtlichen Schutzzumfangs, sodass der Urheber mit der Sozialbindung des geistigen Eigentums zur Aufrechterhaltung des kulturellen Kommunikationskreislaufes beiträgt.<sup>264</sup> § 24 Abs. 1 UrhG und §§ 44a ff. UrhG liegt somit ein wesensverwandter Regelungszweck zugrunde.<sup>265</sup>

<sup>259</sup> Vgl. *Stieper*, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, S. 7; *Wegmann*, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, S. 154.

<sup>260</sup> *Haberstumpf*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, Kap. 10 § 24 UrhG Rn. 3.

<sup>261</sup> *Haberstumpf*, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 315.

<sup>262</sup> *Haberstumpf*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, Kap. 10 § 24 UrhG S. 315; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 73; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 24 UrhG Rn. 1.

<sup>263</sup> Zur verfassungsrechtlichen Einbettung des Urheberrechts und der Sozialgebundenheit des geistigen Eigentums siehe S. 119 f.

<sup>264</sup> *Haberstumpf*, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 315.

<sup>265</sup> Zu diesem Ergebnis gelangt auch *Fischer*, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 210, die sich jedoch näher mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben von Art. 14 GG befasst.

## (2) Funktionsweise

## (a) §§ 44a ff. UrhG

Bei den §§ 44a ff. UrhG wird das Werk in identischer Form verwendet. Da die konsumtive Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Werkes seinen Schutzgegenstand betrifft, liegt eine Verletzung der verwertungsrechtlichen Werkherrschafft des Urhebers vor.

Entspricht die Nutzungshandlung jedoch einer der in den §§ 44a ff. UrhG festgelegten Nutzungs- und Zweckrichtung, greift eine inhaltliche Schrankenbestimmung. Aus ihr folgt, dass schon tatbestandsmäßig keine Rechtsverletzung vorliegt.<sup>266</sup> Da der Urheber die Werknutzung nicht nach den §§ 97 ff. UrhG untersagen kann, erfolgt sie erlaubnisfrei.

Durch die punktuelle Ausnahme vom verwertungsrechtlichen Werkschutz wird eine eigentlich unzulässige Verletzungshandlung legitimiert.<sup>267</sup> Daraus folgt faktisch eine Begrenzung der Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers.<sup>268</sup>

## (b) Mittel zur Erreichung des Regelungszweckes

Bei § 24 UrhG findet dagegen eine Loslösung von dem Schutzgegenstand des benutzten Werkes statt, da die selbständige Neuschöpfung aufgrund ihrer eigenen schöpferischen Ausdruckskraft nicht der Werkherrschafft des Urhebers des benutzten Werkes unterfällt.<sup>269</sup>

Wo die Ausschließlichkeitsrechte aber nicht betroffen sind, können sie nicht eingeschränkt werden. Eine Einschränkung seiner Ausschließlichkeitsrechte ist daher nur anzunehmen, wenn die Verwertungsrechte des Urhebers durch die konkrete Werknutzung betroffen sind.

<sup>266</sup> Reh binder/Peukert, Urheberrecht, Rn. 477.

<sup>267</sup> So vor allem EuGH, Urteil vom 16. 07. 2009, C-5/08, ECLI EU:C:2009:465 – *Infopaq*; EuGH, Urteil vom 04. 10. 2011, C-403/08, ECLI EU:C:2011:631, Rn. 162 – *Football Association Premiere League*; EuGH, Beschluss vom 17. 01. 2012, C-302/10, ECLI EU:C:2012:16, Rn. 27 – *Infopaq II*; BGH, Urteil vom 04. 05. 2000, I ZR 256/97, BGHZ 144, 232, 235 – *Parfümflakon*; BGH, Urteil vom 24. 01. 2002, I ZR 102/99, BGHZ 150, 6, 605 – *Verhüllter Reichstag*; Lüft, in: Wandtke/Bullinger, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 1; *Dustmann*, in: Fromm/Nordemann, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 7; kritisch und für die Einordnung als Schutzzumfangsbegrenzung sprechen sich aus *Melichar/Stieper*, in: Schricker/Loewenheim, vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 2; *Dreier*, in: Dreier/Schulze, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 4.

<sup>268</sup> Es sei nur eine Frage der Gesetzessystematik, dass im vierten Abschnitt die Verwertungsrechte umfassend formuliert (§ 15 UrhG) und anschließend die Schranken dieses Rechts normiert (§§ 44a ff. UrhG) würden: BVerfG, Beschluss vom 07. 07. 1971, 1 BvR 765/66, BVerfGE 31, 229, 241 – *Schulbuchprivileg*; BVerfG, Beschluss vom 25. 10. 1978, 1 BvR 352/71, BVerfGE 49, 382, 393 – *Kirchenmusik*.

<sup>269</sup> Ebenso Fischer, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 208.



Dies ist ausweislich § 24 Abs. 1 UrhG nicht der Fall, wenn ein selbständiges Werk in freier Benutzung eines anderen Werkes geschaffen wird.<sup>270</sup> Im deutschen Urheberrecht gilt also der relative, anstelle des absoluten Werkschutzes, mit der Folge, dass manche Benutzungsformen der Werkherrschaft des Urhebers des benutzten Werkes entzogen sind.<sup>271</sup>

Anders als bei den §§ 44a ff. UrhG geht mit der freien Benutzung eines Werkes keine Begrenzung der Ausschließlichkeitsrechte einher. Trotz einer übereinstimmenden Mittel-Zweck-Relation weicht die Wirkungsweise der Vorschriften daher voneinander ab.<sup>272</sup>

### (3) Regelungssystematik

#### (a) §§ 44a ff. UrhG

Im sechsten Abschnitt werden die einzelnen Privilegierungstatbestände enumerativ aufgelistet und an das Vorliegen klar definierter Voraussetzungen geknüpft.<sup>273</sup> Jede der Schrankenbestimmungen dient einem festgelegten Zweck, der die erlaubnisfreie Werknutzung in Feinabstimmung der individuellen mit den allgemeinen Interessen gebietet.

Da sie rechtspolitischen Bedürfnissen und der Wahrung öffentlicher wie auch individueller Interessen dienen<sup>274</sup>, lassen sich die §§ 44a ff. UrhG nicht auf einen einheitlichen Zweck zurückführen.<sup>275</sup> Beispiele für die Diversität der Regelungsziele sind die freie Verfügbarkeit amtlicher Werke, die Freiheit der Information und Berichterstattung (§§ 48, 49, 50, 55 UrhG), die Zitatfreiheit (§ 51 UrhG) sowie die Freiheit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch (§ 53 UrhG).<sup>276</sup>

Die aus dem Eigentumsrecht fließenden verwertungsrechtlichen Befugnisse des Urhebers stehen ihm somit in den Grenzen der §§ 44a ff. UrhG zu.<sup>277</sup> Aufgrund

<sup>270</sup> Eine Ausnahme bildet insoweit der Melodienschutz nach § 24 Abs. 2 UrhG, wonach die Benutzung einer geschützten Melodie zwar zulässig, aber das neue Werk in seiner Veröffentlichung und Verwertung von der Zustimmung des Urhebers des Musikwerkes abhängig ist.

<sup>271</sup> Zu demselben Ergebnis kommt *Reinhart*, UFITA 1986, 65, 81 f.

<sup>272</sup> Ähnlich argumentiert *Virreira Winter*, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, S. 194.

<sup>273</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 25. 10. 1978, 1 BvR 352/71, BVerfGE 49, 382, 393 – *Kirchenmusik*.

<sup>274</sup> *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 533; *Götting*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 30 Rn. 30.

<sup>275</sup> *Haberstumpf*, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 315; *Götting*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 30 Rn. 30.

<sup>276</sup> *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 293 f.

<sup>277</sup> BVerfG, Beschluss vom 07. 07. 1971, 1 BvR 765/66, BVerfGE 31, 229, 241 – *Schulbuchprivileg*; BVerfG, Beschluss vom 25. 10. 1978, 1 BvR 352/71, BVerfGE 49, 382, 393 – *Kirchenmusik*.



ihres Charakters als Ausnahmebestimmung sind die inhaltlichen Schrankenbestimmungen grundsätzlich eng auszulegen und nicht analogiefähig.<sup>278</sup>

Für die Auslegung kommt es jedoch letztlich auf die Art der Einschränkung an, die der Urheber hinnehmen muss: Wird sein Ausschließlichkeitsrecht durch die Vergabe einer gesetzlichen Lizenz oder die Verwertungsgesellschaftenpflichtigkeit zu einem Vergütungsanspruch herabgestuft, sei eine enge Auslegung der Schrankenbestimmung hinzunehmen.<sup>279</sup> Der Vergütungsanspruch sei dann als eine Art Gegenleistung für die erlaubnisfreie Nutzung des Werkes anzusehen, sodass der Urheber womöglich sogar günstiger gestellt werde als durch sein Ausschließlichkeitsrecht.<sup>280</sup> Bei zustimmungs- und vergütungsfreien Schranken, die den schwersten Eingriff in die ersatzlose Aufhebung des ausschließlichen Verwertungsrechts darstellen, ist dagegen an der engen Auslegung festzuhalten.<sup>281</sup>

### (b) § 24 Abs. 1 UrhG

§ 24 Abs. 1 UrhG sieht keinen detaillierten Ausnahmekatalog vor. Die einzige Tatbestandsvoraussetzung besteht darin, dass ein „selbständiges Werk“ in „freier Benutzung eines anderen Werkes“ geschaffen werden muss. Anders als bei den Schrankenbestimmungen der §§ 44a ff. UrhG kommt es nicht auf den Nutzungszweck an, entscheidend ist allein die Art und Weise der Werknutzung.<sup>282</sup>

Der aufgrund seiner offenen Formulierung generalklauselartig anmutende Tatbestand des § 24 Abs. 1 UrhG ist beabsichtigt. Da die freie Benutzung der Freiheit der geistigen Auseinandersetzung und dem kulturellem Fortschritt dient, kommt es entscheidend auf die Erschaffung neuen Kulturguts an.

<sup>278</sup> BGH, Urteil vom 03. 04. 1968, I ZR 83/66, BGHZ 50, 147, 153 – *Kardinsky I*; BGH, Urteil vom 06. 06. 1991, I ZR 26/90, GRUR 1991, 903, 905 – *Liedersammlung*; BGH, Urteil vom 04. 05. 2000, I ZR 256/97, BGHZ 144, 232, 235 – *Parfümflakon*; der Grundsatz der engen Auslegung hat jedoch zunehmend nur noch eingeschränkte Geltung und macht Platz für eine „weitergehende Auslegung“, die durch die Interessen geboten wird: BVerfG, Beschluss vom 29. 06. 2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 151 f. – *Germania 3*; BGH, Urteil vom 11. 07. 2002, I ZR 255/00, BGHZ 151, 300, Rn. 30 – *Elektronischer Pressespiegel*; im Einzelnen zu der Entwicklung hin zu einer extensiven Auslegung siehe *Kröger*, MMR 2002, 18.

<sup>279</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 11. 07. 2002, I ZR 255/00, BGHZ 151, 300, Rn. 32 – *Elektronischer Pressespiegel*; dafür spricht sich auch aus *Melichar/Stieper*, in: Schrickner/Loewenheim, vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 37.

<sup>280</sup> Zur gesetzlichen Lizenz *Melichar/Stieper*, in: Schrickner/Loewenheim, vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 10 ff.; zum Stufensystem der Eingriffsintensität *Götting*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 30 S. 30 ff.

<sup>281</sup> Beispiele sind etwa die §§ 44a, 45, 47, 48, 50, 51 UrhG. Siehe i. Ü. zu der Unterscheidung *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 292 f.; *Götting*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 30 Rn. 14 ff.

<sup>282</sup> *Fischer*, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 209; *Gabler*, Die Urheberrechtliche Drittnutzung, S. 122; *Wegmann*, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, S. 158.

Es ist daher konsequent, dass § 24 Abs. 1 UrhG ein eigenes schöpferisches Tätigwerden fordert. Erst das selbständige Werk rechtfertigt die gesetzgeberische Entscheidung, eine transformative Werknutzung dem Einwirkungsbereich des Urhebers des benutzten Werkes vollständig zu entziehen.<sup>283</sup>

Der wesentliche Unterschied zu den §§ 44a ff. UrhG besteht somit in der Art und Weise der Werknutzung: Statt der rein konsumtiven Werknutzung wird es verändert. Bei der transformativen Werknutzung im Rahmen einer freien Benutzung sind der Schutzgegenstand des benutzten Werkes und damit das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte geistige Eigentum des Urhebers nicht (mehr) betroffen. In der Folge trifft den Benutzenden keine Gegenleistungspflicht durch die Zahlung einer Vergütung für die Inanspruchnahme des Werkes.<sup>284</sup> Diese Diskrepanz zu den §§ 44a ff. UrhG zeigt sich an der in dem Zitatrecht verankerten Pflicht zur Quellenangabe (§ 51 UrhG), die dem Urheber einer selbständigen Neuschöpfung nicht durch § 24 Abs. 1 UrhG auferlegt wird.<sup>285</sup>

### cc) Normverhältnis der §§ 23, 24 UrhG

Bei genauerer Betrachtung der Argumentationslinien für oder gegen die Einordnung als Schutzzumfang- oder Schrankenbestimmung wird deutlich, dass die Ansichten von der Bestrebung geleitet werden, der Vorschrift einen bestimmten dogmatischen Charakter zuzusprechen.

Maßgeblich sollte aber die dahinterstehende Frage sein, in welchem Verhältnis § 24 Abs. 1 UrhG zu § 23 UrhG steht. Erst unter Berücksichtigung des Normenverhältnisses lässt sich abschließend bestimmen, inwieweit der Schutzgegenstand des benutzten Werkes tatsächlich betroffen ist. Diese unbedingte Verknüpfung wird jedoch von den meisten Stimmen in der Literatur wie auch der Rechtsprechung außer Acht gelassen. Sie nehmen eine ergebnisorientierte dogmatische Zuordnung vor, ohne die Vorschrift in den rechtlichen Kontext einzuordnen.

Zur Behebung dieser Auslassung wird nachfolgend das Normenverhältnis der §§ 23, 24 UrhG unter Zugrundelegung der jeweils in Betracht kommenden dogmatischen Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG untersucht.

<sup>283</sup> Wegmann, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, S. 157; Lindhorst, GRUR 2009, 406, 407.

<sup>284</sup> Zu diesem Ergebnis gelangt auch Fischer, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 208; Lindhorst, GRUR 2009, 406, 407.

<sup>285</sup> Lindhorst, GRUR 2009, 406, 407; Haberstumpf, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 331, der die Gemeinsamkeiten und Unterschiede näher darlegt.

## (1) Inklusionsverhältnis

Die Einordnung als inhaltliche Schrankenbestimmung setzt voraus, dass sich die Anwendungsbereiche der §§ 23, 24 UrhG überschneiden. Denn aus der Annahme, dass bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ausnahmsweise eine Urheberrechtsverletzung legitimiert werde, folgt die Anordnung einer anderen Rechtsfolge trotz Vorliegens desselben Tatbestandes. Es tritt lediglich ein weiteres Tatbestandsmerkmal hinzu, das durch die Verfolgung des bestimmten Zwecks der jeweiligen Schrankenbestimmung vorgegeben wird.<sup>286</sup>

Im Anwendungsbereich des § 24 Abs. 1 UrhG bedeutet dies, dass eine dem Schutzgegenstand des benutzten Werkes – betroffen ist namentlich das Umgestaltungsrecht aus § 23 UrhG – unterfallende Werkumgestaltung ausnahmsweise ohne Einwilligung des Originalurhebers gemäß § 24 Abs. 1 UrhG veröffentlicht oder verwertet werden darf.

Die Annahme sich überschneidender Anwendungsbereiche, die in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis zueinander stehen, wird jedoch der Wirkungsweise von § 24 Abs. 1 UrhG nicht gerecht, weswegen ein Inklusionsverhältnis der Vorschriften abzulehnen ist.

## (2) Exklusivitätsverhältnis von §§ 23, 24 UrhG

Entweder liegt ein ausreichender Abstand durch eine eigenpersönliche Prägung nach § 24 Abs. 1 UrhG oder eine Umgestaltung nach § 23 UrhG vor.<sup>287</sup> Während das neue Werk im erstgenannten Fall dem Einwirkungsbereich des Urhebers des benutzten Werkes entzogen ist, unterfällt das Werk im letztgenannten Fall dem Bearbeitungsrecht des Originalurhebers und damit dem Schutzgegenstand des Werkes.<sup>288</sup>

Eine Überschneidung der Anwendungsbereiche ist nur insoweit anzunehmen, als der Regelungszweck beider Vorschriften darin besteht, die Auseinandersetzung mit bestehenden Werken als Teil eines kreativen Kreislaufes zu fördern.<sup>289</sup> Bedingt durch den Grad des eigenen schöpferischen Tätigwerdens wird ein unter-

<sup>286</sup> So *Gabler*, Die Urheberrechtliche Drittnutzung, S. 122.

<sup>287</sup> Vgl. zu der Grenze der Anwendungsbereiche von §§ 23, 24 UrhG die Ausführungen auf S. 164 ff.

<sup>288</sup> *Gabler*, Die Urheberrechtliche Drittnutzung, S. 122; *Virreira Winter*, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, S. 196; *Wegmann*, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, 162 f.; *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, § 24 UrhG § 1; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 24 UrhG Rn. 1; *Hilty*, in: FS Schulze, S. 127, 128; wohl ebenso OLG Düsseldorf, Urteil vom 21. 10. 2003, 20 U 170/02, GRUR-RR 2005, 1, 2 – *Beuys-Kopf*.

<sup>289</sup> Dieses Regelungsziel wurde für § 23 UrhG bereits angesprochen auf S. 161 f., für § 24 UrhG dagegen auf S. 168 ff.

schiedlich weit gefasster Freiraum für die Auseinandersetzung mit bestehenden Werken geschaffen.<sup>290</sup>

Dennoch begrenzt § 24 Abs. 1 UrhG den Schutzzumfang eines Werkes, indem er die erforderlichen Voraussetzungen für eine selbständige, dem Einwirkungsbereich des Originalurhebers entzogene Neuschöpfung für den Umgang mit bestehenden Werken positiv statuiert. Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen und die durch die Rechtsprechung konkretisierten Anforderungen an ein Verblässen der Eigenarten des benutzten Werkes durch ausreichenden äußeren Abstand vor, ist der Schutzgegenstand des benutzten Werkes und damit das Urheberrecht seines Schöpfers nicht betroffen. Dem vorbestehenden Werk wird im Anwendungsbereich der freien Benutzung die Funktion zugewiesen, die kreativen Sinne Dritter anzuregen und damit zu einem reichhaltigen Kulturleben beizutragen.

Im Umkehrschluss liegt keine selbständige Neuschöpfung, sondern nur eine Umgestaltung gemäß § 23 UrhG vor, wenn die Bezugnahme auf das benutzte Werk über eine Anregung in Form einer geistigen Stimulierung hinausgeht und den Schutzgegenstand desselben berührt.<sup>291</sup>

Den verwertungsrechtlichen Bezugspunkt von § 24 Abs. 1 UrhG bildet ausschließlich § 23 UrhG und nicht § 16 UrhG, da eine Werkumgestaltung im Sinne des § 23 UrhG nach diesseitiger Ansicht nicht die Verletzung des Vervielfältigungsrechts inkludiert.<sup>292</sup> Daraus folgt, dass auch die freie Benutzung eines Werkes das Vervielfältigungsrecht nicht begrenzt.<sup>293</sup>

§ 24 Abs. 1 UrhG ist demnach als Schutzzumfangbestimmung einzuordnen. Eine „Begrenzung“ bedeutet, dass innerhalb eines Bereichs eine Grenzmarkierung vorgenommen wird. Dem entspricht die Wirkungsweise der freien Benutzung, die das Ende des Schutzzumfangs eines Werkes markiert.

Folglich stehen die §§ 23, 24 UrhG in einem Exklusivitätsverhältnis zueinander.

---

<sup>290</sup> Vgl. *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 424.

<sup>291</sup> Zu der Abgrenzung der Anwendungsbereiche durch das Merkmal der „Anregung“ OLG Düsseldorf, Urteil vom 21. 10. 2003, 20 U 170/02, GRUR-RR 2005, 1, 2 – *Beuys-Kopf*.

<sup>292</sup> Vgl. S. 137 ff.; zu diesem Ergebnis gelangt für das schweizer Urheberrecht auch *Haas*, Die Verwendung von Bearbeitungen urheberrechtlich geschützter Werke, S. 100, die davon spricht, dass die freie Benutzung – die zwar nicht im URG normiert, aber in ihren Voraussetzungen dem deutschen Rechtsinstitut nachempfunden ist (vgl. etwa die Ausführungen zur Verblässens-Formel) – die Schutzgrenze des Urheberrechts und die Schutzuntergrenze des Bearbeitungsrechts bilde.

<sup>293</sup> A. A. *Wegmann*, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, S. 164.

*dd) Schutzzumfangbestimmung mit deklaratorischer Wirkung*

Die Bewertung von § 24 Abs. 1 UrhG als eine Vorschrift rein deklaratorischer Natur und zugleich als eine Schutzzumfangbestimmung ist nicht ausgeschlossen, wie aber von manchen<sup>294</sup> behauptet wird.

Es ist zutreffend, dass § 24 Abs. 1 UrhG den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 2 UrhG ausschließlich klarstellend erweitert, das Institut der freien Benutzung den Aussagegehalt der Vorschrift für transformative Nutzungshandlungen näher konkretisiert und damit konturiert: Aus der Forderung nach einer persönlichen geistigen Schöpfung als Grundvoraussetzung urheberrechtlichen Schutzes geht hervor, dass das Werk eine eigenpersönliche Prägung aufweisen muss, die höchstpersönlicher Ausdruck seines Erschaffers ist. Das neue, in freier Benutzung geschaffene Werk muss einen vollkommen eigenen Charakter haben, um als selbständig im Sinne von § 24 Abs. 1 UrhG eingeordnet werden zu können. Ist diese Voraussetzung zu bejahen, liegt automatisch ein selbständiges Werk im Sinne von § 2 UrhG vor.<sup>295</sup>

In diesem Zusammenhang kommt § 24 Abs. 1 UrhG die Funktion zu, den Inhalt des geistigen Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG näher auszugestalten. Die Auseinandersetzung mit dem vorbestehenden Werk wird mit der freien Benutzung zu einem zulässigen, dem Interesse der Allgemeinheit an kulturellem Fortschritt dienenden Mittel. Es ist Ausfluss der Sozialbindung des Urheberrechts.<sup>296</sup>

Die Funktion von § 24 Abs. 1 UrhG besteht also in der Klarstellung dessen, was bereits in § 2 Abs. 2 UrhG geregelt ist: Der Schutzzumfang eines Werkes reicht auch bei transformativen Werken nur so weit, wie noch keine selbständige persönliche geistige Schöpfung geschaffen wurde. Auch Gestaltungen, die sich an ein vorbestehendes Werk anlehnen, sind persönliche geistige Schöpfungen, also Werke im Sinne des Urheberrechts.

Es bleibt festzuhalten, dass die Wertungen von §§ 2, 24 UrhG einander entsprechen<sup>297</sup>. § 24 Abs. 1 UrhG ist eine Konkretisierung von § 2 Abs. 2 UrhG.<sup>298</sup>

<sup>294</sup> A. A. Wegmann, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, S. 122. Sie geht davon aus, dass mit der Einordnung als Schutzzumfangbestimmung stets ein überschneidender Anwendungsbereich der §§ 23, 24 UrhG einhergeht und zieht insofern unzutreffenderweise eine Parallele zu der Wirkungsweise von Schrankenbestimmungen. Dies greift jedoch zu kurz.

<sup>295</sup> Reinhart, UFITA 1986, 65, 71.

<sup>296</sup> Zur Sozialbindung des Urheberrechts siehe S. 119 f., 173.

<sup>297</sup> Genauso Reinhart, UFITA 1986, 65, 71.

<sup>298</sup> Im nächsten Abschnitt wird die höchstrichterliche und verfassungsrechtliche Rechtsprechung zu § 24 Abs. 1 UrhG untersucht, vgl. S. 186 ff., 236 ff. Vor dem Hintergrund der soeben vorgenommenen dogmatischen Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG ist die maßgeblich durch das BVerfG geprägte Auslegung der Tatbestandsmerkmale in *Metall auf Metall* keineswegs als eine extensivierende Auslegung zu betrachten. Sie entspricht vielmehr der üblichen Auslegung des Telos einer Vorschrift, da auch Werke, die einen inneren Abstand zur Werkvorlage aufweisen, persönliche geistige Schöpfungen sind und aufgrund ihrer Selbständigkeit dem originären Regelungszweck von § 24 Abs. 1 UrhG unterfallen. Vgl. dazu S. 199 f., 309 f.

## c) Zwischenergebnis

§ 24 Abs. 1 UrhG ist im klassischen Anwendungsbereich als eine Schutzzumfangbestimmung einzuordnen, mit der eine Begrenzung des Schutzgegenstandes einhergeht. Die Wirkungsweise verläuft einerseits spiegelbildlich zu § 2 Abs. 2 UrhG, andererseits legitimiert die Vorschrift ausdrücklich die Auseinandersetzung mit und damit die Beziehung zu bestehenden Werken Dritter.

**II. Innerer Abstand: Erweiterte Funktion von § 24 Abs. 1 UrhG**

Neben der in der Gesetzesbegründung des Urheberrechtsgesetzes aus dem Jahr 1965 angelegten klassischen Funktion von § 24 Abs. 1 UrhG, die sich in der Forderung nach einem äußeren Abstand zwischen dem benutzten Werk und der selbständigen Neuschöpfung manifestiert, tritt eine erweiterte Funktion.

Das Regelungsziel der freien Benutzung, den kulturellen Kreislauf zu fördern, soll auch bei der fortbestehenden Sichtbarkeit des benutzten Werkes ausnahmsweise betroffen sein. In der Folge bejaht die Rechtsprechung die Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG trotz Fehlens eines äußeren Abstandes und hält an der Konstruktion der Verblassens-Formel fest. Die damit einhergehende extensive Lesart der Vorschrift dient der Privilegierung verfassungsrechtlich geschützter Interessen.

*1. Allgemeines zur Parodie*

Nachfolgend wird zunächst die Parodie als Hauptanwendungsfall der erweiterten Funktion dargestellt. Es folgt eine Darstellung des verfassungsrechtlichen Spannungsfeldes, aus dem die extensive Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG gefolgt wird.

## a) Begriff

Da der Begriff der Parodie kunsttheoretischer Herkunft und kein Rechtsbegriff ist, existiert keine einheitliche juristische (Legal-)Definition.<sup>299</sup>

Nach allgemeiner Ansicht umschreibt eine Parodie die erkennbare Übernahme von inhaltlichen oder formalen Elementen vorbestehender urheberrechtlich geschützter Werke, die in der komisch-kritischen Absicht vorgenommen wird, Themen des Originals in ein antithematisches Umfeld zu setzen.<sup>300</sup> Besonderes We-

<sup>299</sup> v. Becker, GRUR 2015, 336, 336; Lauber-Rönsberg, ZUM 2015, 658, 658.

<sup>300</sup> In den wesentlichen Wesensmerkmalen übereinstimmend: Reh binder/Peukert, Urheberrecht, Rn. 523 ff.; v. Becker, in: FS Loewenheim, 3–18, 4; Loewenheim, in: FS Fezer, S. 789, 789; v. Becker, GRUR 2015, 336, 336; Slopek, WRP 2009, 20, 20; Vinck, GRUR 1973, 251, 251.

sensmerkmal der Parodie ist danach die spielerische und zugleich distanzierende Imitation, die in der Verfremdung der Vorlage resultiert und sie um eine andere witzige Aussage ergänzt.<sup>301</sup>

Da die charakteristischen Merkmale der Vorlage vereinfacht, vergrößernd oder auf andere Weise verzerrt dargestellt werden, erscheint der „neue Werkinhalt im alten Gewand“<sup>302</sup>. Die wesentlichen Züge des vorbestehenden Werkes bleiben erhalten, werden aber mit neuem Inhalt gefüllt, wodurch ein komischer Effekt im Vergleich zur Vorlage erzielt wird.

Dieser Aspekt grenzt eine Parodie von einem Plagiat ab, das stets mit einer Urheberrechtsverletzung einhergeht. Obwohl es als eine abhängige Schöpfung an das Werkschaffen eines Dritten anknüpft, erfolgt bei einem Plagiat die Bezugnahme auf das fremde Werk nicht oder nur versteckt.<sup>303</sup>

Darüber hinaus ist die Parodie von der wesensverwandten Form der Satire abzugrenzen. Letztere setzt sich nicht mit dem urheberrechtlich geschützten Werk, sondern mit bestimmten Personen, Anschauungen, Ereignissen oder Zuständen auseinander.<sup>304</sup> Durch eine spöttische, ironische oder anders verzerrte Darstellung der Vorlage wird in nicht rein privater Motivation ein Angriff auf ein reales Objekt vorgenommen.<sup>305</sup> Aufgrund der kritischen Darstellung des jeweiligen Gegenstands, die sich in einer aggressiven und zugleich indirekt vorgetragenen Kritik äußert, kollidiert die Satire in vielen Fällen mit den Persönlichkeitsrechten des menschlichen Bezugsobjekts.<sup>306</sup>

Wird für die kritisch-humorvolle, ironische Auseinandersetzung auf Mittel der grafischen Darstellung zurückgegriffen, liegt eine Karikatur vor. Sie betrifft wie eine Satire nicht das bestehende Werk selbst, sondern den Gegenstand, der in ihm dargestellt wird. Sie bildet damit zum einen einen Unterfall zur Satire.<sup>307</sup> Zum anderen dient die karikaturistische Auseinandersetzung ebenso wie die Parodie der Schaffung eines inneren Abstandes zu dem bestehenden Werk.<sup>308</sup>

<sup>301</sup> *Arz*, UFITA 2013, 353, 353; v. *Becker*, GRUR 2004, 104, 104; *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2015, 658, 658.

<sup>302</sup> *Vinck*, GRUR 1973, 251, 251.

<sup>303</sup> Zu dem Begriff des „plagiarius“ und der Folge eines Plagiats in Abgrenzung zu einer Parodie *Loewenheim*, in: FS Fezer, S. 789.

<sup>304</sup> Auch die Satire (im Fall geht es um den Unterfall der Karikatur) ist jedoch nach Ansicht des BGH dazu geeignet, einen ausreichenden Abstand zur Vorlage herzustellen: BGH, Urteil vom 20.03.2003, I ZR 117/00, BGHZ 154, 260, 958 – *Gies-Adler*.

<sup>305</sup> v. *Becker*, in: FS Loewenheim, 3–18, 4; *Arz*, UFITA 2013, 353, 354; v. *Becker*, GRUR 2004, 104, 104; v. *Becker*, GRUR 2004, 908, 908.

<sup>306</sup> Im Einzelnen zu Rechtsfragen der Satire: v. *Becker*, GRUR 2004, 908; *Brauneck*, ZUM 2000, 137; *Würtenberger*, NJW 1982, 610.

<sup>307</sup> v. *Becker*, GRUR 2004, 104, 104; vgl. auch v. *Becker*, GRUR 2004, 908, 909ff.

<sup>308</sup> BGH, Urteil vom 20.03.2003, I ZR 117/00, BGHZ 154, 260, 958 – *Gies-Adler*.

## b) Spannungsfeld im verfassungsrechtlichen Kontext

aa) *Interessenlage*

Die materiellen und ideellen Interessen des Parodisten und des parodierten Urhebers sind konträr ausgestaltet.

Der Parodist möchte möglichst uneingeschränkt Teile aus urheberrechtlich geschützten Werken übernehmen, ohne Sanktionen wegen Urheberrechtsverletzungen befürchten zu müssen. Da er jedoch die Werkvorlage verändert oder entstellt, um sie oder dessen Urheber dem Spott preiszugeben, ist mit der Einwilligung des Urhebers zur Verwertung des parodierten Werkes nicht zu rechnen.<sup>309</sup>

Stattdessen entspricht es dem Interesse des Urhebers, die Gefährdung seiner ideellen und materiellen Interessen – Letztere durch eine drohende Fremdbeteiligung an den wirtschaftlichen Vorteilen seiner Leistung – zu unterbinden.

bb) *Verfassungsrechtlicher Schutz*

Die materiellen Interessen des Urhebers werden durch Artikel 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützt.<sup>310</sup> Demgegenüber stellt sich die Frage, ob und inwieweit das Interesse des Parodisten verfassungsrechtlich verbürgt ist.

(1) *Kunstfreiheit*

Die Parodie ist als Kunstform im Sinne des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG einzuordnen. Dies ergibt sich aus der inhaltsbezogenen Betrachtungsweise des Kunstbegriffs.<sup>311</sup> Die verschiedenen Kunstbegriffe legen in ihrem Zusammenspiel den Schutzbereich der Kunstfreiheit fest und statuieren gewisse Mindestanforderungen für ein künstlerisches Werk.<sup>312</sup> Anders als beim formalen Kunstbegriff, der typologische Aspekte berücksichtigt und, ausschließlich an das Kriterium „alt und bewährt“ anknüpfend, den Schutzbereich auf herkömmliche Kunstformen beschränken will<sup>313</sup>, kommt es nach dem materiellen Kunstbegriff auf das Vorliegen einer freien schöpferischen Gestaltung an.<sup>314</sup>

<sup>309</sup> Slopek, WRP 2009, 20, 21.

<sup>310</sup> Slopek, WRP 2009, 20, 21.

<sup>311</sup> BVerfG, Beschluss vom 07.03.1990, 1 BvR 1215/87, BVerfGE 81, 298, 305 – *Deutschlandlied*.

<sup>312</sup> So wegweisend für die Schutzbereichbestimmung von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG: BVerfG, Beschluss vom 17.07.1984, 1 BvR 816/82, BVerfGE 67, 213, 225 – *Anachronistischer Zug*.

<sup>313</sup> Brauneck, ZUM 2000, 137, 139.

<sup>314</sup> Zu dem offenen Kunstbegriff vgl. S. 233 f.



Diese inhaltsbezogene Betrachtungsweise des Kunstbegriffs ermöglicht es, die Parodie durch die vom Wesen der Kunst geprägten, ihr allein innewohnenden Strukturmerkmale zu bestimmen und den Schutzbereich der Kunstfreiheit offen auszugestalten.<sup>315</sup> Da Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG den Werk- und Wirkungsbereich künstlerischen Schaffens schützt, umfasst der verfassungsrechtliche Freiheitsanspruch des Parodisten sowohl die Erschaffung als auch die Darbietung und Verbreitung der Parodie.<sup>316</sup>

Es bleibt somit festzuhalten, dass die Parodie der Kunstfreiheit unterfällt.

## (2) Meinungsfreiheit

Dem Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG unterfallen Äußerungen, die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens und der Beurteilung enthalten.<sup>317</sup> Parodien liegt eine satirisch-kritische Intention zugrunde, die durch Wort, Schrift und Bild ausgedrückt wird und Elemente der Stellungnahme enthält.<sup>318</sup> Damit werden Parodien von der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG erfasst.<sup>319</sup>

Bei einer künstlerischen Parodie tritt die Meinungsfreiheit jedoch hinter das speziellere Grundrecht der Kunstfreiheit zurück.<sup>320</sup> Der Gesetzesvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG gilt somit nicht, sondern die Schrankenbestimmung des Art. 5 Abs. 3 GG. Die Parodie wird nicht durch allgemeine Gesetze, sondern durch grundrechtlich verankerte gegenläufige Grundrechtspositionen im Wege der praktischen Konkordanz eingeschränkt.<sup>321</sup> Bei Parodien ergibt sich eine solche Einschränkung aus dem durch Art. 14 GG geschützten vermögensrechtlichen Interesse des Urhebers des parodierten Werkes.

<sup>315</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.02.1971, 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173, 188 – *Mephisto*; BGH, Urteil vom 30.11.2011, I ZR 212/10, GRUR 2012, 819, Rn. 18 – *Blühende Landschaften*.

<sup>316</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.02.1971, 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173, 189 – *Mephisto*; BVerfG, Beschluss vom 07.03.1990, 1 BvR 1215/87, BVerfGE 81, 298, 305 – *Deutschlandlied*; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 13.06.2007, 1 BvR 1783/05, BVerfGE 119, 1, 23 – *Esra*.

<sup>317</sup> BVerfG, Beschluss vom 22.06.1982, 1 BvR 1376/79, BVerfGE 61, 1, 7 – *Laienwerbung*; Schemmer, in: BeckOK-GG, Art. 5 Abs. 1, 2 GG Rn. 4.

<sup>318</sup> Näher zum Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG auf S. 234 f.

<sup>319</sup> Brauneck, ZUM 2000, 137, 138; Hoeren, GRUR 1994, 751–753, 752.

<sup>320</sup> Die systematische Trennung der Gewährleistungsbereiche in Art. 5 GG weise den Abs. 3 dieser Bestimmung gegenüber Abs. 1 als *lex specialis* aus und verbiete es deshalb, die Schranken des Abs. 2 auch auf die in Abs. 3 genannten Bereiche anzuwenden. So BVerfG, Beschluss vom 24.02.1971, 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173, 191 – *Mephisto*.

<sup>321</sup> Dass der Künstler eine bestimmte Meinung vermitteln will, entziehe die Parodie nicht dem Schutz des Artikel 5 Abs. 3 S. 1 GG. So wegweisend BVerfG, Beschluss vom 24.02.1971, 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173, 191 – *Mephisto*; BVerfG, Beschluss vom 07.03.1990, 1 BvR 1215/87, BVerfGE 81, 298, 305 – *Deutschlandlied*; BVerfG, Beschluss vom 07.03.1990, 1 BvR 913/87, BVerfGE 81, 278, 291 – *Bundesflagge*; v. Becker, GRUR 2004, 908, 908; Hoeren, GRUR 1994, 751–753, 752.

Es ist Aufgabe dieses Abschnitts zu ermitteln, wie das Urheberrechtsgesetz und die Rechtsprechung die gegenläufigen Interessen der Urheber und Parodisten zu einem Ausgleich bringen.

## 2. Widersprüche der Verblässens-Formel

### a) Kein eigenständiger Privilegierungstatbestand

Das Phänomen der Parodie ist dem deutschen Urheberrecht fremd. Es sieht keinen speziellen Parodietatbestand vor, der dem verfassungsrechtlich verbürgten Interesse des Parodisten Rechnung trägt.

Bereits die Vorgängergesetze des Urheberrechtsgesetzes, das LUG für Werke der Literatur oder Tonkunst sowie das KUG für Werke der bildenden Künste und der Photographie enthielten keine entsprechende Bestimmung. Daran änderte sich auch mit Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes im Jahr 1965 und in der Folgezeit bis zur Gegenwart in der deutschen Gesetzeslage nichts. Nur auf Unionsebene ist in Art. 5 Abs. 3 lit. k der InfoSoc-Richtlinie eine Parodieschranke vorgesehen.

### b) Übertragbarkeit der Grundsätze zum äußeren Abstand

Eine Privilegierungsmöglichkeit von Parodien besteht darin, sie als freie Benutzungen im Sinne von § 24 Abs. 1 UrhG einzuordnen. Die von der Rechtsprechung für § 24 Abs. 1 UrhG entwickelten Kriterien, die in der Verblässens-Formel<sup>322</sup> Ausdruck gefunden haben, sind nicht ohne weiteres auf Parodien anwendbar.

Grundvoraussetzung für die Übertragbarkeit ist, dass die entlehnten eigenpersönlichen Züge des älteren Werkes angesichts der Eigenart des neuen Werkes hinter dieses zurücktreten. Diese Kriterien lassen sich auf eine Parodie nicht übertragen.<sup>323</sup> Ihre Wirkungsweise hängt maßgeblich von der offenkundigen Bezugnahme auf das vorbestehende Werk ab. Es kann nur dem Spott preisgegeben werden, wenn es für einen Dritten erkennbar bleibt. Zur Erzielung einer komisch-kritischen Wirkung ist die Parodie also darauf angewiesen, die charakteristischen Züge der Vorlage zu übernehmen.

Durch die Übernahme der eigenschöpferischen Züge der Vorlage unterfällt eine Parodie bei äußerlicher Betrachtung stets dem Schutzzumfang des benutzten Werkes, sodass ein äußerer Abstand im Sinne der Verblässens-Formel zu verneinen ist.<sup>324</sup> Die Grundsätze zum äußeren Abstand sind zur Erfassung von Parodien nicht geeignet und daher nicht auf sie übertragbar.

<sup>322</sup> Vgl. zu den Grundsätzen S. 169 f.

<sup>323</sup> v. Becker, GRUR 2004, 104, 106; Haedicke, GRUR Int. 2015, 664, 665; Lauber-Rönsberg, ZUM 2015, 658, 659; Slopek, WRP 2009, 20, 20.

<sup>324</sup> Hilty, in: FS Schulze, S. 127, 128 ff.

### 3. Nationale Rechtsprechung

Wie bereits gezeigt wurde, handelt es sich bei der Privilegierungsbedürftigkeit der Parodie um eine verfassungsrechtliche Frage. Um ihren Schutz im Anwendungsbereich des Urheberrechtsgesetzes umzusetzen, muss für die einer Parodie innewohnende künstlerische Verwendung fremder Werke ein rechtlicher Rahmen geschaffen werden. Diese Zielsetzung hat die Rechtsprechung zu einer extensiven Auslegung von § 24 Abs. 1 UrhG veranlasst.

#### a) Entwicklung

##### aa) LUG und KUG

Im Jahr 1957 erweiterte die Rechtsprechung erstmals den Anwendungsbereich der § 13 LUG und § 16 KUG, die die freie Benutzung normierten, und wendete die Verblassens-Formel trotz der oben aufgezeigten Widersprüche auf Parodien an.<sup>325</sup>

Den gesetzlichen Anknüpfungspunkt bildete die „eigentümliche Schöpfung“ in § 13 LUG und § 16 KUG, den der Bundesgerichtshof für Parodien großzügig auslegte.<sup>326</sup> Damit erschuf der Bundesgerichtshof die Grundlage für eine Parodistenfreundliche Rechtsprechungspraxis, die mit Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes im Jahr 1965 mit der Anknüpfung an § 24 Abs. 1 UrhG fortgesetzt wurde.<sup>327</sup>

##### bb) Nationale Rechtsprechung zu § 24 Abs. 1 UrhG

##### (1) Innerer Abstand

Mit der *Disney-Parodie*-Entscheidung erkannte der Bundesgerichtshof im Jahr 1971 erstmals an, dass sich eine Parodie wesensgemäß von einer freien Benutzung im Wortsinne unterscheidet.<sup>328</sup>

An die Stelle des Verblassens trat vorläufig ein neues Kriterium. Sofern die Entlehnung charakteristischer Merkmale für die Erzielung der für die Parodie charakteristischen humoristischen Wirkung „erforderlich“ sei, müsse die Parodie als selbständige Neuschöpfung im Sinne von § 24 Abs. 1 UrhG eingeordnet werden.<sup>329</sup>

<sup>325</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 04.02.1958, I ZR 48/57, GRUR 1958, 402, 404 – *Lili Marleen*.

<sup>326</sup> So etwa BGH, Urteil vom 15. 11. 1957, I ZR 83/56, BGHZ 26, 52, 52 ff. – *Sherlock Holmes*; BGH, Urteil vom 04.02.1958, I ZR 48/57, GRUR 1958, 402, 402 ff. – *Lili Marleen*.

<sup>327</sup> So *Vinck*, GRUR 1973, 251, 252 f.

<sup>328</sup> BGH, Urteil vom 26.03.1971, I ZR 77/69, GRUR 1971, 588, 589 f. – *Disney-Parodie*.

<sup>329</sup> BGH, Urteil vom 26.03.1971, I ZR 77/69, GRUR 1971, 588, 590 – *Disney-Parodie*.

Das Kriterium der „Erforderlichkeit“ wurde 1993 in der *Alcofix*-Entscheidung durch den Bundesgerichtshof weiterentwickelt. Er stellte das Kriterium des inneren Abstandes auf, um den unverkennbaren Widerspruch der Parodie zu der Verblasens-Formel zu überwinden.<sup>330</sup> Der für eine freie Benutzung erforderliche Abstand sei zu bejahen, wenn das neue Werk zu den entlehnten eigenpersönlichen Zügen des älteren Werkes einen so großen (inneren) Abstand halte, dass es von den eigenschöpferischen Zügen „überlagert“ werde.<sup>331</sup> Der Bundesgerichtshof besann sich also auf den Wortlaut von § 24 Abs. 1 UrhG zurück und erhob die Selbständigkeit der Parodie zum entscheidenden Abgrenzungskriterium.<sup>332</sup>

## (2) Antithematische Behandlung

Diese Rechtsprechung erfuhr durch die *Gies Adler*-Entscheidung im Jahr 2003 eine weitere Feinabstimmung: Der Bundesgerichtshof entschied, dass trotz der vordergründigen Übereinstimmung beider Werke ein hinreichender Abstand anzunehmen sei, sofern eine „antithematische Behandlung“ mit dem benutzten Werk vorliege.<sup>333</sup>

Sie sei zu bejahen, wenn das benutzte Werk als Teil der Parodie „zum Gegenstand einer kritisch-humervollen, ironischen Auseinandersetzung“ gemacht werde. Gleiches gelte, wenn die Auseinandersetzung „nicht das ältere Werk selbst betreffe, sondern den Gegenstand, der in dem älteren Werk dargestellt ist“.<sup>334</sup>

Für die Beurteilung des inneren Abstandes sei der Gesamteindruck der Parodie entscheidend. Er beurteile sich aus Sicht desjenigen, der „das für die Wahrnehmung der Parodie erforderliche intellektuelle Verständnis“ besitze, ihm müsse also das parodierte Werk bekannt sein.<sup>335</sup>

<sup>330</sup> BGH, Urteil vom 11.03.1993, I ZR 263/91, BGHZ 122, 53, Rn. 20 – *Alcofix*; ebenso BGH, Urteil vom 11.03.1993, I ZR 264/91, GRUR 1994, 191, 193 – *Asterix Persiflagen*; BGH, Urteil vom 29.04.1999, I ZR 65/96, BGHZ 141, 267, Rn. 38 – *Laras Tochter*.

<sup>331</sup> BGH, Urteil vom 11.03.1993, I ZR 263/91, BGHZ 122, 53, Rn. 20 – *Alcofix*; BGH, Urteil vom 29.04.1999, I ZR 65/96, BGHZ 141, 267, Rn. 38 – *Laras Tochter*.

<sup>332</sup> *Arz*, UFITA 2013, 353, 358 f.

<sup>333</sup> BGH, Urteil vom 20.03.2003, I ZR 117/00, BGHZ 154, 260, Rn. 268 – *Gies-Adler*; diesen Grundsätzen folgte der BGH nachfolgend in: BGH, Urteil vom 01.12.2010, I ZR 12/08, GRUR 2011, 134, Rn. 34 – *Perlentaucher*; BGH, Urteil vom 17.07.2013, I ZR 52/12, GRUR 2014, 258, Rn. 39 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm*.

<sup>334</sup> BGH, Urteil vom 20.03.2003, I ZR 117/00, BGHZ 154, 260, 268 – *Gies-Adler*.

<sup>335</sup> BGH, Urteil vom 28.07.2016, I ZR 9/15, GRUR 2016, 1157, 33 – *Promis auf fett getrimmt*; diese Entscheidungspraxis geht einher mit BGH, Urteil vom 26.03.1971, I ZR 77/69, GRUR 1971, 588, 589 – *Disney-Parodie*; BGH, Urteil vom 11.03.1993, I ZR 264/91, GRUR 1994, 191, 194 – *Asterix Persiflagen*.

### (3) Künstlerische Auseinandersetzung

Eine weitere Rechtsprechungsentwicklung ist darin zu erblicken, dass der Bundesgerichtshof zunehmend die beteiligten Grundrechtspositionen bei der Auslegung von § 24 Abs. 1 UrhG berücksichtigt.

In der *Gies Adler*-Entscheidung in 2003 negierte er noch die Notwendigkeit einer übergeordneten Güter und Interessenabwägung unter Verweis auf den abschließenden Regelungscharakter des Urheberrechtsgesetzes.<sup>336</sup>

In seiner *Perlentaucher*-Entscheidung in 2011 bezeichnete der Bundesgerichtshof die Parodie dagegen unter Verweis auf die Wertungen von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG als eine künstlerische Auseinandersetzung.<sup>337</sup> Diese Rechtsprechung bestätigte das Bundesverfassungsgericht durch die *Germania 3*- und *Metall auf Metall*-Entscheidungen, die den Fachgerichten die Möglichkeit eröffnet haben, urheberrechtliche Ausnahmenvorschriften im Wege einer verfassungskonformen Rechtsfortbildung über ihren Wortlaut hinaus extensiv auszulegen.<sup>338</sup>

#### cc) Zwischenergebnis

Ein Rechtsprechungsvergleich aus den Anfängen des LUG und KUG mit der gegenwärtigen Rechtslage zeigt, dass der Begriff der freien Benutzung zunehmend weit interpretiert und der Anwendungsbereich von § 24 Abs. 1 UrhG zugunsten künstlerischen Auseinandersetzungen mit bestehenden Werken geöffnet wird.<sup>339</sup>

Anstatt die Konstruktion der Verblässens-Formel aufgrund der offenkundigen Unvereinbarkeit mit den Besonderheiten einer Parodie aufzugeben, hält die Rechtsprechung an ihr fest. Sie ergänzt die Verblässens-Formel allerdings: Mit der Forderung nach einem inneren Abstand legt sie statt einer wörtlichen, eine funktionale Begriffsbedeutung des „Verblässens“ zugrunde.<sup>340</sup>

<sup>336</sup> BGH, Urteil vom 20.03.2003, I ZR 117/00, BGHZ 154, 260, Rn. 58 – *Gies-Adler*; ebenso BGH, Urteil vom 20.12.2007, I ZR 42/05, BGHZ 175, 135, Rn. 38 – *TV-Total*.

<sup>337</sup> So BGH, Urteil vom 01.12.2010, I ZR 12/08, GRUR 2011, 134, Rn. 34 – *Perlentaucher*; BGH, Urteil vom 17.07.2013, I ZR 52/12, GRUR 2014, 258, Rn. 39 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm*.

<sup>338</sup> BVerfG, Beschluss vom 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 151 f. – *Germania 3*; BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 85 – *Metall auf Metall*; dem folgt für Parodien BGH, Urteil vom 28.07.2016, I ZR 9/15, GRUR 2016, 1157, 33 – *Promis auf fett getrimmt*; a. A. ist für den Bereich des Sampling BGH, Urteil vom 13.12.2012, I ZR 182/11, GRUR 2013, 614, Rn. 21 – *Metall auf Metall II*; von dieser restriktiven Anwendung distanzieren sich jedoch im Wege der Vorlagefragen BGH, Beschluss vom 01.06.2017, I ZR 115/16, GRUR 2017, 895, Rn. 41 – *Metall auf Metall III*.

<sup>339</sup> *Hoeren*, MMR 2016, 469, 469; *Hufen*, JuS 2016, 954, 956; *Podszun*, ZUM 2016, 606, 607; *Podszun*, GWR 2016, 256, 256.

<sup>340</sup> So etwa BGH, Urteil vom 20.03.2003, I ZR 117/00, BGHZ 154, 260, Rn. 22 – *Gies-Adler*; v. *Becker*, GRUR 2004, 104, 106.

Diese Vorgehensweise geht über die einfache Auslegung einer Vorschrift hinaus.<sup>341</sup> Es ist fraglich, ob darin mit Blick auf das Verhältnis der §§ 23, 24 UrhG<sup>342</sup> noch eine mit urheberrechtlichen und verfassungsrechtlichen Wertungen konforme teleologische Rechtsfortbildung von § 24 Abs. 1 UrhG zu erblicken ist.<sup>343</sup>

## b) Kritik an der Rechtsprechung

### aa) *Fehlende Werkeigenschaft, Rechtsunsicherheit und Systembruch*

Platho kritisiert, dass die Rechtsprechung die Privilegierung der Parodie an § 24 Abs. 1 UrhG anknüpft.<sup>344</sup> Der begriffliche Rückgriff auf ein „Verblässen“ der Parodie hinter dem benutzten Werk verkenne das Wesen der Parodie. Eine kritisch-komische Auseinandersetzung mit dem parodierten Werk setze immer die Erkennbarkeit desselben voraus. Die Parodie übernehme die eigentümlichen Merkmale, die die Urheberrechtsschutzfähigkeit des benutzten Werkes begründen, sodass die Anwendbarkeit von § 24 Abs. 1 UrhG ausgeschlossen sei.

Darüber hinaus werden die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum inneren Abstand vielfach als inpraktikabel und zu abstrakt kritisiert.<sup>345</sup> Sie seien „wenig aussagekräftige Metaphern“, die eine willkürliche Unterscheidung zwischen einer zulässigen und unzulässigen Übernahme bestehender Werke provozierten.<sup>346</sup> Als Beispiel werden die Formulierung des Bundesgerichtshofs in seiner *Asterix Persiflagen*-Entscheidung angeführt, in der er fordert, dass das alte Werk in das Neue „hineinverwoben“ werde und ein Prozess der „Anverwandlung des Übernommenen in einem neuen Werk“ stattfinden müsse.<sup>347</sup>

Von Becker bezeichnet das Vorgehen der Rechtsprechung überdies als „Systembruch“. Es sei nicht zu rechtfertigen, dass Bearbeitungen durch die Forderung einer Einwilligung des Originalurhebers gemäß § 23 S. 1 UrhG von dem Anwendungsbereich des § 24 Abs. 1 UrhG ausgeschlossen würden, während für Parodien eine Ausnahme gelte.<sup>348</sup> Einen bestimmten Gesetzestatbestand vor der einen Gruppe von Sachverhalten zu verschließen (Bearbeitungen) und einer gleichgelagerten Gruppe von Sachverhalten zu öffnen (Parodien), obwohl beide nicht von dem

<sup>341</sup> v. Becker, GRUR 2004, 104, 107 f.; ebenfalls kritisch Hilty, in: FS Schulze, S. 127, 129, der die Formel der Rechtsprechung als „Dichotomie von Inhalt und Form“ bezeichnet.

<sup>342</sup> Zu dem Verhältnis beider Vorschriften zueinander siehe S. 177 f.

<sup>343</sup> Zu den Unterschieden von gesetzesimmanenter und gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung siehe Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 191 ff., 232 ff.

<sup>344</sup> Platho, GRUR 1992, 360, 361; vgl. auch Hefii, Die Parodie im Urheberrecht, 103 der generell auf das Institut der freien Benutzung verzichten will.

<sup>345</sup> Stuhlert, Die Behandlung der Parodie im Urheberrecht, S. 291.

<sup>346</sup> Hoeren, GRUR 1994, 751–753, 753.

<sup>347</sup> BGH, Urteil vom 11.03.1993, IZR 264/91, GRUR 1994, 191, 205 – *Asterix Persiflagen*.

<sup>348</sup> v. Becker, GRUR 2004, 104, 108.

Wortlaut erfasst würden, sei systemwidrig.<sup>349</sup> Den Vergleich von Bearbeitungen mit Parodien begründet von Becker damit, dass ein urheberrechtlich geschütztes Werk nicht nur beiden Gestaltungen als Anregung diene, sondern jeweils für Dritte erkennbar wiedergegeben werde.

### *bb) Alternative Lösungsansätze*

Aufgrund der Kritik wurden in der Literatur alternative Ansätze entwickelt, die dem verfassungsrechtlich gebotenen Schutz der Parodie Rechnung tragen sollen.

#### (1) Forderung eines Sonderstatus

##### (a) Parodie als stets zulässige freie Benutzung i. S. d. § 24 Abs. 1 UrhG

Nordemann will den Schutz von Parodien ebenfalls aus § 24 Abs. 1 UrhG herleiten. Statt aufwendiger Konstruktionen zur Herleitung eines hinreichenden Abstandes gelangt er zu dem Ergebnis, dass Parodien als selbständige Neuschöpfungen von dem benutzten Werk frei seien.

Einer ausufernden Privilegierung lasse sich durch die Vorfrage entgegenwirken, ob die vorliegende Gestaltung eine Parodie sei. Sei sie der Kunstform „Parodie“ zuzuordnen, verlangt Nordemann kategorisch ohne eine nähere Prüfung des Abstandes oder der Schöpfungsqualität den urheberrechtlichen Schutz der Gestaltung.<sup>350</sup>

##### (b) Parodie als nicht selbständiges Werk i. S. d. § 24 Abs. 1 UrhG

Ein anderer Ansatz greift die eingangs dargestellte Kritik von Beckers auf, es handele sich um einen Systembruch. Aufgrund der fortbestehenden Sichtbarkeit des Originalwerkes sei die Parodie als Bearbeitung einzuordnen, sodass die Einordnung als selbständiges Werk im Sinne des § 24 Abs. 1 UrhG ausscheide.<sup>351</sup> Um dennoch den verfassungsrechtlich verbürgten Interessen des Parodisten Rechnung zu tragen, wurden zwei Lösungsansätze entwickelt.

Hefti fordert einen eigenständigen Privilegierungstatbestand für Parodien in das Urheberrechtsgesetz aufzunehmen.<sup>352</sup> Platho sucht demgegenüber die Lösung

<sup>349</sup> v. Becker, GRUR 2004, 104, 108.

<sup>350</sup> Nordemann, GRUR 1971, 590, 591.

<sup>351</sup> Platho, GRUR 1992, 360, 361, der den Schluss der Rechtsprechung als den „stilistischen und inhaltlichen Anforderungen an die Parodie“ nicht gerecht werdend bezeichnet.

<sup>352</sup> Hefti, Die Parodie im Urheberrecht, S. 123, der überdies das Institut der „freien Benutzung“ als überflüssig bezeichnet; siehe auch Mauch, Die rechtliche Beurteilung von Parodien im nationalen Urheberrecht der Mitgliedsstaaten der EU, 222 ff., die jedoch die Schaffung

innerhalb der bestehenden Systematik des Urheberrechtsgesetzes und fordert, die Parodie als „freie Bearbeitung“ nach § 23 UrhG einzuordnen.<sup>353</sup>

## (2) Analogie zu § 51 UrhG

Andere begehren die analoge Anwendung des Zitatrechts aus § 51 S. 2 Nr. 2 UrhG auf Parodien.<sup>354</sup>

Obwohl sie sich bestehender Werke bedienen, erhöhen sie nicht den „Anspruch“, eigenständige Neuschöpfungen im Sinne des § 24 Abs. 1 UrhG zu sein. Eine Parodie sei somit weder Subjekt noch Objekt des kreativen Kreislaufs.<sup>355</sup>

Der notwendige Interessenausgleich zwischen den Interessen der beteiligten Grundrechtsträger müsse im Anwendungsbereich von § 51 S. 2 Nr. 2 UrhG stattfinden.<sup>356</sup> Zum einen sei das Zitatrecht ebenfalls Ausfluss der Kunstfreiheit (und Wissenschaftsfreiheit), zum anderen ergäben sich Übereinstimmungen aus der Art und Weise der Wiedergabe des urheberrechtlichen Werkes. Es werde jeweils unverändert oder in nur leicht veränderter Form wiedergegeben.

Während ein Zitat nach früherer Ansicht nur „in einem durch den Zweck gebotenen Umfang“ möglich war, hat die Rechtsprechung in der *Germania 3*-Entscheidung gefordert, dass ein Zitat auch über die bloße Belegfunktion hinaus als künstlerisches Gestaltungsmittel eingesetzt werden könne.<sup>357</sup> Vor dem Hintergrund dieses Rechtsprechungswechsels wird argumentiert, dass die Parodie einen solchen künstlerisch-kritischen Zitatzzweck erfülle. Zudem gelange sie durch die inhaltliche Auseinandersetzung mit der Werkvorlage zu einer eigenen Aussage. Die Parodie gehe damit über eine Reproduktion hinaus, sodass ihre Selbständigkeit gegenüber dem zitierten Werk zu bejahen sei.

Von Becker will die Anwendbarkeit der Zitatfreiheit dahingehend einschränken, dass § 51 S. 2 Nr. 2 UrhG nur bei einer identischen oder leicht veränderten Übernahme des urheberrechtlich geschützten Werkes anwendbar sei.<sup>358</sup> Bei wesentlichen Veränderungen sei § 23 UrhG mit der Maßgabe einschlägig, dass auf das Einwilligungserfordernis zu verzichten sei.

---

eines EU-weiten Privilegierungstatbestandes fordert; ebenso *Stuhlert*, Die Behandlung der Parodie im Urheberrecht, 294 ff., die eine solche Ausnahmeregelung in Form einer Schrankenregelung zugunsten künstlerischer Bearbeitungen unter Zubilligung eines gesetzlichen Vergütungsanspruchs fordert.

<sup>353</sup> *Platho*, GRUR 1992, 360, 362 ff.

<sup>354</sup> v. *Becker*, GRUR 2004, 104, 109; v. *Becker*, in: FS Loewenheim, 3–18, 6; *Schmieder*, NJW 1971, 2173, 2173; *Schmieder*, UFITA 1982, 63, 67 f.

<sup>355</sup> Zum allgemeinen Schöpfungs- und Wachstumsprozess der Kulturleistungen und der Rolle der Parodie v. *Becker*, in: FS Loewenheim, 3–18, 6.

<sup>356</sup> *Schmieder*, UFITA 1982, 63, 65 f.

<sup>357</sup> BVerfG, Beschluss vom 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 151 – *Germania 3*; vor dem Urteil argumentierte *Schmieder*, UFITA 1977, 127–141, 136.

<sup>358</sup> v. *Becker*, GRUR 2004, 104, 109.



## c) Stellungnahme

aa) *Kein Sonderstatus für Parodien*

Die Forderungen nach einer bedingungslosen Privilegierung der Parodie<sup>359</sup>, die die Schöpfungsqualität der konkreten Gestaltung außer Betracht lässt, schlagen fehl.

## (1) Parodie als Vorfrage

Die drei Lösungsansätze der Literatur haben gemein, dass sie das Vorliegen einer Parodie zur Vorfrage der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit erheben, obwohl im Zentrum der Überlegungen die schöpferische Ausdruckskraft der Gestaltung im Vergleich zur Werkvorlage stehen sollte. Diese Herangehensweise entspricht jedoch der des Europäischen Gerichtshof in seinem *Deckmyn*-Urteil<sup>360</sup>, der vor Beurteilung ihrer Zulässigkeit nach Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL herausarbeitet, ob mit Vorliegen eine Parodie der Anwendungsbereich der Vorschrift eröffnet ist.<sup>361</sup>

Der Sonderstatus bedeutet de facto, dass im Gegensatz zur „unfreien“ Benutzung, die den gesetzlichen Regelfall von § 23 UrhG bildet, für die Fallgruppe der Parodie eine Ausnahme gefordert wird. In Ermangelung einer Stütze im Gesetz wird sie mit dem verfassungsrechtlich gebotenen Schutz der Parodie begründet. Dieser Lösungsvorschlag verkehrt die von von Becker geäußerte Kritik an der Rechtsprechung in ihr Gegenteil, dass die extensive Auslegung des Wortlauts von § 24 Abs. 1 UrhG zugunsten nur einer Vergleichsgruppe systemwidrig sei.

Bei der Begründung eines Regel-Ausnahmeverhältnisses von Parodien und Bearbeitungen wird außer Acht gelassen, dass bislang keine feststehende Definition einer Parodie existiert.<sup>362</sup> Ist der Anwendungsbereich einer einseitigen Privilegierung für Parodien aber nicht eindeutig bestimmbar, lässt sich ein Sonderstatus mit Blick auf das im Urheberrechtsgesetz aufgestellte Regel-Ausnahmeverhältnis nicht annehmen. Andernfalls droht die Ungleichbehandlung miteinander verwandter Gestaltungen, die mal der Kunstform der Parodie und mal als andere referenzielle Gestaltung eingeordnet werden. Dadurch entstünde eine erhebliche Rechtsunsicherheit.

<sup>359</sup> Vgl. S. 190 ff.

<sup>360</sup> EuGH, Urteil vom 03.09.2014, C-201/13, ECLI EU:C:2014:2132 – *Deckmyn*.

<sup>361</sup> Ausführlich zu der Rechtsprechung des EuGH im nächsten Abschnitt, vgl. 204 ff.

<sup>362</sup> *Arz*, UFITA 2013, 353, 362; v. *Becker*, GRUR 2015, 336, 336; *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2015, 658, 658; *Rütz*, WRP 2004, 323, 330.

## (2) Werkqualität der Parodie

## (a) Parodie als stets zulässige freie Benutzung i. S. d. § 24 Abs. 1 UrhG

Es besteht nicht die Notwendigkeit, Parodien pauschal als selbständige Werke nach § 24 Abs. 1 UrhG zu privilegieren. Weisen sie Werkqualität auf, wird ihnen dieser Schutz ohnehin qua Gesetz zuteil. Mit Blick auf den Schutzzweck des Urheberrechts ist es unbillig, Parodien die eigene Schöpfungsqualität kategorisch zuzusprechen.

Das von Nordemann vorgeschlagene Vorgehen zieht zudem die Rechtsfolgenfrage nach sich: Darf Parodien mit und ohne Schöpfungsqualität trotz der eindeutigen Unterscheidung im deutschen Rechtssystem zwischen Urheberrechten und ergänzendem Leistungsschutz derselbe Schutz zuteil werden?

## (b) Parodie als unselbständiges Werk i. S. d. § 23 S. 1 UrhG

Auch das gegenteilige Vorgehen von Platho, die Parodie unter den Bearbeitungsstatbestand zu subsumieren, ist systemwidrig. Man kann nicht zum einen argumentieren, der Tatbestand einer Bearbeitung sei – was er nicht ist – erfüllt, und zum anderen fordern, dass eine Ausnahme von der in § 23 UrhG geregelten Rechtsfolge – dem Einwilligungserfordernis – gemacht wird. Dieses Vorgehen ist keinesfalls als „teleologische Reduktion“ zu bezeichnen, da es mit dem Regelungszweck des § 23 UrhG unvereinbar ist. Stattdessen findet eine „Rosinenpickerei“ statt, bei der ergebnisorientiert nur die „schmackhaftesten“ Teile herausgepickt, während die anderen für überflüssig befunden und „entsorgt“ werden.

Hinzu tritt der Umstand, dass § 23 UrhG nach hier vertretener Ansicht ein eigenständiges Verwertungsrecht darstellt und als solches den Werkherrschschaftsbereich des Urhebers markiert. Für die Privilegierung einer einzelnen Fallgruppe ist daher nicht auf Seiten des Urhebers durch immanente Beschränkung seiner Rechte, sondern auf Seiten des Dritten in der Form anzusetzen, dass eine Ausnahme von den Verwertungsrechten<sup>363</sup> für Parodien statuiert werden müsste.

*bb) Parodie durch Veränderung der Vorlage*

## (1) Übertragbarkeit der Grundsätze

Obwohl die Rechtsprechung zunehmend dazu neigt, im Einzelfall eine verfassungskonforme extensive Auslegung von § 51 Abs. 1 Nr. 2 UrhG vorzunehmen<sup>364</sup>,

<sup>363</sup> So beschreibt *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 477 die Wirkung der §§ 44a ff. UrhG.

<sup>364</sup> BVerfG, Beschluss vom 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, Rn. 22 – *Germania 3*; BGH, Urteil vom 11.03.1993, I ZR 264/91, GRUR 1994, 191, 199 – *Asterix Persiflagen*.

bilden Parodien entgegen der Ansicht von Beckers<sup>365</sup> keinen Anwendungsfall des Zitatrechts.

Der Grund ist in dem eigenen schöpferischen Tätigwerden des Parodisten verankert, das bei einer Schrankenbestimmung fehlt.<sup>366</sup> Sie zeichnen sich vielmehr durch die identische Wiedergabe des Werkes aus. Es kommt bei § 51 UrhG nicht auf die Art und Weise der Werknutzung, sondern auf den (Zitat-)Zweck zur Teilnahme am künstlerischen und wissenschaftlichen Austausch zwischen dem zitierten und selbständigen Werk an.<sup>367</sup> Diese Zielrichtung ist bei der Parodie zu verneinen.

Zudem erfüllen Parodien die an ein Zitat gestellten Voraussetzungen nicht.<sup>368</sup> Sie machen weder die Quelle gemäß § 63 UrhG kenntlich, noch halten sie das Änderungsverbot des § 62 UrhG ein. Der Sinn und Zweck einer Parodie besteht darin, die Vorlage sichtbar zu verzerrern und im Wege von Veränderungen in einen anderen Kontext einzupassen.<sup>369</sup> Dieses Wesen droht, durch die Heranziehung von § 51 UrhG verkannt zu werden.

## (2) Analogievoraussetzungen

Wer trotz dieser Widersprüche § 51 UrhG auf Parodien anwendet, mag auf eine analoge Anwendung verweisen. Es fehlt dann jedoch – wie im Folgenden gezeigt wird – bereits an einer planwidrigen Regelungslücke.

Das Urheberrechtsgesetz enthält zwar keine Vorschrift, die die künstlerische Auseinandersetzung mit urheberrechtlich geschützten Werken ausdrücklich vorsieht. Der Gesetzgeber hat jedoch mit § 24 Abs. 1 UrhG ein Instrument vorgesehen, mit dem die transformative Werknutzung in das Urheberrechtsgesetz eingepasst werden kann. Der Vorschrift lässt sich ausdrücklich entnehmen, dass die freie Benutzung eines vorbestehenden Werkes zulässig ist, sofern ein selbständiges Werk entsteht. Da schöpferischem Tätigwerden stets ein künstlerischer Charakter im Sinne von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG innewohnt<sup>370</sup>, ist eine Regelungslücke zu verneinen.<sup>371</sup> Dem steht nicht entgegen, dass die Rezeption fremder Gedanken und For-

<sup>365</sup> Vgl. S. 191 f.

<sup>366</sup> Die unterschiedlichen Voraussetzungen und Wirkungsweisen von § 24 Abs. 1 UrhG gegenüber den Schrankenbestimmungen wurde im Einzelnen dargestellt auf S. 174 ff.

<sup>367</sup> *Schmieder*, UFITA 1982, 63, 65; *Slopek*, WRP 2009, 20, 24.

<sup>368</sup> *Gabler*, Die Urheberrechtliche Drittnutzung, S. 149; *Fischer*, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 74; *Hefti*, Die Parodie im Urheberrecht, 108 f.; *Hilty*, in: FS Schulze, S. 127, 132; *Platho*, GRUR 1992, 360, 362; *Slopek*, WRP 2009, 20, 24.

<sup>369</sup> *Gabler*, Die Urheberrechtliche Drittnutzung, S. 149; *Hefti*, Die Parodie im Urheberrecht, S. 108; *Stuhler*, Die Behandlung der Parodie im Urheberrecht, 64, 109; *Arz*, UFITA 2013, 353, 362.

<sup>370</sup> Das Verhältnis der Kunstfreiheit zum Urheberrecht wurde ausführlich dargestellt auf S. 80 ff.

<sup>371</sup> *Platho*, GRUR 1992, 360, 362; *Slopek*, WRP 2009, 20, 24; *Arz*, UFITA 2013, 353, 362.

men<sup>372</sup> nicht ausdrücklich als künstlerisches Gestaltungsmittel in § 24 Abs. 1 UrhG aufgenommen wurde.

Selbst bei der Annahme einer Regelungslücke wäre nicht auf die Anwendbarkeit des Zitatrechts zu schließen, da § 51 UrhG aufgrund des fehlenden Erfordernisses eines eigenen schöpferischen Tätigwerdens erst Recht nicht auf die künstlerische Auseinandersetzung mit bestehenden Werken gerichtet ist.

Dennoch können bei Parodien Überschneidungen zwischen dem Zitatrecht (§ 51 UrhG) und der freien Benutzung (§ 24 Abs. 1 UrhG) entstehen. Entscheidende Voraussetzung von § 24 Abs. 1 UrhG ist das eigene schöpferische Tätigwerden. Fehlt es daran oder liegt nur eine marginale Veränderung im Sinne einer Bearbeitung vor, kann § 51 Abs. 1 Nr. 2 UrhG in Übereinstimmung mit von Becker anzuwenden sein.<sup>373</sup> Entscheidend ist, ob die fremden Elemente erkennbar als Fremdkörper der Parodie hervortreten, oder ob sie derart mit ihr verschmelzen, dass sie Bestandteil der Parodie werden.<sup>374</sup>

### cc) Übertragbarkeit der Verblassens-Formel

Wie eingangs dargestellt, unterfällt die Parodie nicht dem klassischen Anwendungsbereich von § 24 Abs. 1 UrhG. Dass die Rechtsprechung für ihr Vorgehen kritisiert wird, ist daher naheliegend.<sup>375</sup>

Kurioser Weise bildet das Kriterium des „Verblassens“ den weitestgehenden Anknüpfungspunkt der Kritik<sup>376</sup>, obwohl es kein Tatbestandsmerkmal von § 24 Abs. 1 UrhG ist. Bei ihm handelt es sich nur um ein von der Rechtsprechung herangezogenes Kriterium, das der Konkretisierung des unbestimmten Tatbestandsmerkmals der „Selbständigkeit“ dient.

Dennoch die Kritik auf den Widerspruch zwischen der Verblassens-Formel und den Besonderheiten der Parodie zu stützen, ist daher wenig zielführend.<sup>377</sup> Insbesondere lässt diese Argumentation Raum für eine anderslautende Begriffsbestimmung der freien Benutzung.

<sup>372</sup> Diese treffende Formulierung entstammt *Hoeren*, GRUR 1994, 751–753, 752.

<sup>373</sup> v. *Becker*, GRUR 2004, 104, 109; ebenso *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 51 UrhG Rn. 15; *Spindler*, in: *Schricker/Loewenheim*, § 51 UrhG 31 ff.; *Hilty/Senftleben*, in: FS: 50 Jahre UrhG, S. 318, 324.

<sup>374</sup> *Gabler*, Die Urheberrechtliche Drittnutzung, S. 149.

<sup>375</sup> Vgl. *Stuhler*, Die Behandlung der Parodie im Urheberrecht, 291 ff.; v. *Becker*, GRUR 2004, 104, 106 f.; *Hoeren*, GRUR 1994, 751–753, 753.

<sup>376</sup> Siehe vorstehend die aufgeführten Kritikpunkte auf S. 189 ff.

<sup>377</sup> *Arz*, UFITA 2013, 353, 361.

## (1) Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung

Das Bundesverfassungsgericht will Parodien im Urheberrecht geschützt sehen und hat die zwischen den Grundrechtspositionen erforderliche Abwägung auf den Gesetzgeber des Urheberrechtsgesetzes übertragen.<sup>378</sup> Es ist daher folgerichtig, dass die Rechtsprechung mit den im Urheberrechtsgesetz vorgesehenen Vorschriften arbeitet und sie über den reinen Wortlaut hinaus auslegt, um einen verfassungskonformen Ausgleich der beeinträchtigten Interessen zu erreichen.<sup>379</sup>

Das Bundesverfassungsgericht stellte diesbezüglich klar, dass es genügt, wenn die Gerichte im Rahmen eines Interessenausgleichs die Möglichkeit hätten, auf der Grundlage der maßgeblichen Vorschriften „zu einer der Verfassung entsprechenden Zuordnung der kollidierenden Rechtsgüter zu gelangen“<sup>380</sup>.

Dem trug der Bundesgerichtshof Rechnung. Da das Urheberrechtsgesetz keine ausdrückliche Regelung zur künstlerischen Rezeption fremder Gedanken und Formen<sup>381</sup> enthalte, legt er § 24 Abs. 1 UrhG mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG verfassungskonform aus. Zur Erzielung eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen dem Urheber der Werkvorlage und dem Parodisten berücksichtigt er neben der Regelungsabsicht und der Systematik die Teleologie des Urheberrechtsgesetzes. Damit bedient er sich der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung.<sup>382</sup>

## (2) Systemkonformes Vorgehen des Bundesgerichtshofs

### (a) Konkretisierung des Tatbestandes

Der Bundesgerichtshof begeht mit der extensiven Auslegung von § 24 Abs. 1 UrhG entgegen der Ansicht von Beckers keinen Systembruch.

Er erhebt das Vorliegen einer Parodie nicht zur Anwendungsvoraussetzung, sondern weist in seinem *Asterix-Persiflagen*-Urteil ausdrücklich darauf hin, dass nicht zu prüfen sei, „inwieweit das neue Werk [...] parodistische Züge aufweist“<sup>383</sup>. Stattdessen erhebt der Bundesgerichtshof – im Einklang mit der Gesetzesbegründung – das Vorliegen einer selbständigen Neuschöpfung zur Anwendungsvoraus-

<sup>378</sup> BVerfG, Beschluss vom 07.07.1971, 1 BvR 765/66, BVerfGE 31, 229, Rn. 41 – *Schulbuchprivileg*; BVerfG, Beschluss vom 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, Rn. 19 – *Germania 3*.

<sup>379</sup> Zur verfassungskonformen Auslegung durch den Richter BVerfG, Beschluss vom 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, Rn. 20 – *Germania 3*.

<sup>380</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 71 – *Metall auf Metall*.

<sup>381</sup> Diese treffende Formulierung entstammt *Hoeren*, GRUR 1994, 751–753, 752.

<sup>382</sup> Näher zur Vorgehensweise *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 191.

<sup>383</sup> BGH, Urteil vom 11.03.1993, I ZR 264/91, GRUR 1994, 191, 195 – *Asterix Persiflagen*.

setzung von § 24 Abs. 1 UrhG. Die (parodistische) Gestaltung muss Werkeigen-schaft aufweisen.

Erst bei der Beurteilung der Selbständigkeit, die sich nach dem Vorliegen eines hinreichenden Abstandes zum benutzten Werk beurteilt, verwendet der Bundesgerichtshof den Begriff der „Parodie“ als ein Beispiel für eine Art der künstlerischen Auseinandersetzung mit dem vorbestehenden Werk. Diese Zuordnung ist jedoch erforderlich, um Lebenssachverhalte kategorisieren und an fallgruppenbezogene konkretere Voraussetzungen knüpfen zu können.

Das Aufrufen der Parodie als Anwendungsfall dient somit nur der Konkretisierung des unpräzisen Kriteriums des „inneren Abstandes“ – ähnlich einem Beispielkatalog.<sup>384</sup> In weiterem Bemühen, die Konturen des Anwendungsbereichs von § 24 Abs. 1 UrhG zu schärfen, hat der Bundesgerichtshof Aussagen zum Gegenstand der Kritik, zum Bewertungsmaßstab der schöpferischen Qualitäten der Parodie sowie zum Umfang der erlaubten Entlehnung getroffen.<sup>385</sup>

Auf diese Weise hat der Bundesgerichtshof die Anwendungsvoraussetzungen trotz des offenen Wortlauts der Vorschrift für den Rechtsanwender hinreichend konkretisiert.<sup>386</sup> Der nächste Schritt besteht in der Einpassung von Lebenssachverhalten im Wege der Subsumtion.

## (b) Kunstspezifische Betrachtung

Anstatt der Parodie aufgrund der verfassungsrechtlich verbürgten Interessen des Parodisten innerhalb des Anwendungsbereichs von § 24 Abs. 1 UrhG einen Sonderstatus zu verschaffen, hebt der Bundesgerichtshof die Bedeutung der Kunstfreiheit für das Urheberrecht allgemein hervor.<sup>387</sup> In Umsetzung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat er den Anwendungsbereich urheberrechtlicher Ausnahmenvorschriften zunehmend für neue Benutzungsformen geöffnet.<sup>388</sup> Übergeordneter Gesichtspunkt einer verfassungskonformen Auslegung sei „der notwen-

<sup>384</sup> Zu diesem Ergebnis gelangt *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 24 UrhG Rn. 1; vgl. allgemein zu der Einführung flexibler Generalklauseln zugunsten der Allgemeinheit *Ohly*, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, F5-F129, F 23.

<sup>385</sup> Ebenso *Arz*, UFITA 2013, 353, 360 f.; *Rütz*, WRP 2004, 323, 330.

<sup>386</sup> *Rütz*, WRP 2004, 323, 330.

<sup>387</sup> So BGH, Urteil vom 01. 12. 2010, I ZR 12/08, GRUR 2011, 134, Rn. 34 – *Perlentaucher*; BGH, Urteil vom 17. 07. 2013, I ZR 52/12, GRUR 2014, 258, Rn. 39 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm*.

<sup>388</sup> BVerfG, Beschluss vom 29. 06. 2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 151 f. – *Germania 3*; BVerfG, Urteil vom 31. 05. 2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 85 – *Metall auf Metall*; dem folgt für Parodien BGH, Urteil vom 28. 07. 2016, I ZR 9/15, GRUR 2016, 1157, 33 – *Promis auffett getrimmt*; a. A. ist für den Bereich des Sampling BGH, Urteil vom 13. 12. 2012, I ZR 182/11, GRUR 2013, 614, Rn. 21 – *Metall auf Metall II*; von dieser restriktiven Anwendung distanziert sich jedoch im Wege der Vorlagefragen BGH, Beschluss vom 01. 06. 2017, I ZR 115/16, GRUR 2017, 895, Rn. 41 – *Metall auf Metall III*.

dige – und im Hinblick auf die Kunstfreiheit auch gebotene – Freiraum gerade für anspruchsvolleres künstlerisches Schaffen“.<sup>389</sup>

Entgegen dem Vorwurf von Beckers wird also nicht innerhalb des Anwendungsbereichs von § 24 Abs. 1 UrhG eine Ausnahme zugunsten von Parodien gebildet.<sup>390</sup> Der Bundesgerichtshof entwickelt vielmehr eine Argumentation zur künstlerischen Auseinandersetzung mit bestehenden Werken.<sup>391</sup> Sie lässt sich auf andere Kunstformen übertragen, die, ohne eine Parodie zu sein, fremde Gedanken und Formen rezipieren.

#### *dd) Zwischenergebnis*

Die Ausführungen zeigen, dass an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs festzuhalten ist.<sup>392</sup> § 24 Abs. 1 UrhG wird zu einem flexiblen Instrument, das Freiräume für die Nutzung bestehender Werke zur Förderung der kulturellen Vielfalt ermöglicht und dem Interesse der Allgemeinheit an einem reichen Kulturleben Rechnung trägt.

Das Vorgehen des Bundesgerichtshofs zeigt, dass das Urheberrechtsgesetz in seiner aktuellen Form hinreichend Anknüpfungspunkte bietet, um die künstlerische Auseinandersetzung mit bestehenden Werken unter Berücksichtigung der beteiligten Interessen und Grundrechtspositionen zu erfassen.

### *4. Dogmatische Einordnung*

Auch für die erweiterte Funktion von § 24 Abs. 1 UrhG stellt sich die Frage nach der dogmatischen Einordnung der Vorschrift.<sup>393</sup> Aufgrund der fortbestehenden Sichtbarkeit des benutzten Werkes ist fraglich, ob die Erwägungen zum äußeren Abstand auf die Funktionsweise von § 24 Abs. 1 UrhG bei Vorliegen eines inneren Abstandes zu übertragen sind.

Der äußere Abstand beider Gestaltungen wird dadurch geprägt, dass die Handlungen Dritter sichtbar außerhalb des Schutzbereiches liegen. Der innere Abstand zeichnet sich hingegen dadurch aus, dass bei äußerer Betrachtung eine Schutzbereichsverletzung vorliegt, die jedoch wegen übergeordneter verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte privilegiert wird.

<sup>389</sup> BGH, Urteil vom 11.03.1993, I ZR 264/91, GRUR 1994, 191, 194 – *Asterix Persiflagen*.

<sup>390</sup> Zu der vorgebrachten Kritik und Bewertung dieser Kritik vgl. S. 189 f., 193 ff.

<sup>391</sup> *Melichar/Stieper*, in: Schricker/Loewenheim, vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 21; *Slopek*, WRP 2009, 20, 25.

<sup>392</sup> Für die Rechtsprechungsentwicklung siehe S. 186 ff.

<sup>393</sup> Vgl. zu dem Hintergrund der Prüfung S. 170.

Aufgrund dieser verschiedenen Argumentationsmuster zur Selbständigkeit des neuen Werkes kann eine Stellungnahme zur dogmatischen Einordnung des § 24 Abs. 1 UrhG weder allgemein erfolgen, noch lassen sich sämtliche zur klassischen Funktion getroffenen Erwägungen übertragen.<sup>394</sup>

#### a) Parallele zur Schrankenbestimmung

Die Auseinandersetzung mit einem vorbestehenden Werk setzt die Sichtbarkeit desselben voraus. Sie führt zu einer vordergründigen Übereinstimmung der prägenden Merkmale des benutzten und des neuen Werkes. Folglich liegt bei oberflächlicher Betrachtung eine Vervielfältigung (§ 16 UrhG) oder eine Umgestaltung (§ 23 UrhG) vor. Die Abgrenzung richtet sich nach dem Grad der Veränderungen.<sup>395</sup>

Ist der Schutzgegenstand des benutzten Werkes grundsätzlich betroffen, entsteht mit der Anordnung in § 24 Abs. 1 UrhG ein Regel-Ausnahmeverhältnis. Die Wirkungsweise der Vorschrift erinnert daher bei Vorliegen eines inneren Abstandes an die Wirkungsweise der §§ 44a ff. UrhG.<sup>396</sup>

#### b) Parallele zur Schutzzumfangbestimmung

Dennoch weist die erweiterte Funktion von § 24 Abs. 1 UrhG stärkere Parallelen zu einer Schutzzumfangbestimmung auf.

Zum einen bedarf es wie im klassischen Anwendungsbereich der Vorschrift einer Neuschöpfung, die anders als bei inhaltlichen Schrankenbestimmungen zu einer Loslösung von der Werkherrschaft an dem benutzten Werk führt. Ausweislich des Wortlauts von § 24 Abs. 1 UrhG muss die neue Gestaltung also ebenfalls eine eigenpersönliche Prägung aufweisen.

Zum anderen wird parallel zum klassischen Anwendungsbereich von § 24 Abs. 1 UrhG als Ausfluss des Selbständigkeitskriteriums das Vorliegen eines hinreichenden Abstandes gefordert. Wie beim äußeren Abstand wird zur Ermittlung des inneren Abstandes ausschließlich die Art und Weise der Werknutzung herangezogen.

Die Beurteilung der Eigentümlichkeit der neuen Gestaltung im Vergleich zur Vorlage erfolgt also unabhängig davon, ob der parodierende Urheber, wie bei den inhaltlichen Schrankenbestimmungen gefordert<sup>397</sup>, einen bestimmten Zweck mit

---

<sup>394</sup> Ebenso *Gabler*, Die Urheberrechtliche Drittnutzung, S. 122; *Hilty*, in: FS Schulze, S. 127, 128.

<sup>395</sup> Vgl. zur Abgrenzung S. 149 ff.

<sup>396</sup> Vgl. dazu S. 174 ff.; so wohl auch *Haas*, Die Verwendung von Bearbeitungen urheberrechtlich geschützter Werke, S. 120.

<sup>397</sup> Vgl. zum Regelungszweck der §§ 44a ff. UrhG S. 173.



der Werknutzung verfolgt. Sie beurteilt sich aus rein objektiver Sicht danach, ob eine antithematische Auseinandersetzung mit dem benutzten Werk vorliegt.

Der einzige Unterschied zwischen dem klassischen und dem erweiterten Anwendungsbereich von § 24 Abs. 1 UrhG ergibt sich daraus, dass nicht nur auf die vordergründige Übereinstimmung abgestellt wird. Das eigene Wesen eines Werkes ergibt sich aber aufgrund des Erfordernisses eines geistigen Gehaltes niemals nur aus seiner Formgestaltung. Eine eigene schöpferische Ausdruckskraft kann vielmehr auch aus der Neukomposition der übernommenen, weiterhin sichtbaren Elemente mit neuen Elementen folgen. Insoweit ist eine Parallele zu dem eingangs vorgestellten kommunikationswissenschaftlichen Ansatz zu ziehen, wonach Variationen einer Kommunikationseinheit bei gleichbleibendem Inhalt durch Modifikationen auf der Ebene der Form entstehen können.<sup>398</sup> Übertragen auf die Parodie bedeutet dies, dass sich die optisch und/oder akustisch verwendeten Ressourcen, verschmolzen zu einer Einheit, nicht mehr in ihre Einzelteile zerlegen lassen, ohne dass der individuelle geistige Gehalt der neuen Gestaltung verloren ginge.<sup>399</sup>

Die Sichtbarkeit des benutzten Werkes spricht daher nur bei einer oberflächlichen Untersuchung für die Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG als Schrankenbestimmung. Aufgrund des eigenen geistigen Gehalts einer Parodie, die aus der kritischen Würdigung des benutzten Werkes resultiert und sich prägend auf ihre Formgestaltung auswirkt, betrifft sie nicht den Schutzgegenstand des benutzten Werkes.

### c) Zwischenergebnis

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass § 24 Abs. 1 UrhG trotz einer anteiligen Wesensverwandtschaft nicht als inhaltliche Schrankenbestimmung einzuordnen ist.<sup>400</sup>

Die Vorschrift konkretisiert § 2 Abs. 2 UrhG vielmehr dahingehend, dass ein neues selbständiges Werk auch in Auseinandersetzung mit einem vorbestehenden Werk, also in Folge dessen Inspirationswirkung, entstehen kann.<sup>401</sup> Damit kommt

<sup>398</sup> Zu den memetischen Variationen siehe S. 45 f., 59 ff. sowie an späterer Stelle dieser Arbeit S. 316 ff.

<sup>399</sup> Zu der Untrennbarkeit der einzelnen Elemente bereits auf S. 106 ff., 112 f.

<sup>400</sup> Dazu nochmals an späterer Stelle auf S. 309 f.

<sup>401</sup> Im nächsten Abschnitt (C. Die freie Benutzung im digitalen Zeitalter) wird die verfassungsrechtliche Rechtsprechung zu § 24 Abs. 1 UrhG untersucht, vgl. S. 236 ff. Vor dem Hintergrund der vorgenommenen dogmatischen Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG bei Vorliegen eines inneren Abstandes ist die maßgeblich durch das BVerfG geprägte Auslegung der Tatbestandsmerkmale in *Metall auf Metall* keineswegs als eine extensivierende Auslegung zu betrachten. Sie entspricht vielmehr der üblichen Auslegung des Telos einer Vorschrift, da auch Werke, die einen inneren Abstand zur Werkvorlage aufweisen, persönliche geistige Schöpfungen sind und aufgrund ihrer Selbständigkeit dem originären Regelungszweck von

§ 24 Abs. 1 UrhG auch bei Vorliegen eines inneren Abstandes die Funktion zu, den Inhalt des geistigen Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG näher auszugestalten.

Aus diesem Ineinandergreifen von §§ 2, 24 Abs. 1 UrhG folgt, dass Parodien aufgrund ihrer eigenen schöpferischen Ausdruckskraft dem originären Anwendungsbereich der freien Benutzung unterfallen. Infolgedessen ist die Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG als Schutzzumfangbestimmung deklaratorischer Natur nicht nur naheliegend, sondern Folge eines hinreichenden Genreverständnisses<sup>402</sup> von Parodien.<sup>403</sup>

### III. Unionsrechtlicher Rahmen

Es sind Überlegungen zum unionsrechtlichen Rahmen anzustellen. Zum einen stellt sich die Frage, ob und inwieweit § 24 Abs. 1 UrhG mit der InfoSoc-Richtlinie vereinbar ist, zum anderen, wie sich die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union auf die Auslegung der Vorschrift auswirkt.

Diese Fragestellungen sind nicht nur dogmatischer Natur, sondern von weitreichender Bedeutung für die Rechtsanwendung. Die InfoSoc-Richtlinie enthält Vorschriften, die den Regelungsgehalt von § 24 Abs. 1 UrhG betreffen und womöglich neuformieren. Ob und inwieweit das Rechtsinstitut der freien Benutzung in den unionsrechtlichen Rahmen einzuordnen ist, wird insbesondere seit dem EuGH-Urteil *Pelham u. a.* sowie seit Inkrafttreten der Richtlinie (EU) 2019/790 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG (DSM-Richtlinie) auf unionsrechtlicher wie auch nationaler Ebene diskutiert.<sup>404</sup>

Die nachfolgenden Ausführungen tragen zu dieser aktuellen Diskussion bei. Auf Grundlage der unionsrechtlichen und nationalrechtlichen Besonderheiten der Urheberrechtsordnungen wird die Rolle von § 24 Abs. 1 UrhG im unionsrechtlichen Rahmen herausgearbeitet. Dabei wird erneut unterschieden zwischen

---

§ 24 Abs. 1 UrhG unterfallen. Während es bislang nur um eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Werkvorlage geht, wird es nachfolgend um eine ästhetische Auseinandersetzung gehen. Für diese gilt jedoch das Vorstehende, vgl. dazu S. 309 ff.

<sup>402</sup> Zu den Besonderheiten dieses Kunstgenres siehe S. 181 f.

<sup>403</sup> Gleiches wurde für die dogmatische Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG für die Fallgruppe des äußeren Abstandes hearusgearbeitet, vgl. S. 180 f.

<sup>404</sup> Am 24.06.2020 wurde ein Diskussionsentwurf des BMJV veröffentlicht, der als „Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des Digitalen Binnenmarktes“ bezeichnet wird. Er greift Art. 17 DSM-Richtlinie und die Rechtsprechung des EuGH in *Pelham u. a.* Damit ging es um die Frage, wie digitale referenzielle Kunstgattungen im Urheberrechtsgesetz geschützt werden können. Während dieser Schutz traditionell durch § 24 Abs. 1 UrhG angenommen wurde, soll diese Vorschrift nun entfallen. Ihr Regelungsgehalt soll teilweise durch § 23 Abs. 1 UrhG-E aufgefangen werden. Zudem wird vorgeschlagen, mit § 51a UrhG-E eine Parodieschranke entsprechend Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie einzuführen.

der klassischen und der erweiterten Funktion der Vorschrift. Die Unterscheidung ermöglicht es, die Charakteristika der jeweiligen Werknutzungshandlungen zu berücksichtigen.

### *1. InfoSoc-Richtlinie*

Die InfoSoc-Richtlinie trat im Mai 2001 in Kraft und dient der Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

Laut dem dritten Erwägungsgrund der Richtlinie dient sie der Beachtung der tragenden Grundsätze des Rechts, namentlich des Schutzes des – auch geistigen – Eigentums, der freien Meinungsäußerung und des Gemeinwohls. Zu diesem Zwecke vollharmonisieren die Art. 2 bis 4 InfoSoc-Richtlinie im zweiten Kapitel die Verwertungsrechte des Urhebers. In Art. 5 InfoSoc-Richtlinie sieht sie dagegen Ausnahmen und Beschränkungen vom Urheberrechtsschutz vor.

Während sich Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 InfoSoc-Richtlinie ausschließlich auf das Vervielfältigungsrecht beziehen, sieht Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie einen abschließenden Schrankenkatalog vor.<sup>405</sup> Spiegelbildlich zu den §§ 44a ff. UrhG sind die einzelnen Ausnahmen und Beschränkungen an einen bestimmten Zweck gebunden und entsprechend funktionsbezogen auszulegen.<sup>406</sup> Sie stellen einen angemessenen Rechts- und Interessenausgleich zwischen den verschiedenen Kategorien von Rechteinhabern und Nutzern von Schutzgegenständen im digitalisierten Europa sicher.<sup>407</sup>

### *2. Die freie Benutzung im europäischen Urheberrecht*

Es stellt sich die Frage, ob das Institut der freien Benutzung durch die InfoSoc-Richtlinie vollharmonisiert ist.

#### *a) InfoSoc-Richtlinie*

Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie enthält keine dem § 24 Abs. 1 UrhG entsprechende Regelung zur freien Benutzung eines vorbestehenden Werkes. Einzig die in Art. 5 Abs. 3 lit. d, i und k InfoSoc-Richtlinie vorgesehenen Schranken für Zitate, beiläufige Einbeziehungen und Parodien dienen der Auseinandersetzung mit sowie der Nutzung von vorbestehenden Werken.

<sup>405</sup> Siehe EG 32 der RL 2001/29/EG.

<sup>406</sup> Vgl. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2015, 533, 534.

<sup>407</sup> Siehe EG 31 der RL 2001/29/EG.

Da § 51 UrhG bereits das deutsche Äquivalent zu Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-Richtlinie bildet, lassen sich aus der Vollharmonisierung der Zitierfreiheit keine Schlüsse für die unionsrechtliche Einordnung des § 24 Abs. 1 UrhG ziehen. Infolgedessen ist Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-Richtlinie außer Betracht zu lassen.

Als Anhaltspunkte verbleiben Art. 5 Abs. 3 lit. i und k InfoSoc-Richtlinie. Die in Art. 5 Abs. 3 lit. i InfoSoc-Richtlinie verankerte Ausnahme scheitert daran, dass ein Werk, das als Anregung für eine selbständige Neuschöpfung dient, nicht nur beiläufig in den Schöpfungsprozess einbezogen wird, sondern ein wesentlicher Bestandteil desselben ist. Ebenso wenig greift die Parodieausnahme, da sie eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Werkvorlage in Form einer Parodie voraussetzt, die nur manchen Formen der freien Benutzung innewohnt.

Die in Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie verankerten Varianten der Auseinandersetzung mit vorbestehenden Werken greifen somit nur Teilaspekte der freien Benutzung auf. Aus ihnen lässt sich daher die Vollharmonisierung von § 24 Abs. 1 UrhG nicht herleiten.

Ergänzend ist Art. 5 Abs. 3 lit. o InfoSoc-Richtlinie in Betracht ziehen, der keine eigenständige Ausnahme enthält, sondern als Auffangtatbestand für bestimmte Werknutzungen geringer Bedeutung ausgestaltet ist.<sup>408</sup> Obwohl es mit § 24 Abs. 1 UrhG im nationalen Recht eine einzelstaatliche Vorschrift für die freie Benutzung eines urheberrechtlich geschützten Werkes gibt, unterfallen die mit ihr einhergehenden Werknutzungen dem direkten Anwendungsbereich, sodass es keiner analogen Anwendung bedarf.<sup>409</sup> Zudem ist die Geringfügigkeit der Werknutzung zu verneinen, sodass sich § 24 Abs. 1 UrhG auch nicht unter den Auffangtatbestand des Art. 5 Abs. 3 lit. o InfoSoc-Richtlinie fassen lässt.<sup>410</sup>

Es ist festzuhalten, dass die InfoSoc-Richtlinie keine dem § 24 Abs. 1 UrhG entsprechende Regelung enthält.<sup>411</sup> Daraus lässt sich zweierlei folgern: Entweder ist § 24 Abs. 1 UrhG wegen des abschließenden Charakters der in Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie geregelten Ausnahmen und Beschränkungen mit dem Unionsrecht unvereinbar. Alternativ lässt sich mit Blick auf die dogmatische Einordnung als Schutzzumfangbestimmung argumentieren, dass § 24 Abs. 1 UrhG keine „Ausnahme und Beschränkung“ im Sinne von Art. 5 InfoSoc-Richtlinie ist und daher nicht der von der InfoSoc-Richtlinie angestrebten Vollharmonisierung unterfällt.

---

<sup>408</sup> Wegmann, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, S. 167.

<sup>409</sup> Wegmann, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, S. 169.

<sup>410</sup> EuGH-Generalanwalt, Schlussantrag vom 12. 12. 2018, C-476/17, ECLI EU:C:2018:1002, Rn. 57 – *Pelham u. a.*

<sup>411</sup> Zu diesem Ergebnis gelangt auch Fischer, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 223.

## b) Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union

Im Rahmen seiner *Pelham u. a.*-Entscheidung hat der Gerichtshof der Europäischen Union am 29. Juli 2019 erstmals ausdrücklich dazu Stellung genommen, ob das in der deutschen Rechtsordnung in § 24 Abs. 1 UrhG angelegte Institut der freien Benutzung mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

## aa) Hintergrund des Urteils

Vor diesem Urteil diente einzig das *Infopaq*-Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union als Anknüpfungspunkt für Spekulationen über die Vereinbarkeit der Vorschrift mit dem Unionsrecht. Dem Urteil lassen sich indes keine eindeutigen Aussagen entnehmen, da sich der Gerichtshof der Europäischen Union dort nur zum Teileschutz nach Art. 2 InfoSoc-Richtlinie geäußert hat, ohne das Institut der freien Benutzung ausdrücklich zu erwähnen.<sup>412</sup>

Anlass für das *Pelham u. a.*-Urteil des EuGH bildete der Vorlagebeschluss des Bundesgerichtshofs vom 1. Juni 2017, in dessen dritter Vorlagefrage der BGH wissen wollte, ob die nationale Rechtsvorschrift unter anderem mit der InfoSoc-Richtlinie vereinbar sei.

In dem zugrundeliegenden Fall *Metall auf Metall* ging es allerdings nicht um die Verletzung von Urheberrechten, sondern um das leistungsschutzrechtliche Tonträgerherstellerrecht. Obwohl der Gerichtshof der Europäischen Union in seinem Urteil ausdrücklich auf Letzteres Bezug genommen hat<sup>413</sup>, sind seine Ausführungen als stellvertretend für die Frage der Vereinbarkeit von § 24 Abs. 1 UrhG – der ausweislich des Wortlauts nur auf Urheberrechte anwendbar ist – mit dem Unionsrecht anzusehen. Dies gilt insbesondere, als das in Frage stehende Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht nach Art. 2 lit. c InfoSoc-Richtlinie und Art. 9 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2006/115/EG zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums (Vermiet- und Verleih-Richtlinie) sowohl in Bezug auf Werke als auch für den Tonträgerhersteller in Bezug auf seine Tonträger gelten.

<sup>412</sup> EuGH, Urteil vom 16. 07. 2009, C-5/08, ECLI EU:C:2009:465, Rn. 48 – *Infopaq*; ausführlich zu den Folgen dieses Urteils *Wegmann*, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, S. 169, die zu dem Ergebnis gelangt, dass der EuGH das Institut der freien Benutzung durch Nichterwähnung in seinem Urteil nicht allgemein auf unionsrechtlicher Ebene ausschließen wollte, sondern die Vorlagefragen nur keinen Anlass zu einer weiteren Stellungnahme gaben.

<sup>413</sup> EuGH, Urteil vom 29. 07. 2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 65 – *Pelham u. a.*

*bb) Unvereinbarkeit mit Unionsrecht*

In seinem Urteil *Pelham u. a.* hat der Gerichtshof der Europäischen Union entschieden, dass § 24 Abs. 1 UrhG nicht mit dem Unionsrecht vereinbar sei.<sup>414</sup>

Diese Feststellung hat er maßgeblich darauf gestützt, dass die deutsche Vorschrift der freien Benutzung von keiner der in Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie aufgeführten Ausnahmen und Beschränkungen erfasst sei. Art. 5 InfoSoc-Richtlinie zeige, dass der Unionsgesetzgeber die Interessen der Hersteller und der Nutzer von geschützten Gegenständen sowie das Allgemeininteresse berücksichtigt habe.<sup>415</sup> In Art. 2 bis 4 und Art. 5 InfoSoc-Richtlinie seien zahlreiche Mechanismen vorgesehen, die der Erreichung eines angemessenen Rechts- und Interessenausgleichs zwischen den Rechteinhabern und Nutzern von Schutzgegenständen dienen.<sup>416</sup> Die Mitgliedsstaaten dürften daher bei der Umsetzung der Richtlinie nicht auf ergänzende Schutzinstrumente wie das in § 24 Abs. 1 UrhG verankerte Institut der freien Benutzung zurückgreifen.<sup>417</sup> Als Ausfluss des im 32. Erwägungsgrund verankerten Erfordernis der Kohärenz seien sie vielmehr dazu aufgerufen, keine Abweichungen außerhalb der in Art. 5 InfoSoc-Richtlinie vorgesehenen Ausnahmen und Beschränkungen vorzusehen.<sup>418</sup>

Die Unionsrechtswidrigkeit von § 24 Abs. 1 UrhG ergibt sich dem Gerichtshof der Europäischen Union zufolge also aus der gesetzgeberischen Grundentscheidung, die Ausnahmen und Beschränkungen im Interesse eines funktionierenden Binnenmarktes im Bereich des Urheberrechts in Art. 5 InfoSoc-Richtlinie erschöpfend darzustellen.<sup>419</sup> Da den Mitgliedsstaaten nur enge Umsetzungsspielräume eingeräumt werden, sieht er die durch die Richtlinie angestrebte Harmonisierung des Urheberrechts sowie das mit ihr verfolgte Ziel der Rechtssicherheit durch die nationale Rechtsvorschrift des § 24 Abs. 1 UrhG gefährdet.

---

<sup>414</sup> So positioniert sich der EuGH bei Beantwortung der dritten Vorlagefrage, die ihm der BGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens im Rechtsstreit „Metall auf Metall“ unterbreitete: EuGH, Urteil vom 29. 07. 2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 65 – *Pelham u. a.*; BGH, Beschluss vom 01. 06. 2017, I ZR 115/16, GRUR 2017, 895, Rn. 20 – *Metall auf Metall III*.

<sup>415</sup> EuGH, Urteil vom 29. 07. 2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 59 – *Pelham u. a.*

<sup>416</sup> EuGH, Urteil vom 29. 07. 2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 60 – *Pelham u. a.*

<sup>417</sup> EuGH, Urteil vom 29. 07. 2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 63 – *Pelham u. a.*

<sup>418</sup> EuGH, Urteil vom 29. 07. 2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 64 – *Pelham u. a.*; ebenso EuGH-Generalanwalt, Schlussantrag vom 12. 12. 2018, C-476/17, ECLI EU:C:2018:1002, Rn. 54 – *Pelham u. a.*

<sup>419</sup> EuGH, Urteil vom 29. 07. 2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 54 – *Pelham u. a.*; ebenso EuGH-Generalanwalt, Schlussantrag vom 12. 12. 2018, C-476/17, ECLI EU:C:2018:1002, Rn. 56 – *Pelham u. a.*

cc) *Stellungnahme*

## (1) Argumentationsstruktur

Wie aufgezeigt, begründet der Gerichtshof der Europäischen Union die Unionsrechtswidrigkeit von § 24 Abs. 1 UrhG zuvorderst mit dem Erfordernis eines funktionierenden Binnenmarktes, den er aus den Erwägungsgründen der InfoSoc-Richtlinie herleitet.<sup>420</sup> Dass diese eine kohärente Umsetzung der Richtlinie im Interesse einer Harmonisierung des Urheberrechts und keinen Raum für weitere Instrumente zur Erreichung eines angemessenen Rechts- und Interessenausgleichs vorgeben, verwundert kaum.

Demgegenüber erscheint es problematisch, dass der EuGH bei der für die deutsche Urheberrechtsordnung brisanten Frage, ob eine der ältesten Vorschriften des deutschen Urheberrechtsgesetzes mit dem Unionsrecht vereinbar ist, die Erwägungsgründe der InfoSoc-Richtlinie zusammenfasst, ohne die Gesetzesmaterialien mit Blick auf die konkrete Rechtsfrage auszulegen und argumentativ anzuwenden. Dies betrifft insbesondere Rechtsfragen wie die Vorliegende, bei der die Rechtsprechung des EuGH erhebliche Auswirkungen auf das gesetzliche Fundament des deutschen Urheberrechts wie auch die historisch gewachsene ständige nationale Rechtsprechung hat.<sup>421</sup>

Hinzu tritt, dass der Gerichtshof der Europäischen Union keine Stellung zu der dogmatischen Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG in dem *Pelham u. a.*-Urteil bezogen hat, obwohl sie ausdrücklich in der dritten Vorlagefrage des Bundesgerichtshofs angelegt war. Der Bundesgerichtshof fragte nicht nur nach der Vereinbarkeit der Vorschrift mit dem Unionsrecht, sondern bezeichnete § 24 Abs. 1 UrhG als immanente Beschränkung des Schutzbereichs.<sup>422</sup> Dass es sich dabei um eine eindeutige Aufforderung an den EuGH handelte, sich zu der systematischen Stellung des Instituts der freien Benutzung zu positionieren, wird durch den Rechtsprechungswandel des höchsten nationalen Fachgerichts belegt.<sup>423</sup> Noch in seinem ersten Urteil zu der Rechtssache *Metall auf Metall* charakterisierte der Bundes-

<sup>420</sup> Dass der EuGH mit seinem Vorgehen nur an der Oberfläche der gesamten Problematik kratzt, zeigt *Ohly*, GRUR 2017, 964–969, 967, der i. R. seiner Anmerkung zum Vorlagebeschluss des BGH „Metall auf Metall III“ die Optionen des EuGH betreffend die Vereinbarkeit von § 24 UrhG mit dem Unionsrecht durchspielt und sich dabei vertieft mit der systematischen Einordnung der Vorschrift auseinandersetzt; ebenso äußert sich zum Vorlagebeschluss des BGH *Apel*, JVC 2017, 563, 565.

<sup>421</sup> Dazu vertieft *Leistner*, in: FS: 50 Jahre UrhG, S. 251, 266.

<sup>422</sup> Insoweit gibt der EuGH die 3. Vorlagefrage des BGH wortgetreu wider: EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 56 – *Pelham u. a.*

<sup>423</sup> Ähnlich bewertet diesen Sinneswandel des BGH *Ohly*, GRUR 2017, 964–969, 967; dass eine entsprechende Auseinandersetzung mit der Vorlagefrage des BGH fehlt, erkennt und bewertet negativ *Homar*, ZUM 2019, 731, 735; entsprechend äußert sich in seinem Fazit *Papastefanou*, CR 2019, 600, 602.



gerichtshof § 24 Abs. 1 UrhG als Schrankenbestimmung.<sup>424</sup> Demgegenüber hat er die Vorschrift in dem Vorlagebeschluss an den Gerichtshof der Europäischen Union dem Schutzbereich zugeordnet<sup>425</sup> und damit das Bedürfnis nach Klärung dieser Rechtsfrage formuliert.

Dies erkannte zumindest der EuGH-Generalanwalt, der in seinen Schlussanträgen zwischen Ausnahmen vom Urheberrechtsschutz einerseits und dem Urheberrecht immanenten Beschränkungen andererseits unterschied. Seiner Ansicht nach unterfielen beide dem Anwendungsbereich von Art. 5 InfoSoc-Richtlinie, sodass § 24 Abs. 1 UrhG unionsrechtswidrig wäre.<sup>426</sup>

Der Gerichtshof der Europäischen Union ist dagegen nur bei der Zusammenfassung der Vorlagefrage auf die systematische Einordnung der Vorschrift eingegangen, und hat pauschalisierend von „Ausnahmen und Beschränkungen“ gesprochen, ohne einen begrifflichen Zusammenhang zwischen § 24 Abs. 1 UrhG und Art. 5 InfoSoc-Richtlinie herzustellen.<sup>427</sup>

## (2) Keine Vollharmonisierung des Instituts der freien Benutzung

### (a) Systematische Einordnung als Schutzzumfangbestimmung

Der Europäische Gerichtshof folgert die Unionsrechtswidrigkeit von § 24 Abs. 1 UrhG daraus, dass das Institut der freien Benutzung keine der erschöpfend aufgeführten Ausnahmen und Beschränkungen in nationalem Recht konkretisiert. Dieser Schlussfolgerung lässt sich entnehmen, dass der Gerichtshof der Europäischen Union die Vorschrift systematisch dem Begriff der „Ausnahmen und Beschränkungen“ von Art. 5 InfoSoc-Richtlinie zuordnet. Damit einher geht die Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG als inhaltliche Schrankenbestimmung, die bei grundsätzlichem Vorliegen einer Urheberrechtsverletzung zu einer punktuellen Ausnahme vom Urheberrechtsschutz führt. Ohne eine systematische Ein- oder Zuordnung der Vorschrift in das Unionsrecht vorzunehmen, legt der Gerichtshof der Europäischen Union sie seinem Urteil als gegeben zugrunde.

Entgegen seiner Ansicht wird das Institut der freien Benutzung nicht von der durch die InfoSoc-Richtlinie angestrebten Harmonisierung erfasst und ist infolgedessen auch nicht unionsrechtswidrig.<sup>428</sup>

<sup>424</sup> BGH, Urteil vom 20. 11. 2008, I ZR 112/06, GRUR 2009, 403, Rn. 21 – *Metall auf Metall I*.

<sup>425</sup> BGH, Beschluss vom 01. 06. 2017, I ZR 115/16, GRUR 2017, 895, Rn. 22 – *Metall auf Metall III*.

<sup>426</sup> EuGH-Generalanwalt, Schlussantrag vom 12. 12. 2018, C-476/17, ECLI EU:C:2018:1002, Rn. 55 – *Pelham u. a.*

<sup>427</sup> EuGH, Urteil vom 29. 07. 2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 56 – *Pelham u. a.*

<sup>428</sup> Genauso *Virreira Winter*, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, S. 195; *Wegmann*, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, S. 168; *Ohly*, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juris-



Wie zuvor aufgezeigt, erfasst Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf die in Art. 2 bis 4 InfoSoc-Richtlinie geregelten Verwertungsrechte des Urhebers. Die freie Benutzung ist aber als eine Schutzzumfangbestimmung und nicht als Schrankenbestimmung einzuordnen.<sup>429</sup> Während Schrankenbestimmungen durch die InfoSoc-Richtlinie abschließend harmonisiert werden, unterfällt es den Mitgliedsstaaten, die Grenzen des Schutzbereichs zu bestimmen.<sup>430</sup> Dazu zählt auch die Abgrenzung einer Bearbeitung von einer freien Benutzung.<sup>431</sup>

Die Abgrenzung<sup>432</sup> einer abhängigen Schöpfung von einer selbständigen Neuschöpfung richtet sich nach dem Verhältnis zwischen dem Grad der individuellen Ausgestaltung und dem Schutzzumfang der Werkvorlage im Vergleich zu der neuen Gestaltung. Folglich geht es bei der freien Benutzung eines vorbestehenden Werkes nicht um eine punktuelle Ausnahme vom urheberrechtlichen Schutz, sondern um die immanente Begrenzung des Schutzgegenstandes.<sup>433</sup> Da das vorbestehende Werk nur als Anregung dient, unterfällt die selbständige Neuschöpfung nicht der verwertungsrechtlichen Werkherrschaft seines Urhebers. Die Begrenzung des Urheberrechtsschutzes durch § 24 Abs. 1 UrhG findet demnach bereits auf einer früheren Ebene statt, sodass es keiner Ausnahme von den ausschließlichen Verwertungsrechten im Sinne von Art. 5 InfoSoc-Richtlinie bedarf.<sup>434</sup>

tentages, F5-F129, F 88; *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 18, der jedoch in 18a auf die unmissverständliche Feststellung der Unionsrechtswidrigkeit durch den EuGH hinweist; vgl. auch *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, § 24 UrhG Rn. 5, der trotz Verweis auf die Problematik erkennt, dass man die vom EuGH angenommene Unionsrechtswidrigkeit der Vorschrift durch die Einordnung als Schutzzumfangbestimmung umgehen könnte; *Apel*, MMR 2019, 97, 98; *Apel*, MMR 2019, 602, 602; *Haberstumpf*, ZGE 2015, 425, 458; *Leistner*, ZGE 2013, 4, 28 f.; trotz einer anderen Argumentation spricht sich ebenfalls für die Vereinbarkeit mit Unionsrecht aus *Pötzberger*, ZUM 2019, 250, 252; a. A. *Rossa*, MMR 2017, 665, 669; *Ungern-Sternberg*, GRUR 2015, 533, 534 ff.

<sup>429</sup> Vgl. zur dogmatischen Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG S. 172 ff., 198 ff.

<sup>430</sup> *Ohly*, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, F5-F129, F 88; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 24 UrhG Rn. 1a, der sich allenfalls für eine partielle Harmonisierung des Bearbeitungsrechts ausspricht. Partiiell deshalb, da manche die Ansicht vertreten, dass das Bearbeitungsrecht teilweise vom Vervielfältigungsrecht in Art. 2 InfoSoc-Richtlinie erfasst wird; *Ungern-Sternberg*, in: FS Bornkamm, 1007–1022, 1007; *Apel*, JVC 2017, 563, 565; *Leistner*, ZGE 2013, 4, 28 f.; *Ungern-Sternberg*, GRUR 2015, 533, 534.

<sup>431</sup> Zu bearbeitenden Werknutzungen und der Bedeutung der individuellen Ausgestaltung siehe *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 17.

<sup>432</sup> Zur Herleitung des Exklusivitätsverhältnisses von §§ 23, 24 UrhG siehe S. 177 ff.

<sup>433</sup> BGH, Urteil vom 30. 04. 2020, I ZR 115/16, Rn. 36 – *Metall auf Metall IV*; *Fischer*, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 224; *Wegmann*, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, 166 ff.; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 24 UrhG Rn. 1a; in der Sache genauso, aber zu dem umgekehrten Szenario *Ohly*, GRUR 2017, 964–969, 967, der feststellt, dass es keiner Schutzbereichsbegrenzung mehr bedarf zur Legitimation einer Eingriffshandlung, wenn das Vewertungsrecht bereits betroffen ist.

<sup>434</sup> *Wegmann*, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, S. 168; *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 18, der jedoch in 18a von dieser Position unter Hinweis auf das EuGH-Urteil „zurückrudert“; *Apel*, MMR 2019, 97, 98; a. A. *Maier*, Remixe auf Hostingplattformen, S. 60.

## (b) Begrenzung des Bearbeitungsrechts

Dass das Institut der freien Benutzung nicht der von der Richtlinie angestrebten Harmonisierung unterfällt, ergibt sich überdies aus der Natur des ausschließlichen Verwertungsrechts, das durch § 24 Abs. 1 UrhG begrenzt wird.<sup>435</sup> Es besteht bei einer transformativen Werknutzung aufgrund der vorgenommenen Modifizierungen nicht in dem Vervielfältigungs-, sondern in dem Umgestaltungsrecht des Urhebers.

Der Umkehrschluss aus Art. 12 RBÜ, Art. 4 Abs. 1 lit. b Computerprogramm-Richtlinie und Art. 5 lit. 5 Datenbank-Richtlinie zeigt, dass das Umgestaltungsrecht nicht vollharmonisiert ist.<sup>436</sup> Die vorgenannten Vorschriften unterscheiden zwischen einer Vervielfältigung und einer Bearbeitung, während in Art. 2 InfoSoc-Richtlinie nur von einer Vervielfältigung die Rede ist. Erfasst wird dort nur die Werknutzung in unveränderter Form, nicht dagegen das Umgestaltungsrecht. Damit steht es dem nationalen Gesetzgeber frei, die Abgrenzung zwischen einer Bearbeitung und einer freien Benutzung – bzw. den Schutzbereich der unfreien Bearbeitung – in der Weise zu begrenzen, wie er es mit § 24 Abs. 1 UrhG getan hat.

## (3) Voreilige Lückenschließung durch den Gerichtshof der Europäischen Union

Das Vorgehen des Gerichtshofs der Europäischen Union in *Pelham u. a.* zeigt, dass das höchste europäische Gericht seine Kompetenzen großzügig auslegt.<sup>437</sup> Ohne die Rechts Traditionen des Mitgliedsstaates<sup>438</sup> bei der Würdigung der InfoSoc-

<sup>435</sup> *Fischer*, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 224; *Loewenheim/Leistner*, in: Schrickler/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 17; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 24 UrhG Rn. 1a; *Apel*, JVC 2017, 563, 564; *Grünberger*, ZUM 2015, 273, 275; einen entsprechenden Hinweis auf die Auswirkungen dieser Ansicht lässt sich überdies finden in *Ohly*, GRUR 2017, 964–969, 967.

<sup>436</sup> Vgl. die Ausführungen zur dogmatischen Einordnung von § 23 UrhG, im Rahmen derer der völker- und unionsrechtliche Rechtsrahmen berücksichtigt wurde, auf S. 146 ff.; a. A. ist *Fischer*, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 124, der zufolge das Bearbeitungsrecht teilweise durch die InfoSoc-Richtlinie harmonisiert wurde. Sie geht davon aus, dass von Art. 2 InfoSoc-Richtlinie nur derivative Werkumgestaltungen erfasst werden, die eine Unterordnungsfunktion gegenüber dem Originalwerk aufweisen.

<sup>437</sup> Zu der zunehmenden Tendenz der voreiligen Lückenschließung *Ohly*, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, F5-F129, 15; *Leistner*, in: FS: 50 Jahre UrhG, S. 251, 251, der seine These nachfolgend anhand einer dezidierten Untersuchung der Urteile belegt; *Apel*, JVC 2017, 563, 564 Fn. 12, 565.

<sup>438</sup> Die Aufgabe des EuGH als höchstem europäischen Gericht besteht lediglich darin, die InfoSoc-Richtlinie auszulegen. Dies bedeutet vorliegend, dass er die Vorschrift zu Parodien – in der in Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie geregelten Form, dort ausdrücklich in Kapitel II und ausweislich des Titels der Vorschrift als Ausnahme- bzw. Schrankenregelung eingeordnet – auslegen und überprüfen muss, ob im nationalen Recht des Mitgliedsstaates eine entsprechende Regelung getroffen wurde. Der EuGH darf sich nicht zu der systematischen Einordnung der nationalen Regelung, auch nicht zu der des § 24 Abs. 1 UrhG, äußern, da er andernfalls eine Kompetenzüberschreitung durch den Eingriff in das nationale Recht eines Mitgliedsstaates begehen würde.

Richtlinie zu berücksichtigen<sup>439</sup>, schließt der EuGH voreilig Regelungslücken, die der Unionsgesetzgeber womöglich bewusst offen gelassen hat.<sup>440</sup>

Dies zeigt sich insbesondere an Art. 5 InfoSoc-Richtlinie, welcher Ausdruck des vom Unionsgesetzgeber vorgenommenen Interessenausgleichs ist. Darin regelt er sowohl die Interessen der Rechteinhaber als auch die Interessen der Nutzer von Schutzgegenständen und das Allgemeininteresse.<sup>441</sup> Der Unionsgesetzgeber identifiziert die Auswirkungen der neuen elektronischen Medien im 31. Erwägungsgrund der InfoSoc-Richtlinie als ein Kriterium, das bei der im digitalen Zeitalter durchzuführenden Interessenabwägung zu berücksichtigen sei. Dieser Weitblick des europäischen Gesetzgebers zeigt, dass er die Herausforderungen, die das digitale Zeitalter an das Urheberrecht stellt, verstanden und berücksichtigt hat. Es spricht somit einiges dafür, dass er Fragen betreffend den Schutzzumfang des Urheberrechts nicht in der InfoSoc-Richtlinie regeln wollte. Gegenstand der InfoSoc-Richtlinie sind Inhalt und Ausgestaltung der Rechte an dem Schutzgegenstand, dessen Bestand und Umfang jedoch durch die Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten definiert wird.<sup>442</sup>

Es ist allerdings zu beachten, dass der Gerichtshof der Europäischen Union durch seine ausführliche Rechtsprechung zum europäischen Werkbegriff den urheberrechtlichen Schutzgegenstand und damit den Schutzzumfang des Urheberrechts auch für den Anwendungsbereich der InfoSoc-Richtlinie maßgeblich geprägt hat.<sup>443</sup> Bei der Stellungnahme des EuGH handelt es sich aber nicht um einen legislativen Akt, sondern um eine Maßnahme der Judikative, die jedoch eine vergleichbare Bindungswirkung erzeugt. Dennoch hat das aufgezeigte Problem durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zum europäischen Werkbegriff an Schärfe verloren.

Überdies zeigt der Vergleich von Art. 5 lit. b Datenbank-Richtlinie und Art. 4 Abs. 1 lit. b Computerprogramm-Richtlinie und Art. 2 InfoSoc-Richtlinie, dass sich dereuropäische Gesetzgeber bezüglich der abhängigen Schöpfungen bereits gegen die Vollharmonisierung des Bearbeitungsrechts entschieden hat.<sup>444</sup> Mit Blick auf die Einordnung als Schutzzumfangbestimmung ist es daher nur naheliegend, dass auch die Begrenzung dieses ausschließlichen Verwertungsrechts und die der

<sup>439</sup> Die Bedeutsamkeit der nationalen Rechtsordnungen für EuGH-Urteile, die Schnittstellen zum nationalen Recht aufweisen, erläutert *Leistner*, in: FS: 50 Jahre UrhG, S. 251, 266.

<sup>440</sup> *Apel*, JVC 2017, 563, 564; *Apel*, MMR 2019, 602, 602; *Hoeren*, MMR 2016, 469; diese Tendenz bescheinigt dem EuGH auch das BVerfG i.R.e. ultra-vires-Kontrolle und bezeichnet sein Vorgehen als „schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar“, zudem spricht es von „methodische(r) Unvertretbarkeit“ und einer „Kompetenzüberschreitung“: BVerfG, Urteil vom 05.05.2020, 2 BvR 859/15, Rn. 116 – *Staatsanleihenkaufprogramm*.

<sup>441</sup> Dass der Unionsgeber diese Abwägung in Art. 5 InfoSoc-Richtlinie vorgenommen hat, erkennt auch EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 59 – *Pelham u. a.*

<sup>442</sup> So eindeutig *Apel*, MMR 2019, 97, 98.

<sup>443</sup> Zum europäischen Werkbegriff bereits ausführlich auf S. 70 ff.

<sup>444</sup> Siehe S. 147 ff.

freien Benutzung innewohnende Interessenabwägung an das nationale Recht anzuknüpfen sind.<sup>445</sup> Diese Entscheidung trägt zugleich dem vergleichsweise ökonomisch orientierten Verwertungsrechtssystem der InfoSoc-Richtlinie Rechnung, das in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung wenig Raum für einen Zuschnitt des Schutzgegenstandes entsprechend dem in § 24 Abs. 1 UrhG lässt.<sup>446</sup>

Für diese Auslegung spricht überdies der 32. Erwägungsgrund. Obwohl der europäische Gesetzgeber auf das Ziel eines funktionsfähigen Binnenmarktes hinweist, erkennt er die Maßgeblichkeit der unterschiedlichen Rechtstraditionen der Mitgliedsstaaten als ein bei der Umsetzung der InfoSoc-Richtlinie zu berücksichtigendes Kriterium an. Ein Beispiel dafür bilden Art. 5 Abs. 2 und 3 InfoSoc-Richtlinie, über deren Ob und Wie der Umsetzung die Mitgliedsstaaten entscheiden können.<sup>447</sup>

Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, berührt gerade die Abgrenzung einer unfreien Bearbeitung von einer freien Benutzung das Herzstück des Urheberrechts, da es um die Begrenzung des Schutzgegenstandes geht. Aus dem Schutzgegenstand leiten sich in jeder urheberrechtlichen Rechtsordnung andere Rechte und Befugnisse mit unterschiedlich intensivem persönlichkeitsrechtlichem und vermögensrechtlichem Bezug ab.

Dass der europäische Gesetzgeber dieses Problem erkannt hat, zeigt neben dem 32. auch der 19. Erwägungsgrund der InfoSoc-Richtlinie, dem zufolge die Urheberpersönlichkeitsrechte nicht von dem Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst und daher im Einklang mit den Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten auszuüben seien.<sup>448</sup> Von einem entsprechenden Problembewusstsein des europäischen Gesetzgebers zeugt überdies der Umstand, dass er seit Jahren vor der Einführung einer allgemeingültigen und richtlinienübergreifenden Regelung des Werkbegriffes zurückschreckt.<sup>449</sup> Auch an dieser Stelle griff der Gerichtshof der Europäischen Union<sup>450</sup> jedoch rechtsgestalterisch ein und entwickelte im Wege einer Gesamtanalogie zu drei Spezialbestimmungen den europäischen Werkbegriff.<sup>451</sup>

<sup>445</sup> Wegmann, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, S. 170; Apel, JVC 2017, 563, 565.

<sup>446</sup> Siehe EG 10ff. der RL 2001/29/EG; Ungern-Sternberg, GRUR 2012, 1198, 1204; Ungern-Sternberg, GRUR 2015, 533, 534, 537.

<sup>447</sup> Anders dagegen der EuGH, der Vorgaben für eine einheitliche und unonsweit kohärente Anwendung der Richtlinientatbestände plädiert Leistner, in: FS: 50 Jahre UrhG, S. 251, 259.

<sup>448</sup> Genauso äußern sich der 21. EG der Schutzdauer-Richtlinie und der 9. EG der Datenbank-Richtlinie; a. A. ist Ubertazzi, GRUR Int. 2018, 110, 111 ff., der der Auffassung ist, dass sich das Unionsrecht in unerheblicher Weise auf die nationalen Regelungen zum Urheberpersönlichkeitsrecht auswirkt.

<sup>449</sup> Vgl. die Ausführungen zum europäischen Werkbegriff und seiner Herleitung aus einzelnen Richtlinien auf S. 70 ff.

<sup>450</sup> EuGH, Urteil vom 16. 07. 2009, C-5/08, ECLI EU:C:2009:465, Rn. 37 – *Infopaq*; Leistner, GRUR 2014, 1145, 1145.

<sup>451</sup> Vgl. Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 16; Leistner, in: FS: 50 Jahre UrhG, S. 251, 252 f., der in diesem Zusammenhang auf den überschließenden Tatendrang des EuGH hinweist, diese „Lücke“ in den Richtlinien schöpferisch zu schließen; Apel, JVC 2017, 563, 564 Fn. 12.

Mit Blick auf die systematische Einordnung der freien Benutzung als Schutzzumfangbestimmung sowie ihrem engen Persönlichkeitsbezug<sup>452</sup>, der aus den Modifikationen urheberrechtlich geschützten Materials hervorgeht, ist es naheliegend, dass der Unionsgeber die Mitgliedsstaaten nicht der Kompetenz berauben wollte, die Intensität der Begrenzung des Schutzgegenstandes zu bestimmen. Es ist nicht von der Planwidrigkeit einer Regelungslücke auszugehen, die durch den Gerichtshof der Europäischen Union zu schließen wäre.

Es ist aufgrund der entscheidenden Rolle bestehender Werke für den kulturellen Kreislauf zu hoffen, dass zeitnah auf europäischer Ebene eine § 24 Abs. 1 UrhG entsprechende Doktrin der freien Benutzung eingeführt wird.<sup>453</sup> Nur so kann ein zuverlässiger Beurteilungsmaßstab für die in der digitalen Sphäre zunehmend grenzüberschreitenden transformativen Werknutzungen entwickelt werden.<sup>454</sup> Die in Art. 5 Abs. 3 lit. d, i und k InfoSoc-Richtlinie geregelten Ausnahmen und Beschränkungen erfüllen diese Aufgabe aufgrund der spezifisch formulierten Werknutzungszwecke für sich genommen nicht.

### c) Zwischenergebnis

Der Anwendungsbereich der InfoSoc-Richtlinie ist, wie bereits die Überschrift von Art. 5 der Richtlinie zeigt, auf „Ausnahmen und Beschränkungen“ der vermögensrechtlich orientierten Verwertungsrechte reduziert. Damit unterfällt § 24 Abs. 1 UrhG als Schutzzumfangbestimmung nicht der durch die Richtlinie bewirkten Harmonisierung und ist entgegen der Ansicht des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht unionsrechtswidrig.

Stattdessen verbleibt die freie Benutzung wie auch das Bearbeitungsrecht in der Souveränität der Mitgliedsstaaten, sodass die nationale Vorschrift des § 24 Abs. 1 UrhG weiterhin unmittelbar anzuwenden ist.

## 3. Die Parodie nach Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie

### a) InfoSoc-Richtlinie

Liegen eine Karikatur, Parodie oder ein Pastiche vor, sieht der Ausnahmekatalog von Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie eine ausdrückliche Bestimmung vor.

<sup>452</sup> Dazu an späterer Stelle, an der das Verhältnis von § 24 Abs. 1 UrhG zu § 14 UrhG näher diskutiert wird. Vgl. dazu S. 330ff.

<sup>453</sup> Zu den Regelungsoptionen auf Unionsebene ausführlich an späterer Stelle auf S. 346ff.

<sup>454</sup> Die Notwendigkeit, ein Institut der freien Benutzung auch auf europäischer Ebene einzuführen erkennen auch *Ohly*, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, F5-F129, 88; *Leistner*, ZGE 2013, 4, 28; *Leistner*, GRUR 2014, 1145, 1148; *Ungern-Sternberg*, GRUR 2015, 533, 533. Vgl. zudem S. 346f.

Dass das deutsche Urheberrecht keine entsprechende Sonderbestimmung zur Privilegierung von Parodien enthält, ist unerheblich. Die Erwähnung bei den freiwilligen Ausnahmen<sup>455</sup> der Richtlinie in Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie legt vielmehr den Schluss nahe, dass Spielräume bei der Art und Weise der Umsetzung der InfoSoc-Richtlinie bestehen. Es gibt keine Verpflichtung der Mitgliedsstaaten zur Einführung einer Parodieausnahme; Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie kann im Wege einer allgemeineren Vorschrift zur Anwendung gebracht werden.<sup>456</sup>

Dieser Linie ist der deutsche Gesetzgeber gefolgt. Er hat sich gegen die Einführung einer ausdrücklichen Ausnahme für Karikaturen, Parodien oder Pastiche in das deutsche Urhebergesetz entschieden und sieht sie ausreichend durch § 24 Abs. 1 UrhG geschützt.

#### b) Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union

Ausweislich Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie ist die Nutzung eines Werkes für Karikaturen, Parodien oder Pastiche ohne Urheberrechtsverletzung zulässig. Wie die erlaubnisfreie Nutzung begründet wird, und von welchen Voraussetzungen die Zulässigkeit parodierender Werke abhängig ist, geht nicht aus Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie hervor. Aufgrund dieser Unklarheiten waren die nationalen Gerichte lange in ihrer Beurteilung und Bestimmung der Zulässigkeitsvoraussetzungen frei.

Die Unklarheiten hat der Gerichtshof der Europäischen Union mit seinem *Deckmyn*-Urteil im Jahr 2014 ausgeräumt. Er nahm zu den aufgeworfenen Fragen Stellung und schloss die Lücken im Wege schöpferischer richterlicher Rechtsfindung und Rechtsfortbildung.<sup>457</sup>

Die im Rahmen der *Deckmyn*-Entscheidung entwickelten Kriterien weisen im Vergleich zum deutschen Recht wesentliche Unterschiede auf. Um diese zu verdeutlichen, werden die unionsrechtlichen und nationalen Vorgaben für eine Parodie in einem ersten Schritt gegenübergestellt. In einem zweiten Schritt wird die Frage beantwortet, ob ein Gleichlauf des deutschen Urheberrechts mit den vom EuGH entwickelten Maßstäben vorliegt. Zur eindeutigen Klärung wird dabei das Gesamtsystem der InfoSoc-Richtlinie herangezogen.

<sup>455</sup> Dass es sich um fakultative Bestimmungen handelt, geht zum einen aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie („Die Mitgliedsstaaten können [...]“) und zum anderen aus EG 36 der RL 2001/39/EG hervor.

<sup>456</sup> Rütz, WRP 2004, 323, 328 f.; vgl. auch Gabler, Die Urheberrechtliche Drittnutzung, S. 138.

<sup>457</sup> BVerfG, Beschluss vom 26.09.2011, 2 BvR 2216/06, NJW 2012, 669, Rn. 45.

### aa) Weiter Parodiebegriff

Der erste Unterschied ist in dem Parodiebegriff zu erblicken. Nach Auffassung des EuGH bestehen die wesentlichen Merkmale einer Parodie zum einen darin „an ein bestehendes Werk zu erinnern, gleichzeitig aber, ihm gegenüber wahrnehmbare Unterschiede aufzuweisen, und zum anderen, einen Ausdruck von Humor oder eine Verspottung darzustellen“<sup>458</sup>.

Der Parodiebegriff hänge nicht von den Voraussetzungen ab, dass „die Parodie einen eigenen ursprünglichen Charakter hat, der nicht nur darin besteht, gegenüber dem parodierten ursprünglichen Werk wahrnehmbare Unterschiede aufzuweisen, dass sie vernünftigerweise einer anderen Person als dem Urheber des ursprünglichen Werkes zugeschrieben werden kann, dass sie das ursprüngliche Werk selbst betrifft oder dass sie das parodierte Werk angibt“<sup>459</sup>.

Diese Negativ- und Positivvoraussetzungen leitet der Gerichtshof der Europäischen Union aus dem gewöhnlichen Sprachgebrauch und dem Verwendungszusammenhang der Parodie ab.<sup>460</sup> Er stellt vergleichsweise geringe Anforderungen an die neue Gestaltung und legt – insbesondere mit Blick auf den Ausnahmecharakter von Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie – einen ungewöhnlich weiten Parodiebegriff zugrunde.<sup>461</sup> Dem steht der enge Parodiebegriff des Bundesgerichtshofs gegenüber, der neben einer antithematischen Behandlung der Vorlage eine eigene schöpferische Ausdruckskraft der neuen Gestaltung fordert. Zudem bildet das Bestehen einer selbständigen Neuschöpfung die zentrale Tatbestandsvoraussetzung im deutschen Recht. Daraus folgen erhebliche Divergenzen zwischen dem deutschen und unionsrechtlichen Parodiebegriff.<sup>462</sup>

Bei der Gegenüberstellung ist zu beachten, dass die Einordnung als Parodie unerlässliche Anwendungsvoraussetzung von Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie ist.<sup>463</sup> Anders als im deutschen Recht hat sich der europäische Gesetzgeber für einen Privilegierungstatbestand entschieden, der Parodien in Abgrenzung zu anderen Kunstformen, die ebenfalls in der Auseinandersetzung mit vorbestehenden Werken bestehen, einen Sonderstatus zuschreibt. Wird bereits das Vorliegen einer Parodie verneint, bleibt der Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie verschlossen und die Prüfung der Zulässigkeit endet, ohne dass die Interessen des Parodisten berücksichtigt wurden. Die Notwendigkeit des weiten Parodiebegriffs folgt nach Ansicht des EuGH daher aus der Regelungssystematik

<sup>458</sup> EuGH, Urteil vom 03.09.2014, C-201/13, ECLI EU:C:2014:2132, Rn. 33 – *Deckmyn*.

<sup>459</sup> EuGH, Urteil vom 03.09.2014, C-201/13, ECLI EU:C:2014:2132, Rn. 21 – *Deckmyn*.

<sup>460</sup> EuGH, Urteil vom 03.09.2014, C-201/13, ECLI EU:C:2014:2132, Rn. 19 – *Deckmyn*.

<sup>461</sup> v. *Becker*, GRUR 2015, 336, 338; *Haberstumpf*, ZGE 2015, 425, 450 ff.; *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2015, 658, 661; *Specht/Koppermann*, ZUM 2016, 19, 23; *Ungern-Sternberg*, GRUR 2017, 217, 222.

<sup>462</sup> Zu den einzelnen Kritikpunkten am weiten Parodiebegriff des EuGH siehe *Haedicke*, GRUR Int. 2015, 664, 667 f.

<sup>463</sup> *Haberstumpf*, ZGE 2015, 425, 451.



der InfoSoc-Richtlinie und dem Normzweck der Parodie, der unter anderem in dem Schutz der freien Meinungsäußerung bestehe.<sup>464</sup>

### *bb) Interessenausgleich*

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union bedarf es zur Ermittlung der Zulässigkeit des parodierenden Werkes eines Interessenausgleichs. Seine Notwendigkeit folge aus dem 31. Erwägungsgrund der Richtlinie.<sup>465</sup> Dabei müssten die „Interessen und Rechte der in den Art. 2 und 3 der Richtlinie genannten Personen auf der einen und der freien Meinungsäußerung des Nutzers eines geschützten Werkes, der sich auf die Ausnahme für Parodien im Sinne dieses Art. 5 Abs. 3 lit. k beruht, auf der anderen Seite gewahrt werden.“<sup>466</sup> In diesem Zusammenhang weist der EuGH auf die Bedeutung des Diskriminierungsverbots und dessen urheberpersönlichkeitsrechtliche Implikationen im Rahmen der Interessenabwägung hin. Der Urheber eines geschützten Werkes habe ein berechtigtes Interesse, dass sein Ausgangswerk nicht mit einer diskriminierenden Aussage der neuen Gestaltung in Verbindung gebracht werde.<sup>467</sup>

Die großzügige Linie des Gerichtshofs der Europäischen Union, die sich in dem extensiven Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie niederschlägt, wird durch den nachgeschalteten Interessenausgleich relativiert. Aus ihm folgt, dass der weite Parodiebegriff im Einzelfall mit Blick auf die Interessen des Urhebers angepasst und eingeschränkt werden muss.<sup>468</sup>

Die Zulässigkeitsprüfung der Parodie erfolgt somit im unionsrechtlichen Kontext auf zwei Ebenen, die unterschiedlichen Zweckrichtungen dienen: Aufgrund des weiten Parodiebegriffs ist der Anwendungsbereich in der Regel eröffnet. Auf zweiter Ebene hält das Unionsrecht ein flexibles Instrument bereit, das der einfallabhängigen Gewichtung sämtlicher Rechte und Belange dient.

Demgegenüber sieht das deutsche Recht keine übergeordnete Interessenabwägung im Rahmen von § 24 Abs. 1 UrhG vor. Stattdessen stellt es maßgeblich auf die eigene schöpferische Ausdruckskraft der neuen Gestaltung ab und berücksichtigt nur in diesem engen Rahmen gebotene weitergehende verfassungsrechtliche Wertungen. Gegenübergestellt werden ausschließlich die kollidierenden Interessen des Urhebers und des Nutzers, ohne dass der Inhalt der Parodie zum Abwägungskriterium erhoben wird.<sup>469</sup> Die Beurteilung der Zulässigkeit einer Parodie wird in die urheberrechtliche Dogmatik und Systematik des Urheberrechtsgesetzes eingepasst,

<sup>464</sup> EuGH, Urteil vom 03.09.2014, C-201/13, ECLI EU:C:2014:2132, Rn. 25 – *Deckmyn*.

<sup>465</sup> EuGH, Urteil vom 03.09.2014, C-201/13, ECLI EU:C:2014:2132, Rn. 26 – *Deckmyn*.

<sup>466</sup> EuGH, Urteil vom 03.09.2014, C-201/13, ECLI EU:C:2014:2132, Rn. 27 – *Deckmyn*.

<sup>467</sup> EuGH, Urteil vom 03.09.2014, C-201/13, ECLI EU:C:2014:2132, Rn. 31 – *Deckmyn*.

<sup>468</sup> *Haberstumpf*, ZGE 2015, 425, 451 ff.; *Haedicke*, GRUR Int. 2015, 664, 667 f.

<sup>469</sup> *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2015, 658, 662 f.



während außerhalb des Urheberrechts stehende Erwägungen und Verbote aus politischem, gesellschaftlichem und künstlerischem Umfeld zur Vermeidung von Unklarheiten und daraus resultierender Rechtsunsicherheiten außer Betracht bleiben.<sup>470</sup>

### c) Die Rolle von § 24 Abs. 1 UrhG im unionsrechtlichen Kontext

Es stellt sich die Frage, wie sich die Entscheidung des nationalen Gesetzgebers, auf die Einführung einer eigenständigen Parodieschranke in das Urheberrechtsgesetz nach dem Vorbild und in Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie zu verzichten, auf § 24 Abs. 1 UrhG auswirkt. Dem schließt sich die weitere Frage an, ob und inwieweit § 24 Abs. 1 UrhG mit den unionsrechtlichen Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie und des Gerichtshofs der Europäischen Union zu vereinbaren ist.

Entweder ist § 24 Abs. 1 UrhG im Anwendungsbereich von Parodien als eine Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie umsetzende Schrankenbestimmung zu qualifizieren.<sup>471</sup> Dies hätte zur Folge, dass die nationalen Gerichte bei der richtlinienkonformen Auslegung der Vorschrift an die Vorgaben des Gerichtshofs der Europäischen Union zu Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie gebunden wären. Dann bedürfte es der Klärung, wie die Vorgaben des Gerichtshofs der Europäischen Union in *Deckmyn* bei der Auslegung und Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG umzusetzen wären<sup>472</sup> und ob § 24 Abs. 1 UrhG mit Blick auf den offenen Wortlaut überhaupt mit Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-Richtlinie zu vereinbaren wäre.<sup>473</sup> Aufgrund der Unbestimmtheit des Tatbestandmerkmals „in freier Benutzung“ und dem damit einhergehenden weiten Anwendungsbereich spricht vieles dafür, dass § 24 Abs. 1 UrhG nicht hinreichend konkret formuliert ist und dem Drei-Stufen-Test aus Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-Richtlinie nicht standhält.<sup>474</sup> § 24 Abs. 1 UrhG wäre dann unionsrechtswidrig.<sup>475</sup>

<sup>470</sup> *Haberstumpf*, ZGE 2015, 425, 453; *Haedicke*, GRUR Int. 2015, 664, 668.

<sup>471</sup> BGH, Urteil vom 28.07.2016, I ZR 9/15, GRUR 2016, 1157, 29 – *Promis auf fett getrimmt*; *Gabler*, Die Urheberrechtliche Drittnutzung, S. 138; *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, §§ 23/24 UrhG Rn. 89; *Haberstumpf*, ZGE 2015, 425, 457 f.; *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2015, 658, 665; *Rütz*, WRP 2004, 323, 328 f.; *Specht/Koppermann*, ZUM 2016, 19, 23.

<sup>472</sup> Dies wird nachfolgend unter Nennung einzelner Umsetzungsmöglichkeiten diskutiert, vgl. S. 220 ff.

<sup>473</sup> Welche Unterschiede sich damit im Vergleich zu einer inhaltlichen Schrankenbestimmung ergeben, wurde bereits an früherer Stelle erörtert auf S. 173 ff. Wie der offene Wortlaut von § 24 Abs. 1 UrhG und insbesondere der unbestimmte Rechtsbegriff „in freier Benutzung“ auszulegen ist, wird an späterer Stelle untersucht. Vgl. dazu S. 311 f., 337 f.

<sup>474</sup> Zu diesem Ergebnis gelangt im Zusammenhang mit dem Tonträgersampling, das allerdings kein Parodie i. S. v. Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie ist EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 62 – *Pelham u. a.*; EuGH-Generalanwalt, Schlussantrag vom 12. 12. 2018, C-476/17, ECLI EU:C:2018:1002, Rn. 58 – *Pelham u. a.*; ähnlich *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 676; teilweise a. A. ist *Fischer*, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 207, die zwar eine direkte Anwendung ablehnt, aber aufgrund einer funktionalen Vergleichbarkeit eine entsprechende Anwendung auf § 24 UrhG für möglich hält.

<sup>475</sup> Wie eine Konkretisierung von § 24 Abs. 1 UrhG aussehen könnte, wird am Ende dieser Arbeit diskutiert. Es folgt ein Regelungsvorschlag S. 345

Alternativ ließe sich – entsprechend der Argumentation im vorstehenden Abschnitt – vertreten<sup>476</sup>, dass § 24 Abs. 1 UrhG keine „Ausnahme und Beschränkung“ im Sinne von Art. 5 InfoSoc-Richtlinie darstellt und daher nicht der angestrebten Vollharmonisierung unterfällt. In der Folge wären die nationalen Gerichte nicht an die Vorgaben des Gerichtshofs der Europäischen Union zu Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie gebunden.

### aa) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Der Bundesgerichtshof erblickt im § 24 Abs. 1 UrhG eine Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie umsetzende Parodieschranke.

Erstmals beschäftigte er sich im Jahr 2015 im Rahmen des markenrechtlichen Verfahrens *Springender Pudel* mit dem unionsrechtlichen Parodiebegriff. Unter Verweis auf Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie und das in diesem Zusammenhang ergangene *Deckmyn*-Urteil schloss er sich dem weiten Parodiebegriff des Gerichtshofs der Europäischen Union an. Der Bundesgerichtshof verwies auf das Erfordernis einer humorvollen, nicht zwangsläufig spöttischen Auseinandersetzung mit der Werkvorlage.<sup>477</sup>

Zu den urheberrechtlichen Implikationen der europäischen Vorgaben nahm der Bundesgerichtshof erst im Jahr 2016 in seiner Entscheidung *Promis auf fett getrimmt* Stellung. Da der Gerichtshof der Europäischen Union die Parodie zu einem autonomen Begriff des Unionsrechts<sup>478</sup> erklärt habe, sei die nationale Rechtsprechung an seine Vorgaben gebunden.<sup>479</sup>

In der Folge gab der Bundesgerichtshof seine langjährige Rechtsprechung zur Parodie auf. § 24 Abs. 1 UrhG sei als eine Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie umsetzende Ausnahmebestimmung zu qualifizieren, die unter Berücksichtigung der Vorgaben des Gerichtshofs der Europäischen Union richtlinienkonform auszulegen sei.<sup>480</sup> Zur Begründung führte der Bundesgerichtshof die von dem EuGH entwickelten Vorgaben zum Parodiebegriff und der nachgeschalteten Interessenabwägung wortwörtlich an, ohne auf die einzelnen Voraussetzungen und ihre Bedeutung für die nationale Urheberrechtsordnung näher einzugehen.<sup>481</sup>

<sup>476</sup> Vgl. das Zwischenergebnis auf S. 212.

<sup>477</sup> BGH, Urteil vom 02.04.2015, I ZR 59/13, BGHZ 205, 22, Rn. 55 – *Springender Pudel*.

<sup>478</sup> EuGH, Urteil vom 03.09.2014, C-201/13, ECLI EU:C:2014:2132, Rn. 16 – *Deckmyn*.

<sup>479</sup> BGH, Urteil vom 28.07.2016, I ZR 9/15, GRUR 2016, 1157, 30 – *Promis auf fett getrimmt*; zur Fortsetzung dieser Rechtsprechung vgl. BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 61 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>480</sup> BGH, Urteil vom 28.07.2016, I ZR 9/15, GRUR 2016, 1157, 29 – *Promis auf fett getrimmt*.

<sup>481</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 28.07.2016, I ZR 9/15, GRUR 2016, 1157, 31 – *Promis auf fett getrimmt*.

### bb) Meinungsstand in der Literatur

Auch in der Literatur dominiert die Ansicht, § 24 Abs. 1 UrhG sei eine Schrankenbestimmung, die unter Berücksichtigung der Vorgaben des Gerichtshofs der Europäischen Union richtlinienkonform auszulegen sei. Uneinigkeit besteht nur hinsichtlich der Frage, wie sich der in *Deckmyn* entwickelte weite Parodiebegriff und die durch den EuGH vorgegebene Interessenabwägung in § 24 Abs. 1 UrhG umsetzen ließen.

Vereinzelte Stimmen gehen davon aus, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und der nationalen Rechtsprechungspraxis einander entsprächen.<sup>482</sup> Aufgrund gleichgelagerter Wertungen bedürfe es daher keiner Änderungen der nationalen Rechtsprechung.

Der wohl überwiegende Teil in der Literatur betont jedoch die Unterschiede zwischen den Vorgaben des Gerichtshofs der Europäischen Union und der nationalen Rechtsprechung.<sup>483</sup> Obwohl die vom EuGH entwickelten Zulässigkeitsvoraussetzungen das Resultat einer ergebnisorientierten Betrachtung seien, die jegliche Auseinandersetzung mit der urheberrechtlichen Dogmatik vermissen ließen und aufgrund ihrer unspezifischen Ausgestaltung nicht justiziabel seien<sup>484</sup>, müsse § 24 Abs. 1 UrhG zumindest im Anwendungsbereich von Parodien an die unionsrechtlichen Vorgaben angepasst werden. Dass die Parodie im Rahmen des § 24 Abs. 1 UrhG einen Sonderfall<sup>485</sup> darstelle, der im Vergleich zu anderen Fallgruppen der freien Benutzung eigene Voraussetzungen aufweise, sei zu akzeptieren.<sup>486</sup>

Die Durchführung einer Interessenabwägung, die sich an außerhalb des Urheberrechts befindlichen Verboten und Wertungen orientiert, wird jedoch in Frage gestellt<sup>487</sup>: Die Vorgehensweise des Gerichtshofs der Europäischen Union sei methodisch mangelhaft, da Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie keine Anhaltspunkte für eine Interessenabwägung enthalte. In der Folge bedürfe es demnach einer weiterführenden Begründung für ihre Durchführung.

<sup>482</sup> So insbesondere *Haberstumpf*, ZGE 2015, 425, 450 ff.; wohl genauso *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, § 24 UrhG Rn. 29; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 24 UrhG Rn. 25a; *Slopek*, GRUR-Prax. 2014, 442, 442; in dieselbe Richtung zeigt *Rütz*, WRP 2004, 323, 330.

<sup>483</sup> *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, §§ 23/24 UrhG Rn. 89; *Loewenheim*, in: FS Fezer, S. 789, 792 f.; v. *Becker*, GRUR 2015, 336, 339; *Haedicke*, GRUR Int. 2015, 664, 670; *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2015, 658, 666; *Specht/Koppermann*, ZUM 2016, 19, 23; *Ungern-Sternberg*, GRUR 2017, 217, 222.

<sup>484</sup> Dazu ausführlich *Haedicke*, GRUR Int. 2015, 664, 667 f.

<sup>485</sup> Vgl. die Ausführungen auf S. 183 ff. zur verfassungsrechtlichen Einbettung von Parodien, die eine Privilegierung innerhalb des Urheberrechtsgesetzes erfordern.

<sup>486</sup> *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, § 24 UrhG Rn. 32.

<sup>487</sup> v. *Becker*, GRUR 2015, 336, 339; *Haedicke*, GRUR Int. 2015, 664, 669 ff.; *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2015, 658, 662 ff.

*cc) Stellungnahme*

Nach hiesiger Ansicht ist § 24 Abs. 1 UrhG auch im Kontext einer Parodie nicht als „Ausnahme und Beschränkung“ im Sinne von Art. 5 InfoSoc-Richtlinie einzuordnen. Die Vorschrift unterfällt nicht der angestrebten Vollharmonisierung.

Hieran anknüpfend wird nachfolgend unter Verweis auf die dogmatische Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG dargelegt, dass die Vorschrift nicht unter Berücksichtigung der Vorgaben in *Deckmyn* richtlinienkonform auszulegen und die Parodie kein Sonderfall von § 24 Abs. 1 UrhG ist, der im Vergleich zu anderen Fallgruppen der freien Benutzung eigene, abweichende Voraussetzungen rechtfertigen könnte.<sup>488</sup>

Weiterhin werden die vom EuGH entwickelten Grundsätze zur Parodie dem deutschen Recht gegenübergestellt, Argumentationslücken in dem Urteil *Promis auf fett getrimmt*<sup>489</sup> des Bundesgerichtshofs aufgezeigt und weitere Argumente gegen die Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG als Schrankenbestimmung aufgeführt. Dies erfolgt eingebettet in die Untersuchung, wie sich die Vorgaben aus *Deckmyn* sinnvoll in deutsches Recht umsetzen ließen.<sup>490</sup>

Es sei jedoch – zur Klarstellung – darauf hingewiesen, dass es einer solchen Umsetzung in deutsches Recht nur bedarf, wenn § 24 Abs. 1 UrhG als eine Art. 5 InfoSoc-RL umsetzende Schrankenbestimmung eingeordnet wird.

Bei Zugrundelegung der hiesigen Ansicht verbleibt es demgegenüber bei den vorstehend dargestellten Parodie-Grundsätzen, die in der deutschen Rechtsprechung entwickelt wurden.<sup>491</sup> Damit stellt sich nicht die Frage, wie sich die Vorgaben aus *Deckmyn* in deutsches Recht umsetzen lassen.

Die Gegenüberstellung der europäischen Vorgaben mit den in der deutschen Rechtsprechung entwickelten Maßstäben dient daher ausschließlich dazu, dem Leser einen allumfassenden, vollständigen Überblick über die Beurteilungsansätze der urheberrechtlichen Zulässigkeit von Parodien zu verschaffen und aufzuzeigen, welche Konsequenz die funktionale Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG als Schrankenregelung für die Rechtsanwendung hätte.

(1) Dogmatische Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG (Ob der Umsetzung)

Ein wesentlicher Argumentationsfehler des Bundesgerichtshofs und zahlreicher Literaturstimmen besteht darin, dass die dogmatische Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG verkannt wird. Die Vorschrift ist eine Schutzzumfangbestimmung, die nicht von der Vollharmonisierung der InfoSoc-Richtlinie erfasst wird.

<sup>488</sup> Vgl. S. 219.

<sup>489</sup> BGH, Urteil vom 28.07.2016, I ZR 9/15, GRUR 2016, 1157 – *Promis auf fett getrimmt*.

<sup>490</sup> Vgl. S. 220 ff.

<sup>491</sup> Welche Grundsätze dies sind, wurde herausgearbeitet auf S. 192 ff.

Das Institut der freien Benutzung führt zu einer Inhaltsbegrenzung des Urheberrechts: Das in freier Benutzung geschaffene Werk – also die Parodie – gilt gegenüber dem benutzten Werk als selbständig. Aufgrund des eigenen Charakters der Parodie unterfällt sie nicht der verwertungsrechtlichen Werkherrschaft des parodierten Werkes. Damit liegt keine Urheberrechtsverletzung vor. Es bedarf also keiner Legitimierung durch eine Ausnahme- oder Schrankenbestimmung im Stil von Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie.

Die immanente Begrenzung des Schutzgegenstandes spiegelt sich in der Einordnung der Vorschrift im vierten Abschnitt mit dem Titel „Inhalt des Urheberrechts“ wider. Sie gilt für sämtliche Anwendungsfälle von § 24 Abs. 1 UrhG, ohne dass bei der dogmatischen Einordnung zwischen dem Vorliegen eines äußeren oder inneren Abstandes zu unterscheiden ist.<sup>492</sup> In der Folge ist alles im vorstehenden Abschnitt Gesagte zur fehlenden Vollharmonisierung des Rechtsinstituts der freien Benutzung auf die mit einer Parodie einhergehenden, transformativen Werknutzung zu übertragen.<sup>493</sup>

## (2) Anforderungen des europäischen Rechts im Vergleich zur deutschen Rechtslage (Wie der Umsetzung)

Die Argumentation in dem Urteil *Promis auf fett getrimmt*<sup>494</sup> überzeugt nicht. Der Bundesgerichtshof äußert sich ausschließlich zu der Frage des Ob und nicht des Wie der Umsetzung der EuGH-Rechtsprechung in nationales Recht. Die nicht näher begründete Feststellung, § 24 Abs. 1 UrhG sei richtlinienkonform, hilft der Praxis nicht weiter.

Zur Klarstellung wünschenswert und praxisrelevant wäre es gewesen, unter Verweis auf die Diskrepanzen der unionsrechtlichen und nationalen Vorgaben konkrete Anregungen zur Umsetzung im Rahmen von § 24 Abs. 1 UrhG aufzuzeigen – beispielsweise durch Zuordnung, Ergänzung oder Verschärfung der Prüfungsvoraussetzungen der Vorschrift. Der Bundesgerichtshof hat aber seine Ausführungen auf eine bloße Aneinanderreihung von Vorgaben des Gerichtshofs der Europäischen Union reduziert, ohne eigene Leitlinien zu setzen. Als

<sup>492</sup> Vgl. dazu S. 198 ff. sowie die abschließende Betrachtung der dogmatischen Einordnung der Vorschrift auf S. 309 ff.

<sup>493</sup> Vgl. S. 207 ff.; a. A. ist offensichtlich BGH, Urteil vom 30. 04. 2020, I ZR 115/16, Rn. 61 – *Metall auf Metall IV*, der hervorhebt, dass § 24 Abs. 1 UrhG der Sache nach eine Schrankenregelung für eine Werknutzung für Parodien bilde. Unverständlich erscheint, dass zur Begründung nur die gesamte Vorschrift zitiert und das Erfordernis eines selbständigen Werkes hervorhebt. Da der BGH, der ganz offensichtlich die freie Benutzung für die bei Parodien einschlägige Regelung hält, bleibt fraglich, wo er den Unterschied erblickt zwischen der Selbständigkeit einer Parodie einerseits – bei der nur eine Schrankenregelung greifen soll – und der Selbständigkeit eines neuen Musiktittels, der im Wege des Samplings entstanden ist, andererseits.

<sup>494</sup> BGH, Urteil vom 28.07.2016, I ZR 9/15, GRUR 2016, 1157 – *Promis auf fett getrimmt*.

Folge der fehlenden Auseinandersetzung mit der Systematik und Funktion von Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL sind bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Parodien uneinheitliche Ergebnisse und Rechtsunsicherheit zu befürchten.<sup>495</sup>

Der Bundesgerichtshof will die Vorgaben des Gerichtshofs der Europäischen Union „eins zu eins“ in das deutsche Urheberrecht überführen, greift aber die – zum Teil durch den unionsrechtlichen Rahmen vorgegebenen – argumentatorischen Besonderheiten des *Deckmyn*-Urteils nicht auf.<sup>496</sup> Unterschiede zum deutschen Urheberrecht ergeben sich etwa aus der Art der Regelung – spezieller Privilegierungstatbestand versus allgemein gefasste Vorschrift zugunsten der Kulturindustrie – und dem Prüfungsaufbau – zwei Ebenen-Prüfungssystem versus strikte Prüfung der eigenständigen Werkeigenschaft.

Im Folgenden werden die Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs im *Deckmyn*-Urteil zum weiten Parodiebegriff und zur Durchführung einer Interessenabwägung der Systematik des deutschen Urheberrechts gegenübergestellt. Zum anderen wird diskutiert, wie sich die unionsrechtlichen Vorgaben bei Zugrundelegen der vom Bundesgerichtshof vertretenen Ansicht, § 24 Abs. 1 UrhG sei eine Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie umsetzende Schrankenbestimmung, in das deutsche Urheberrecht umsetzen ließen.

#### (a) Weiter Parodiebegriff

Das Vorliegen einer Parodie ist Voraussetzung für die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie.<sup>497</sup> Demgegenüber gibt es im deutschen Recht keine vorgeschaltete Prüfung im Sinne der Anwendungsvoraussetzung<sup>498</sup>, ob eine Parodie vorliegt. Stattdessen wird im Rahmen von § 24 Abs. 1 UrhG geprüft, ob ein selbständiges Werk in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen wurde. Dies beruht darauf, dass § 24 Abs. 1 UrhG keine Schranke ist.

#### (aa) Ausdruck von Humor und Verspottung

Bei der Prüfung, ob ein selbständiges Werk geschaffen wurde, wird die Parodie als die häufigste Fallgruppe des inneren Abstandes im Rahmen von § 24 Abs. 1 UrhG berücksichtigt. Das weite Begriffsverständnis einer Parodie ist zu diesem Zweck in die Voraussetzung des inneren Abstandes hineinzulesen.<sup>499</sup>

<sup>495</sup> Genauso *Haedicke*, GRUR Int. 2015, 664, 669.

<sup>496</sup> Vgl. zur nationalen Rechtsprechung S. 186 ff.

<sup>497</sup> Näher zur Bedeutung von „autonomen Begriffen des Unionsrechts“ und ihrer Auslegung EuGH, Urteil vom 21. 10. 2010, C-467/08, ECLI EU:C:2010:620, Rn. 32 – *Padawan*; EuGH, Urteil vom 03. 09. 2014, C-201/13, ECLI EU:C:2014:2132, Rn. 14 – *Deckmyn*.

<sup>498</sup> Eine solche Vorfrage der Parodie wurde bereits abgelehnt auf S. 192 f.

<sup>499</sup> Dazu ausführlich zu Beginn dieses Abschnittes auf S. 185 ff.

Während die Anforderungen an eine antithematische Behandlung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hoch sind<sup>500</sup>, muss es im Einklang mit dem Parodiebegriff des Gerichtshofs der Europäischen Union ausreichen, dass die neue Gestaltung trotz wahrnehmbarer Unterschiede an ein bestehendes Werk erinnert und einen Ausdruck von Humor oder Verspottung darstellt. Die wahrnehmbaren Unterschiede zur Vorlage müssen jedoch in Abweichung zur deutschen Rechtsprechungspraxis nicht darin bestehen, dass die Parodie einer anderen Person als dem Urheber des parodierten Werkes zugeschrieben werden kann oder dass die Parodie inhaltlich das parodierte Werk betrifft. Stattdessen bezieht sich der Anwendungsbereich auf eine kritische Auseinandersetzung mit dem thematischen Umfeld des Werkes sowie auf außerhalb des Ausgangswerkes liegende Themen.<sup>501</sup>

Es ist fraglich, wie sich trotz dieser begrifflichen Unterschiede der vom Bundesgerichtshof geforderte Gleichlauf von deutschem mit unionsrechtlichem Recht erzielen lässt. Eine Möglichkeit bestünde darin, zwar an dem Kriterium der antithematischen Behandlung der Vorlage festzuhalten, aber einen großzügigen Maßstab bei der Prüfung der „Antithematik“ anzulegen, der sich an den Leitlinien des Gerichtshofs der Europäischen Union orientiert.<sup>502</sup> Dies beträfe insbesondere die Frage, was einen tauglichen thematischen Bezugspunkt einer Parodie bildet und welches Maß an humoristischer Aufbereitung im Sinne des Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie erforderlich ist. Liegen diese Voraussetzungen vor, wäre ein innerer Abstand zu bejahen, der zugleich mit der Annahme einer selbständigen Neuschöpfung einherginge.

#### (bb) Werkeigenschaft als konstitutives Erfordernis von § 24 Abs. 1 UrhG

Problematisch und mit dem deutschen Recht in der durch den Gerichtshof der Europäischen Union geforderten Form kaum vereinbar, ist die Negativvoraussetzung, dass eine Parodie keinen eigenschöpferischen Charakter aufweisen müsse.

Würde man diese Vorgabe eins zu eins für Parodien umsetzen, entfielen die zentrale Voraussetzung der freien Benutzung.<sup>503</sup> Die Forderung nach der Werkeigenschaft der neuen Schöpfung ermöglicht aber nach deutschem Rechtsverständnis erst die „Ausnahme“<sup>504</sup> vom Urheberrechtsschutz des parodierten Werkes.

<sup>500</sup> Vgl. S. 186 ff.

<sup>501</sup> Vgl. zu diesem Verständnis der Rechtsprechung *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2015, 658, 662.

<sup>502</sup> Ebenso *Gabler*, Die Urheberrechtliche Drittnutzung, S. 147; I.E. ähnlich *Haberstumpf*, ZGE 2015, 425, 451; *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2015, 658, 666; *Specht/Koppermann*, ZUM 2016, 19, 23.

<sup>503</sup> Genauos *Hilty*, in: FS Schulze, S. 127, 131 f.

<sup>504</sup> Die Bezeichnung der Funktionsweise von § 24 Abs. 1 UrhG als „Ausnahme vom Urheberrechtsschutz“ wird bewusst in Anführungsstriche gesetzt, da sie nicht der hier vertretenen Ansicht entspricht, wonach die freie Benutzung eine Inhaltsbegrenzung des Urheberrechts bewirkt.



Als Inhaber der ausschließlichen Rechte der §§ 11 ff. UrhG, die durch ihr Zusammenspiel der Sicherung der Werkherrschaft des Urhebers dienen, werden nicht nur seine materiellen, sondern darüber hinaus seine ideellen Interessen vollumfänglich geschützt.<sup>505</sup> Das Zusammenspiel von §§ 23, 24 UrhG zeigt, dass eine „Ausnahme“ des Urheberschutzes nur unter sehr engen Voraussetzungen – namentlich bei Vorliegen eines ausreichenden Abstandes und einer gewissen Schöpfungshöhe – angenommen wird.<sup>506</sup> Dies beruht letztlich darauf, dass § 24 Abs. 1 UrhG keine Schranke, sondern eine Schutzzumfangbestimmung deklaratorischer Natur ist, die eine Konkretisierung von § 2 Abs. 2 UrhG darstellt.

Ohne die zentrale Voraussetzung der Werkeigenschaft, wäre der eigenständige Schutz der Parodie nicht zu rechtfertigen. Dennoch auf die Tatbestandsvoraussetzung des selbständigen Werkes zu verzichten, wäre eine unzulässige Rechtsfortbildung. Sie ginge über den eindeutigen Wortlaut hinaus und liefе dem Regelungszweck von § 24 Abs. 1 UrhG zuwider.<sup>507</sup> Demgegenüber auf die Voraussetzung einer eigenständigen Neuschöpfung verzichten zu wollen, wäre *contra legem*.<sup>508</sup>

Die Vorgabe des Gerichtshofs der Europäischen Union ist unter Berücksichtigung der Regelungssystematik der InfoSoc-Richtlinie zu bewerten. Die Verwertungsrechte in Art. 2–4 der Richtlinie sind rein vermögensrechtlicher Natur, die zuvorderst der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Werknutzung dient.<sup>509</sup> Sie sind, anders als im deutschen Recht, nicht Ausfluss der Ausschließlichkeitsrechte, die dem Urheber die Kontrolle über jegliche Werkverwendung verschaffen sollen.

Diese Funktionsweise zeigt sich daran, dass ein Werk nach dem Unionsrecht nicht gegen jede Übernahme von Werkelementen geschützt wird. Die Verwertungsrechte sind nur bei einer „wirklichen Werkverwertung“ betroffen, die den Erhalt einer angemessenen Vergütung tatsächlich gefährdet.<sup>510</sup> Sie liegt nur vor, wenn der Werknutzer in voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens das Werk verwendet und Erwerbszwecke verfolgt.

Die Reichweite der Verwertungsrechte ist im Unionsrecht somit deutlich geringer.<sup>511</sup> Sie steht in einem Wechselwirkungsverhältnis zu den Ausnahmebestimmun-

---

<sup>505</sup> Zu den vermögens- und urheberpersönlichkeitsrechtlich orientierten Schutzzwecken und dem Umfang der Ausschließlichkeitsrechte vgl. S. 127 ff., 137 ff.

<sup>506</sup> Dass die von § 24 Abs. 1 UrhG gestellten Anforderungen sehr hoch sind, betont auch *Apel*, MMR 2019, 97, 98.

<sup>507</sup> Zu den Voraussetzungen und Grenzen der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung siehe *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 245 ff.; i. E. genauso *Gabler*, Die Urheberrechtliche Drittnutzung, S. 147; vgl. auch *Hilty*, in: FS Schulze, S. 127, 131 f.

<sup>508</sup> In diese Richtung argumentiert auch *Fischer*, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 233.

<sup>509</sup> Siehe EG 10ff. der RL 2001/29/EG; *Ungern-Sternberg*, GRUR 2012, 1198, 1204; *Ungern-Sternberg*, GRUR 2015, 533, 534, 537.

<sup>510</sup> Näher dazu *Ungern-Sternberg*, GRUR 2012, 1198, 1200; *Ungern-Sternberg*, GRUR 2015, 533, 538.

<sup>511</sup> *Ungern-Sternberg*, GRUR 2015, 533, 539.



gen des Art. 5 InfoSoc-Richtlinie, an die weniger hohe Anforderungen zu stellen sind als im deutschen Urheberrecht gestellt werden. Berücksichtigt man darüber hinaus den Umstand, dass das Vorliegen einer Parodie konstitutive Anwendungsvoraussetzung von Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie ist, erscheint es konsequent, dass der Gerichtshof der Europäischen Union keinen eigenschöpferischen Charakter der Parodie fordert, sondern eine großzügige Linie verfolgt.

Aufgrund der aufgezeigten systematischen Unterschiede bestehen nur zwei Optionen: Entweder müsste trotz der Vorgaben des Gerichtshofs der Europäischen Union an der Werkeigenschaft als wesentliche Schutzvoraussetzung im Rahmen von § 24 Abs. 1 UrhG für Parodien festgehalten werden<sup>512</sup> oder im Anwendungsbereich von Parodien trotz der geäußerten Bedenken auf das zentrale Selbständigkeitskriterium verzichtet werden.

Der Vorteil des erstgenannten Ansatzes bestünde darin, dass der Erwägung des europäischen Gesetzgebers, die Ausnahmen und Beschränkungen von Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie seien fakultativer und die Mitgliedsstaaten nicht dazu verpflichtet, überhaupt eine diesbezügliche Ausnahme vorzusehen, Rechnung getragen würde. Der Hintergrund dieser Erwägung ist, hinreichend Raum für die unterschiedlichen Rechtstraditionen der Mitgliedsstaaten zu lassen.<sup>513</sup>

Allerdings besteht bei diesem Ansatz die Gefahr eines gespaltenen Parodiebegriffs innerhalb des Anwendungsbereichs der InfoSoc-Richtlinie. Ist die Parodie als ein autonomer Begriff des Unionsrecht einheitlich auszulegen, darf es nicht darauf ankommen, dass die InfoSoc-Richtlinie nur einzelne Verwertungsrechte aufführt. Andernfalls würde in Abhängigkeit von dem betroffenen Verwertungsrecht der weite Parodiebegriff des Gerichtshofs der Europäischen Union oder der durch die Werkeigenschaft geprägte enge Parodiebegriff des deutschen Urheberrechts gelten. Es drohte ein Unterlaufen des unionsrechtlichen Parodiebegriffs.

Ob dann für Parodien auf das Selbständigkeitskriterium verzichtet werden sollte, ist dennoch mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen und die Systematik des deutschen Urheberrechts fraglich. Letztlich zeigen beide Umsetzungsoptionen, dass dem Bundesgerichtshof mit der Annahme, bei § 24 Abs. 1 UrhG handle es sich um Schrankenbestimmung, nicht gefolgt werden kann. Ein Ausweg besteht darin, § 24 Abs. 1 UrhG entsprechend seiner Funktionsweise als Schutzzumfangbestimmung einzuordnen mit der Folge, dass die Vorgaben des Gerichtshofs der Europäischen Union in *Deckmyn* insoweit obsolet sind.

---

<sup>512</sup> Genauso *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, § 24 UrhG Rn. 29, der darauf hinweist, dass es Aufgabe der nationalen Gerichte sei, unionsrechtlichen Begriffe näher auszugestalten; in der Sache ähnlich *Haberstumpf*, ZGE 2015, 425, 457 f., der auf die dem Urheberrecht immanente Begrenzung und auf die Bedeutung einer richtlinienkonformen Auslegung anhand des Zwecks und des Wortlauts hinweist; *Slopek*, GRUR-Prax. 2014, 442, 442; a. A. ist *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2015, 658, 666.

<sup>513</sup> Siehe EG 32 der RL 2001/29/EG.

## (b) Interessenausgleich

Die Durchführung eines übergeordneten Interessenausgleichs war nach früherer Ansicht des Bundesgerichtshofs mit dem deutschen Recht unvereinbar. Er verpflichtet jedoch seit der *Gies-Adler*-Entscheidung die Zivilgerichte, im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung die verfassungsrechtlich verbrieften Interessen der Urheber und der Nutzerseite angemessen zu berücksichtigen.<sup>514</sup>

Der von dem Gerichtshof der Europäischen Union geforderte nachgeschaltete Interessenausgleich überschreitet eine mit der Anwendung des § 24 Abs. 1 UrhG einhergehende verfassungskonforme Auslegung. Sie soll über den eindeutigen Richtlinienwortlaut hinaus eine mindestens gleichwertige Zulässigkeitsvoraussetzung neben den in der Vorschrift verankerten Tatbestandsmerkmalen bilden und nicht ergänzend herangezogen werden.<sup>515</sup>

## (aa) Zulässigkeit einer Interessenabwägung

Mit Blick auf die zunehmend flexibler gewordene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die eindeutigen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts<sup>516</sup> zur Durchführung einer kunstspezifischen Betrachtung und bei Zugrundelegung der dogmatischen Einordnung als Schrankenbestimmung bietet § 24 Abs. 1 UrhG ausreichend Auslegungsspielräume, um die vom Gerichtshof der Europäischen Union geforderte Interessenabwägung vorzunehmen. Dem stehen auch die Ausführungen des Bundesgerichtshofs in der *Gies-Adler*-Entscheidung nicht entgegen, da sie anders als Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie auf der Annahme fußen, dass es sich bei § 24 Abs. 1 UrhG nicht um eine Schrankenbestimmung handelt.<sup>517</sup>

Die geforderte Interessenabwägung könnte daher analog der kunstspezifischen Betrachtung in das Tatbestandsmerkmal des freien und selbständigen Werkes mit der Maßgabe gedanklich aufgenommen werden und würde abhängig von den jeweils überwiegenden Interessen der verschiedenen Kategorien von Rechteinhabern und Nutzern eine extensive oder restriktive Lesart bedingen.

Diese Vorgehensweise trüge nicht nur der Entwicklung der Rechtsprechung, sondern auch dem insoweit eindeutig gefassten 31. Erwägungsgrund der Richtlinie Rechnung.<sup>518</sup> Durch die Einbindung der Interessenabwägung würde bei der

<sup>514</sup> BGH, Urteil vom 20.03.2003, I ZR 117/00, BGHZ 154, 260, Rn. 19 – *Gies-Adler*.

<sup>515</sup> Vgl. v. *Becker*, GRUR 2015, 336, 339.

<sup>516</sup> Zur Öffnung der Rechtsprechung vgl. S. 188 f.

<sup>517</sup> v. *Becker*, GRUR 2015, 336, 339.

<sup>518</sup> v. *Becker*, GRUR 2015, 336, 339; *Haedicke*, GRUR Int. 2015, 664, 670; *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2015, 658, 663; i.E. genauso *Gabler*, Die Urheberrechtliche Drittnutzung, S. 147, die jedoch auf mögliche Konfliktpunkte der Vorgaben des EuGH mit der nationalen Rechtsprechungspraxis nicht eingeht.

Prüfung der Tatbestandsmerkmale von § 24 Abs. 1 UrhG sichergestellt, dass die beteiligten Grundrechtspositionen nur im urheberrechtlich gesteckten Rahmen berücksichtigt werden, da das jeweilige Fachgericht sich nicht zum Verfassungsgericht erheben darf.<sup>519</sup>

#### (bb) Berücksichtigung urheberpersönlichkeitsrechtlicher Wertungen

Die Berücksichtigung des Diskriminierungsverbots als eine außerhalb des Urheberrechtsgesetzes stehende Wertung ist der Dogmatik des deutschen Urheberrechts hingegen fremd. Sie entbehrt zudem einer unionsrechtlichen Grundlage, da die InfoSoc-Richtlinie urheberpersönlichkeitsrechtliche Belange außer Acht lässt und stattdessen vermögensrechtliche Interessen in den Vordergrund rücken will.<sup>520</sup>

Bei den Ausführungen des Europäischen Gerichtshof zum Diskriminierungsverbot handelt es sich um urheberpersönlichkeitsrechtliche Erwägungen, die auf nationaler Ebene durch § 14 UrhG zu berücksichtigen sind.<sup>521</sup> Damit wäre der Weg frei, die vom Gerichtshof festgelegten Abwägungskriterien bei der Beurteilung der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Zulässigkeit einer Parodie über § 14 UrhG<sup>522</sup> zu berücksichtigen.<sup>523</sup>

Bei einer solchen Abwägung wäre aber zu beachten, dass das Urheberrecht politisch neutral ist und der Urheberrechtsschutz nicht davon abhängen darf, ob der Urheber des benutzten Werkes die in der neuen Gestaltung geäußerte Kritik teilt.<sup>524</sup> Bei einer Einzelabwägung wäre daher Vorsicht geboten. Trotz Berücksichtigung der Rechte und Interessen der Beteiligten müssten objektive Erwägungen, die sich an dem Kriterium der „persönlichen geistigen Schöpfung“<sup>525</sup> orientierten, subjektive Empfindungen überwiegen.<sup>526</sup> Alles andere würde zu einem nicht haltbaren Maß an Rechtsunsicherheit führen.

<sup>519</sup> *Haberstumpf*, ZGE 2015, 425, 457; *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2015, 658, 663.

<sup>520</sup> Siehe dazu EG 19 der RL 2001/29/EG; *Ungern-Sternberg*, GRUR 2012, 1198, 1204.

<sup>521</sup> *Haedicke*, GRUR Int. 2015, 664, 669; ebenso v. *Becker*, GRUR 2015, 336, 339, der § 14 UrhG als negatives Tatbestandsmerkmal berücksichtigen will.

<sup>522</sup> Für eine neben § 24 Abs. 1 UrhG durchzuführende Prüfung, ob urheberpersönlichkeitsrechtliche Belange betroffen sind nach § 14 UrhG, wird an späterer Stelle dieser Arbeit auf S. 330 ff. argumentiert.

<sup>523</sup> *Specht/Koppermann*, ZUM 2016, 19, 24, die für die Beurteilung einer Entstellung maßgeblich auf das Kriterium der „antithematischen Behandlung“ bzw. auf das Maß der „Verspottung“ abstellt.

<sup>524</sup> *Haberstumpf*, ZGE 2015, 425, 457; *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2015, 658, 663.

<sup>525</sup> Zu den Überschneidungen und Unterschieden des deutschen und europäischen Werkbegriffs siehe S. 72 ff.

<sup>526</sup> Vgl. die Ausführungen zur Entstellung, die sich an objektiven Beeinträchtigungen orientiert *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 14 UrhG Rn. 10.

## (c) Zwischenergebnis

Durch die aufgezählten Umsetzungsmöglichkeiten der Vorgaben im *Deckmyn*-Urteil soll ein einheitliches Schutzniveau für die Urheber und ausübenden Künstler auf unionsrechtlicher und nationaler Ebene erzielt werden. Zum einen soll die kohärente Anwendung der Schranken im nationalen Recht unter Berücksichtigung der Interessen und Rechte der Beteiligten erreicht werden, wie von dem Gerichtshof der Europäischen Union in ständiger Rechtsprechung<sup>527</sup> gefordert. Zum anderen soll Raum für die unterschiedlichen Rechtstraditionen in den Mitgliedsstaaten geschaffen werden, ohne dass die einheitliche Auslegung des Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie aufgrund einer im Ergebnis ähnlichen Wirkungsweise gefährdet wird.

Allerdings ist in der Forderung nach einer selbständigen Neuschöpfung in § 24 Abs. 1 UrhG eine von den unionsrechtlichen Vorgaben abweichende strengere Zulässigkeitsvoraussetzung zu erblicken. Sie lässt sich nicht mit den Vorgaben des Gerichtshofs der Europäischen Union nach einem weiten Parodiebegriff vereinbaren, ohne dass die zentrale Voraussetzung für den Schutz von Parodien entfielen. Ähnliches gilt für die Vorgabe, bei der Interessenabwägung zur Beurteilung der urheberrechtlichen Zulässigkeit von Parodien urheberpersönlichkeitsrechtliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

In dem Urteil *Promis auf fett getrimmt* weist wenig darauf hin, dass der Bundesgerichtshof diese Spannungsfelder zwischen europäischem und deutschem Recht wahrgenommen hat. Er weist weder auf die Unterschiede zwischen dem unionsrechtlichen Parodiebegriff und dem Selbständigkeitskriterium der freien Benutzung, noch auf das daraus resultierende Dilemma bei der Umsetzung in deutsches Recht hin.<sup>528</sup> Damit geht das Herzstück der nationalen Parodierechtsprechung, die Entstehung eines neuen Werkes mit eigenständigem Charakter, verloren. Mit der Entwicklung klarer Leitlinien zur Umsetzung der in *Deckmyn* entwickelten Vorgaben wäre dies wohl vermeidbar gewesen. Mögliche Anknüpfungspunkte für die Umsetzung in deutsches Recht wurden unter Berücksichtigung der Besonderheiten beider Urheberrechtsordnungen aufgezeigt.

Es bleibt festzuhalten, dass das *Promis auf fett getrimmt*-Urteil des Bundesgerichtshofs in zweierlei Hinsicht Schwächen aufweist: § 24 Abs. 1 UrhG kann, anders als dort geschehen, als Schutzzumfangbestimmung nicht in Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie unionskonform ausgelegt werden (Das Ob der Umsetzung). So hätten sich diverse Folgeprobleme – Vereinbarkeit von § 24 Abs. 1 UrhG mit Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-Richtlinie, unzulässige Rechtsfortbildung durch Verzicht auf das Selbständigkeitskriterium – vermeiden lassen. Zudem

<sup>527</sup> EuGH, Urteil vom 21. 10. 2010, C-467/08, ECLI EU:C:2010:620, Rn. 36 – *Padawan*; EuGH, Urteil vom 01. 12. 2011, C-145/10, ECLI EU:C:2011:798, Rn. 107 – *Painer*.

<sup>528</sup> Vgl. S. 222 ff.

unterlässt der Bundesgerichtshof es als Folge der von ihm getroffenen Einordnung als Schrankenbestimmung, einen Mittelweg einzuschlagen, der sowohl der Rechts-tradition des deutschen Urheberrechts als auch den grundlegenden Wertungen des Unionsrechts Rechnung trägt (Das Wie der Umsetzung).

### (3) Trend des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Inhaltsbegrenzung

Der Leser vermag in dem *Deckmyn*-Urteil zudem die Tendenz des Gerichtshofs der Europäischen Union erblicken, bei Parodien eine Inhaltsbegrenzung anzunehmen.

Der Gerichtshof der Europäischen Union spricht sich für einen weiten Parodiebegriff aus. Durch diese extensive Auslegung des Tatbestandsmerkmals entsteht ein weiter Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie. Bei Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie handelt es sich jedoch um einen Schranken-katalog ähnlich der §§ 44a ff. UrhG. Wie der Titel „Ausnahmen und Beschränkungen“ von Art. 5 InfoSoc-Richtlinie andeutet, liegt den Schrankenbestimmungen die Annahme zugrunde, dass mit einer Vervielfältigungs- oder Verbreitungshandlung die Rechte aus Art. 2 und 3 InfoSoc-Richtlinie verletzt würden. Eine Ausnahme oder Beschränkung in Bezug auf die Verwertungsrechte in Art. 2 und 3 InfoSoc-Richtlinie ist nur vorgesehen, wenn die in Art. 5 Abs. 3 lit. a bis o InfoSoc-Richtlinie geregelten Voraussetzungen vorliegen.

Mit diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis des Schrankenkataloges geht einher, dass die Voraussetzungen der Schrankenbestimmungen eng auszulegen sind.<sup>529</sup> Andernfalls droht eine Aushöhlung des in Art. 17 EU-Grundrechtecharta verankerten Eigentumsrechts. Diesem unterfällt ausweislich Art 17 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta auch das Geistige Eigentum – und damit das Urheberrecht.

Indem der Gerichtshof der Europäischen Union einen weiten Parodiebegriff festlegt und zur zentralen Anwendungsvoraussetzung von Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie erhebt, bricht der Gerichtshof der Europäischen Union mit dem dargestellten Regel-Ausnahme-Verhältnis. Welche Vielzahl von Gestaltungen in der Konsequenz erfasst werden, wurde durch die Gegenüberstellung mit dem engen deutschen Parodiebegriff bereits aufgezeigt.<sup>530</sup>

Die Entwicklung des weiten Parodiebegriffs lässt sich nur so verstehen, dass der Gerichtshof der Europäischen Union die durch die Kunstfreiheit geschützten Interessen des Parodisten generell stärker gewichtet sehen will. Dazu nimmt er eine Einschränkung der durch Art. 17 EU-Grundrechtecharta geschützten Interessen der Rechteinhaber in Kauf. Was bleibt, ist ein Korrektiv über den nachgeschalteten

<sup>529</sup> Zu der Funktionsweise inhaltlicher Schrankenbestimmungen vgl. S. 173 ff.

<sup>530</sup> Siehe S. 214, 221 ff.

Interessenausgleich, der vorwiegend urheberpersönlichkeitsrechtliche Interessen berücksichtigt.<sup>531</sup>

Durch die Verkehrung des für die Schrankenbestimmungen üblichen Regel-Ausnahme-Verhältnisses entsteht in *Deckmyn* ein Wechselwirkungsverhältnis von Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie und Art. 2 und 3 InfoSoc-Richtlinie. Dieses erinnert durch das Zusammenspiel der Vorschriften an eine Inhaltsbegrenzung. Sie ähnelt der Wirkungsweise von §§ 2 Abs. 2, 24 Abs. 1 UrhG<sup>532</sup>: Der weite Parodiebegriff erfasst die Vielzahl der transformativen Werknutzungen, die gegenüber dem vorbestehenden Werk wahrnehmbare Unterschiede jeglicher Art aufweisen und einen Ausdruck von Humor oder Verspottung darstellen. Folge des weiten Begriffsverständnisses ist die Grundannahme, dass die neuen Gestaltungen weder das Vervielfältigungs- noch das Verbreitungsrecht aus Art. 2 und 3 InfoSoc-Richtlinie verletzen. Etwas anderes gelte nur, wenn die Interessen des Rechteinhabers nicht hinreichend gewahrt würden. Als Beispiel für eine solche Ausnahme benennt der Gerichtshof der Europäischen Union den Fall, dass das Ausgangswerk mit diskriminierenden Aussagen der neuen Gestaltung assoziiert werde. Greift diese stark urheberpersönlichkeitsrechtlich geprägte Ausnahme<sup>533</sup> nicht, ist die neue Gestaltung nach Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie der verwertungsrechtlichen Werkherrschaft des vorbestehenden Werkes entzogen.

Diese funktionale Betrachtung der Rechtsprechung in *Deckmyn* zeigt, dass der Gerichtshof der Europäischen Union eine Begrenzung des urheberrechtlichen Schutzgegenstandes vornimmt. Dass er damit bei der Auslegung des als Ausnahmebestimmung deklarierten Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie eine Schutzzumfangbestimmung schafft, erscheint paradox. Das Vorgehen des Gerichtshofs der Europäischen Union ist jedoch der insoweit unmissverständlich formulierten InfoSoc-Richtlinie geschuldet. Diese bietet bei Parodien ausweislich des Titels von Art. 5 InfoSoc-Richtlinie keinen anderen Anknüpfungspunkt. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat eine Begrenzung des Schutzgegenstandes nur erreichen können, indem er Einfluss auf die Wirkungsweise der Vorschrift genommen hat. Dies hat er mit der extensiven Auslegung des zentralen Tatbestandmerkmals erreicht.

Diese Vorgehensweise wird in seinem Urteil *Pelham u. a.* zur Zulässigkeit des Tonträgersamplings im Jahr 2019 ähnlich wieder aufgenommen.<sup>534</sup> Dort geht es um die Frage, ob durch die Übernahme einzelner Tonsequenzen und die Einbettung in eine neue Gestaltung das Vervielfältigungsrecht des Tonträgerherstellerrechts

<sup>531</sup> Vgl. dazu S. 213 ff.

<sup>532</sup> Vgl. zu dem Ineinandergreifen der Vorschriften S. 180 f., 199 f., 207 f., 219 f., 309 f., 336 ff.

<sup>533</sup> Vgl. S. 225 ff.

<sup>534</sup> Ausführlich zu dem zugrundeliegenden Sachverhalt dieses Rechtsstreits und dem Verfahrensgang auf S. 237 f. Sodann geht es auf S. 240 ff. um die Bedeutung der Kunstfreiheit im Vergleich zum Eigentumsrecht in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Dem schließt sich eine ausführliche Würdigung des EuGH-Urteils *Pelham u. a.* an auf S. 265 ff.

verletzt wird. Der Gerichtshof der Europäischen Union spricht sich unter Verweis auf die Bedeutung von Art. 13 EU-Grundrechtecharta für digitale Kulturtechniken dafür aus, dass bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen der Schutzgegenstand von Art. 2 InfoSoc-Richtlinie derart zu begrenzen sei, dass bestimmte Vervielfältigungshandlungen erlaubnisfrei erfolgen dürften.<sup>535</sup>

Vor dem Hintergrund dieses späteren Urteils erscheint die Entwicklung des weiten Parodiebegriffs in *Deckmyn* wie ein erster Vorstoß in die Richtung einer Inhaltsbegrenzung für transformative Werknutzungen. Er zeigt, dass die § 24 Abs. 1 UrhG zugrundeliegende Funktionsweise, die aus dem Zusammenspiel mit § 2 Abs. 2 UrhG folgt, dem Unionsrecht nicht fremd ist und dem Charakter der Parodie im Besonderen Rechnung trägt.

#### d) Zwischenergebnis

Der argumentative Zweischritt zeigt, dass § 24 Abs. 1 UrhG nicht als eine Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie umsetzende Schrankenbestimmung qualifiziert werden kann. Es gibt im deutschen Urheberrecht keine Parodieschranke, so dass § 24 Abs. 1 UrhG nicht im Lichte des Unionsrecht auszulegen ist. Stattdessen ist die freie Benutzung als Schutzzumfangbestimmung einzuordnen.

Für eine abweichende Beurteilung im Sinne der BGH-Rechtsprechung in *Promis auf fett getrimmt* besteht demgegenüber kein Anknüpfungspunkt. Neben der inhaltsbegrenzenden Wirkung von § 24 Abs. 1 UrhG streiten der weit gefasste Wortlaut wie die systematische Stellung der Vorschrift im zweiten Abschnitt des Urheberrechtsgesetzes gegen die Einordnung als Schrankenbestimmung.

Hätte der deutsche Gesetzgeber § 24 Abs. 1 UrhG als Schrankenbestimmung verstanden, hätte er den Wortlaut der Vorschrift zudem im Sinne des Drei-Stufen-Tests – und entsprechend einem den inhaltlichen Schrankenbestimmungen immanenten restriktiven Anwendungsbereichs – näher konkretisieren sowie von § 24 Abs. 1 UrhG im sechsten Abschnitt des Urheberrechtsgesetzes bei den inhaltlichen Schrankenbestimmungen der §§ 44a ff. UrhG ansiedeln müssen.<sup>536</sup> Beides hat der Gesetzgeber jedoch unterlassen. § 24 Abs. 1 UrhG steht – seiner Funktionsweise Rechnung tragend – mit § 23 UrhG in einem Abschnitt bei den Verwertungsrechten.

<sup>535</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 35 – *Pelham u. a.*; die Parallele zur Inhaltsbegrenzung deutet in seinem jüngsten Urteil ebenfalls der BGH an: BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 37 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>536</sup> In diese Richtung geht der „Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des Digitalen Binnenmarktes“. Das BMJV schlägt vor, § 24 Abs. 1 UrhG aus dem Urheberrechtsgesetz zu nehmen und stattdessen § 51a UrhG-E nach dem Vorbild von Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie in den sechsten Abschnitt des UrhG einzuführen.



Dass weiterhin nicht davon gesprochen werden kann, die freie Benutzung fülle „nur“ eine Regelungslücke, die durch das Fehlen einer Parodieschranke entstanden sei, zeigt das Ineinandergreifen von §§ 2 Abs. 2, 24 Abs. 1 UrhG. Diese lassen keine Regelungslücke entstehen und enthalten die klare Vorgabe, dass die im Wege einer transformativen Werknutzung entstandenen Werke eigenständiges Objekt des urheberrechtlichen Werkschutzes sind.

Damit gelten die folgenden Leitlinien bei der Beurteilung der urheberrechtlichen Zulässigkeit von Parodien: Sie sind trotz der Übernahme prägender Merkmale des vorbestehenden Werkes grundsätzlich selbständige Werke nach § 2 Abs. 2 UrhG i. V. m. § 24 Abs. 1 UrhG. Aufgrund ihrer eigenen schöpferischen Ausdruckskraft, die aus der Verschränkung übernommener und eigener Merkmale folgt, sind sie der verwertungsrechtlichen Werkherrschaft des parodierten Werkes entzogen.

## C. Die freie Benutzung im digitalen Zeitalter

### I. Prüfungsgang

Es ist zu untersuchen, ob die zur Parodie entwickelten Grundsätze verallgemeinerungsfähig und auf digitale referenzielle Gestaltungen übertragbar sind.

§ 24 Abs. 1 UrhG erlaubt die Benutzung eines vorbestehenden Werkes, um ein neues selbständiges Werk zu erschaffen. Damit besteht – bei Zugrundelegung des Wortlauts – grundsätzlich ein gesetzlicher Anknüpfungspunkt für digitale Gestaltungen, die sich wie Parodien durch die kreative Abwandlung und Abhandlung vorbestehender Werke auszeichnen.

Die Prüfung, ob die vorangestellten Grundsätze verallgemeinerungsfähig sind, erfolgt in zwei Schritten: Zunächst wird die Vergleichbarkeit von Parodien mit digitalen referenziellen Gestaltungen am Beispiel von Memen herausgearbeitet<sup>537</sup>; dem schließt sich die Darstellung der BVerfG-Entscheidungen *Metall auf Metall*<sup>538</sup> und *Germania* <sup>539</sup> sowie die Darstellung des EuGH-Urteils *Pelham u. a.* an.<sup>540</sup> In den Entscheidungen wurde jeweils untersucht, wie sich eine transformative Werknutzung durch Dritte als künstlerisches Stil- und Gestaltungsmittel zu der Rechteinhaberschaft des Urhebers verhält.

Die Leitfrage ist, wie die Interessen kunstschaftender Dritter bei der Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG berücksichtigt werden können. Aus dem Zusammenspiel von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts mit den Grundsätzen zur Parodie werden rechtliche Leitlinien für verwandte digitale referenzielle Gestaltungen am Beispiel von § 24 Abs. 1 UrhG entwickelt.

<sup>537</sup> Vgl. S. 232 ff.

<sup>538</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74 – *Metall auf Metall*.

<sup>539</sup> BVerfG, Beschluss vom 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149 – *Germania* 3.

<sup>540</sup> Vgl. S. 236 ff.



## II. Verallgemeinerung der Parodierechtsprechung

### 1. Vergleichsgruppe: Meme

Bezugspunkt der Prüfung bilden Kunstformen, die sich wie Parodien durch die Rezeption fremder Formsprachen und Ideen als künstlerisches Gestaltungsmittel auszeichnen.

Im digitalen Kontext wird zu Rezeptionszwecken auf das Stilmittel *Re-Use* zurückgegriffen.<sup>541</sup> Als Ausdruck der auf rasantem Informationsaustausch basierenden Gesellschaft steht die erkennbare Übernahme fremder Werke oder Werk-elemente im Vordergrund, die einen künstlerischen Dialog ermöglicht.<sup>542</sup> Ausprägungen digitaler referenzieller Gestaltungen sind Meme, Remixe, Mashups, Collagen, Appropriation Art, Fan Fiction und das Musiksampling.

### 2. Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Die gezielte Einbindung vorbestehender (Werk-)Elemente vereint Parodien und Meme. Sie vermischen fremde Ideen und Formsprachen mit eigenen, sodass neue Inhalte generiert werden. Parodien und Meme sind also durch die Einbindung vorbestehender Werke Ausfluss des künstlerischen Kreislaufs. Da Dritte sichtbar auf sie zurückgreifen und die ihnen innewohnende Information verwenden, erfüllen Parodien und Meme eine Kommunikationsfunktion.

Parodien stellen den Bezug zum benutzten Werk durch eine antithematische Behandlung des parodierten Werkes, seines Urhebers oder des thematischen Umfeld des Werkes her.<sup>543</sup> Meme weisen hingegen einen weniger engen inhaltlichen Bezug zu dem benutzten Werk auf<sup>544</sup>; Während manche den Inhalt oder die zum Ausdruck gekommene Haltung zu dem behandelten Thema aufnehmen, binden andere das vorbestehende Werk als kompositorische Ergänzung des Memes auf der Ebene der Form ein.<sup>545</sup> Die Behandlung der Vorlage erfolgt also auf vielseitige Weise, sodass diverse Muster zur Benutzung des vorbestehenden Werkes sichtbar werden.<sup>546</sup> In Ermangelung einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit der Werkvorlage ermög-

<sup>541</sup> Das Stilmittel *Re-Use* wurde eingangs unter Berücksichtigung der Wertungen von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG vorgestellt, vgl. S. 80 ff.

<sup>542</sup> Genauso Pötzlberger, GRUR 2018, 675, 679 ff.

<sup>543</sup> So die nationale Rechtsprechung, vgl. S. 186 ff.; zur Rechtsprechung des EuGH und der Frage des Gleichlaufs mit dem deutschen Urheberrecht siehe S. 213 ff.

<sup>544</sup> Vgl. die Ausführungen zu den memetischen Dimensionen auf S. 45 ff.; 106 zu den Auswirkungen auf die urheberrechtliche Schutzzfähigkeit vgl. dagegen S. 57 ff., 82 f., 106 ff.

<sup>545</sup> Genauso zur referenziellen Kunst allgemein Papastefanou, GRUR Newsletter 2018, 17, 17.

<sup>546</sup> Dieses Problem sieht auch Papastefanou, GRUR Newsletter 2018, 17, 17, der aber in dem Fehlen eines solchen Musters zugleich das wesentliche Merkmal referenzieller Kunst erblickt; ebenso für Appropriation Art. Fischer, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 68.

lichen die Grundsätze zur Parodie bei solchen Memen keine erlaubnisfreie Werknutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG.<sup>547</sup>

Memen liegt aber die Rezeption fremder Formsprachen und Ideen zugrunde, so dass bei der Anwendung der Verblässens-Formel die gleichen Probleme wie bei Parodien entstehen. In der Folge besteht ebenso die Notwendigkeit, § 24 Abs. 1 UrhG Gesetzesimmanent auszulegen, um die Sichtbarkeit des vorbestehenden Werkes zu überbrücken. Ob übergeordnete verfassungsrechtliche Gesichtspunkte wie bei Parodien berücksichtigt werden dürfen<sup>548</sup>, beurteilt sich nach dem verfassungsrechtlichen Schutz von Memen.

Bei der nachfolgenden Prüfung der verfassungsrechtlichen Einbettung ist zu beachten, dass Meme häufig kritisch-komische Elemente aufweisen, die in Bezug zur Werkvorlage gesetzt werden. Dann unterfallen sie der Kunstform der Parodie, sodass die zur Parodie entwickelten Grundsätze unmittelbar anwendbar sind. In diesem Fall bedarf es keiner gesonderten Prüfung der Übertragbarkeit auf Meme.

### 3. Verfassungsrechtliche Einbettung von Memen

#### a) Kunstfreiheit

Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG erklärt, dass die Kunst neben der Wissenschaft, Forschung und Lehre frei ist. Diese Freiheitsverbürgung im Bereich der Kunst wirkt sich nicht nur auf das Verhältnis des Bürgers zum Staat aus, sondern verkörpert ein individuelles Freiheitsrecht von jedermann.<sup>549</sup>

Der Schutzbereich der Kunstfreiheit bestimmt sich nach dem formellen und materiellen Kunstbegriff.<sup>550</sup> Hinzu tritt der offene Kunstbegriff, der sich an der Mannigfaltigkeit der Deutungsmöglichkeiten einer Gestaltung orientiert.

Meme sind, anders als Parodien, keiner herkömmlichen Kunstform – wie etwa dem Theater oder der Dichtung<sup>551</sup> – zuzuordnen.<sup>552</sup> Sie sind in ihrer digitalen Ausgestaltung vielmehr Teil einer neuen Kunstbewegung. Verankert in der digi-

<sup>547</sup> Dieses Problem sieht auch Haas, Die Verwendung von Bearbeitungen urheberrechtlich geschützter Werke, S. 139.

<sup>548</sup> Zum verfassungsrechtlichen Schutz von Parodien durch Art. 5 Abs. 1, 2 S. 1 GG vgl. S. 183 ff.

<sup>549</sup> BVerfG, Beschluss vom 24. 02. 1971, 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173, 188 – *Mephisto*.

<sup>550</sup> Vgl. die Ausführungen zum Kunstbegriff auf S. 183.

<sup>551</sup> Anders bei dem Theaterstück „Germania 3 Gespenster am Toten Mann“: BVerfG, Beschluss vom 29. 06. 2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 151 – *Germania 3*; näher zum formellen Kunstbegriff in Abgrenzung zum offenen Kunstbegriff BVerfG, Beschluss vom 17. 07. 1984, 1 BvR 816/82, BVerfGE 67, 213, 226 – *Anachronistischer Zug*.

<sup>552</sup> Kritisch zum formellen Kunstbegriff, da der reine Einsatz künstlerischer Techniken nicht für die Einordnung als Kunstwerk genüge: BGH, Urteil vom 30. 11. 2011, I ZR 212/10, GRUR 2012, 819, Rn. 18 – *Blühende Landschaften*.

talen Sphäre und geprägt durch die Diversität technischer Hilfsmittel, fallen sie bei Zugrundelegung des formellen Kunstbegriffs nicht in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG.

Nach dem materiellen Kunstbegriff kommt es auf das Wesen der Kunst und die ihr eigenen Strukturmerkmalen an.<sup>553</sup> Er setzt ein Zusammenspiel von bewussten und unbewussten Vorgängen voraus, die rational nicht aufzulösen sind und durch das Medium einer bestimmten Formensprache zur unmittelbaren Anschauung gebracht werden. Meme bringen die Anschauungen ihrer Erschaffer zu verschiedenen Themen und auf unterschiedliche Art und Weise zum Ausdruck. Dabei greifen die Elemente der Intuition und der Fantasie des Sendenden ineinander, die dem Mem seine eigene kommunikative Funktion verleihen. Bei Zugrundelegung des materiellen Kunstbegriffs fallen Meme somit in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG.

Meme bieten durch ihre spezifische Schöpfungsstruktur im Sinne des offenen Kunstbegriffs<sup>554</sup> zudem zahlreiche Anknüpfungspunkte für mannigfaltige Deutungen und Bestimmungen ihres Aussagegehalts.<sup>555</sup> Sie fallen daher sowohl bei Heranziehung des materiellen als auch des offenen Kunstbegriffes in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG.<sup>556</sup>

## b) Meinungsfreiheit

Meme unterliegen überdies dem Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. Die Meinungsfreiheit erstreckt sich nicht nur auf die Informationsfreiheit als Grundlage der Meinungsbildung, sondern zudem auf die Freiheit der Äußerung und Verbreitung von Meinungen.<sup>557</sup>

Maßgebliche Schutzvoraussetzung ist, dass Meme Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens und der Beurteilung enthalten, die Meinungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG sind.<sup>558</sup> Sie ist bei Memen grundsätzlich zu bejahen. Meme, die sich mit massenmedialen Inhalten auseinandersetzen, bewerten etwa konkrete, im nicht-digitalen Raum verankerte Momente des Tagesgeschehens. Bei der Ent-

<sup>553</sup> Ausführlich zu der Rolle materieller Strukturmerkmale, die das Ergebnis einer freien schöpferischen Gestaltung sind BGH, Urteil vom 30. 11. 2011, I ZR 212/10, GRUR 2012, 819, Rn. 18 – *Blühende Landschaften*.

<sup>554</sup> BVerfG, Beschluss vom 17. 07. 1984, 1 BvR 816/82, BVerfGE 67, 213, 227 – *Anachronistischer Zug*.

<sup>555</sup> Zu ihrer spezifischen Schöpfungsstruktur vgl. S. 106.

<sup>556</sup> Dass für die Bestimmung des Schutzbereichs von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG mit sämtlichen Kunstbegriffen zu operieren ist, da jeder einzelne Kunstbegriff Schwächen aufweist, betont *Kempen*, in: BeckOK-GG, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 162, sodass es bei Memen ausreicht, dass nur der materielle und offene Kunstbegriff greifen.

<sup>557</sup> BVerfG, Urteil vom 15. 01. 1958, 1 BvR 400/57, BVerfGE 7, 198, 208 – *Lüth*.

<sup>558</sup> BVerfG, Beschluss vom 22. 06. 1982, 1 BvR 1376/79, BVerfGE 61, 1, 7 – *Laienwerbung*; *Schemmer*, in: BeckOK-GG, Art. 5 Abs. 1, 2 GG Rn. 4.

wicklung einer Memsubkultur werden dagegen Meinungen zu Stereotypen, Einstellungen und gesellschaftlichen Themen kundgetan.

Durch ihre eigene kommunikative Funktion enthalten Meme daher stets Elemente des Dafürhaltens, der Stellungnahme und der Bewertung. Dies gilt insbesondere, als auch meinungsbezogene Tatsachen von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG erfasst werden.<sup>559</sup> Für diese extensive Auslegung des Schutzbereichs spricht auch die Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts, dass keine qualitativen Anforderungen an die Stellungnahme in der Hinsicht bestehen, dass eine Äußerung „wertvoll oder wertlos, richtig oder falsch, emotional oder rational begründet“ werden müsse.<sup>560</sup>

Betroffen ist weniger die Meinungsbildungs-, als die Meinungsäußerungs- bzw. Meinungsverbreitungsfreiheit. In Memen schlagen sich bereits bestehende Anschauungen nieder, die das *forum internum*<sup>561</sup> des Sendenden verlassen. Die Teilnahme an öffentlichen Kommunikationsprozessen durch die Übertragung von Memen ist somit Ausdruck der Meinungsverbreitungsfreiheit.<sup>562</sup>

### c) Nebeneinander von Kunst- und Meinungsfreiheit

Meme und verwandte digitale referenzielle Kunstformen des *Re-Use* unterfallen dem Schutz der Meinungs- und Kunstfreiheit durch Art. 5 Abs. 1, 3 S. 1 GG.

Der Bundesgerichtshof will in seinem Urteil *Blühende Landschaften* zwischen dem Schutz beider Grundrechte unterscheiden: Kunstwerke seien Ausdruck der individuellen Persönlichkeit, während den Meinungsäußerungen Mitteilungen und die Bewertungen von Tatsachen zugrundeliegen.<sup>563</sup> Diene eine Gestaltung nur der anschaulichen Informationsvermittlung, sei sie nicht primär schöpferischer Ausdruck der individuellen Persönlichkeit, sodass der Kunstcharakter zu verneinen sei. In der Folge seien die in *Germania 3* und *Metall auf Metall* entwickelten Maßstäbe zur kunstspezifischen Betrachtung<sup>564</sup> nicht anwendbar.<sup>565</sup> Der Bundesgerichtshof

<sup>559</sup> Gegen erhöhte Anforderungen an den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG spricht sich aus BVerfG, Beschluss vom 11. 05. 1976, 1 BvR 163/72, BVerfGE 42, 163, 170 – *Deutschland-Stiftung*; Grabenwarter, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. 1, 2 GG Rn. 48 f.; Schemmer, in: BeckOK-GG, Art. 5 Abs. 1, 2 GG Rn. 5 f.

<sup>560</sup> BVerfG, Beschluss vom 22. 06. 1982, 1 BvR 1376/79, BVerfGE 61, 1, 7 – *Laienwerbung*.

<sup>561</sup> Zur Meinungsäußerungsfreiheit und den wesensnotwendigen Außenbezug Grabenwarter, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. 1, 2 GG Rn. 80 f.

<sup>562</sup> BVerfG, Beschluss vom 22. 06. 1982, 1 BvR 1376/79, BVerfGE 61, 1, 8 – *Laienwerbung*; Grabenwarter, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. 1, 2 GG Rn. 87.

<sup>563</sup> Die Abgrenzung zur Meinungsfreiheit erfolgt in Rn. 20 des Urteils, allerdings erwähnt der BGH Art. 5 Abs. 1 GG nicht ausdrücklich – es wird vielmehr durch den Kontext sichtbar, dass er die Kunst- von der Meinungsfreiheit abgrenzen will durch das vorstehende Kriterium. Siehe BGH, Urteil vom 30. 11. 2011, I ZR 212/10, GRUR 2012, 819, Rn. 17 – *Blühende Landschaften*.

<sup>564</sup> Vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 29. 06. 2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149 – *Germania 3*; BVerfG, Urteil vom 31. 05. 2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74 – *Metall auf Metall*.

<sup>565</sup> BGH, Urteil vom 30. 11. 2011, I ZR 212/10, GRUR 2012, 819, Rn. 20 – *Blühende Landschaften*.

will mithin danach abgrenzen, ob bei der Gestaltung die Meinung oder aber der Ausdruck der Künstlerpersönlichkeit im Vordergrund stehe.<sup>566</sup>

Letztlich kommt es auf diese Unterscheidung bei Memen nicht an. Die Kunstfreiheit schützt nicht nur den Bereich *l'art pour l'art*, sondern auch Kunstwerke, die sich in den Dienst einer bestimmten geistigen Überzeugung stellen und damit zugleich der Meinungsfreiheit unterfallen können.<sup>567</sup> In der Folge bedarf es keiner verfassungsrechtlichen Schwerpunktsetzung zur Abgrenzung der Kunst- und Meinungsfreiheit.<sup>568</sup> Wie bei Parodien tritt auch bei Memen die Meinungsfreiheit hinter das speziellere Grundrecht der Kunstfreiheit zurück: Entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird sie nicht schrankenlos, aber vorbehaltlos gewährleistet.<sup>569</sup>

Aufgrund zahlreicher Gemeinsamkeiten, die sich in dem verfassungsrechtlichen Schutz durch Art. 5 Abs. 1, 3 S. 1 GG manifestieren, sind die zur Parodie entwickelten Grundsätze daher auf digitale referenzielle Kunstformen übertragbar.

### III. Untersuchung der Entscheidungen „Germania 3“, „Metall auf Metall“ und „Pelham u. a.“

Nachfolgend werden die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts *Germania 3* und *Metall auf Metall* vorgestellt und die Argumentationslinien für eine extensive Auslegung und Anwendung von einfachgesetzlichen Ausnahmegesetzen des Urheberrechtsgesetzes bewertet. Dem schließt sich eine Untersuchung des *Pelham u. a.*-Urteils an, das die Antwort des Gerichtshofs der Europäischen Union auf den Vorlagebeschluss ist, den der Bundesgerichtshof in der Rechtssache *Metall auf Metall* fasste.

In den Entscheidungen geht es jeweils um die Frage, ob die Kunstfreiheit bei der Auslegung und Anwendung einfachgesetzlicher Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes zu berücksichtigen ist.

#### 1. Sachverhalt und Verfahrensgang

##### a) „Germania 3“

Die vom Bundesverfassungsgericht getroffene Entscheidung betraf die Buchausgabe des zu diesem Zeitpunkt bereits verstorbenen Schriftstellers Heiner Müller

<sup>566</sup> BGH, Urteil vom 30. 11. 2011, I ZR 212/10, GRUR 2012, 819, Rn. 19 – *Blühende Landschaften*.

<sup>567</sup> Scholz, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 32.

<sup>568</sup> Maier, Remixe auf Hostingplattformen, S. 27.

<sup>569</sup> Vgl. zu dem allgemeinen Verhältnis der Kunst- zur Meinungsfreiheit S. 184 f.

zu seinem letzten im Jahr 1996 veröffentlichten Theaterstück „Germania 3 Ge-spenster am Toten Mann“.

*Germania 3* beschäftigt sich in insgesamt neun Szenen mit der politisch-gesellschaftlichen Situation im Zeitraum von 1941 bis 1956. In der Szene *Maßnahme 1956* werden Textpassagen aus Bertolt Brechts Theaterstücken *Das Leben des Galilei* und *Coriolan* zitiert. Die eingearbeiteten Textpassagen werden in *Germania 3* optisch durch Kursivdruck sowie im Anhang der Buchausgabe unter Angabe beider Theaterstücke und ihres Autors Bertolt Brecht als Quellen ausgewiesen.

Bertolt Brechts Erben klagten gegen die Witwe und Alleinerbin von Heiner Müller auf Unterlassung. Daraufhin verbot das Oberlandesgericht München im Jahr 1998 die Verbreitung der Buchausgabe, solange sie die Textpassagen Bertolt Brechts enthalte: Zum einen hätten die Erben Bertolt Brechts die Erlaubnis zur wörtlichen Textwiedergabe nicht erteilt; zum anderen werde die Verwendung der Passagen nicht von der Zitierfreiheit nach § 51 UrhG gedeckt.<sup>570</sup> Da die Textpassagen keine eigenen Gedanken als eigene Darstellungsmittel für die Zwecke des zitierenden Werkes unterstützten, sondern eigene Ausführungen Heiner Müllers ersetzten, werde die für ein Kleinzitat zulässige Grenze überschritten.<sup>571</sup>

Gegen dieses Urteil des Oberlandesgerichts München wurde vor dem Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerde eingelegt. Die Beschwerdeführer, einerseits die Witwe und Alleinerbin von Heiner Müller, andererseits der Verleger von Heiner Müllers Werken, rügten die Verletzung von Art. 5 Abs. 1, 3 GG und Art. 14 GG.

Das Bundesverfassungsgericht nahm die Verfassungsbeschwerde der Witwe und Alleinerbin Heiner Müllers nicht zur Entscheidung an, da die Annahmeversetzungen von § 93a Abs. 2 lit. a und b BVerfGG nicht vorlägen.<sup>572</sup> Die zulässige Verfassungsbeschwerde des Verlegers von Heiner Müllers Werken nahm es an und hob das Urteil des Oberlandesgerichts München auf.<sup>573</sup>

#### b) „Metall auf Metall“

Hintergrund des Rechtsstreits bildet der im Jahr 1977 von der Band Kraftwerk veröffentlichte Musiktitel *Metall auf Metall*, der als Teil des Albums *Trans Europa Express* erschien. Zwanzig Jahre später fand sich eine zweisekundige Rhythmussequenz dieses Titels in dem Musiktitel *Nur mir* wieder, der als Teil des Albums *Die neue S-Klasse* der Rapperin Sabrina Setlur erschien. Darin unterlegte der

<sup>570</sup> OLG München, Urteil vom 26. 03. 1998, 29 U 5758/97, ZUM 1998, 417, 417 – *Germania 3*.

<sup>571</sup> OLG München, Urteil vom 26. 03. 1998, 29 U 5758/97, ZUM 1998, 417, 419 – *Germania 3*; a. A. OLG Brandenburg, Urteil vom 15. 10. 1996, 6 U 177/96, NJW 1997, 1162, 1163 – *Stimme Brecht*.

<sup>572</sup> BVerfG, Beschluss vom 29. 06. 2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 152 – *Germania 3*.

<sup>573</sup> BVerfG, Beschluss vom 29. 06. 2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 152 – *Germania 3*.

Produzent Moses Pelham Hip-Hop Versionen des Musiktitels *Nur mir* (*Original Album Mix* und *Original Radio Edit*) mit der aus dem Titel *Metall auf Metall* entnommenen Rhythmussequenz. Sie wird als sogenannter *Loop* leicht verlangsamt und sich fortlaufend wiederholend eingespielt.

Die Gestaltungstechnik Pelhams, Musikfragmente elektronisch zu kopieren und als Bestandteil einer neuen Komposition auf einem anderen Tonträger zu verwenden, wird als „Sampling“ bezeichnet.

Die Mitglieder der Band Kraftwerk, die zugleich Interpret und Tonträgerhersteller des in Rede stehenden Musikwerkes sind, klagten im Ausgangsrechtsstreit vor dem Landgericht Hamburg gegen die Pelham GmbH, die Tonträgerherstellerin des Musiktitels *Nur mir*. Die Beklagte habe durch Entnahme und fortlaufende Wiederholung der Rhythmussequenz in das Tonträgerherstellerrecht aus § 85 Abs. 1 S. 1 i. V. m. §§ 16, 17 UrhG der Kläger eingegriffen. Die Kläger beantragten Unterlassung, Schadensersatz, Auskunftserteilung sowie Herausgabe der Tonträger, die das Musikwerk *Nur mir* enthielten.

Das Landgericht Hamburg gab dieser Klage im Jahr 2004 statt.<sup>574</sup> Die daraufhin durch die Beklagte eingelegte Berufung wies das Oberlandesgericht Hamburg zurück.<sup>575</sup> Die Berufungsklägerin legte Revision ein. Der Bundesgerichtshof hob das Urteil des Berufungsgerichts auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht Hamburg zurück.<sup>576</sup>

Dieses wies die Berufung im Jahr 2011 mit der Begründung zurück, die Berufungsklägerin könne sich nicht auf § 24 Abs. 1 UrhG stützen.<sup>577</sup> Die erneut eingelegte Revision vor dem Bundesgerichtshof war wegen der Verletzung des Tonträgerherstellerrechts im Jahr 2012 erfolglos.<sup>578</sup>

Die Revisionsklägerin rügte mit ihrer anschließenden Verfassungsbeschwerde die Verletzung ihres Grundrechtes aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG. Das Bundesverfassungsgericht gab der zulässigen Verfassungsbeschwerde statt, hob die Urteile des Bundesgerichtshofs sowie das Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg aus dem Jahr 2011 auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung an den Bundesgerichtshof zurück.<sup>579</sup>

Dieser legte dem Gerichtshof der Europäischen Union im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens mit Beschluss vom 1. Juni 2017 sechs Fragen zur Reichweite des Urheber- bzw. Leistungsschutzrechts vor<sup>580</sup>, zu denen der Gerichtshof der Europäischen Union am 29. Juli 2019 Stellung bezog<sup>581</sup>.

<sup>574</sup> LG Hamburg, Urteil vom 08. 10. 2004, 308 O 90/99.

<sup>575</sup> OLG Hamburg, Urteil vom 07. 06. 2006, 4 U 48/05, GRUR-RR 2007, 3.

<sup>576</sup> BGH, Urteil vom 20. 11. 2008, I ZR 112/06, GRUR 2009, 403 – *Metall auf Metall I*.

<sup>577</sup> OLG Hamburg, Urteil vom 17. 08. 2011, 5 U 48/05, GRUR-RR 2011, 396 – *Metall auf Metall II*.

<sup>578</sup> BGH, Urteil vom 13. 12. 2012, I ZR 182/11, GRUR 2013, 614 – *Metall auf Metall II*.

<sup>579</sup> BVerfG, Urteil vom 31. 05. 2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74 – *Metall auf Metall*.

<sup>580</sup> BGH, Beschluss vom 01. 06. 2017, I ZR 115/16, GRUR 2017, 895 – *Metall auf Metall III*.

<sup>581</sup> EuGH, Urteil vom 29. 07. 2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624 – *Pelham u. a.*



Sodann musste sich der Bundesgerichtshof zum vierten Mal der Rechtssache *Metall auf Metall* annehmen: Am 3. April 2020 entschied er erneut über die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Rechte des Tonträgerherstellers durch Sampling verletzt werden.<sup>582</sup> Er hob das erste Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur weiteren Tatsachenfeststellung an das Oberlandesgericht Hamburg, das sich damit zum dritten Mal mit der Rechtssache *Metall auf Metall* befassen musste.

### c) Zusammenfassung der Entscheidungsgründe

Das Bundesverfassungsgericht stützte seinen Beschluss *Germania 3* darauf, dass das Berufungsgericht bei der Auslegung und Anwendung von § 51 Nr. 2 UrhG die Bedeutung und Tragweite der Kunstfreiheit grundlegend verkannt und sich mit dem künstlerischen Anliegen nicht hinreichend auseinandergesetzt habe. Das Urteil lasse die durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gebotene kunstspezifische Betrachtung vermissen, der zufolge § 51 Nr. 2 UrhG ein größerer Anwendungsbereich zu verschaffen sei, sofern das Zitat als künstlerisches Stil- und Gestaltungsmittel verwendet werde.<sup>583</sup>

Auch bei *Metall auf Metall* gelangt das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis, dass die Gerichte im Ausgangsverfahren bei der Auslegung und Anwendung der Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes der Kunstfreiheit nicht hinreichend Rechnung getragen und die durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG garantierte Freiheit verletzt hätten.<sup>584</sup> In Fortsetzung zum *Germania 3*-Beschluss fordert das Bundesverfassungsgericht eine kunstspezifische Betrachtung für urheberrechtliche Ausnahmenvorschriften – darunter auch § 24 Abs. 1 UrhG.

Anders als bei *Germania 3* steht keine Verletzung des Urheberrechts, sondern eine solche des Leistungsschutzrechtes aus § 85 UrhG in Rede. Während Urheberrechten eine schöpferische Leistung zugrundeliegt, schützen Leistungsschutzrechte eine unternehmerische Leistung wirtschaftlicher, organisatorischer und technischer Art – die §§ 70 ff. UrhG dienen somit, anders als § 2 UrhG nicht dem Schutz der ideellen und vermögensrechtlichen Interessen des Urhebers an seiner persönlichen geistigen Schöpfung.<sup>585</sup> Da es bei *Metall auf Metall* um die Verletzung des leistungsschutzrechtlichen Tonträgerherstellerrechts geht, sind die urheberrechtlichen Fragestellungen, mit denen sich das Bundesverfassungsgericht beschäftigt, vermögensrechtlicher Natur, während urheberpersönlichkeitsrechtliche Aspekte außer Betracht bleiben.<sup>586</sup>

<sup>582</sup> BGH, Urteil vom 30. 04. 2020, I ZR 115/16 – *Metall auf Metall* IV.

<sup>583</sup> BVerfG, Beschluss vom 29. 06. 2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 151 f. – *Germania 3*.

<sup>584</sup> BVerfG, Urteil vom 31. 05. 2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 81 – *Metall auf Metall*.

<sup>585</sup> Schulze, in: Dreier/Schulze, Vorbem. zu §§ 70 ff. UrhG Rn. 2 f.

<sup>586</sup> Zu der Argumentationslinie in *Germania 3* und *Metall auf Metall* auf S. 240 ff.



Der nutzerfreundlichen Tendenz des Bundesverfassungsgerichts schloss sich der Gerichtshof der Europäischen Union in seinem Urteil *Pelham u. a.* an.<sup>587</sup> Er gelangt zu dem Ergebnis, dass die in Art. 17 und Art. 13 der EU-Grundrechtecharta grundrechtlich geschützten Interessen bei der Bestimmung des Schutzzumfangs von Art. 2 InfoSoc-Richtlinie zu berücksichtigen sind.<sup>588</sup>

Der Bundesgerichtshof differenziert in *Metall auf Metall IV* – „IV“ steht für die vierte Entscheidung des BGH in der Sache – zwischen dem Zeitraum vor und nach dem Inkrafttreten der InfoSoc-Richtlinie.<sup>589</sup> Die Unterteilung erlaubt ihm, sowohl die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu § 24 Abs. 1 UrhG als auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Begrenzung des Vervielfältigungsrechts nach Art. 2 InfoSoc-Richtlinie gleichermaßen zu berücksichtigen.

## 2. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Metall auf Metall und Germania 3

### a) Argumentationslinie

Die Argumente des Bundesverfassungsgerichts in den Entscheidungen *Germania 3* und nachfolgend *Metall auf Metall* greifen ineinander und werden nach übergeordneten Gesichtspunkten gegliedert mit abschließender Bewertung der Argumente dargestellt.

#### aa) Bedeutung der Kunstfreiheit

Das Bundesverfassungsgericht widmet sich zunächst dem Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG und untersucht, ob dieser bei Zitaten und beim Sampling eröffnet ist. Dazu betrachtet es die Rahmenbedingungen des Schöpfungsprozesses im digitalen Zeitalter; zudem beschäftigt es sich mit den Auswirkungen der Kunstfreiheit auf die Auslegung und Anwendung urheberrechtlicher Ausnahmenvorschriften.

#### (1) Kultureller Fortschritt als Regelungszweck

Das Bundesverfassungsgericht erblickt den Regelungszweck von §§ 24, 51 UrhG in der Sozialbindung des Urheberrechts.<sup>590</sup> Das urheberrechtlich geschützte Werk

<sup>587</sup> Zu dem Urteil des EuGH bereits ausführlich auf S. 204 ff., vgl. zudem S. 265 ff.

<sup>588</sup> EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 33 – *Pelham u. a.*

<sup>589</sup> BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 12 – *Metall auf Metall IV*. Zur jüngsten Rechtsprechung und den Hintergründen des Urteils siehe S. 278 ff.

<sup>590</sup> Dem künstlerischen Kreislauf widmet sich das BVerfG ausschließlich mit Blick auf § 51 UrhG. Die Erwägungen lassen sich jedoch auf § 24 UrhG übertragen, da die freie Benutzung ex-

trete mit seiner Veröffentlichung in den gesellschaftlichen Raum und präge das Bild und die Werte der Zeit. Je eher das Werk seiner gesellschaftlichen Rolle und damit dem Wunsch des Urhebers nach gesteigerten verwertungsrechtlichen Einkunftsmöglichkeiten gerecht werde, desto stärker werde es zum Anknüpfungspunkt für eine künstlerische Auseinandersetzung.

Als Teil des künstlerischen Kreislaufs erfahre das Werk eine gesellschaftliche Einbindung, trage zum kulturellen Fortschritt und zur Sozialbindung des geistigen Eigentums bei. Das Werk werde also schon vor Ablauf der siebenzig Jahre bis zum Erlöschen des Urheberrechts nach § 65 UrhG teilweise zum geistigen und kulturellen Allgemeingut. Es löse sich bereits mit der Entstehung und seinem Eintreten in den öffentlichen Raum von der rein privatrechtlichen Verfügbarkeit des Urhebers.

Aus dieser Transformation folgt das Bundesverfassungsgericht den Regelungszweck der §§ 24, 51 UrhG: Die Vorschriften bestimmten, in welchem Umfang vorbestehende Werke für die Erschaffung neuer Werke verwendet werden dürfen.<sup>591</sup> Auch die neuen Werke erführen eine gesellschaftliche Einbindung, sodass die Vorschriften durch die Zulässigkeit einer erlaubnisfreien Werknutzung zum kulturellen Überleben beitrügen. Vor diesem Hintergrund sei die Interessenlage bei der künstlerischen Werknutzung durch Dritte zu beurteilen.<sup>592</sup>

## (2) Vom analogen zum digitalen Urheberrecht

Der Schutzbereich der Kunstfreiheit sei bei Zitaten und beim Sampling trotz der damit einhergehenden Nutzung vorbestehender Werke eröffnet. Jedes künstlerische Wirken bewege sich im Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG unabhängig davon, ob das künstlerische Schaffen mit der eigenmächtigen Inanspruchnahme fremden geistigen Eigentums einhergehe.<sup>593</sup>

Diese Wertung sei bei der Beurteilung der urheberrechtlichen Zulässigkeit von Zitaten nach § 51 UrhG und der freien Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG zu berücksichtigen.<sup>594</sup> In der Folge dürfe die Übernahme fremder Werkausschnitte bei einer den Anwendungsbereich von §§ 24, 51 UrhG extensivierenden Betrachtung nicht per se unzulässig sein. Ihnen sei für künstlerische Gestaltungen zu einem

---

plizit die Schaffung einer selbständigen Neuschöpfung voraussetzt, die ihrerseits zum Kulturgut wird. Siehe BVerfG, Beschluss vom 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 151 – *Germania 3*; darauf Bezug nehmend BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 87 – *Metall auf Metall*.

<sup>591</sup> BVerfG, Beschluss vom 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 151 – *Germania 3*.

<sup>592</sup> BVerfG, Beschluss vom 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 151 – *Germania 3*; BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 86 – *Metall auf Metall*.

<sup>593</sup> BVerfG, Beschluss vom 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 152 – *Germania 3*; BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 90 – *Metall auf Metall*.

<sup>594</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 86 – *Metall auf Metall*.

größeren Anwendungsbereich zu verhelfen<sup>595</sup>. Die Zitierfreiheit reiche über die reine Belegfunktion hinaus, ohne dass der Künstler die gesteigerten Anforderungen an die innere Auseinandersetzung mit dem zitierten Werk erfüllen müsse.<sup>596</sup> Gleiches gelte für das Sampling, das den direkten und im neuen Werk sichtbaren Zugriff auf das Originaltondokument zur Prägung des kollektiven Gedächtnisses kultureller Gemeinschaften als Stilmittel voraussetze.<sup>597</sup>

Für die Notwendigkeit der kunstspezifischen Betrachtung beim Musiksampling führt das Bundesverfassungsgericht weiter aus, dass diverse digitale Techniken bei Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes im Jahr 1965 weder existiert noch auf absehbare Zeit eine Rolle gespielt hätten.<sup>598</sup> Sie seien daher bei der Abfassung der Vorschriften unberücksichtigt geblieben. Dennoch seien die veränderten technologischen Rahmenbedingungen als genrespezifische Aspekte im Wege der kunstspezifischen Betrachtung der Vorschriften zu berücksichtigen.<sup>599</sup>

### (3) Bewertung

Das Bundesverfassungsgericht trifft in seinem *Metall auf Metall*-Urteil eine gegensätzliche Wertung zum Bundesgerichtshof.<sup>600</sup> Der Bundesgerichtshof lehnte eine tiefergehende Auseinandersetzung mit der Kunstfreiheit in seinem zweiten Revisionsurteil mit dem Hinweis ab, dass Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG künstlerisches Schaffen zu denkbar günstigen wirtschaftlichen Konditionen nicht auf Kosten unternehmerischer Leistungen Dritter erfasse.<sup>601</sup> Demgegenüber erkennt das Bundesverfassungsgericht die grundlegende Bedeutung der Kunstfreiheit für die Beurteilung digitaler Kulturtechniken wie das Sampling an.

#### (a) Zulässige Inanspruchnahme der Leistungen Dritter

Indem das Bundesverfassungsgericht die gesellschaftliche Einbindung eines Werkes mit seiner Veröffentlichung hervorhebt, weist es bestehenden Werken eine entscheidende Rolle im kulturellen Kreislauf zu. Mit diesem Ansatz zeigt das Bundesverfassungsgericht die Einseitigkeit der Argumentation der Rechteinhaber auf:

<sup>595</sup> BVerfG, Beschluss vom 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 151 – *Germania 3*; BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 86 – *Metall auf Metall*.

<sup>596</sup> BVerfG, Beschluss vom 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 152 – *Germania 3*.

<sup>597</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 99 – *Metall auf Metall*.

<sup>598</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 93 – *Metall auf Metall*.

<sup>599</sup> Zur Bedeutung des Samplings als neuer Kunstform siehe BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 99 – *Metall auf Metall*.

<sup>600</sup> Wagner, MMR 2016, 513, 516.

<sup>601</sup> BGH, Urteil vom 13.12.2012, I ZR 182/11, GRUR 2013, 614, Rn. 23 – *Metall auf Metall II*.

Sie können nicht einerseits der Bekanntheit und Beliebtheit ihrer Werke frönen und von der gesteigerten Werknutzung durch die gesteigerten Einnahmen profitieren und andererseits die gesellschaftliche Einbindung des Werkes als geistiges und kulturelles Allgemeingut unterbinden wollen.<sup>602</sup>

Manche sehen bei dieser Argumentation die Gefahr, dass die Kunstfreiheit bei zu starkem Überwiegen als Grund für einen illegalen Erwerb des digitalen Werkes vorgeschoben werden könnte.<sup>603</sup> Dieser Einwand ist insofern zutreffend, als mit dem künstlerischen Schutz von Gestaltungen, die auf den Leistungen Dritter aufbauen, ein gewisses Missbrauchspotential einhergeht.<sup>604</sup>

Allerdings verweist das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich auf die vermögensrechtlichen Interessen der Rechteinhaber<sup>605</sup> und stellt damit klar, dass die Inanspruchnahme fremder Leistungen nur in einem begrenzten Rahmen möglich ist. Es gibt demzufolge einen klaren Rechtsrahmen für die Interessenabwägung vor, ohne der Kunstfreiheit einen „Freifahrtschein“ zu erteilen.<sup>606</sup>

Bei der Bewertung ist der geringe Anwendungsbereich der Entscheidungen zu beachten: Die nachträgliche Rechtmäßigkeit des ursprünglich unrechtmäßigen Erwerbs tritt nur ein, wenn die anforderungsreichen Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 24, 51 UrhG vorliegen, die eine Schutzfunktion im Interesse des Rechteinhabers erfüllen.<sup>607</sup> Zudem bedarf es auf Seiten des kunstschaftenden Dritten eines künstlerischen Tätigwerdens. Die erlaubnisfreie Entnahme von Werkelementen wird ausschließlich im Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG privilegiert.<sup>608</sup> Bei nicht-künstlerischen Gestaltungen verbleibt es dagegen bei der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs, dass Dritte eine Lizenzierungspflicht trifft.<sup>609</sup>

Überdies darf eine künstlerische Gestaltung, die Leistungen Dritter in Anspruch nimmt, nicht per se unterbunden werden. Sie betrifft unmittelbar den von der Kunstfreiheitsgarantie gewährleisteten Schutz des Werkbereichs, dessen Kernbereich die künstlerische Tätigkeit bildet. Der Werkbereich ist daher von jeglichen

<sup>602</sup> BVerfG, Beschluss vom 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, Rn. 151 – *Germania 3*; BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 87 – *Metall auf Metall*.

<sup>603</sup> Papastefanou, WRP 2019, 171, 175.

<sup>604</sup> Papastefanou, WRP 2019, 171, 176.

<sup>605</sup> Mit dem Urheberrecht und seiner urheberpersönlichkeitsrechtlichen Seite befasst sich ausschließlich *Germania 3*, während *Metall auf Metall* die rein vermögensrechtliche Seite des Tonträgerherstellerrechts beleuchtet.

<sup>606</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 80 – *Metall auf Metall*.

<sup>607</sup> Insoweit völlig zutreffend: BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 79 – *Metall auf Metall*.

<sup>608</sup> Wagner, MMR 2016, 513, 517.

<sup>609</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 80 – *Metall auf Metall*.

Vorgaben und Verboten freizuhalten, die die Methoden, Inhalte oder Tendenzen der Tätigkeit beeinflussen.<sup>610</sup> Insbesondere dürfen künstlerische Ausdrucksformen, die in Konflikt mit den Rechten anderer treten, nicht mit Hilfe eines engen Kunstbegriffs von vornherein vom Grundrechtsschutz der Kunstfreiheit ausgeschlossen werden.<sup>611</sup> Da die Kunstfreiheit bei kollidierenden Grundrechtspositionen erst nach Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG eingeschränkt werden darf<sup>612</sup>, droht mit dem Vorgehen des Bundesgerichtshofs eine Aushöhlung verfassungsrechtlicher Wertungen.

### (b) Berücksichtigung genrespezifischer Aspekte

Der Schutz des Werkbereichs steht sowohl bei *Germania 3* als auch bei *Metall auf Metall* im Zentrum der Abwägung zwischen Art. 14 GG und Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG.<sup>613</sup> Das Bundesverfassungsgericht erkennt die Interessen des kunstschaffenden Dritten jeweils als gewichtig an: Es ist für den Schutz durch die Kunstfreiheitsgarantie unerheblich, ob ein fremdes Werk – nach herkömmlicher Art – analog oder digital in eine neue Gestaltung eingebunden wird.

Aus der Gleichstellung folgt Grundlegendes für die digitale Kulturtechnik des Musiksamplings: Das Bundesverfassungsgericht räumt ein, dass der Zugriff auf das Originaltondokument beim Sampling „Inspiration, Baustein und Referenz in einem musikalischen Schaffensprozess“<sup>614</sup> bedeutet. Das Sampling ist gegenüber herkömmlichen Kunstformen keine kreative Leistung zweiter Klasse.<sup>615</sup>

Das Alleinstellungsmerkmal dieser digitalen referenziellen Kunstform besteht in der Kombination von Alt mit Neu, von fremden mit eigenen Elementen, die zu einem neuen Ganzen werden.<sup>616</sup> Der künstlerische Dialog nimmt beim Sampling die Rolle eines künstlerischen Stil- und Gestaltungsmittels ein, welches das Bundesverfassungsgericht als „genrespezifische Aspekte“ berücksichtigt.<sup>617</sup>

<sup>610</sup> So schon BVerfG, Beschluss vom 24.02.1971, 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173, 190 – *Mephisto*.

<sup>611</sup> BVerfG, Beschluss vom 13.06.2007, 1 BvR 1783/05, BVerfGE 119, 1, 23 – *Esra*.

<sup>612</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 90 – *Metall auf Metall*.

<sup>613</sup> Kruedener, ZGE 2016, 462, 471.

<sup>614</sup> Kruedener, ZGE 2016, 462, 471.

<sup>615</sup> Podszun, GWR 2016, 256, 256.

<sup>616</sup> BVerfG, Beschluss vom 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 152 – *Germania 3; Maier*, Remixe auf Hostingplattformen, S. 54.

<sup>617</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 99 – *Metall auf Metall*; dies befürwortet ebenso Pötzlberger, GRUR 2018, 675, 675, 679 ff.

## (c) Gleichwertigkeit traditioneller und digitaler Kunstformen

Die Gleichstellung des Samplings mit traditionellen Formen künstlerischer Gestaltung oder Ausdrucksformen wird kritisiert.<sup>618</sup> Die kunstspezifische Betrachtung urheberrechtlicher Ausnahmenvorschriften dürfe ausschließlich bei etablierten Kunstformen herangezogen werden.<sup>619</sup> Genrespezifische Aspekte zur Begründung der Einordnung als Kunst seien nur zu berücksichtigen, wenn die Elemente einer Kunstform zuverlässig herausgearbeitet werden könnten. Eine solche Untersuchung erfordert aber mehr Zeit, sodass die „kurzsichtige“ Betrachtung und Privilegierung des Samplings zur Vermeidung von Rechtssicherheit zu unterlassen und die wirtschaftlichen Interessen der Schutzrechteinhaber vorrangig zu berücksichtigen seien.<sup>620</sup>

Diese Forderung beruht auf der isolierten Heranziehung des formalen Kunstbegriffs.<sup>621</sup> Sie widerspricht der verfassungsrechtlichen Vorgabe, dass Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG jede künstlerische Gestaltung schützt.<sup>622</sup> Der vollumfängliche Schutz der Kunstfreiheitsgarantie setzt nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts voraus, dass der formale, materielle und offene Kunstbegriff kumulativ zur Bestimmung des Schutzbereichs herangezogen wird.<sup>623</sup>

Dennoch dem Sampling den Schutz durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG mit dem Argument zu versagen, es sei keine „etablierte Kunstform“, lässt die „Eigengesetzlichkeit und Wandlungsfähigkeit künstlerischer Schöpfungen“<sup>624</sup> unberücksichtigt. Erst aus der „Unabgeschlossenheit künstlerischer Formen“<sup>625</sup> folgt die Notwendigkeit, die technologischen und kultur-ästhetischen Rahmenbedingungen<sup>626</sup> zu berück-

<sup>618</sup> So insbesondere *Papastefanou*, GRUR Newsletter 2018, 17, 17 f.; *Papastefanou*, WRP 2019, 171, 173; ähnlich *Ladeur*, ZGE 2016, 447, 449 f., 453 f.

<sup>619</sup> *Papastefanou*, GRUR Newsletter 2018, 17, 17; *Papastefanou*, WRP 2019, 171, 173.

<sup>620</sup> *Papastefanou*, WRP 2019, 171, 173.

<sup>621</sup> In Widerspruch zu den eigenen Ausführungen setzt sich *Papastefanou*, WRP 2019, 171, 173 a.E., der einerseits die kunstspezifische Betrachtung nur bei etablierten Kunstformen für denkbar hält, andererseits aber ein Gleichbehandlungsproblem sieht, wenn ihnen die kunstspezifische Betrachtung nicht versagt werde. Richtig wäre es, die Gleichbehandlungsprobleme zu sehen – wie hier vertreten –, wenn die kunstspezifische Betrachtung nur bei manchen Kunstformen durchgeführt wird und bei anderen nicht.

<sup>622</sup> Dass die Gewährleistung der Kunstfreiheit unter Zugrundelegen des Grundsatzes „in dubio pro arte“ weit zu verstehen ist, betont *Kempfen*, in: BeckOK-GG, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 163; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 30.

<sup>623</sup> Zum Bedürfnis eines vollumfänglichen Schutzes der Kunstfreiheitsgarantie und der Bedeutung des Werkbereichs: BVerfG, Beschluss vom 24.02.1971, 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173 – *Mephisto*; BVerfG, Beschluss vom 17.07.1984, 1 BvR 816/82, BVerfGE 67, 213, 226 – *Anachronistischer Zug*; i. Ü. siehe *Kempfen*, in: BeckOK-GG, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 162.

<sup>624</sup> Dazu näher *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 22.

<sup>625</sup> Für einen weiten Kunstbegriff spricht sich eindeutig aus BVerfG, Beschluss vom 13.06.2007, 1 BvR 1783/05, BVerfGE 119, 1, 23 – *Esra*; *Kempfen*, in: BeckOK-GG, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 163.

<sup>626</sup> Die Unterscheidung zwischen den wirtschaftlichen, technologischen und kultur-ästhetischen Rahmenbedingungen trifft *Kruedener*, ZGE 2016, 462, 467. Mit dieser Unterscheidung arbeitet er die drei wesentlichen Gesichtspunkte heraus, anhand derer er die Grundrechtsabwägung des BVerfG im Rahmen von „Metall auf Metall“ analysiert.

sichtigen. Folglich lässt sich die Kunstfreiheitsgarantie nur bei Zugrundelegen eines weiten Kunstverständnisses verwirklichen.

Die kunstspezifische Betrachtung urheberrechtlicher Ausnahmenvorschriften darf in der Folge nicht aufgeschoben werden, bis sich das Sampling in eine etablierte Kunstform verwandelt hat. Andernfalls droht eine Ungleichbehandlung innerhalb des Schutzbereichs von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG von neuartigen im Vergleich zu herkömmlichen Kunstformen. Neuartige Kunstformen würden bei Befolgung der obenstehenden Gegenansicht per se der Schutzlosigkeit preisgegeben.<sup>627</sup> Stattdessen bedarf es einer Einzelfallbeurteilung, ob die durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG vorgegebene Wertung hinreichend bei der Auslegung und Anwendung einfachgesetzlicher Vorschriften gewürdigt wird.<sup>628</sup>

### *bb) Erforderlichkeit der kunstspezifischen Betrachtung*

Zur Beantwortung der Frage, ob eine kunstspezifische Betrachtung urheberrechtlicher Ausnahmenvorschriften erforderlich und damit die erlaubnisfreie Werknutzung im Einzelfall geboten sei, erwägt das Bundesverfassungsgericht in *Metall auf Metall* andere gleich geeignete Lösungsansätze. Sie und die Lösungsansätze der Fachgerichte werden, nach dem Zeitpunkt ihres Vorschlags gegliedert, dargestellt.

#### **(1) Quantität und Qualität der Elemente**

Das Oberlandesgericht Hamburg vertritt den Ansatz, dass die Entnahme kleiner Teile, die die entlehnte Leistung als solche nicht erkennbar machen, vom Schutz des Tonträgerherstellerrechts ausgenommen werden müssen. Es will die Zulässigkeit der Entnahme danach beurteilen, ob die entlehnte Sequenz die „Keimzelle“ der Tonaufnahme bilde, sodass die charakteristische Ausprägung der Tonaufnahme wahrnehmbar bleibe.<sup>629</sup> Das Oberlandesgericht Hamburg wählt einen quantitativ-

<sup>627</sup> Dies würde zudem zu einer Ungleichbehandlung von Parodien führen, die lediglich aufgrund ihrer Einordnung als etablierte Kunstform dem formalen Kunstbegriff unterfallen. Letztlich greifen aber sowohl Parodien als auch das Sampling auf vorbestehende Werke zurück, die in der neuen Gestaltung sichtbar bleiben.

<sup>628</sup> BVerfG, Beschluss vom 19.04.2005, I BvR 1644/00, BVerfGE 112, 332, 358 – *Pflichtteil*; BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, I BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 82 – *Metall auf Metall*.

<sup>629</sup> OLG Hamburg, Urteil vom 07.06.2006, 5 U 48/05, GRUR-RR 2007, 3, 4 – *Metall auf Metall I*; das OLG Hamburg nimmt in seinem Urteil ausdrücklich Bezug auf zwei ältere seiner Entscheidungen, in denen ebenfalls ein quantitativer Ansatz zur Beurteilung der Zulässigkeit der Entnahme gewählt wird: OLG Hamburg, Beschluss vom 18.04.1991, 3 W 38/91, GRUR Int. 1992, 390, 391; OLG Hamburg, Urteil vom 16.05.1991, 3 U 237/90 1992, 746, 748.



qualitativen Ansatz zur Bewertung der Zulässigkeit des Tonträgersamplings, indem es den Umfang der entlehnten Leistung und die Beurteilung, ob der entlehnte Teil im Vergleich zur gesamten Tonaufnahme prägend ist, berücksichtigt.<sup>630</sup>

Der Bundesgerichtshof lehnt dieses Vorgehen ab. Die Qualität und Quantität der entnommenen Sequenz seien untaugliche Beurteilungskriterien, da sich das Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers unabhängig von der schöpferischen Qualität oder der Länge auf Tonaufnahmen jeglicher Art erstrecke.<sup>631</sup> Überdies bringe die Zulässigkeitsprüfung anhand der Qualität und Quantität Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich, die zu Rechtsunsicherheit führten.<sup>632</sup>

Das Bundesverfassungsgericht greift den Ansatz des Oberlandesgerichts Hamburg nicht auf. Das spricht dafür, dass es mit der Beurteilung des Bundesgerichtshofs übereinstimmt und bereits die Qualität und Quantität der entnommenen Sequenz für ungeeignet hält.

## (2) Eigenständige Reproduktion

Der Bundesgerichtshof schlug im Rahmen des ersten und zweiten Revisionsverfahrens von *Metall auf Metall* vor, dass kunstschaftende Dritte die Klänge selbst nachspielen sollen<sup>633</sup>, anstatt sie aus dem Originaltondokument für eigene Zwecke zu übernehmen.<sup>634</sup>

Auf diese Weise könne die von § 24 Abs. 1 UrhG bezweckte Weiterentwicklung des Kunstschaftens erreicht werden, ohne dass es einer eigenmächtigen Inanspruchnahme der Leistungen Dritter bedürfe.<sup>635</sup> Sei er zur eigenständigen Reproduktion nicht willens, müsse sich der kunstschaftende Dritte um eine Lizenz bemühen und damit das Risiko der Lizenzverweigerung hinnehmen.<sup>636</sup> Ein Anwendungsbereich für die freie Benutzung eröffne sich in entsprechender Anwendung

<sup>630</sup> Dieser Ansatz wird im Hinblick auf das Tonträgersampling, also dem *Metall auf Metall* zugrundeliegenden Sachverhalt, nachfolgend auf seine Tauglichkeit überprüft, vgl. S. 249. An späterer Stelle folgt eine weitere Untersuchung, ob dieser Ansatz für Meme – insbesondere unter Berücksichtigung der Wirkungsweise von § 24 Abs. 1 UrhG – herangezogen kann, vgl. dazu S. 289 ff.

<sup>631</sup> BGH, Urteil vom 20. 11. 2008, I ZR 112/06, GRUR 2009, 403, Rn. 13 – *Metall auf Metall I*.

<sup>632</sup> BGH, Urteil vom 20. 11. 2008, I ZR 112/06, GRUR 2009, 403, Rn. 13 – *Metall auf Metall I*.

<sup>633</sup> Dies gilt freilich nur, wenn sie keinen Urheberrechtsschutz genießen, da ansonsten eine unzulässige Vervielfältigungshandlung gem. § 16 UrhG vorliegt.

<sup>634</sup> BGH, Urteil vom 20. 11. 2008, I ZR 112/06, GRUR 2009, 403, Rn. 17 – *Metall auf Metall I*; BGH, Urteil vom 13. 12. 2012, I ZR 182/11, GRUR 2013, 614, Rn. 18 – *Metall auf Metall II*.

<sup>635</sup> BGH, Urteil vom 20. 11. 2008, I ZR 112/06, GRUR 2009, 403, Rn. 23 – *Metall auf Metall I*; BGH, Urteil vom 13. 12. 2012, I ZR 182/11, GRUR 2013, 614, Rn. 18 – *Metall auf Metall II*.

<sup>636</sup> BGH, Urteil vom 20. 11. 2008, I ZR 112/06, GRUR 2009, 403, Rn. 21 – *Metall auf Metall I*.



von § 24 Abs. 1 UrhG nur dann, wenn der kunstschaftende Dritte rein tatsächlich nicht dazu in der Lage sei, die Tonfolge gleichwertig nachzuspielen.<sup>637</sup>

Das Bundesverfassungsgericht lehnt diesen Ansatz ab. Die eigene Reproduktion des Originals sei kein gleichwertiger Ersatz, da der direkte Zugriff auf das Original ein stilprägendes Element des Hip-Hops sei.<sup>638</sup> Die Verwendung des Originals müsse als genrespezifischer Aspekt der Kunstform in die Beurteilung der Zulässigkeit einfließen. Dass die Übernahme des Originals in Ausnahmefällen keinem künstlerischen Motiv geschuldet sei, sondern der Kostenersparnis diene, dürfe den Einsatz als künstlerisches Gestaltungsmittel nicht dort unzumutbar erschweren, wo es stilprägend sei.<sup>639</sup>

Überdies Sorge das Kriterium für zu viel Rechtsunsicherheit. Die gleichwertige Nachspielbarkeit lasse sich aus der Sicht Dritter nur schwierig und aufgrund divergierender Fähigkeiten des Einzelnen nicht einheitlich beurteilen.<sup>640</sup> Es bestehe daher die Gefahr, dass Kunstschaftende vollständig auf die Übernahme verzichten, weil ihnen der Aufwand für die Erbringung des Nachweises der fehlenden Nachspielbarkeit und das damit verbundene rechtliche Risiko als zu groß erscheinen. Zudem bedürfe es einer besonders wirksamen verfassungsrechtlichen Kontrolle, um unzulässige Beschränkungen der Kunstfreiheitsgarantie zu unterbinden.<sup>641</sup>

### (3) Lizenzierungsmöglichkeit als untaugliche Alternative

Auch die Einholung einer Lizenz bilde keinen gleichwertigen Schutz der künstlerischen Betätigungsfreiheit. Es sei kein gleich geeignetes Mittel wie die erlaubnisfreie Werknutzung.<sup>642</sup>

Zum einen gestalte sich die Einräumung von Lizenzen aufgrund der Vielzahl von verwendeten Werkelementen beim Sampling besonders schwierig. Zum anderen stehe dem Dritten kein Anspruch auf die Einräumung einer Lizenz zu, sodass der Urheber des vorbestehenden Werkes ihm diese ohne Angabe von Gründen und trotz der Bereitschaft zur Zahlung eines Entgelts verweigern könne.

<sup>637</sup> BGH, Urteil vom 20. 11. 2008, I ZR 112/06, GRUR 2009, 403, Rn. 23 – *Metall auf Metall I*; konkretisierend zu dem erforderlichen Grad der Ähnlichkeit der Selbsteinspielung sowie zu der Frage, ob ein subjektiver oder objektiver Maßstab anzulegen sei: BGH, Urteil vom 13. 12. 2012, I ZR 182/11, GRUR 2013, 614, Rn. 25 – *Metall auf Metall II*.

<sup>638</sup> BVerfG, Beschluss vom 29. 06. 2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 152 – *Germania 3*; BVerfG, Urteil vom 31. 05. 2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 99 – *Metall auf Metall*.

<sup>639</sup> BVerfG, Urteil vom 31. 05. 2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 99 – *Metall auf Metall*.

<sup>640</sup> BVerfG, Urteil vom 31. 05. 2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 100 – *Metall auf Metall*.

<sup>641</sup> BVerfG, Urteil vom 31. 05. 2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 100 – *Metall auf Metall*.

<sup>642</sup> BVerfG, Urteil vom 31. 05. 2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 98 – *Metall auf Metall*.

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts geht mit dem Verwertungsmonopol des Urhebers nicht nur die Herrschaft einher, über die Höhe der Nutzungsvergütung entscheiden zu können. Zugleich verfüge er über die Macht, von ihm nicht genehmigte Nutzungen gemäß § 97 UrhG verbieten und somit durch die Nichteinräumung von Lizenzen die Schöpfung neuer Kunstwerke verhindern zu können.<sup>643</sup>

#### (4) Bewertung

##### (a) Keine Gleichstellung von Leistungsschutz- und Urheberrechten

Die Lösungsansätze des OLG Hamburg und des Bundesgerichtshofs übergehen den wesentlichen Unterschied zwischen dem Leistungs- und Urheberrechtsschutz.<sup>644</sup> Beide Rechte haben unterschiedliche Schutzgüter: Während Ersteres die unternehmerischen Leistungen wirtschaftlicher, organisatorischer und technischer Art schützt, dient Letzteres dem Schutz der ideellen und vermögensrechtlichen Interessen des Urhebers an seiner persönlichen geistigen Schöpfung.<sup>645</sup>

##### (aa) Quantität und Qualität der entnommenen Sequenz

Schutzgegenstand des in Rede stehenden Tonträgerherstellerrechts gemäß § 85 UrhG ist der Tonträger, auf den das Tonmaterial aufgenommen worden ist.<sup>646</sup> Bei der Frage, ob die „Keimzelle“ der Tonaufnahme verwendet wurde, geht es aber um den Inhalt des Tonträgers und damit um das auf ihm verkörperte musikalische Werk gemäß § 2 Abs. 1 UrhG.<sup>647</sup> Dieses ist jedoch bei der Frage, ob das Tonträgerherstellerrecht verletzt wurde, gerade außer Betracht zu lassen. Stattdessen bedarf es einer reinen Betrachtung unter dem Gesichtspunkt des Investitionsschutzes.

Diese Unterschiede erkennt der Bundesgerichtshof in seinem Revisionsurteil und verneint folgerichtig die Tauglichkeit der Kriterien zur Beurteilung der Zulässigkeit der Entnahme der Sequenz.<sup>648</sup>

<sup>643</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 96 – *Metall auf Metall*; wohl genauso BVerfG, Beschluss vom 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 152 – *Germania 3*.

<sup>644</sup> *Hoeren*, MMR 2009, 257, 257; *Hoeren*, MMR 2016, 469, 469; *Loschelder/Würtenberger*, GRUR 2015, 861, 863 f.; *Riesenhuber*, LMK 2013, 347704; *Schonhofen*, GRUR-Prax. 2016, 277, 279.

<sup>645</sup> *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, Vorbem. zu §§ 70 ff. UrhG Rn. 2 f.

<sup>646</sup> *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 85 UrhG Rn. 16.

<sup>647</sup> *Lindhorst*, GRUR 2009, 406, 407; *Loschelder/Würtenberger*, GRUR 2015, 861, 864.

<sup>648</sup> BGH, Urteil vom 20. 11. 2008, I ZR 112/06, GRUR 2009, 403, Rn. 13 – *Metall auf Metall I*; dieses Ergebnis befürwortend: *Lindhorst*, GRUR 2009, 406, 407; *Stieper*, ZUM 2009, 219; a. A. *Hoeren*, MMR 2009, 257, 257; *Virreira Winter*, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, S. 298.

Dennoch überzeugt das Ergebnis des Bundesgerichtshofs mit Blick auf den Regelungszweck von Leistungsschutzrechten nicht. Die Aufnahme von Tonträgern dient zuvorderst dem Zweck, einer Vielzahl von Menschen den Genuss einer aufgenommenen Leistung zu verschaffen.<sup>649</sup> Sie hebt die „Vergänglichkeit der aufzunehmenden Töne“ auf, indem sie auf dem Tonträger fixiert werden.<sup>650</sup> Das Leistungsschutzrecht bildet somit das „Annexrecht zum Urheberrecht“<sup>651</sup> Es darf nicht zu einem einschränkenden Ausschließlichkeitsrecht erhoben werden, das in seiner Reichweite den für eine schöpferische Leistung gewährten Urheberrechtsschutz übersteigt.<sup>652</sup>

## (bb) Entsprechende Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG

### (α) Revisionsurteil

An späterer Stelle setzt sich der Bundesgerichtshof in seinem Urteil in Widerspruch zu seiner eigenen Argumentation. Einerseits betont er die Notwendigkeit eines vollumfänglichen Schutzes des Tonträgerherstellers<sup>653</sup>, hält es aber andererseits für zumutbar, dessen Leistungsschutzrecht durch § 24 Abs. 1 UrhG in entsprechender Anwendung einzuschränken.<sup>654</sup> Dies folgert er aus einem Vergleich mit dem Urheberrecht, dessen Beschränkung der Urheber nach § 24 Abs. 1 UrhG hinnehmen müsse. Der Bundesgerichtshof stellt somit einen Vergleich der Schutzrechte her, obwohl er ihn noch wenige Sätze zuvor unter Verweis auf die unterschiedlichen Schutzrichtungen abgelehnt hat.<sup>655</sup>

Darüber hinaus liegen die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung des § 24 Abs. 1 UrhG auf Leistungsschutzrechte nicht vor.<sup>656</sup> Eine Regelungslücke

<sup>649</sup> Zu der „hochwertigen technischen Leistung“ des Tonträgerherstellers siehe BT-Drucks. IV/270, 95 f., aus dem der wirtschaftlich orientierte Regelungszweck des Leistungsschutzes eindeutig hervorgeht.

<sup>650</sup> So inhaltlich und wortgleich *Stieper*, ZUM 2009, 219, 224.

<sup>651</sup> *Hoeren*, MMR 2009, 257, 257; inhaltlich genauso *Hoeren*, MMR 2016, 469, 469.

<sup>652</sup> *Virreira Winter*, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, S. 303; *Hoeren*, MMR 2009, 257, 257; *Hoeren*, MMR 2016, 469, 469; *Riesenhuber*, LMK 2013, 347704; *Stieper*, ZUM 2009, 219, 224.

<sup>653</sup> BGH, Urteil vom 20. 11. 2008, I ZR 112/06, GRUR 2009, 403, Rn. 13 – *Metall auf Metall I*.

<sup>654</sup> BGH, Urteil vom 20. 11. 2008, I ZR 112/06, GRUR 2009, 403, Rn. 21 – *Metall auf Metall I*; *Lindhorst*, GRUR 2009, 406, 407.

<sup>655</sup> BGH, Urteil vom 20. 11. 2008, I ZR 112/06, GRUR 2009, 403, Rn. 16 – *Metall auf Metall I*.

<sup>656</sup> *Virreira Winter*, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, S. 270; *Kruedener*, ZGE 2016, 462, 477; *Stieper*, ZUM 2009, 219, 224; a. A. *Maier*, Remixe auf Hostingplattformen, S. 44; *Wegmann*, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, S. 258, die sich ausführlich mit den einzelnen Voraussetzungen einer Analogie im Kontext von Leistungsschutzrechten und der freien Benutzung auseinandersetzt.

lässt sich aus der Abwesenheit einer Schranke für die Auseinandersetzung mit bestehenden Werken herleiten, an denen zugleich Leistungsschutzrechte bestehen. Die Planwidrigkeit der Regelungslücke ist daraus herzuleiten, dass § 85 Abs. 1 UrhG ausschließlich auf die §§ 51 ff. UrhG und nicht auf § 24 Abs. 1 UrhG verweist.<sup>657</sup>

Dennoch fehlt es an einer Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Wie die Quantität und Qualität der entnommenen Sequenz operiert auch die für § 24 Abs. 1 UrhG entwickelte Abstandslehre auf einer inhaltlichen Ebene. Sie betrifft somit nur das auf dem Tonträger verkörperte musikalische Werk, zudem lässt die wirtschaftliche Leistung des Tonträgerherstellers, anders als schöpferische Leistungen, keinen Raum für eigene Gestaltungen.<sup>658</sup>

Das Institut der freien Benutzung dient dem Allgemeininteresse an der transformativen unbeschränkten Nutzung kultureller Güter und dem Erhalt eines kulturellen wie auch kreativen Kreislaufes. Die unternehmerische Leistung des Tonträgerherstellers ist jedoch nicht identisch mit der schöpferischen Leistung des Urhebers, das den Anknüpfungspunkt der Nutzungsinteressen der Allgemeinheit bildet.<sup>659</sup> Sie ist allenfalls das Trägermedium dieser Leistung.

Dass der Gesetzgeber diesen Unterschied zwischen einer persönlich geistigen sowie gegebenenfalls schöpferischen und einer unternehmerischen Leistung erkannt hat, zeigt der Verweis in § 72 Abs. 1 UrhG im Vergleich zu den §§ 85, 87b, 94 UrhG. Aus diesem Verweis geht hervor, dass die Vorschriften des ersten Teils des Urheberrechtsgesetzes – und damit auch § 24 Abs. 1 UrhG – auf Lichtbilder anwendbar sind. Obwohl sie als persönliche geistige Leistungen nicht die für § 2 Abs. 2 UrhG erforderliche Schöpfungshöhe aufweisen, bieten sie hinreichende Anknüpfungspunkte für eine kulturelle Auseinandersetzung im Sinne von § 24 Abs. 1 UrhG. Die Leistungsschutzrechte in §§ 85, 87b, 94 UrhG, die statt einer inhaltlichen eine wirtschaftliche, organisatorische oder technische Leistung schützen, enthalten dagegen keinen § 72 Abs. 1 UrhG entsprechenden Verweis. Der Gesetzgeber ging demnach davon aus, dass eine freie Benutzung nur bei persönlich geistigen Leistungen oder bei schöpferischen Leistungen heranzuziehen ist, die als Werk oder Werkteil die Voraussetzungen von § 2 Abs. 2 UrhG erfüllen. Besteht kein entsprechender Schutz, kann das vorbestehende Material erlaubnisfrei verwendet werden.

<sup>657</sup> Ohne näher auf die Voraussetzungen einzugehen BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 94 – *Metall auf Metall*; Stieper, ZUM 2009, 219, 224; *Virreira Winter*, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, S. 269; wohl genauso Lindhorst, GRUR 2009, 406, 407.

<sup>658</sup> Hoeren, MMR 2009, 257, 258; Kruedener, ZGE 2016, 462, 478; *Riesenhuber*, LMK 2013, 347704; Schack, JZ 2009, 475, 476; Stieper, ZUM 2009, 219, 224; Walter, NJW 2013, 1888, 1888; wohl ähnlich *Virreira Winter*, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, S. 270.

<sup>659</sup> Kruedener, ZGE 2016, 462, 477; a. A. Maier, *Remixe auf Hostingplattformen*, S. 44, die trotz dieser wesentlichen Unterschiede darauf beharrt, dass auch im leistungsschutzrechtlichen Bereich Freiräume für die kulturelle Auseinandersetzung mit bestehendem Material geschaffen werden müssen.

Diese Unterscheidung ist von besonderer Relevanz, wenn nur ein Teil der schöpferischen Leistung verwendet wird, der aber eigenständig nicht die Voraussetzungen von § 2 Abs. 2 UrhG erfüllt. Entsprechend der vorstehenden Unterscheidung kann das Werkteil in diesem Fall erlaubnisfrei von Dritten verwendet werden. Etwas anderes gilt nur, wenn wegen einer wirtschaftlichen, organisatorischen oder technischen Leistung zusätzlich ein Leistungsschutzrecht besteht, auf das sich der Rechteinhaber gegenüber dem Dritten berufen kann.<sup>660</sup>

Dieses Nebeneinander von Urheber- und Leistungsschutz des Rechteinhabers ist auf die Verschiedenheit der Schutzgegenstände zurückzuführen. Wendete man § 24 Abs. 1 UrhG analog auf Leistungsschutzrechte an, würde dieses im Urheberrechtsgesetz angelegte Nebeneinander von Urheber- und Leistungsschutzrechten unterlaufen werden. Dass die Vermischung nicht gewollt ist, zeigt sich im eindeutigen Wortlaut der freien Benutzung, der auf die Benutzung urheberrechtlich geschützter Werke („in freier Benutzung des Werkes eines anderen“) zugeschnitten ist.<sup>661</sup>

Überdies ist gegen die analoge Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG auf Leistungsschutzrechte anzuführen, dass seine originäre Funktion als Schutzzumfangbestimmung<sup>662</sup> anders als Schrankenbestimmungen nicht auf Leistungsschutzrechte anwendbar ist.<sup>663</sup> Die dargestellten inhaltlich-konzeptionellen und dogmatischen Unterschiede von Leistungs- und Urheberrechtsschutz lassen es konsequent erscheinen, dass der BGH an keiner Stelle in seinem Urteil geprüft hat, worin der innere Abstand beim Sampling überhaupt besteht.<sup>664</sup>

## (ß) Urteil des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hält den vom Bundesgerichtshof beschrittenen Weg einer entsprechenden Anwendung des Rechts auf freie Benutzung zumindest für Fälle des Tonträger-, Film- und Laufbildherstellerechts für gangbar. Dies begründet es mit dem technologischen Wandel seit der Verabschiedung des Urheberrechtsgesetzes, infolge dessen zumindest die Annahme einer planwidrigen

<sup>660</sup> So lag der Fall in dem Rechtsstreit *Metall auf Metall*. Die Bandmitglieder von Kraftwerk waren als Komponisten des Songs sowohl Urheber als auch Leistungsrechteinhaber nach § 85 UrhG. Da die von Pelham entlehnte Sequenz aber nicht als Werkteil die Voraussetzungen von § 2 Abs. 2 UrhG erfüllte, stützten sich die Kläger des Ausgangsverfahrens auf die Verletzung ihres Tonträgerherstellerechts.

<sup>661</sup> Dies zeigt insbesondere der begriffliche Vergleich mit § 2 UrhG, der sich nur auf persönliche geistige Schöpfungen erstreckt. Ebenso *Kruedener*, ZGE 2016, 462, 477.

<sup>662</sup> Vgl. zur Herleitung dieser dogmatischen Einordnung S. 170 ff., 198 ff.

<sup>663</sup> Ebenso *Kruedener*, ZGE 2016, 462, 477; dazu ausführlich in ihrer Diss. *Wegmann*, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, 135 ff., 171.

<sup>664</sup> *Hoeren*, MMR 2009, 257, 258.

Gesetzeslücke vertretbar sei.<sup>665</sup> Das Bundesverfassungsgericht äußert sich demnach nicht zu der Frage, ob eine wirtschaftliche Leistung überhaupt einen tauglichen Ansatzpunkt für die von § 24 Abs. 1 UrhG geforderte Abstandsprüfung bilde.

Stattdessen erweckt das Urteil den Eindruck, dass das Bundesverfassungsgericht den konkreten Sachverhalt nutzen will, um den der freien Benutzung zugrundeliegenden Interessenkonflikt allgemeingültig für das digitale Zeitalter und neue Kulturtechniken zu klären.<sup>666</sup> Dass dabei aber nicht die urheberpersönlichkeits- und vermögensrechtlichen Interessen eines Urhebers an seinem Werk, sondern die rein vermögensrechtlichen Interessen eines Leistungsrechteinhabers in Rede stehen, ignoriert das Bundesverfassungsgericht und legt den Schwerpunkt seiner Ausführungen auf den Schutz der Kunstfreiheit, der in § 24 Abs. 1 UrhG seinen gesetzlichen Ausdruck gefunden hat.<sup>667</sup>

Im Zusammenhang mit der Aufhebung der angegriffenen Entscheidungen und dem Rückverweis an den Bundesgerichtshof betont es jedoch, dass die Kunstfreiheit nicht zwangsläufig im Rahmen einer entsprechenden Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG zu berücksichtigen sei.<sup>668</sup> Der Verweis auf die alternative Anwendung von § 51 UrhG oder einer einschränkende Auslegung von § 85 UrhG zeigten vielmehr, dass es die Heranziehung der freien Benutzung keineswegs für zwingend hält bei Leistungsschutzrechten.

#### (b) Unschärfen bei Beurteilung der Erforderlichkeit der Übernahme

Das Bundesverfassungsgericht spricht sich dagegen aus, die erlaubnisfreie Nutzung von der Erforderlichkeit der Übernahme abhängig zu machen.<sup>669</sup> Die kunstspezifische Betrachtung gebiete es, die durch die genretypischen Aspekte vorgegebenen Eigengesetzlichkeiten einer Kunstform zu berücksichtigen. Das eigene Nachspielen von Klängen kann demnach kein gleichwertiger Ersatz für den Zugriff auf das Originaltondokument sein, da jede Tonsequenz ein eigenschöpferisches Werk mit eigenem Wesen ist.<sup>670</sup>

<sup>665</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 94 – *Metall auf Metall*.

<sup>666</sup> Genauso *Leistner*, GRUR 2016, 772, 774.

<sup>667</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 94 – *Metall auf Metall*; in diese Richtung zeigt auch das jüngste Urteil des BGH in diesem Rechtsstreit, der abschließend ausführt, dass die zum Tonträgerherstellerrecht getroffenen Ausführungen ebenso auf das Urheberrecht übertragbar seien: BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 15 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>668</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 110 – *Metall auf Metall*.

<sup>669</sup> *Hoeren*, MMR 2009, 257, 258; *Kruedener*, ZGE 2016, 462, 476; *Lindhorst*, GRUR 2009, 406, 407; *Schönhofen*, GRUR-Prax. 2016, 277, 279; *Stieper*, ZUM 2009, 219, 225.

<sup>670</sup> *Stieper*, ZUM 2009, 219, 225; *Wagner*, MMR 2016, 513, 516.

Überdies funktioniert der beabsichtigte Diskurs mit ihm sowie dem dahinterstehenden Musikwerk nur, wenn es als solches erkennbar bleibt.<sup>671</sup> Dass die Referenz auf das vorbestehende Werk jedoch als Wertschätzung des Originals dient, die zum Thema der neuen Gestaltung gemacht wird<sup>672</sup>, verkennt der Bundesgerichtshof. Stattdessen betont er, kunstschaftenden Dritten dürfe kein Freibrief für die ungenehmigte Übernahme erteilt werden.<sup>673</sup>

Darüber hinaus provoziert das Kriterium der eigenen Nachspielbarkeit Rechtsunsicherheit, was auch das Bundesverfassungsgericht angemerkt hat.<sup>674</sup> Es führte zu dem widersinnigen Ergebnis, dass einfache Tonsequenzen einen höheren Schutz genießen als komplizierte Tonsequenzen.<sup>675</sup> Ebenso führt die Orientierung an der „Gleichwertigkeit“ der Aufnahme dazu, dass die subjektiven Fähigkeiten des musikschaftenden Dritten zu dem zentralen Abgrenzungskriterium für die Erforderlichkeit der Übernahme erhoben werden.<sup>676</sup> In diesem Zusammenhang wäre unklar, ob der musikschaftende Dritte selbst tätig werden müsste oder ob er die Hilfe eines anderen für die Reproduktion der Tonsequenz heranziehen dürfte.<sup>677</sup>

Zudem kann das Kriterium der Nachspielbarkeit nur eine geringfügige Rolle spielen: Während elektronisch erzeugte Töne bei rein technologischer Betrachtung eigenständig reproduziert werden können, sind die in Musikwerken enthaltenen individuellen Geräusche einer Reproduktion nicht zugänglich.<sup>678</sup> Dies führt bei Musikwerken, die elektronische wie auch individuelle Geräusche enthalten, zu einer Zweiteilung bei der Beurteilung der Erforderlichkeit der Übernahme, die ihrerseits die Frage aufwirft, ob der erlaubnisfreie oder der zu lizenzierende Teil überwiegt.

Es ist dem Bundesverfassungsgericht darin zuzustimmen, dass das eigene Nachspielen von Klängen kein gleichwertiger Ersatz für die erlaubnisfreie Nutzung ist.<sup>679</sup>

<sup>671</sup> Wagner, MMR 2016, 513, 516.

<sup>672</sup> Ähnlich Podszun, ZUM 2016, 606, 608; Stieper, ZUM 2009, 219, 225.

<sup>673</sup> BGH, Urteil vom 20. 11. 2008, I ZR 112/06, GRUR 2009, 403, Rn. 17 – *Metall auf Metall I*.

<sup>674</sup> Hoeren, MMR 2009, 257, 258; Kruedener, ZGE 2016, 462, 476; Lindhorst, GRUR 2009, 406, 407; Schonhofen, GRUR-Prax. 2016, 277, 279; Stieper, ZUM 2009, 219, 225.

<sup>675</sup> Erstere sind einer eigenständigen gleichwertigen Reproduktion zugänglich, sodass der kunstschaftende Dritte auf die Einholung einer Lizenz verwiesen wird, während bei Letzteren eine erlaubnisfreie Nutzung zulässig ist. So Loschelder/Würtenberger, GRUR 2015, 861, 863.

<sup>676</sup> Hoeren, MMR 2009, 257, 258; Stieper, ZUM 2009, 219, 225, der daraus zurecht eine Benachteiligung des musikalischen und eine Bevorzugung des unmusikalischen Dritten folgert.

<sup>677</sup> Hoeren, MMR 2009, 257, 258, der sich überdies fragt, ob auf die objektive oder subjektive Unmöglichkeit der Nachspielbarkeit abzustellen ist.

<sup>678</sup> Loschelder/Würtenberger, GRUR 2015, 861, 862.

<sup>679</sup> I. E. genauso Virreira Winter, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, S. 312.



(c) Gleichstellung des Verfügungsrechts  
mit weitreichender Verbotsmacht

Gleiches gilt für den Verweis des kunstschaftenden Dritten auf die Einholung einer Lizenz beim Rechteinhaber.

Anhand der vom Bundesgerichtshof aufgestellten Kriterien lässt sich nicht eindeutig ermitteln, ob tatsächlich eine Erforderlichkeit der Übernahme gegeben ist. Dies vergrößert nicht nur die Gefahr der Rechtsunsicherheit, sondern birgt auch die Gefahr, dass der kunstschaftende Dritte aufgrund des rechtlichen Risikos vollständig auf die Übernahme und die damit verbundene künstlerische Tätigkeit verzichtet.

Auch bietet die Lizenzierungsmöglichkeit aufgrund der einseitigen Versagungsoption des Rechteinhabers keinen gleichwertigen Schutz und versetzt den kunstschaftenden Dritten in die Rolle eines Bittstellers.<sup>680</sup> Als Privatperson ist er kaum in der Lage, die vom Rechteinhaber festgelegten Lizenzgebühren mit eigenen finanziellen Mitteln zu bewältigen, sodass er bei Verweis auf diese Handlungsalternative ebenfalls vollständig auf die Übernahme verzichten wird.<sup>681</sup>

*cc) Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht*

In einem dritten Schritt zeigt das Bundesverfassungsgericht, dass eine mit dem Verweis auf die eigenständige Reproduktion oder die Lizenzierungsmöglichkeit verbundene Beschränkung der Kunstfreiheitsgarantie aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG nicht durch kollidierende Grundrechte Dritter, namentlich das Eigentumsrecht des Urhebers aus Art. 14 GG, gerechtfertigt ist.

(1) Geringfügigkeit des Eingriffs

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts führt die mit § 24 Abs. 1 UrhG einhergehende erlaubnis- und entschädigungsfreie Nutzung des vorbestehenden Werkes nicht grundsätzlich zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung des Schutzrechtes, das seinerseits nach Art. 14 GG geschützt sei.

Dem stehe auch nicht entgegen, dass § 24 Abs. 1 UrhG das Verfügungs- und Verwertungsrecht des Urhebers einschränke.<sup>682</sup> § 24 Abs. 1 UrhG statuiere hinreichend hohe Anforderungen an die Benutzung, um den Rechteinhaber zu schützen. Zudem gebiete der verfassungsrechtliche Schutz des geistigen Eigentums nicht, dem

<sup>680</sup> Wagner, MMR 2016, 513, 516; ebenfalls einschränkend Leistner, GRUR 2016, 772, 773 f.

<sup>681</sup> Wagner, MMR 2016, 513, 516.

<sup>682</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 79 – *Metall auf Metall*.



Tonträgerhersteller jede nur denkbare wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit zuzuordnen.<sup>683</sup> Ihm müsse nur „unter dem Strich“, also nicht bei Betrachtung jeder einzelnen Benutzung, ein angemessenes Entgelt für seine Leistung verbleiben.<sup>684</sup>

Obwohl dies in aller Regel zu bejahen sei, stehe es dem Gesetzgeber frei, statt einer erlaubnis- und vergütungsfreien künstlerischen Nutzung nur eine Freistellung vom Verfügungsrecht vorzusehen und die freie Benutzung mit einer Vergütungspflicht zu verknüpfen.<sup>685</sup>

## (2) Substitutionsgefahr

Das Bundesverfassungsgericht rückt in seiner *Metall auf Metall*-Entscheidung die historische Legitimation der Schutzrechtsgewährung in das Zentrum seiner Überlegungen.<sup>686</sup>

Der Schutzzweck des Tonträgerherstellerrechts bestehe im Investitionsschutz. Da dieser durch das Sampling jedoch nicht betroffen sei, müsse der Eingriff in das Eigentumsrecht des Rechteinhabers hinter die Kunstfreiheit zurücktreten.<sup>687</sup>

Ein geringfügiger Eingriff in das geistige Eigentum liege insbesondere vor, wenn dem Rechteinhaber keine wirtschaftlichen Nachteile in Form von Absatzrückgängen entstünden.<sup>688</sup> Ob die Gefahr von Absatzrückgängen bestehe, bemesse sich nach der Nähe des neuen Werkes im Vergleich zur Werkvorlage. Voraussetzung sei, dass ein Konkurrenzverhältnis in Form eines horizontalen Wettbewerbsverhältnisses bestehe.<sup>689</sup> Maßgeblich für diese Beurteilung seien der künstlerische und zeitliche Abstand zum Ausgangswerk, die Signifikanz des entlehnten Elements sowie die wirtschaftliche Bedeutung des Schadens für den Urheber des Ausgangswerkes sowie dessen Bekanntheit.<sup>690</sup>

<sup>683</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 87 – *Metall auf Metall*.

<sup>684</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 80 – *Metall auf Metall*.

<sup>685</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 80 – *Metall auf Metall*.

<sup>686</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 86 – *Metall auf Metall*.

<sup>687</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 87 – *Metall auf Metall*; genauso entschied das BVerfG, als Urheberrechte betroffen waren in BVerfG, Beschluss vom 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 151 – *Germania 3*.

<sup>688</sup> BVerfG, Beschluss vom 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 152 – *Germania 3*; BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 102 – *Metall auf Metall*.

<sup>689</sup> BVerfG, Beschluss vom 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 151 – *Germania 3*; BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 105 – *Metall auf Metall*.

<sup>690</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 102 – *Metall auf Metall*.

Das Bundesverfassungsgericht betont, dass die Identität zwischen dem wirtschaftlichen Vorteil des Sampleverwenders durch die erzielte Ersparnis und dem wirtschaftlichen Nachteil des Tonträgerherstellers in der Regel zu verneinen sei.<sup>691</sup> Die Übernahme von geschützten Leistungen diene künstlerischen Gestaltungszwecken, sodass neben der Gefahr von Absatzrückgängen auch ein erheblicher wirtschaftlicher Nachteil des Rechteinhabers durch eine mögliche Kostenersparnis des kunstschaaffenden Dritten zu verneinen sei.<sup>692</sup>

Wegen der verschiedenen Zweckrichtungen beider Werke dürfe der Schutz des Eigentums nicht dazu führen, dass die Verwendung vorbestehender Werke von der Reproduzierbarkeit oder einer Lizenzierungsmöglichkeit abhängig gemacht würden.<sup>693</sup> Um dem künstlerischen Schaffensprozess hinreichend Rechnung zu tragen, sei eine kunstspezifische Betrachtung bei künstlerischen transformativen Werknutzungen unumgänglich.<sup>694</sup>

### (3) Bewertung

#### (a) Sozialbindung des geistigen Eigentums

Das wesentliche Argument für ein Überwiegen der Kunstfreiheit des kunstschaaffenden Dritten bildet die Sozialbindung des Eigentums aus Art. 14 Abs. 2 GG.<sup>695</sup> Das Bundesverfassungsgericht hebt die durch den Verfassungsgeber getroffene grundlegende Wertung hervor, dass die jedem Individuum persönlich garantierte Eigentumsfreiheit zugleich eine soziale Funktion erfülle.<sup>696</sup> Diesen Grundsatz des gesamtgesellschaftlichen Nutzens überträgt das Bundesverfassungsgericht stringent auf das dem Urheberrechtsgesetz innewohnende Spannungsfeld und befindet, dass auch das geistige Eigentum trotz der privatrechtlichen Verfügungsbefugnis des Rechteinhabers durch seine bestimmungsgemäße gesellschaftliche Einbindung zum Allgemeingut werde.<sup>697</sup>

Vor diesem Hintergrund führt es das Leistungsschutzrecht auf seinen wirtschaftlichen Kern zurück<sup>698</sup> und hebt damit den wesentlichen Unterschied zum engen

<sup>691</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 105 – *Metall auf Metall*.

<sup>692</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 105 – *Metall auf Metall*.

<sup>693</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 108 – *Metall auf Metall*.

<sup>694</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, 110 – *Metall auf Metall*.

<sup>695</sup> *Podszun*, ZUM 2016, 606, 609.

<sup>696</sup> *Axer*, in: BeckOK-GG, Art. 14 GG Rn. 1; *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig, Art. 14 GG Rn. 1, 8.

<sup>697</sup> BVerfG, Beschluss vom 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 151 – *Germania 3*; BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 87 – *Metall auf Metall*.

<sup>698</sup> BT-Drucks. IV/270, 95 f.; ausführlich zur ratio legio von § 85 UrhG *Virreira Winter*, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, S. 299.

Persönlichkeitsbezug des Urheberrechts hervor. Das Bundesverfassungsgericht betont die bedeutende Rolle des Investitionsschutzes, zeigt aber zugleich dessen Grenze auf, die bei kollidierendem Verfassungsrecht im Wege der praktischen Konkordanz zu ziehen ist.<sup>699</sup> Es nimmt eine umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben vor.

#### (b) Optionale Freistellung vom Verwertungsrecht

Das Bundesverfassungsgericht verlangt, dass bei der Bestimmung der Eingriffsintensität in Art. 14 GG zwischen Beschränkungen des Verfügungs- und Verwertungsrechts differenziert wird.<sup>700</sup>

##### (aa) Beschränkung des Verfügungsrechts

Aus dem Verfügungsrecht leitet sich das Recht des Rechteinhabers ab, Dritten Nutzungsrechte einräumen zu können. Wirtschaftlich stellt es das Mittel dar, mit dem Interessierten vor der Nutzung eine Vergütung aushandeln zu können.

Der Erhalt kultureller Weiterentwicklung durch den Schutz künstlerischer Betätigungsfreiheit rechtfertigt nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts die Beschränkung des Verfügungsrechts.<sup>701</sup> Andernfalls könne der Rechteinhaber durch Versagung der Lizenz jegliches künstlerische Tätigwerden sowie die Entstehung gleichwertiger Grundrechtspositionen unterbinden. Ihm eine derart einseitige und weitreichende Verbotsmacht zu entziehen, sei daher folgerichtig.<sup>702</sup>

##### (bb) Keine Freistellung vom Verwertungsrecht

Neben dem Verfügungsrecht steht das Verwertungsrecht des Rechteinhabers, das sich aus den §§ 15 ff. UrhG ergibt. An die Einschränkung der Verwertungsrechte sind hohe Anforderungen zu stellen. Das Bundesverfassungsgericht zeigt daher statt einer vollständigen Freistellung auf, dass ein Eingriff in das Verwertungsrecht an eine nachlaufende Vergütungspflicht für den Fall des besonderen kommerziellen Erfolgs bei der Weiterverarbeitung des neuen Werkes geknüpft werden müsse.<sup>703</sup>

<sup>699</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 87 – *Metall auf Metall*; dies hebt ebenfalls hervor Podszun, ZUM 2016, 606, 607.

<sup>700</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 73 – *Metall auf Metall*.

<sup>701</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 97 – *Metall auf Metall*.

<sup>702</sup> So zurecht BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 108 – *Metall auf Metall*.

<sup>703</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 108 – *Metall auf Metall*.

Dieser Vorschlag ist von bemerkenswerter Weitsicht geprägt. Das Bundesverfassungsgericht unterbreitet damit über die bloße Gewichtung der verfassungsrechtlich verbürgten Interessen hinaus konstruktive Lösungsvorschläge, wie den Interessen der Kunschtschaffenden und den Rechteinhabern gleichermaßen zukünftig Rechnung getragen werden könne.

Der vorgeschlagene Lösungsansatz ist ökonomisch gewichtet, da er auf einer stärkeren Kommerzialisierung des Urheberrechts in der Marktwirtschaft fußt.<sup>704</sup> Er kommt insbesondere den Künstlern digitaler Kulturtechniken entgegen, die weder rein objektiv in ein Wettbewerbsverhältnis treten noch dies beabsichtigen.<sup>705</sup> Die entwickelten Kriterien zur Feststellung, ob der Rechteinhaber – dies gilt ausweislich beider Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sowohl für Urheberrechte als auch den Leistungsschutz – wirtschaftliche Nachteile in Form von Absatzrückgängen erleide, tragen diesem Umstand Rechnung: Sie berücksichtigen die Substituierbarkeit des Originals, die bei digitalen referenziellen Werken in aller Regel aufgrund der Zweckentfremdung des Originals und der unterschiedlichen Adressatenkreise zu verneinen ist.

#### (cc) Das Verhältnis von Leistungs- und Urheberrechtsschutz

Das Bundesverfassungsgericht erkennt dem Leistungsschutzrecht nicht seinen absoluten Schutzcharakter ab<sup>706</sup>, sondern hebt durch die Differenzierung von Verfügungs- und Verwertungsrecht die Flexibilität der wirtschaftlichen Interessen des Rechteinhabers im Vergleich zum kunschtschaffenden Dritten hervor.<sup>707</sup> Letzterer ist für seine künstlerische Tätigkeit auf die Gewährleistung des durch die Kunstfreiheit geschützten Werkbereichs angewiesen.

In seinem *Metall auf Metall*-Urteil lässt das Bundesverfassungsgericht (urheber-)persönlichkeitsrechtliche Aspekte außer Betracht und berücksichtigt nur die vermögensrechtlichen Interessen der Beteiligten. Dem Bundesverfassungsgericht wurde eine Verfassungsbeschwerde vorgelegt, die sich gegen die Urteile des Oberlandesgerichts Hamburg und des Bundesgerichtshofs gerichtet hat. Beide Urteile knüpften ausschließlich an die Verletzung von Leistungsschutzrechten an und gaben dem Bundesverfassungsgericht einen klaren Beurteilungsrahmen vor<sup>708</sup>: Damit verblieb kein Raum, um die verfassungsrechtlich verbürgten ideellen Interessen

<sup>704</sup> Das Vorgehen des BVerfG begrüßen *Kruedener*, ZGE 2016, 462, 474; *Leistner*, GRUR 2016, 772, 773 f.; *Podszun*, ZUM 2016, 606, 610, der sich vertieft mit den wettbewerblichen Besonderheiten auseinandersetzt; genauso *Papastefanou*, WRP 2019, 171, 174, der diese Entwicklung jedoch kritisch sieht.

<sup>705</sup> *Podszun*, ZUM 2016, 606, 610.

<sup>706</sup> So aber *Papastefanou*, WRP 2019, 171, 174, der in diesem Zusammenhang von der „Dichotomie des Urheberrechts“ spricht.

<sup>707</sup> *Hoeren*, MMR 2016, 469, 469; *Leistner*, GRUR 2016, 772, 773.

<sup>708</sup> Dies kritisiert demnach zu Unrecht *Papastefanou*, WRP 2019, 171, 174.

des Rechteinhabers zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere, als es nicht um die Verletzung von Urheber-, sondern Leistungsschutzrechten ging.<sup>709</sup>

## b) Zusammenfassung der Leitgedanken

### aa) Anerkennung digitaler Kulturtechniken

Mit seinem *Metall auf Metall*-Urteil traf das Bundesverfassungsgericht erstmals nach langer Zeit eine Senatsentscheidung. Dies demonstriert die Relevanz der dem Rechtsstreit zugrundegelegenen Rechtsfragen. Das analog-digitale Spannungsfeld zwischen Art. 14 GG und Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ist aktueller als je zuvor.<sup>710</sup>

Bezugspunkt der kunstspezifischen Betrachtung bildet im Rechtsstreit *Germania 3* ein Werk der Literatur, das als solches einer traditionellen Kunstform angehört. Bei *Metall auf Metall* geht es dagegen um die neue Gestaltungsform des Samplings.<sup>711</sup> Vor diesem Hintergrund stand das Bundesverfassungsgericht vor der Aufgabe, die zu traditioneller, analoger Kunst ergangenen Erwägungen aus *Germania 3* in das digitale Zeitalter zu übertragen. Diese notwendige Transformation ist ihm gelungen. Dem Urteil war eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Eigengesetzlichkeit aktueller digitaler Kunstformen vorgeschaltet, die es dem Bundesverfassungsgericht erlaubt hat, eine nur der künstlerischen Realität angemessene und fundierte Entscheidung zu treffen.<sup>712</sup> Es berücksichtigt die veränderten technologischen und kultur-ästhetischen Rahmenbedingungen<sup>713</sup> und setzt sie in einen Zusammenhang mit der veränderten Rezeption des Kunstbegriffes im digitalen Zeitalter.<sup>714</sup>

Die mutigen Worte zur Kunstfreiheit sowie deren Bedeutung für die Auslegung des Urheberrechts verdeutlichen anderen staatlichen Instanzen, dass sie der gesellschaftlichen Entwicklung nicht hinreichend gerecht werden und Gefahr laufen, den Fortschritt im kulturellen Bereich wie auch in der digitalen Marktwirtschaft durch ihre Verdrossenheit gegenüber Neuem zu hemmen.<sup>715</sup>

<sup>709</sup> Vgl. zu dem Unterschied von Urheberrechts- und Leistungsschutz S. 249 ff.

<sup>710</sup> Kruedener, ZGE 2016, 462, 469.

<sup>711</sup> Vgl. die eingangs dargestellten Sachverhalte auf S. 236 ff.

<sup>712</sup> Siehe Hoeren, MMR 2016, 469, 469, demzufolge das BVerfG Musikwissenschaftler bemüht sowie diverse Anhörungen durchgeführt und Stellungnahmen eingeholt habe; Hufen, JuS 2016, 954, 956; genauso Kruedener, ZGE 2016, 462, 464; ein Beispiel für die vertiefte Auseinandersetzung bildet etwa die Einholung der Stellungnahme der GRUR: Loschelder/Würtenberger, GRUR 2015, 861.

<sup>713</sup> Vgl. zu den Begriffen Kruedener, ZGE 2016, 462, 469.

<sup>714</sup> Kruedener, ZGE 2016, 462, 470.

<sup>715</sup> Hoeren, MMR 2016, 469, 469; Podszun, ZUM 2016, 606, 612.

Infolge dieser Besonderheiten stieß das *Metall auf Metall*-Urteil zurecht auf große Zustimmung in der Literatur<sup>716</sup> und wird für die Unterhaltungs- und Industriewirtschaft als wegweisende Entscheidung<sup>717</sup> gelobt. Das Bundesverfassungsgericht hat „den Puls der Zeit“ getroffen.

#### bb) Abwägung als Ordnungsprinzip

Indem das Bundesverfassungsgericht das Urheberrecht für eine Grundrechtsabwägung öffnet, schließt es die im digitalen Zeitalter durch neue Nutzungsformen entstandenen Lücken.<sup>718</sup> Durch die unmissverständliche Heraushebung der Notwendigkeit, urheberrechtliche Ausnahmebestimmungen im Anwendungsbereich der Kunstfreiheit auch im digitalen Zeitalter extensiv auszulegen, erteilt das Bundesverfassungsgericht der fachgerichtlichen Rechtsprechung eine klare Absage.<sup>719</sup>

Diese hatte trotz der in *Germania 3* vorgegebenen Wertung zugunsten der Kunstfreiheit beharrlich an einer restriktiven Auslegung zugunsten der kunstschaffenden Dritten festgehalten.<sup>720</sup>

Die vom Bundesverfassungsgericht gewählte Abwägungslösung, im Wege derer die beteiligten Grundrechtspositionen bei der Auslegung und Anwendung urheberrechtlicher Vorschriften für jeden Einzelfall berücksichtigt werden können, bedeutet unvorhersehbare Abwägungsergebnisse.

In der Folge wird kritisiert, dass sie Rechtsunsicherheit provoziere<sup>721</sup> und eine dezidierte Betrachtung der genaueren dogmatischen Konstruktionen der Konfliktlinien verhindere<sup>722</sup>. Um dem entgegenzuwirken, wird gefordert, dass das Bundesverfassungsgericht konkrete Kriterien für die Grundrechtsabwägung formulieren<sup>723</sup> und inhaltsbezogene Maßstäbe heranziehen müsse<sup>724</sup>.

Dieser Kritik ist zuzugeben, dass Abwägungsergebnisse durch die ergänzende Heranziehung klar formulierter Kriterien oder gesetzlich normierter Ausnahme-

<sup>716</sup> Hoeren, MMR 2016, 469, 469; Hufen, JuS 2016, 954, 956; Leistner, GRUR 2016, 772, 777; Podszun, GWR 2016, 256, 256; Podszun, ZUM 2016, 606, 612; Wagner, MMR 2016, 513, 518; a. A. Ladeur, ZGE 2016, 447, 448 ff.; Papastefanou, WRP 2019, 171, 173 ff.

<sup>717</sup> Podszun, GWR 2016, 256, 256.

<sup>718</sup> Leistner, GRUR 2016, 772, 777; Podszun, GWR 2016, 256, 256.

<sup>719</sup> Hoeren, GRUR 1994, 751–753, 469; ähnlich Kruedener, ZGE 2016, 462, 476.

<sup>720</sup> So noch in seinen Revisionsurteilen: BGH, Urteil vom 20.11.2008, I ZR 112/06, GRUR 2009, 403 – *Metall auf Metall I*; BGH, Urteil vom 13.12.2012, I ZR 182/11, GRUR 2013, 614 – *Metall auf Metall II*; ebenso in den Berufungsurteilen: OLG Hamburg, Urteil vom 07.06.2006, 5 U 48/05, GRUR-RR 2007, 3 – *Metall auf Metall I*; OLG Hamburg, Urteil vom 17.08.2011, 5 U 48/05, GRUR-RR 2011, 396 – *Metall auf Metall II*.

<sup>721</sup> Papastefanou, GRUR Newsletter 2018, 17, 17; Papastefanou, WRP 2019, 171, 173, 178.

<sup>722</sup> Ladeur, ZGE 2016, 447, 460.

<sup>723</sup> Kruedener, ZGE 2016, 462, 468; Wagner, MMR 2016, 513, 517.

<sup>724</sup> Papastefanou, GRUR Newsletter 2018, 17, 17; Papastefanou, WRP 2019, 171, 173 f.

bestimmungen besser vorhersehbarer wären. Allerdings geht mit dem Vorteil klar formulierter Kriterien oder Tatbestandsvoraussetzungen einher, dass sie auf spezifische Fallgruppen zugeschnitten sind und diverse Konstellationen nicht erfassen. Es entstünden Regelungslücken, die durch ein Tätigwerden des Gesetzgebers oder durch richterliche Fortbildung bruchteilhaft geschlossen werden müssten. Beides führe langfristig zu einer Interessenabwägung zur weiteren Lückenschließung.<sup>725</sup>

Die §§ 24, 51 UrhG bilden einen einheitlichen gesetzlichen Anknüpfungspunkt für Werknutzungen, die auf der Inanspruchnahme fremder Leistungen basieren. Mit ihnen gibt der Gesetzgeber des Urheberrechtsgesetzes einen rechtlichen Rahmen vor. Einer kunstspezifischen Betrachtung der Vorschriften sind die Eigenheiten des Urheberrechts somit immanent.<sup>726</sup>

Die Vorteile der Abwägelösung sind vor dem Hintergrund dieses feststehenden Rahmens zu bewerten: Mit Blick auf die Komplexität und Vielseitigkeit der im Urheberrecht zu bewertenden Sachverhalte ist es begrüßenswert, dass sich das Bundesverfassungsgericht von einem starren Regelwerk ab- und einer flexiblen Lösung bei Interessenkonflikten zuwendet.<sup>727</sup> Sie ermöglicht, den Besonderheiten neuer Nutzungsformen Rechnung zu tragen, ohne dass fortlaufend neue Vorschriften vom Gesetzgeber geschaffen werden müssten, die vom technologischen Fortschritt überholt und gegenstandslos würden.<sup>728</sup>

Einer uferlosen Ausweitung wirkt das Bundesverfassungsgericht zusätzlich durch Leitlinien entgegen, die bei zukünftig durchzuführenden Abwägungen von Art. 14 GG und Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zu berücksichtigen sind.<sup>729</sup> Es obliegt nicht länger den Fachgerichten, das Recht an die schnelle Entwicklung neuer Nutzungsformen anzupassen. Stattdessen erhebt das Bundesverfassungsgericht die Grundrechtsabwägung zu einem „Ordnungsprinzip“<sup>730</sup> und gibt einen klaren Rechtsrahmen vor, der Raum für eine einzelfallabhängige Bewertung lässt.<sup>731</sup>

---

<sup>725</sup> Ohly, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, F5-F129, F 18 ff.; in der Sache genauso und am Beispiel von Pastiche i. S. v. Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie verdeutlicht *Hudson*, IPQ 2017, 346–368, 363.

<sup>726</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 83 – *Metall auf Metall*.

<sup>727</sup> I. E. genauso *Leistner*, GRUR 2016, 772, 777.

<sup>728</sup> Ohly, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, F5-F129, F 21, der sich gegen eine „experimentelle Gesetzgebung“ ausspricht.

<sup>729</sup> *Leistner*, GRUR 2016, 772, 777; *Paulus*, ZUM 2016, 513, 517; *Podszun*, ZUM 2016, 606, 607.

<sup>730</sup> *Podszun*, ZUM 2016, 606, 606 f.

<sup>731</sup> *Leistner*, GRUR 2016, 772, 777; allgemein zu der Notwendigkeit einer Rechts- und Interessenabwägung *Paulus*, ZUM 2016, 513, 517.



cc) *Das Urheberpersönlichkeitsrecht als nicht zu berücksichtigender Faktor*

Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts weisen Ähnlichkeiten mit der Regelung des US-amerikanischen Fair-Use Doktrin auf, der zufolge die Verwendung von urheberrechtlich geschützten Werken keine Verletzungshandlung darstellt, wenn sie zum Zweck der Kommentierung oder Kritik eingesetzt wird.<sup>732</sup>

Section 107 des US-amerikanischen Copyright Acts enthält einen Katalog an Kriterien, die kumulativ zu berücksichtigen sind, um zu der Zulässigkeit der Werknutzung zu gelangen. Im Einzelnen geht es um (1) den Sinn und Zweck der Verwendung, (2) die Art des geschützten Ursprungswerkes, (3) die Quantität und Eigenständigkeit des Teils des verwendeten Ursprungswerkes sowie (4) die Auswirkungen der Verwendung auf den potentiellen Markt sowie den Wert des Ursprungswerkes.

Es ist fraglich, ob sich aus möglicherweise bestehenden Parallelen zur Fair-Use Doktrin eine veränderte Haltung des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem stark persönlichkeitsgeprägten deutschen Urheberrecht folgern lässt. Zu diesem Zwecke werden nachfolgend die Überschneidungen und Unterschiede von *Metall auf Metall* dem US-amerikanischen Ansatz vergleichend gegenübergestellt.

(1) Nähe zur Fair-Use Doktrin

Der Sinn und Zweck besteht nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts bei §§ 24, 51 UrhG in der Verwendung von Werkelementen als künstlerisches Gestaltungs- und Ausdrucksmittel, die über den Wortlaut der Vorschriften hinaus auch verwendet werden dürfen, ohne dass eine innere und inhaltlich tiefgreifende Auseinandersetzung mit dem Originalwerk erfolgen muss. Ausweislich der *Germania 3* und *Metall auf Metall*-Entscheidungen orientiert sich das Bundesverfassungsgericht demnach an dem ersten Kriterium der Fair-Use Doktrin, wendet es jedoch im Vergleich zu den US-amerikanischen Vorgaben extensiver an.<sup>733</sup>

Die Art des geschützten Ursprungswerkes spielt dagegen nur insofern eine Rolle, als sich seine spezifischen Merkmale und seine Schöpfungshöhe auf die Beurteilung auswirken, ob die neue Gestaltung eine eigenständige Neuschöpfung mit ausreichendem Abstand zur Werkvorlage ist. Das dritte Kriterium der Fair-Use Doktrin gleicht dem Ansatz des Oberlandesgerichts Hamburg, sich an der Quanti-

<sup>732</sup> Papastefanou, GRUR Newsletter 2018, 17, 18 f.; Papastefanou, WRP 2019, 171, 176 f.

<sup>733</sup> Obwohl ursprünglich nur transformative Benutzungen erfasst werden sollten, die dem Originalwerk eine neue Aussage, Bedeutung oder Botschaft hinzufügen, wird auch im US-amerikanischen Recht zunehmend die Frage gestellt, ob die Benutzung des Originalwerkes einem eigenständigen Zweck, wie etwa der Schaffung eines neuen Ausdrucksmittels, dient. Dazu Papastefanou, WRP 2019, 171, 177.



tät und Qualität der entlehnten Werkelemente zu orientieren. Wie gezeigt wurde, hat sich das Bundesverfassungsgericht jedoch eindeutig dagegen positioniert, so dass eine eindeutige Abweichung zu den US-amerikanischen Vorgaben vorliegt.<sup>734</sup>

Mit seinem *Metall auf Metall*-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht erstmals eine ökonomische Betrachtung der durch das Urheberrechtsgesetz geschützten Schutzrechte angestellt, die dem vierten Kriterium der Fair-Use Doktrin ähnelt. Mit der Forderung einer Nachvergütung, die an den kommerziellen Erfolg der neuen Gestaltung und damit an die Art der Weiterverarbeitung der entlehnten Werkelemente gekoppelt ist, stellt das Bundesverfassungsgericht eine rein ökonomische Untersuchung an. Als Richtwert dient die Kommerzialisierung des Schutzrechts, das keinesfalls in wirtschaftlicher Hinsicht als Substitut des benutzten Werkes erscheinen darf.

## (2) Divergierende Ausgangspunkte bei der Bewertung

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass sich das Bundesverfassungsgericht durch die Befürwortung eines offenen Abwägungsprozesses und die Berücksichtigung drohender wirtschaftlicher Nachteile aufgrund des Vorliegens eines horizontalen Wettbewerbsverhältnisses dem US-amerikanischen Vorgehen annähert.<sup>735</sup> Dennoch bleiben zwei wesentliche Unterschiede bestehen.

Der erste ist in den völlig unterschiedlichen Ausgangspunkten der deutschen und US-amerikanischen Urheberrechtsordnungen zu erblicken. Während in Deutschland der Urheberpersönlichkeitsbezug des Urheberrechts im Vordergrund steht und bei jeglichen Einschränkungen des Urheberrechts zu berücksichtigen ist, steht in den USA die wirtschaftliche Funktion des Copyrights im Vordergrund. Sein Regelungszweck besteht im Interesse des öffentlichen Wohls in der Schaffung wirtschaftlicher Anreize, schöpferisch tätig zu werden. Infolgedessen ist die Argumentation für die Einschränkung des Copyrights aufgrund der Fair-Use Doktrin deutlich ökonomisch orientiert und erfordert kein gesteigertes öffentliches Interesse wie im deutschen Urheberrecht.

Der zweite Unterschied besteht in der speziellen Fragestellung, mit der sich das Bundesverfassungsgericht bei *Metall auf Metall* auseinandersetzte. Wie bereits gezeigt wurde, ging es ausschließlich um die Verletzung von Leistungsschutzrechten, die den für das Urheberrecht typischen Persönlichkeitsbezug bestimmungsgemäß nicht aufweisen. Obwohl das Bundesverfassungsgericht mehrfach allgemeine, auf das Urheberrecht übertragbare Ausführungen macht, betreffen diese ausschließlich die Auswirkungen der Kunstfreiheit, die Ausdruck in § 24 Abs. 1 UrhG gefunden hat.

<sup>734</sup> Zu einem anderen Ergebnis gelangt *Papastefanou*, WRP 2019, 171, 177, der zu Unrecht in der kunstspezifischen Betrachtung eine Beurteilung der Quantität und Eigenständigkeit erblickt.

<sup>735</sup> *Podszun*, ZUM 2016, 606, 607.

## (3) Folge für die Rolle des Urheberpersönlichkeitsrechts

Der voreilige Schluss, dass das Bundesverfassungsgericht von der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Komponente des Urheberrechts vollständig Abstand nimmt, ist daher zu vermeiden. Die stark ökonomische Betrachtungsweise der Interessen des Schutzrechteinhabers ist vielmehr der Eigenheit der Leistungsschutzrechte geschuldet und nicht ohne weiteres auf die Beurteilung der Eingriffsintensität bei der Übernahme von urheberrechtlich geschützten Werken zu übertragen. Herangezogen werden dürfen insofern ausschließlich die für eine kunstspezifische Betrachtung entwickelten Kriterien, die das Bundesverfassungsgericht dankenswerter Weise in das digitale Zeitalter überführt hat.

## c) Zwischenergebnis

Das Bundesverfassungsgericht setzt sich in *Germania 3* wie auch *Metall auf Metall* mit der Frage auseinander, wie bei Fehlen einer expliziten gesetzlichen Regelung Rechtslücken geschlossen werden können. Statt der Einführung neuer Vorschriften, die nach kurzer Zeit wieder überholt sind, greift das Bundesverfassungsgericht, wie gezeigt, auf das Mittel der schöpferischen richterlichen Rechtsfortbildung zurück.

Mit Blick auf die im Zusammenhang mit der Parodie ergangene höchstrichterliche nationale Rechtsprechung ergibt sich die Vorgabe, urheberrechtlichen Ausnahmevorschriften für künstlerische Werknutzungen aufgrund übergeordneter verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte zu einem größeren Anwendungsbereich zu verhalfen.<sup>736</sup> Die von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geforderte kunstspezifische Betrachtung verlangt, die Übernahme von Ausschnitten urheberrechtlich geschützter Gegenstände als Mittel künstlerischen Ausdrucks und künstlerischer Gestaltung anzuerkennen.<sup>737</sup>

### 3. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs der Europäischen Union – Pelham u. a.

Der Gerichtshof der Europäischen Union setzt sich in seinem *Pelham u. a.*-Urteil ebenfalls mit der urheberrechtlichen Zulässigkeit des Samplings auseinander.

<sup>736</sup> Hilty, in: FS Schulze, S. 127, 133; vgl. dazu BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 86 – *Metall auf Metall*.

<sup>737</sup> Vgl. den ersten Leitsatz in BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74 – *Metall auf Metall*.

## a) Vorlagefragen

Der Bundesgerichtshof legte dem Gerichtshof der Europäischen Union mit dem Vorlagebeschluss *Metall auf Metall III* im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens sechs Vorlagefragen vor. Sie befassen sich mit dem Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht des Tonträgerherstellerrechts einerseits und den Ausnahmen und Beschränkungen dieser Rechte andererseits.<sup>738</sup>

Auf die dritte Vorlagefrage, in welcher sich der Bundesgerichtshof nach der Vereinbarkeit von § 24 Abs. 1 UrhG mit dem Unionsrecht erkundigt, wurde bereits in dem Abschnitt zum unionsrechtlichen Rahmen der freien Benutzung eingegangen und die Argumentation des Gerichtshofs der Europäischen Union bewertet.<sup>739</sup> Im Fokus dieses Abschnittes stehen dagegen die erste, zweite und sechste Vorlagefrage des Vorlagebeschlusses, die sich mit dem Spannungsfeld von Eigentumsrecht und Kunstfreiheit befassen. Das *Pelham u. a.*-Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union bildet insoweit die Fortsetzung zu dem *Metall auf Metall*-Urteil des Bundesverfassungsgerichts.

In der ersten und sechsten Vorlagefrage will der Bundesgerichtshof vom Gerichtshof der Europäischen Union wissen, ob ein Dritter durch die Entnahme von Audiofragmenten und das Einfügen derselben in einen anderen Tonträger das Vervielfältigungsrecht des Tonträgerherstellers nach Art. 2 lit. c InfoSoc-Richtlinie verletzt und inwieweit die Grundrechte der EU-Grundrechtecharta bei der Bestimmung des Schutzzumfangs des ausschließlichen Rechts des Tonträgerherstellerrechts zu berücksichtigen sind. Dem schließt sich die zweite Vorlagefrage an, in der der Bundesgerichtshof erfragt, ob ein Tonträger, der Musikfragmente von einem anderen Tonträger enthalte, als eine „Kopie“ des anderen Tonträgers im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. b Vermiet- und Verleih-Richtlinie einzuordnen sei, sodass das Verbreitungsrecht des Tonträgerherstellerrechts verletzt werde. Der Gerichtshof der Europäischen Union bezog zu allen Vorlagefragen Stellung.

## b) Argumentationslinie

## aa) Bedeutung der Kunstfreiheit

Der Gerichtshof der Europäischen Union betont bei Beantwortung der ersten und sechsten Vorlagefrage allgemein, dass die Kunstfreiheit für den öffentlichen Austausch von Informationen und Ideen aller Art bedeutsam sei.<sup>740</sup> Durch Verweis auf diese Rolle der Kunstfreiheit hebt der Gerichtshof der Europäischen Union,

<sup>738</sup> BGH, Beschluss vom 01.06.2017, I ZR 115/16, GRUR 2017, 895 – *Metall auf Metall III*.

<sup>739</sup> Vgl. S. 204 ff. Im Fokus der Überlegungen steht die Frage, ob § 24 Abs. 1 UrhG mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Der EuGH verneint dies und verweist zur Begründung auf Art. 5 und die Regelungszwecke der InfoSoc-Richtlinie.

<sup>740</sup> EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 34 – *Pelham u. a.*

wie bereits der EuGH-Generalanwalt bei seinen Schlussanträgen, die Nähe zur Freiheit der Meinungsäußerung hervor.<sup>741</sup>

Der Gerichtshof der Europäischen Union betont, dass auch neue digitale Kulturtechniken wie das Sampling dem Austausch von Informationen und Ideen dienen und übersetzt damit den klassischen Kunstbegriff in das digitale Zeitalter. Die Technik des Kopierens eines Audiofragments von dem Originaltondokument mithilfe elektronischer Geräte sei Teil des digitalen Werkschöpfungsprozesses und müsse als eine künstlerische Ausdrucksform durch Art. 13 EU-Grundrechtecharta geschützt werden.<sup>742</sup>

Handele der Nutzer in Ausübung seiner Kunstfreiheit, könne das Sampling aus urheberrechtlicher Sicht also nicht per se unzulässig sein.<sup>743</sup>

#### *bb) Vervielfältigungsbegriff aus Art. 2 InfoSoc-Richtlinie*

Anschließend widmet sich der Gerichtshof der Europäischen Union der Frage, wie sich das von Art. 13 EU-Grundrechtecharta gedeckte Begehren des Nutzers unter Heranziehung der in der InfoSoc-Richtlinie verankerten Mechanismen erfüllen lasse.

Den unionsrechtlichen Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung der Kunstfreiheit bilde das Vervielfältigungsrecht in Art. 2 InfoSoc-Richtlinie, dessen Bedeutung und Tragweite zu ermitteln sei.<sup>744</sup> Der gewöhnliche Sprachgebrauch und das in den Erwägungsgründen vier, neun und zehn verankerte Ziel der InfoSoc-Richtlinie, ein hohes Schutzniveau für das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte zu erreichen, ergäben, dass die Entnahme und die Verwendung eines Audiofragments des Tonträgers grundsätzlich als teilweise Vervielfältigung im Sinne der Bestimmung anzusehen seien.<sup>745</sup>

Eine Ausnahme von dem ausschließlichen Schutz des Rechteinhabers gelte laut dem 31. Erwägungsgrund der InfoSoc-Richtlinie nur, wenn die durch die Kunstfreiheit aus Art. 13 EU-Grundrechtecharta geschützten Interessen des Nutzers des Schutzgegenstandes gegenüber denen des Rechteinhabers überwiegen.<sup>746</sup>

Einen solchen Fall bilde das als künstlerische Ausdrucksform geschützte Sampling: Sofern das entlehnte Audiofragment „in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form in einem neuen Werk“ genutzt werde, sei das durch

<sup>741</sup> EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 34 – *Pelham u. a.*; so bereits EuGH-Generalanwalt, Schlussantrag vom 12. 12.2018, C-476/17, ECLI EU:C:2018:1002, Rn. 91 – *Pelham u. a.*

<sup>742</sup> EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 35 – *Pelham u. a.*

<sup>743</sup> EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 36 – *Pelham u. a.*

<sup>744</sup> EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 28 – *Pelham u. a.*

<sup>745</sup> EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 30 – *Pelham u. a.*

<sup>746</sup> EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 33 – *Pelham u. a.*

Art. 17 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta geschützte Recht des Geistigen Eigentums einzuschränken.<sup>747</sup>

Die Grenze zwischen einer Verletzung des Vervielfältigungsrechts nach Art. 2 InfoSoc-Richtlinie und einer erlaubnisfreien transformativen Nutzung will der Gerichtshof der Europäischen Union somit im Wege einer Interessenabwägung ermitteln. Er öffnet das europäische Urheberrecht innerhalb des Anwendungsbereichs der sonst starr ausgestalteten InfoSoc-Richtlinie für eine flexiblere Handhabung<sup>748</sup> von Einzelfällen, die eine Anpassung der Verwertungsrechte an die Veränderungen der Digitalisierung ermöglicht.<sup>749</sup> Den Anknüpfungspunkt der Interessenabwägung bilden die durch die EU-Grundrechtecharta geschützte Kunstfreiheit des Nutzers und das Recht des Geistigen Eigentums des Rechteinhabers. Damit macht der Gerichtshof der Europäischen Union die im dritten und 31. Erwägungsgrund der InfoSoc-Richtlinie vorgesehene Interessenabwägung fruchtbar.

Unter Verweis auf den rein investitionsrechtlichen Kern des Tonträgerherstellerrechts<sup>750</sup> einerseits und die Einordnung des Samplings als eine dem künstlerischen Werkbereich unterfallende Ausdrucksform andererseits<sup>751</sup> nimmt der Gerichtshof der Europäischen Union ein grundsätzliches Überwiegen der Interessen des kunstschaffenden Nutzers an.

### c) Bewertung

#### aa) Durchführung einer Interessenabwägung

Der Gerichtshof der Europäischen Union argumentiert ähnlich zum Bundesverfassungsgericht und gelangt zu dem Ergebnis, dass das Sampling als eine von der Kunstfreiheit gedeckte Kulturpraktik zulässig sein kann. Er verleiht dem Sampling keinen generellen Freifahrtschein<sup>752</sup>, sondern verdeutlicht, dass eine Schutzrechtsverletzung nur ausnahmsweise zu verneinen sein könne: In der Folge sind bestimmte Konstellationen erlaubnisfrei und bedürfen keiner weiteren Rechtklärung.

Der Verweis auf den investitionsrechtlichen Kern des Tonträgerherstellerrechts, der eine Einschränkung des durch Art. 17 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta geschütz-

<sup>747</sup> EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 31 – *Pelham u. a.*

<sup>748</sup> Sie resultiert aus der Öffnung des Urheberrechts für das Ordnungsprinzip der Abwägung, vgl. S. 261 f.

<sup>749</sup> Ebenso bewertet *Ohly*, GRUR 2016, 1155, 1157 das Vorgehen des EuGH in dem Urteil „GS Media/Sanoma u. a.“.

<sup>750</sup> Dies gehe aus EG 2 und 5 der Vermiet- und Verleih-Richtlinie hervor, vgl. EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 45 – *Pelham u. a.*

<sup>751</sup> EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 35 – *Pelham u. a.*

<sup>752</sup> Vgl. die Ausführungen zur gesellschaftlichen Einbindung des Werkes auf S. 242 ff. sowie zu den Kriterien zur Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht auf S. 255 ff.

ten Interesses des Rechteinhabers mit Blick auf die überwiegenden Interessen des kunstschaftenden Dritten rechtfertige, erinnert an die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts.<sup>753</sup> Der Gerichtshof der Europäischen Union weist damit auf die Gefahr zu weitreichender Verbotsrechte<sup>754</sup> des Rechteinhabers für den künstlerischen Kreislauf hin.<sup>755</sup>

#### bb) Rechtsprechungsverwandtschaften

Das *Pelham u. a.*-Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union und das *Mettall auf Metall*-Urteil des Bundesverfassungsgerichts weisen einige Parallelen auf. Es stellt sich die Frage, worauf dieser Gleichlauf der Argumentationsansätze fußt.

Das Vorgehen des Gerichtshofs der Europäischen Union, zunächst die durch den allgemeinen Sprachgebrauch geprägte Begriffsbedeutung einer Vervielfältigung hervorzuheben und anschließend unter Berücksichtigung des Verwendungszusammenhangs sowie übergeordneter verfassungsrechtlicher Wertungen zu modifizieren, erinnert sehr an sein Urteil *GS Media* aus dem Jahr 2016. Dort wich der Gerichtshof der Europäischen Union erstmals von dem zur öffentlichen Wiedergabe entwickelten starren Prüfungsschema ab und legte Art. 3 InfoSoc-Richtlinie unter Einbeziehung der betroffenen Grundrechte aus.<sup>756</sup>

In *Pelham u. a.* geht der Gerichtshof der Europäischen Union ähnlich vor. Er öffnet das Vervielfältigungsrecht für eine funktionsbezogene Auslegung und zeigt eine veränderte Haltung gegenüber dem Handlungsmonopol des Rechteinhabers.<sup>757</sup> Anstatt einen bedingungslosen Schutz des Rechteinhabers nach Art. 17 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta anzustreben, liegt der Fokus auf der Art und Weise der Nutzung des Schutzgegenstandes durch den Dritten.<sup>758</sup>

Es besteht jedoch ein wesentlicher Unterschied zu dem *GS Media*-Urteil. Obwohl sich der Ausgangspunkt der Beurteilung bei beiden Urteilen von dem Rechteinhaber zum Nutzer verschiebt, steht bei *GS Media* die Erreichung eines möglichst hohen Schutzniveaus des Rechteinhabers im Vordergrund.<sup>759</sup> Dieses Ziel erreicht der Gerichtshof der Europäischen Union durch die extensivierende Auslegung des

<sup>753</sup> Dies beurteilt indes gegenteilig *Homar*, ZUM 2019, 731, 733; zustimmend dagegen *Wagner*, MMR 2019, 727, 728, die jedoch darauf hinweist, dass der EuGH die Interessenabwägung anders als das BVerfG zur Relativierung des Schutzzumfangs auf Eingriffsebene des Vervielfältigungsrechts prüft.

<sup>754</sup> Siehe Ausführungen auf S. 248 f. zur Lizenzierungsmöglichkeit, die das BVerfG als nicht gleich geeignet wie die erlaubnisfreie Werknutzung einordnet.

<sup>755</sup> EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, 38 – *Pelham u. a.*

<sup>756</sup> EuGH, Urteil vom 08.09.2016, C-160/15, ECLI EU:C:2016:644, Rn. 31 – *GS Media*; *Ohly*, GRUR 2016, 1155, 1156.

<sup>757</sup> Dazu ausführlich *Ungern-Sternberg*, GRUR 2012, 1198, 1199; diesen Gedanken greift auf *Ohly*, GRUR 2016, 1155, 1156.

<sup>758</sup> EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 33 – *Pelham u. a.*

<sup>759</sup> EuGH, Urteil vom 08.09.2016, C-160/15, ECLI EU:C:2016:644, Rn. 53 – *GS Media*.

Begriffs der öffentlichen Wiedergabe nach Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie.<sup>760</sup> Bei *Pelham u. a.* schränkt er den Anwendungsbereich von Art. 2 InfoSoc-Richtlinie dagegen ein.

Trotz der funktionsbezogenen Auslegung der Verwertungsrechte, die sich von starren Prüfungsschemata löst und die Wertungen der EU-Grundrechtecharta flexibler berücksichtigt, argumentiert der Gerichtshof der Europäischen Union also in den Urteilen für gegensätzliche verwertungsrechtliche Schutzziele innerhalb der InfoSoc-Richtlinie.

Daraus resultiert eine zwei geteilte Antwort auf die eingangs gestellte Frage nach der Rechtsprechungsverwandtschaft von *Pelham u. a.* und *Metall auf Metall*: Einerseits orientiert sich der Gerichtshof der Europäischen Union in seinem Vorgehen an dem *GS Media*-Urteil und strebt nach einem ebenso offenen wie auch wertungsabhängigen Verwertungsbegriff. Andererseits deutet sein argumentativer Umgang mit Art. 17 Abs. 2 und Art. 13 EU-Grundrechtecharta auf einen Gleichlauf der Argumentationsansätze des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Bundesverfassungsgerichts hin. Beide Gerichte wählen bei der Interessengewichtung einen ähnlichen Ansatz und argumentieren für eine starke Berücksichtigung der Kunstfreiheit.

#### *cc) Anerkennung der veränderten kultur-ästhetischen Rahmenbedingungen*

Der Gerichtshof der Europäischen Union nimmt entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung und der Empfehlung des Generalanwalts<sup>761</sup> eine Einschränkung des Rechtskreises des Rechteinhabers zugunsten des Nutzers in Kauf. Er geht einen wesentlichen Schritt auf die Kreativwirtschaft zu und erkennt erstmals auf unionsrechtlich höchster Ebene an, dass digitale referenzielle Kunstformen nicht nur mit Rechtsverletzungen zu assoziieren sind. Ihnen wohnt ein eigener künstlerisch wertvoller und für die kulturelle Entwicklung bedeutsamer Gehalt inne. Der Gerichtshof der Europäischen Union hebt auf begrüßenswerte Weise die Grundrechtsrelevanz neuer digitaler Kulturtechniken hervor.<sup>762</sup> Damit schafft er einen neuen Ansatz zur Auslegung urheberrechtlicher Vorschriften zugunsten der Nutzer von Schutzgegenständen. Er weicht von dem bisherigen Vorgehen ab, die Schranken in Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie zugunsten der Rechteinhaber restriktiv auszulegen.<sup>763</sup>

<sup>760</sup> *Ohly*, GRUR 2016, 1155, 1156; *Schmidt-Wudy*, EuZW 2016, 789, 789.

<sup>761</sup> EuGH-Generalanwalt, Schlussantrag vom 12. 12. 2018, C-476/17, ECLI EU:C:2018:1002, Rn. 40 – *Pelham u. a.*

<sup>762</sup> Die Notwendigkeit eines solchen die Nutzer von Schutzgegenständen begünstigende Auslegung sieht auch *Maier*, *Remixe auf Hostingplattformen*, S. 33.

<sup>763</sup> Vgl. etwa zum Zitatrecht aus Art. 5 Abs. 3 lit. e InfoSoc-Richtlinie EuGH, Urteil vom 01. 12. 2011, C-145/10, ECLI EU:C:2011:798, Rn. 109 – *Painer*.



Einerseits kehrt der Gerichtshof der Europäischen Union auf diese Weise das im neunten Erwägungsgrund der InfoSoc-Richtlinie verankerte Ziel der Erreichung eines hohen Schutzniveaus für Rechteinhaber um. Anstatt die Rechte und Interessen des Tonträgerherstellers bedingungslos zu schützen, eröffnet er durch die Verneinung einer Verletzung dieser Rechte die Möglichkeit für Dritte, durch ein eigenes schöpferisches Tätigwerden eine im Sinne der InfoSoc-Richtlinie schutzwürdige Leistung zu erschaffen, die ihrerseits dem in dem neunten Erwägungsgrund formulierten Ziel unterfällt.<sup>764</sup>

Andererseits bestätigt der Gerichtshof der Europäischen Union die Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts für die europäischen Mitgliedsstaaten, dass die Kunst- und Digitalverdrossenheit der staatlichen Institutionen wegen der veränderten technologischen wie auch kultur-ästhetischen Rahmenbedingungen<sup>765</sup> nicht haltbar sei.

#### *dd) Nähe zum Institut der freien Benutzung*

##### **(1) Begrenzung des Schutzgegenstandes durch den Gerichtshof der Europäischen Union**

Bei Beantwortung der ersten und sechsten Vorlagefrage macht der Gerichtshof der Europäischen Union die Zulässigkeit des Samplings davon abhängig, ob die Entnahme der Tonsequenz dazu diene, sie „in [1] geänderter und [2] beim Hören nicht wiedererkennbarer Form [3] in einem neuen Werk zu nutzen“.<sup>766</sup> Lagen die drei Voraussetzungen kumulativ vor, sei eine Verletzung des Vervielfältigungsrechts aus Art. 2 lit. c InfoSoc-Richtlinie auszuschließen.

Es geht dem Gerichtshof der Europäischen Union nicht um die ausnahmsweise Legitimation einer urheberrechtlich relevanten Nutzungshandlung, sondern um eine immanente Begrenzung des Schutzgegenstandes, aufgrund derer eine Verletzung des Vervielfältigungsrechts von Anfang an zu verneinen ist.<sup>767</sup> Diese Einschätzung teilt auch der BGH in *Metall auf Metall IV*. Er weist darauf hin, dass eine immanente Beschränkung des Schutzbereichs darin gesehen werden könne, dass Art. 2 lit. c InfoSoc-Richtlinie „es dem Tonträgerhersteller nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht gestattet, sich dagegen zu wehren, dass ein Dritter ein Audiofragment seines Tonträgers in einen anderen

<sup>764</sup> Dass der EuGH einen eigenständigen urheberrechtlichen Schutz nicht ausschließt, zeigt die Formulierung, dass der Nutzer das Audiofragment in geänderter Form für „ein neues Werk“ nutzen muss, um die Zulässigkeit des Samplings annehmen zu können: EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 31 – *Pelham u. a.*

<sup>765</sup> Vgl. zu den Begriffen *Kruedener*, ZGE 2016, 462, 469.

<sup>766</sup> EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 31 – *Pelham u. a.*

<sup>767</sup> Zu den Unterschieden siehe die Gegenüberstellung zwischen den Schrankenbestimmungen der §§ 44a ff. UrhG und § 24 Abs. 1 UrhG auf S. 173 ff.



Tonträger in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form einfügt“.<sup>768</sup> Die Zulässigkeit der Werknutzung wird nicht wie bei den Schrankenbestimmungen in Art. 5 InfoSoc-Richtlinie an einen konkreten Nutzungszweck geknüpft, sondern richtet sich nach der Art und Weise der Werknutzung.<sup>769</sup>

Aus dem Zusammenspiel der Voraussetzungen ergibt sich das Erfordernis eines eigenen schöpferischen Tätigwerdens des Nutzers. Es besteht in der Einbindung der entnommenen Tonsequenz in ein neues Werk. Im Zentrum der Überlegungen des Gerichtshofs der Europäischen Union steht die Wechselwirkung des neuen Werkes mit der Tonsequenz. Sie kann im Sinne der zweiten Voraussetzung nur gelingen, wenn der Nutzer die Tonsequenz bis zu ihrer akustischen Unkenntlichkeit modifiziert. Eine solch einschneidende Veränderung setzt voraus, dass die gestalterische Leistung des Dritten eine gewisse Schöpfungshöhe aufweist.

## (2) Parallelen zu § 24 Abs. 1 UrhG

Die dargelegten Voraussetzungen wie auch die Funktionsweise des vom Gerichtshof der Europäischen Union angestrebten Lösungsansatzes zur Herleitung der Zulässigkeit des Samplings erinnern an das Institut der freien Benutzung.

Wie bereits im Vorfeld dargelegt, setzt § 24 Abs. 1 UrhG ein (1) selbständiges Werk voraus, das in (2) freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen wird. Während sich die erste Voraussetzung der Werkschöpfung wortwörtlich in dem *Pelham u. a.*-Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union wiederfindet – letztlich knüpft der Gerichtshof der Europäischen Union damit an seine Vorgaben zum europäischen Werkbegriff an<sup>770</sup> –, entsprechen sich die „freie Benutzung des Werkes eines anderen“ und die Nutzung „in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form“ sinngemäß. Beide setzen voraus, dass ein hinreichender Abstand zwischen dem neuen und dem benutzten Werk besteht, sodass Ersteres nicht mit dem Schutzgegenstand von Letzterem assoziiert wird.<sup>771</sup>

Dieses Merkmal legt eine weitere Parallele von § 24 Abs. 1 UrhG und dem Vorgehen des Gerichtshofs der Europäischen Union offen. Es ist auf Rechtsebene angesiedelt. Statt einer punktuellen Ausnahme vom urheberrechtlichen Schutz wird der Schutzgegenstand aufgrund der vorgelagerten Beschränkung des Schutzzumfanges zu keinem Zeitpunkt berührt. Die Funktionsweise des vom Ge-

<sup>768</sup> In diese Richtung argumentiert auch der BGH in BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 37 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>769</sup> Dazu bereits an früherer Stelle und im Vergleich zu der Argumentation in *Deckmyn*, die schon in dieselbe argumentative Richtung zeigte. Vgl. S. 228 f.

<sup>770</sup> Vgl. zum europäischen Werkbegriff S. 70 ff. sowie den nächsten Abschnitt, in dem im Zusammenhang mit der Bildung von Negativvoraussetzungen zur Begrenzung des Schutzgegenstandes eine Parallele gezogen wird, siehe S. 274 ff.

<sup>771</sup> Vgl. die Ausführungen zum äußeren Abstand auf S. 169 f. und zum inneren Abstand auf S. 186 ff.

richtshof der Europäischen Union gewählten Lösungswegs deckt sich mit der Funktionsweise von § 24 Abs. 1 UrhG, der nach hier vertretener Ansicht als Schutzzumfangbestimmung in der Begrenzung des Schutzgegenstandes besteht.<sup>772</sup> Dies gilt insbesondere, da in dieser Arbeit der Ansatz vertreten wird, dass § 24 Abs. 1 UrhG als deklaratorische Vorschrift eine Konkretisierung von § 2 Abs. 2 UrhG für die Benutzung vorbestehender Werke als konstitutive Voraussetzung eines kulturellen Kreislaufes ist.<sup>773</sup>

### (3) Widersprüchlichkeit des Vorgehens

Grundsätzlich überzeugt der Ansatz des Gerichtshofs der Europäischen Union, die Beurteilung der Zulässigkeit des Samplings auf Eingriffsebene anzusiedeln und nicht auf die Schrankenebene zu verlagern. Er zeigt, dass das höchste europäische Gericht die Triebfeder digitaler Kunschtschaffender anerkannt hat.

Diese verwenden bestehende Inhalte nicht, um eigene Kosten und Mühen zu sparen, sondern erblicken in ihrer Wiederverwertung ein eigenständiges künstlerisches Gestaltungsmittel. Aufgrund der genrespezifischen Rezeption von Kunst ist die Verwendung eines eigens hergestellten Surrogats nicht gleich geeignet wie die Verwendung des Originals.

Infolgedessen verbleiben nur zwei Handlungsalternativen: Entweder sind die Nutzer von urheberrechtlichen Schutzgegenständen auf die Einholung einer Lizenz beim Rechteinhaber zu verweisen oder die erlaubnisfreie Werknutzung wird gebilligt. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat sich für letztgenannten Lösungsweg entschieden. Er hat damit gezeigt, dass er zwischen einer reinen (Werk-)Wiedergabe, die mit einer Verletzung von Art. 2 lit. 2 InfoSoc-Richtlinie einhergeht, und der Inspirationswirkung einer transformativen Werknutzung für eigenes schöpferisches Tätigwerden, die nicht den Schutzgegenstand des Vervielfältigungsrechts berührt, im hier vertretenen Sinne unterscheidet.

Trotz dieser Stärken des *Pelham u. a.*-Urteils irritiert die Argumentation zur ersten und sechsten Vorlagefrage: In demselben Urteil spricht sich der Gerichtshof der Europäischen Union bei Beantwortung der dritten Vorlagefrage für die Unvereinbarkeit von § 24 Abs. 1 UrhG mit dem Unionsrecht aus, wobei er weder auf die von dem Bundesgerichtshof erfragte dogmatische Einordnung der nationalen Vorschrift noch auf den Einordnungsvorschlag als immanente Beschränkung des Schutzzumfanges eingeht.

Stattdessen widmet sich der Gerichtshof der Europäischen Union dem abschließenden Charakter von Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie, der von § 24 Abs. 1 UrhG entgegen dem 32. Erwägungsgrund der InfoSoc-Richtlinie unterlaufen werde.

<sup>772</sup> Vgl. zur dogmatischen Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG S. 172 ff., 198 ff.

<sup>773</sup> Vgl. S. 180 f., 198 ff., 309 f.

Dass diese Argumentation mit Blick auf die weitreichende Bedeutung der Vorlagefrage für die nationale Rechtsordnung zu kurz greift, wurde dargelegt.<sup>774</sup> Dass der Gerichtshof der Europäischen Union in demselben Urteil bei Beantwortung der ersten und sechsten Vorlagefrage den Schutzbereich des Vervielfältigungsrechts spiegelbildlich zu § 24 Abs. 1 UrhG begrenzt und dennoch für die Unionsrechtswidrigkeit der Vorschrift plädiert, ist wenig nachvollziehbar.<sup>775</sup> Zudem mündet es in eine „dogmatisch schwierige[n] Konstruktion“, die eine Differenzierung zwischen Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung vermissen lässt.<sup>776</sup>

Das Vorgehen des Gerichtshofs der Europäischen Union lässt sich allerdings damit begründen, dass er sich bei Beantwortung der Vorlagefragen von ergebnisorientierten Erwägungen leiten ließ, sodass der dogmatische Umgang mit der Materie und eine argumentative Geradlinigkeit bei der Entwicklung der spezifischen Lösungswege in den Hintergrund trat.<sup>777</sup> Insofern gleicht das *Pelham u. a.*-Urteil eher einem Flickenteppich als einem einheitlichen Konzept zur Beantwortung der sechs eindeutig durch den Bundesgerichtshof formulierten Vorlagefragen.<sup>778</sup>

### ee) Bestimmung von Negativvoraussetzungen

Der Gerichtshof der Europäischen Union legt drei Voraussetzungen fest, bei deren kumulativen Vorliegen der Schutzgegenstand des Vervielfältigungsrechts nicht betroffen sei.<sup>779</sup> Voraussetzung sei, dass das Fragment des vorbestehenden Werkes „in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form in einem neuen Werk“ verwendet werde. Aus dem Urteil geht nicht hervor, weshalb er sie für geeignete Unterscheidungskriterien zwischen einer erlaubnisfreien Werknutzung einerseits und einer erlaubnispflichtigen Vervielfältigung andererseits hält. Die drei Voraussetzungen werden nur unter Verweis auf das Erfordernis eines ange-

<sup>774</sup> Vgl. S. 206 ff.

<sup>775</sup> Ebenso *Homar*, ZUM 2019, 731, 736, der jedoch versucht, das Vorgehen des EuGH damit zu begründen, dass die Anforderungen von § 24 UrhG mit der Verblässens-Formel weniger hoch seien als die „Erkennbarkeits-Formel“ des EuGH. Zudem zieht er eine Parallele zu Parodien. Beide Argumentationsansätze sind verfehlt, da das Erkennbarkeitskriterium des EuGH zum einen zur Abgrenzung ungeeignet ist und die Parodie zum anderen mit der Verwendung vorbestehenden Fremdmaterials als Stil- und Gestaltungsmittel nichts zu tun hat.

<sup>776</sup> *Papastefanou*, CR 2019, 600, 600. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass eine solche dogmatische Unterscheidung eine Spezialität des deutschen Rechts ist, die nicht in dieser Intensität im europäischen Recht rezipiert wird – dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der zahlreichen Rechtstraditionen, die das europäische Recht notwendigerweise vereint.

<sup>777</sup> Ähnlich bewerten dies *Schonhofen*, GRUR-Prax. 2019, 432, 433; *Papastefanou*, CR 2019, 600, 600.

<sup>778</sup> Dass die Vorgehensweise des EuGH in seinen Urteilen zu einr gewissen Widersprüchlichkeit neigt, argumentierte das BVerfG jüngst im Rahmen einer ultra-vires-Kontrolle, bei der es um das Anleihenkaufprogramm der EZB ging. Vgl. BVerfG, Urteil vom 05.05.2020, 2 BvR 859/15, Überschrift C. II.1. a) bb) (3) (c) der Gliederungsübersicht des Urteils – *Staatsanleihenkaufprogramm*.

<sup>779</sup> Vgl. S. 271.

messenen Interessenausgleichs sowie die Bedeutung des Vervielfältigungsbegriffes nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch in das Urteil eingeführt und nicht weiter begründet.<sup>780</sup>

Eine Offenlegung der begrifflichen Herleitung wäre für das allgemeine Verständnis indes nicht nur sinnvoll, sondern für die einheitliche Umsetzung der Rechtsprechung in den Mitgliedsstaaten unerlässlich gewesen. Da der Gerichtshof der Europäischen Union die Ursprünge und die hinter den Voraussetzungen stehenden Erwägungen nicht offenlegt, werden die Mitgliedsstaaten in der Rechtsanwendung gefragt sein, den näheren Bedeutungsgehalt der Unterscheidungskriterien eigenständig unter Berücksichtigung der Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie zu ermitteln.<sup>781</sup>

Dass bei den Voraussetzungen Konkretisierungsbedarf besteht, zeigt sich insbesondere bei dem zweiten Kriterium. Der Gerichtshof der Europäischen Union macht die Zulässigkeit einer Entnahme aus dem Originaltondokument davon abhängig, ob das verwendete „Audiofragment in den neuen Tonträger in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form eingefügt wird“.<sup>782</sup>

Die Bezeichnung der verwendeten Tonausschnitte als „(Audio-)Fragment“ – die insoweit von der Wortwahl des Bundesverfassungsgerichts abweicht, das fortlaufend von „Sequenzen“ spricht – macht deutlich, dass der Gerichtshof der Europäischen Union von der Entnahme ausschließlich kurzer Tonausschnitte zu Samplingzwecken ausgeht. Damit legt er, wie bereits das Oberlandesgericht Hamburg, implizit einen quantitativen Maßstab zur Beurteilung der Zulässigkeit an.<sup>783</sup> Ob dies bedeutet, dass die Formel der Wiedererkennbarkeit bei längeren Tonausschnitten per se nicht anwendbar sein soll, bleibt unklar.<sup>784</sup>

Hinzu tritt ein qualitativer Ansatz zur Bestimmung der Grenze zwischen einer nicht verletzenden Vervielfältigung und einem rechtsverletzenden Eingriff in Art. 2 InfoSoc-Richtlinie<sup>785</sup>: Das Audiofragment müsse hinreichende Veränderungen erfahren, damit es bei der Integration in das neue Werk nicht mehr erkennbar sei.<sup>786</sup>

<sup>780</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 37 – *Pelham u. a.*

<sup>781</sup> Ebenso *Papastefanou*, CR 2019, 600, 600; ähnlich äußert sich *Pötzlberger*, ZUM 2019, 250, 251.

<sup>782</sup> EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 31 – *Pelham u. a.*

<sup>783</sup> *Wagner*, MMR 2019, 727, 729; zum Ansatz des OLG Hamburg und der Frage, inwieweit kleine Ausschnitte eines Tonträgers geschützt sind, vgl. S. 246, 249 f.

<sup>784</sup> *Apel*, MMR 2019, 602, 602; a. A. *Pötzlberger*, ZUM 2019, 250, 251, der davon ausgeht, dass der Schutz kleiner Tonsplitter mangels Verhältnismäßigkeit mit den Grundfreiheiten des Unionsrecht unvereinbar ist.

<sup>785</sup> Zum Ansatz, die Zulässigkeit der Entnahme prägender Merkmale durch eine quantitativ-qualitative Betrachtungsweise zu ermitteln, äußerte sich bereits das OLG Hamburg, Urteil vom 07.06.2006, 5 U 48/05, GRUR-RR 2007, 3, 4 – *Metall auf Metall I*; nachfolgend wird die Anwendungstauglichkeit dieses Ansatzes auf Meme überprüft, vgl. dazu S. 289 f.

<sup>786</sup> Für eine Kumulation der Voraussetzungen „Veränderung“ und „Wiedererkennbarkeit“ sprechen sich aus: *Apel*, MMR 2019, 602, 602; *Wagner*, MMR 2019, 727, 728; a. A. *Apel*, MMR 2019, 602, 602, der den Kern der Formel in der fehlenden Wiedererkennbarkeit erblickt.

Misslinge die Nichtkenntlichmachung, sei eine Verletzung von Art. 3 InfoSoc-Richtlinie zu bejahen. Dieser Ansatz weist eine Parallele zum europäischen Werkbegriff auf. Hat die neue Gestaltung aufgrund der Veränderungen Originalität und Individualität, liegt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ein neues selbständiges Werk vor.<sup>787</sup>

Diese vom Gerichtshof der Europäischen Union in *Pelham u. a.* aufgegriffene Verbindung des qualitativen Moments mit der Selbständigkeit der neuen Gestaltung, die zu einer nicht verletzenden Vervielfältigung führen soll, entspricht zudem der Wirkungsweise von §§ 2, 24 UrhG.<sup>788</sup> Die freie Benutzung konkretisiert den Aussagegehalt von § 2 Abs. 2 UrhG insoweit, als sie klarstellt, dass die neue Gestaltung trotz der Übernahme prägender Merkmale dem Schutzbereich des vorbestehenden Werkes entzogen ist, sofern sie eine persönliche geistige Schöpfung ist.<sup>789</sup> Wie bereits vorstehend dargestellt, weist das Vorgehen des Gerichtshofs der Europäischen Union damit nicht nur Parallelen zur eigenen Rechtsprechung zum europäischen Werkbegriff auf, sondern ähnelt dem Ansatz des deutschen Urheberrechts, bei der Übernahme prägender Merkmale eine immanente Beschränkung des Schutzzumfangs des vorbestehenden Werkes durch eine Inhaltsbegrenzung anzunehmen.

Wagner stellt im Hinblick auf die – für die Beurteilung der Zulässigkeit des Samplings entscheidende – Abgrenzung einer nicht verletzenden Vervielfältigung von einem rechtsverletzenden Eingriff in Art. 2 InfoSoc-Richtlinie zurecht die Frage, wann eine hinreichende Veränderung anzunehmen ist. Bedarf es einer Einwirkung auf das Audiofragment selbst, oder reicht bereits die Integration in ein neues Gesamtwerk aus?<sup>790</sup> Während bei erstgenanntem Ansatz die Zulässigkeit des Samplings in der Regel zu bejahen wäre, da die Einbindung in ein neues Musikstück dem Sampling immanent ist, stellt sich bei letztgenanntem, strengem Ansatz die Frage, welcher Einwirkungsgrad auf das Tonfragment für die Annahme einer Abänderung erforderlich ist. Leider konkretisiert der Gerichtshof der Europäischen Union die an eine Veränderung zu stellenden Anforderungen trotz ihrer Bedeutung für die urheberrechtliche Zulässigkeit des Samplings nicht.

Die Ausführungen zeigen die Untauglichkeit des Erkennbarkeits-Kriteriums im Kontext des Samplings.<sup>791</sup> Der mit dem Sampling beabsichtigte künstlerische Diskurs<sup>792</sup> mit dem Audiofragment funktioniert nur, wenn das Musikwerk für den

<sup>787</sup> Ausführlich zum europäischen Werkbegriff bereits auf S. 70 ff.

<sup>788</sup> Dazu bereits im vorstehenden Abschnitt auf S. 271 ff.

<sup>789</sup> Zu dieser Wirkungsweise im deutschen Recht bereits ausführlich auf S. 177 ff., 198 ff., 207 ff.

<sup>790</sup> Vgl. Wagner, MMR 2019, 727, 728.

<sup>791</sup> Ebenfalls kritisch sind Apel, MMR 2019, 602, 602; Homar, ZUM 2019, 731, 733; Papas-  
tefanou, CR 2019, 600, 600; Schonhofen, GRUR-Prax. 2019, 432, 434; Wagner, MMR 2019,  
727, 728.

<sup>792</sup> Vgl. zu den Hintergründen des Samplings S. 241.

Zuhörer in gewisser Weise erkennbar bleibt. Daraus folgt die Frage, welches Maß an akustischer Übereinstimmung mit dem Original noch der vom Gerichtshof der Europäischen Union aufgestellten Voraussetzung unterfällt, ohne den künstlerischen Effekt der Bezugnahme vollständig zu untergraben. Dass der Gerichtshof der Europäischen Union diesen künstlerischen Aspekt des Samplings erkennt, zeigt der Verweis auf die Kunstfreiheit, die überhaupt die Entwicklung der Erkennbarkeits-Formel zur Beschränkung des Vervielfältigungsrechts ermöglicht. Der Gerichtshof der Europäischen Union kann sich jedoch nicht einerseits auf die Kunstfreiheit berufen und andererseits das Merkmal der Kunstform, die es erst zu einer Gattung macht – beim Sampling also die Referenz –, zu einem negativen Abgrenzungsmerkmal erheben, das zu der Unzulässigkeit der Kunstform wegen der Inanspruchnahme einer fremden Leistung führt.<sup>793</sup>

Überdies ist unklar, aus wessen Sicht die Erkennbarkeit der Audiosequenz zu beurteilen ist. Ein Musikexperte erkennt mehr Übereinstimmungen als der gemeine Radiohörer. Wer also gilt als maßgebliche Referenzgruppe? Die Unbestimmtheit des Kriteriums der Erkennbarkeit erinnert an das vom Bundesgerichtshof in demselben Rechtsstreit entwickelte Kriterium der Erforderlichkeit der Übernahme.<sup>794</sup> Dort stellten sich vergleichbare Fragen zu dem Bedeutungsgehalt, der Beurteilungsperspektive sowie der allgemeinen Tauglichkeit des Kriteriums mit Blick auf die spezifische Kunstform des Samplings.

#### ff) Zwischenergebnis und Ausblick

Es bleibt festzuhalten, dass das *Pelham u. a.*-Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union Stärken und Schwächen aufweist. Es zeigt, dass das höchste europäische Gericht die neuen Herausforderungen des digitalen Zeitalters verstanden hat. Indem sich der Gerichtshof der Europäischen Union analog zum Bundesverfassungsgericht dafür ausspricht, bei der Auslegung und Anwendung der InfoSoc-Richtlinie die Interessen und Rechte der Rechteinhaber wie auch die der Nutzer von Schutzgegenständen zu berücksichtigen, eröffnet es auf unionsrechtlicher Ebene die Möglichkeit, die aus der analogen Welt überkommenen Verwertungsrechte in flexibler Weise an die in der digitalen Welt veränderten Rahmenbedingungen anzupassen.<sup>795</sup>

Dennoch geht der Gerichtshof der Europäischen Union in seinem Urteil widersprüchlich vor: Obwohl er das in § 24 Abs. 1 UrhG verankerte Rechtsinstitut der

<sup>793</sup> Auf diese Widersprüchlichkeit weist ebenfalls hin *Schonhofen*, GRUR-Prax. 2019, 432, 434; ähnlich *Papastefanou*, CR 2019, 600, 601, der durch den Bezug zur Kunstfreiheit und den Interessen der Allgemeinheit ebenfalls die Möglichkeit sieht, auch erkennbare Audiofragmente als zulässige Nutzung einzuordnen.

<sup>794</sup> Zu dem Kriterium und seiner kritischen Würdigung vgl. S. 247 f., 253 f.

<sup>795</sup> Vgl. S. 268 ff.

freien Benutzung für unionsrechtswidrig hält, spricht er sich für eine Begrenzung des Schutzgegenstandes von Art. 2 InfoSoc-Richtlinie aus.<sup>796</sup> Darüber hinaus will der Gerichtshof der Europäischen Union die Zulässigkeit des Samplings von dem Vorliegen dreier Voraussetzungen abhängig machen. Das insoweit entscheidende Kriterium der fehlenden Erkennbarkeit der Rhythmussequenz ist jedoch in seiner Unbestimmtheit kaum zu übertreffen.<sup>797</sup>

Aufgrund dieser begrifflichen Unklarheiten erweist der Gerichtshof der Europäischen Union der Vereinheitlichung des Rechts einen Bärendienst.<sup>798</sup> Er behindert das im dritten, sechsten und 31. Erwägungsgrund der InfoSoc-Richtlinie angestrebte reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes eher, als dass er es fördert.

Naheliegender und dem Interesse der Rechtssicherheit dienlicher wäre es gewesen, wenn sich der Gerichtshof der Europäischen Union für die Vereinbarkeit von § 24 Abs. 1 UrhG mit dem Unionsrecht ausgesprochen hätte, um sich dann bei Beantwortung der ersten und sechsten Vorlagefrage zur Auslegung von Art. 2 InfoSoc-Richtlinie an den Leitlinien des Instituts der freien Benutzung zu orientieren. Auf diese Weise hätte der Gerichtshof der Europäischen Union seinem Urteil *Pelham u. a.* mehr Kontur verleihen und den Mitgliedsstaaten klare Vorgaben für die Umsetzung seiner Rechtsprechung an die Hand geben können. Diese Chance hat der Gerichtshof der Europäischen Union leider nicht genutzt.

#### 4. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – Metall auf Metall IV

Mit seinem Urteil *Metall auf Metall IV* vom 30. April 2020, sechzehn Jahre nach dem ersten Urteil des Landgericht Hamburgs in der Rechtssache *Metall auf Metall* im Jahr 2004, äußert sich der Bundesgerichtshof zum vierten Mal zur Zulässigkeit des Tonträgersamplings.

##### a) Argumentationslinie

Der Bundesgerichtshof entscheidet nicht, ob das Tonträgerherstellerrecht der Kläger durch Sampling verletzt wurde. Er äußert sich ausschließlich dazu, unter welchen Voraussetzungen, Rechte des Tonträgerherstellers durch Sampling verletzt werden bzw. das Tonträgersampling zulässig ist. Zur abschließenden Entscheidung verweist der Bundesgerichtshof die Sache an das Berufungsgericht zurück und betont, dass mit der vom Oberlandesgericht Hamburg gegebenen Begründung die von den Klägern geltend gemachten Ansprüche weder in Bezug auf ein Herstel-

<sup>796</sup> Vgl. S. 271 ff.

<sup>797</sup> Vgl. S. 274 f.

<sup>798</sup> Genauso *Papastefanou*, CR 2019, 600, 600, der darauf hinweist, dass eine „unüberschaubare Einzelfall-Kasuistik“ kaum zu vermeiden sei.



len noch in Bezug auf ein Inverkehrbringen von Tonträgern zugesprochen werden könnten.<sup>799</sup>

Der Bundesgerichtshof differenziert zwischen dem Zeitraum vor und nach dem Inkrafttreten der InfoSoc-Richtlinie am 22. Dezember 2002<sup>800</sup>:

*aa) Zeitraum vor Inkrafttreten der InfoSoc-Richtlinie*

Für den Zeitraum vor Inkrafttreten der InfoSoc-Richtlinie seien Vervielfältigungshandlungen ausschließlich auf Grundlage des nationalen Urheberrechts und damit an den Grundrechten des Grundgesetzes zu messen.<sup>801</sup>

Eine Verletzung des Tonträgerherstellerrechts nach § 85 Abs. 1 S. 1 UrhG lasse sich zwar auf der Grundlage der im ersten Berufungsurteil getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilen.<sup>802</sup> Dennoch weist der Bundesgerichtshof darauf hin, dass sich die Beklagte wohl auf eine freie Benutzung im Sinne des entsprechend anwendbaren § 24 Abs. 1 UrhG berufen könne: Bei dem in Rede stehenden Musikstück *Nur mir* handle es sich um ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung der entnommenen Tonsequenz geschaffen worden sei. Dies gelte insbesondere unter Berücksichtigung der zu § 24 Abs. 1 UrhG ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur kunstspezifischen Betrachtung urheberrechtlicher Ausnahmenvorschriften.<sup>803</sup>

Mit dieser Argumentation nimmt der Bundesgerichtshof Abstand von seiner Rechtsprechung in *Metall auf Metall I* und *Metall auf Metall II*.<sup>804</sup> Damals forderte er, dass die Zulässigkeit der Verwendung von gleichwertig nachspielbaren Samples eines Tonträgers generell von der Erlaubnis des Tonträgerherstellers abhängig gemacht werden müssten. In *Metall auf Metall IV* verweist der Bundesgerichtshof dagegen auf die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts, das Kriterium der Erforderlichkeit der Verwendung trage dem künstlerischen Schaffensprozess nicht hinreichend Rechnung.

<sup>799</sup> BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 66 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>800</sup> BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 12 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>801</sup> BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 16 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>802</sup> Er betont, dass infolge der Aufhebung durch das BVerfG eine Berücksichtigung der Feststellungen im zweiten Berufungsurteil nicht in Betracht komme, vgl. BGH, Urteil vom 22.01.1952, I ZR 68/51, BGHZ 5, 1, Rn. 20 – *Hummel-Figuren I*.

<sup>803</sup> BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 16 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>804</sup> Der BGH nimmt sogar ausdrücklich Abstand von seiner eigenen Rechtsprechung, vgl. BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 17 – *Metall auf Metall IV*.



*bb) Zeitraum nach Inkrafttreten der InfoSoc-Richtlinie*

Demgegenüber müsse bei Vervielfältigungshandlungen ab dem 22. Dezember 2002 der europäische Rechtsrahmen berücksichtigt und das in § 85 Abs. 1 S. 1 UrhG geregelte Recht des Tonträgerherstellers zur Vervielfältigung des Tonträgers mit Blick auf Art. 2 lit. c InfoSoc-Richtlinie richtlinienkonform ausgelegt werden. Es sei an den durch das Unionsrecht gewährleisteten Grundrechten zu messen.<sup>805</sup>

Der Bundesgerichtshof legt folglich die in *Pelham u. a.* entwickelten Grundsätze zur Einschränkung von Art. 2 InfoSoc-Richtlinie zugrunde, wonach die von einem Tonträger entnommenen Audiofragmente nur in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form genutzt werden dürfen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts könne das entnommene Audiofragment trotz leichter Veränderungen dem Musiktitel *Metall auf Metall* zugeordnet werden, habe also seine beim Hören wiedererkennbare Form bewahrt.<sup>806</sup>

Im nächsten Schritt prüft der Bundesgerichtshof, ob eine Ausnahmebestimmung zugunsten der Beklagten greift. § 24 Abs. 1 UrhG sei aufgrund seiner Unvereinbarkeit mit Art. 5 InfoSoc-Richtlinie nicht heranzuziehen.<sup>807</sup> Auf andere Schrankenregelungen könne sich die Beklagte ebenfalls nicht mit Erfolg berufen: Das Musikstück *Nur mir* sei weder Ausdruck von Humor und Verspottung, sodass die in § 24 Abs. 1 UrhG i. V. m. Art. 5 Abs. 3 lit. k Var. 2 InfoSoc-Richtlinie verankerte Parodieschranke nicht greife.<sup>808</sup> Gleiches gelte für die Zitatschranke nach § 51 UrhG i. V. m. Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-Richtlinie.<sup>809</sup> Für den Hörer bestünden keine Anhaltspunkte, dass die Rhythmussequenz einem anderen Werk entnommen worden sei. Zudem greife die Schranke für Pastiches nicht, da das deutsche Urheberrecht keine dem Art. 5 Abs. 3 lit. k Var. 3 InfoSoc-Richtlinie entsprechende Schrankenregelung vorsehe.<sup>810</sup>

Eine abschließende Beurteilung, ob das Vervielfältigungsrecht des Klägers verletzt worden sei, bleibe dem Bundesgerichtshof jedoch verwehrt. Das Oberlandesgericht Hamburg habe keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Beklagte ab dem 22. Dezember 2002 Handlungen der Vervielfältigung oder Verbreitung vorgenommen habe. Dies müsse nachgeholt werden.<sup>811</sup>

<sup>805</sup> BGH, Urteil vom 30. 04. 2020, I ZR 115/16, Rn. 24 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>806</sup> BGH, Urteil vom 30. 04. 2020, I ZR 115/16, Rn. 28 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>807</sup> BGH, Urteil vom 30. 04. 2020, I ZR 115/16, Rn. 32 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>808</sup> BGH, Urteil vom 30. 04. 2020, I ZR 115/16, Rn. 60 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>809</sup> BGH, Urteil vom 30. 04. 2020, I ZR 115/16, Rn. 50 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>810</sup> BGH, Urteil vom 30. 04. 2020, I ZR 115/16, Rn. 64 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>811</sup> BGH, Urteil vom 30. 04. 2020, I ZR 115/16, Rn. 66 – *Metall auf Metall IV*.

## b) Bewertung

aa) *Liberale Tendenz des Bundesgerichtshofs*

Nach dem zwar nutzerfreundlichen, aber in systematischer Hinsicht wenig überzeugenden Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union war unklar, wie der Bundesgerichtshof die Vorgaben aus *Pelham u. a.* in die nationale Rechtsprechung überführen würde. Auf Grundlage des EuGH-Urteils kam sowohl eine Sampling-freundliche (liberale) als auch eine konservative Beurteilung der Rechtslage in Betracht. Letztere hätte der bisherigen BGH-Rechtsprechung in der Sache *Metall auf Metall I* und *Metall auf Metall II* entsprochen. Zudem war sie mit Blick auf den Wertungsspielraum des vom Gerichtshof der Europäischen Union als zentral befundenen Kriteriums der Wiedererkennbarkeit alles andere als unwahrscheinlich.<sup>812</sup>

Vor diesem Hintergrund überrascht das *Metall auf Metall IV*-Urteil des Bundesgerichtshofs positiv. Seiner Rechtsprechung waren enge und teilweise unüberwindbare Grenzen durch den Gerichtshof der Europäischen Union gesetzt. Sein Urteil zeugt dementsprechend eher von einer gewissen Unwilligkeit gegenüber den europäischen Vorgaben. Die Rechtsansichten des Bundesgerichtshofs scheinen fort von seiner vormals konservativen Einstellung zum Sampling eine Entwicklung durchlaufen zu haben: Das Urteil *Metall auf Metall IV* offenbart eine liberale(re) Haltung gegenüber neuen Kunstformen.

Diese wird zum einen durch den argumentativen Aufbau zur Beurteilung der Frage deutlich, ob das Vervielfältigungsrecht des Tonträgerherstellers verletzt wurde. Die Unterteilung in zwei Zeiträume, deren Zäsur das Inkrafttreten der InfoSoc-Richtlinie bildet, ermöglicht dem Bundesgerichtshof, neben den europäischen Vorgaben gleichwertig die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze zur kunstspezifischen Betrachtung urheberrechtlicher Ausnahmeregelungen zu berücksichtigen. Bei seiner Subsumtion unter die Voraussetzungen von § 24 Abs. 1 UrhG bezieht sich der Bundesgerichtshof auf die für die Kulturindustrie wegweisenden Ausführungen zu den sich stetig verändernden kultur-ästhetischen Rahmenbedingungen – in *Metall auf Metall* diskutiert unter dem Stichwort der „genrespezifischen Aspekte“. In seinen diesbezüglichen Ausführungen hebt der Bundesgerichtshof die einzigartige Funktionsweise von § 24 Abs. 1 UrhG hervor.<sup>813</sup>

Dass das europäische Recht die Lücke, die mit *Pelham u. a.* durch die Feststellung der Unionsrechtswidrigkeit von § 24 Abs. 1 UrhG entstanden ist, nicht zu füllen vermag, wird durch die sich anschließende Prüfung der Rechtslage nach Inkrafttreten der InfoSoc-Richtlinie erkennbar. Der Bundesgerichtshof widmet

<sup>812</sup> Dazu bereits ausführlich auf S. 274 ff.

<sup>813</sup> Sie besteht in der Dichotomie aus Flexibilität und hohen Schutzvoraussetzungen, die Ausdruck der deutschen Urheberrechtssystematik sind. Ausführlich zu diesen Charakteristika von § 24 Abs. 1 UrhG auf S. 222 f., 311 ff., 336 ff.

sich ausführlich den mit europäischem Recht konformen Alternativen zur freien Benutzung und zeigt auf, dass die in Art. 5 InfoSoc-Richtlinie vorgesehenen Schrankenregelungen nicht greifen.<sup>814</sup> Dabei legt die Zweiteilung der Prüfung die Unterschiede der Rechtslage vor und nach der InfoSoc-Richtlinie offen. Während § 24 Abs. 1 UrhG vor dem 22. Dezember 2002 zugunsten der Beklagten greift, verletzen die Vervielfältigungshandlungen nach dem Inkrafttreten der InfoSoc-Richtlinie das Vervielfältigungsrecht des Tonträgerherstellers. Ohne den Misstand ausdrücklich zu benennen, scheint der Bundesgerichtshof somit darauf hinzuweisen, dass die gegenwärtige (europäische) Rechtslage dem Interesse der kunstschaftenden Dritten nicht hinreichend Rechnung trägt.<sup>815</sup>

Diese im Vergleich zu seiner früheren Rechtsprechung liberale Tendenz gegenüber neuen digitaler Kulturtechniken wird zudem durch die Art und Weise sichtbar, wie er die europäischen Vorgaben in seinem Urteil berücksichtigt. Bei dem Verweis auf die Unionsrechtswidrigkeit von § 24 Abs. 1 UrhG zitiert der Bundesgerichtshof teilweise Passagen aus *Pelham u. a.*, ohne sie in seine Argumentation einzubinden. Insbesondere gibt er zwar den Hinweis des Gerichtshofs der Europäischen Union wieder, dass für die Auffassung, § 24 Abs. 1 UrhG beschränke nur den Schutzbereich eines Verwertungsrechts (immanent), sodass ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werkes oder der Leistung eines Rechteinhabers geschaffen worden sei, ohne seine Zustimmung verwertet werden darf, kein Raum bleibe.<sup>816</sup> Im Übrigen lässt der Bundesgerichtshof die Unionsrechtswidrigkeit von § 24 Abs. 1 UrhG unkommentiert und setzt sich nicht mit ihr auseinander, sondern legt sie lediglich als gegeben zugrunde. Er weist jedoch darauf hin, dass „auch [in dem Vorgehen des Gerichtshofs der Europäischen Union] eine immanente Beschränkung des Schutzbereichs des Vervielfältigungsrechts des Tonträgerherstellers gesehen werden“ könne. Damit zieht er eine direkte Parallele zu der Wirkungsweise von § 24 Abs. 1 UrhG und zeigt die Widersprüchlichkeit des Vorgehens in *Pelham u. a.* auf.<sup>817</sup>

Die aufgezeigte Zurückhaltung des Bundesgerichtshofs sollte nicht als vorbehaltlose Befürwortung der europäischen Vorgabe missverstanden werden. In seinem Vorlagebeschluss *Metall auf Metall III* vertrat der Bundesgerichtshof noch die Auffassung, dass § 24 Abs. 1 UrhG eine Schutzzumfangsbegrenzung und keine Schrankenregelung sei. Er offerierte dem Gerichtshof der Europäischen Union diese systematische Einordnung als valides Argument gegen die Unionsrechtswidrigkeit der Vorschrift. Dieses Argument ignorierte der Gerichtshof der Europäischen Union. Es machte beinahe den Eindruck, als habe diese systematische Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG im Vorlagebeschluss den Gerichtshof der Euro-

<sup>814</sup> BGH, Urteil vom 30. 04. 2020, I ZR 115/16, Rn. 38 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>815</sup> BGH, Urteil vom 30. 04. 2020, I ZR 115/16, Rn. 34 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>816</sup> So etwa zu Beginn von BGH, Urteil vom 30. 04. 2020, I ZR 115/16, Rn. 36 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>817</sup> Dazu bereits an früherer Stelle auf S. 273 f.

päischen Union dazu veranlasst, die Unionsrechtswidrigkeit von § 24 Abs. 1 UrhG im Schnellschussverfahren anzunehmen.<sup>818</sup>

*bb) Untauglichkeit des Kriteriums der Wiedererkennbarkeit*

Der Bundesgerichtshof prüft auf Grundlage der vom Oberlandesgericht Hamburg getroffenen Feststellungen, ob die Entnahme der Tonsequenz durch die Beklagte dazu diene, sie „in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form in einem neuen Werk zu nutzen“<sup>819</sup>. Unter Hinzuziehung dieser vom Gerichtshof der Europäischen Union aufgestellten Negativvoraussetzungen zur Begrenzung des Vervielfältigungsrechts bejaht der Bundesgerichtshof die Wiedererkennbarkeit des Audiofragments aus *Metall auf Metall*.

Zu diesem Ergebnis gelangt er durch Zitieren und Subsumtion unter die vorstehenden Voraussetzungen. Eine nähere Erläuterung des im Zentrum stehenden Kriteriums der Wiedererkennbarkeit des entnommenen Audiofragments unterbleibt. Diese Zurückhaltung ist unbefriedigend, lässt das Kriterium als unbestimmter Rechtsbegriff doch erhebliche Deutungsspielräume, deren Ausfüllung der Gerichtshof der Europäischen Union den Fachgerichten der Mitgliedsstaaten überlassen hat.<sup>820</sup> Dass das Fehlen von Auslegungsrichtlinien zur näheren Begriffsbestimmung durch den Gerichtshof der Europäischen Union fatal ist, wurde mit Blick auf die durch die InfoSoc-Richtlinie angestrebte Harmonisierung und Einheitlichkeit der Rechtsprechung in den Mitgliedsstaaten bereits ebenso ausführlich darlegt wie der Umstand, dass der Gerichtshof der Europäischen Union mit seiner Zurückhaltung die Verantwortung an die Mitgliedsstaaten delegierte.<sup>821</sup>

Dieser Verantwortung ist der Bundesgerichtshof als erstes Fachgericht der Mitgliedsstaaten, das die vom Gerichtshof der Europäischen Union aufgestellten Negativvoraussetzungen zur Einschränkung des Vervielfältigungsrechts aus Art. 2 InfoSoc-Richtlinie der Rechtsanwendung unterzieht, nur eingeschränkt nachgekommen. Er füllt den unbestimmten Rechtsbegriff der Wiedererkennbarkeit nicht (weiter) aus, verleiht ihm weder durch eine enge noch eine weite Auslegung Kontur.<sup>822</sup>

Für eine weite Auslegung des Wiedererkennbarkeit hat insbesondere Anlass wegen der Bedeutung der Kunstfreiheit aus Art. 13 S. 1 EU-Grundrechtecharta be-

<sup>818</sup> Dazu ausführlich an früherer Stelle, vgl. S. 206 ff.

<sup>819</sup> EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 31 – *Pelham u. a.*; darauf Bezug nehmend BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 27 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>820</sup> Zu den zahlreichen Auslegungsmöglichkeiten und den Unschärfen des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Wiedererkennbarkeit“ vgl. S. 274 f.

<sup>821</sup> Siehe dazu S. 274 ff.

<sup>822</sup> Vgl. die Ausführungen in BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 29 – *Metall auf Metall IV*.

standen: Der Gerichtshof der Europäischen Union stellte in *Pelham u. a.* klar, dass die „Techniks des elektronischen Kopierens von Audiofragmenten (Sampling), bei der ein Nutzer – zumeist mit Hilfe elektronischer Geräte – einem Tonträger ein Audiofragment entnimmt und dieses zur Schaffung eines neuen Werks nutzt, eine künstlerische Ausdrucksform ist“.<sup>823</sup>

Vor diesem Hintergrund hätte der Bundesgerichtshof eine kunstspezifische Betrachtung – ähnlich der vom Bundesverfassungsgericht für urheberrechtliche Ausnahmenvorschriften befürworteten Auslegung – in Betracht ziehen können, um dem Interesse der kunstschaffenden Dritten trotz der geringfügigen europäischen Privilegierungsmöglichkeiten Genüge zu tun.

Leider hat der Bundesgerichtshof diese Möglichkeit versäumt und lediglich präzisiert, aus wessen Perspektive die Wiedererkennbarkeit der gesampelten Rhythmussequenz zu beurteilen ist. Entscheidend sei auf das Hörverständnis eines durchschnittlichen Musikhörers abzustellen.<sup>824</sup> Damit räumt der Bundesgerichtshof nicht nur eine Unklarheit der EuGH-Rechtsprechung aus, sondern bessert die eigene Rechtsprechung aus *Metall auf Metall I* und *Metall auf Metall II* nach. In beiden Urteilen wollte er die Zulässigkeit des Samplings daran knüpfen, dass die verwendete Rhythmussequenz nicht gleichwertig nachgespielt werden könne, sodass die Verwendung des Originals erforderlich sei.<sup>825</sup> Diese Formel wies aufgrund der Unbestimmtheit des Rechtsbegriffs der Gleichwertigkeit nicht nur ähnliche Schwächen auf wie die Formel des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Einschränkung des Vervielfältigungsrechts; darüber hinaus ließ der Bundesgerichtshof ebenso offen, aus welcher Perspektive die Gleichwertigkeit zu beurteilen sei.<sup>826</sup>

Diese Unklarheiten hat der Bundesgerichtshof mit *Metall auf Metall IV* nun teilweise ausgeräumt – und lässt zudem gegenüber seiner vormals konservativen eine liberalere Haltung gegenüber neuen Kunstformen durchblicken. Es scheint, als hätte das wegweisende *Metall auf Metall*-Urteil des Bundesverfassungsgerichts dazu beigetragen, dass der Bundesgerichtshof die Interessen digital Kunstschaffender schwerer gegenüber denen der Rechteinhaber gewichtet.

<sup>823</sup> EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 35 – *Pelham u. a.*

<sup>824</sup> BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 27 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>825</sup> BGH, Urteil vom 20.11.2008, I ZR 112/06, GRUR 2009, 403, Rn. 23 – *Metall auf Metall I*; konkretisierend zu dem erforderlichen Grad der Ähnlichkeit der Selbsteinspielung sowie zu der Frage, ob ein subjektiver oder objektiver Maßstab anzulegen ist: BGH, Urteil vom 13.12.2012, I ZR 182/11, GRUR 2013, 614, Rn. 25 – *Metall auf Metall II*.

<sup>826</sup> Zu der Unzulänglichkeit dieser Rechtsprechung vgl. S. 246, 249 ff.

## c) Zwischenergebnis und Ausblick

## aa) Rechtsstreit „Metall auf Metall“

Wie eingangs betont, nahm der Bundesgerichtshof in *Metall auf Metall IV* abschließlich Stellung zu den Voraussetzungen, bei deren Vorliegen Rechte des Tonträgerherstellers durch Sampling verletzt werden. Er hob das Berufungsurteil auf und verwies die Rechtssache an das Oberlandesgericht Hamburg zurück.

Damit obliegt dem Berufungsgericht eine abschließende Entscheidung. Es wird auf Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs über den Ausgang des Rechtsstreits entscheiden, also über die Zulässigkeit des Samplings in dem Musiktitel *Nur mir*. Andeutungen des Bundesgerichtshofs, die dieser auf Grundlage der bisherigen Feststellungen des Oberlandesgerichts Hamburg in *Metall auf Metall IV* gemacht hat, deuten jedoch auf den wahrscheinlichen Ausgang in der Rechtssache hin, dass Kraftwerk ein drittes Mal obsiegen wird.

Ob der Rechtsstreit damit nach knapp zwanzig Jahren ein Ende finden oder ob weitere Gerichte die Gelegenheit bekommen werden, die gegenwärtige Rechtslage im Lichte des Samplings zu beurteilen bzw. rechtsgestalterisch tätig zu werden, bleibt abzuwarten. Ein mögliches Szenario besteht darin, dass die Beklagte bei einem erneuten Unterliegen eine weitere Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht anstrengen wird, um die vom Gerichtshof der Europäischen Union in *Pelham u. a.* entwickelte Definition zur „Erkennbarkeit“ auf die Vereinbarkeit mit deutschem Verfassungsrecht überprüfen zu lassen. Der Ausgang eines solchen Verfahrens erschien insbesondere vor dem Hintergrund des jüngsten Urteils des Bundesverfassungsgerichts interessant, in dem es Beschlüsse des Gerichtshofs der Europäischen Union zum Anleihenkaufprogramm der EZB im Rahmen der ultra-vires-Kontrolle als „methodisch zweifelhaft“ bezeichnete.<sup>827</sup>

## bb) Unionsrechtswidrigkeit von § 24 Abs. 1 UrhG

Mit *Metall auf Metall IV* hat der Bundesgerichtshof einen für die Praxis eindeutigen Weg eingeschlagen. § 24 Abs. 1 UrhG darf in Übereinstimmung mit dem Gerichtshof der Europäischen Union nicht mehr länger zur Beurteilung der Zulässigkeit von Nutzungshandlungen vorbestehender Werke herangezogen werden.

Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechtsschutzes ergeben sich ausschließlich aus dem Katalog in Art. 5 InfoSoc-Richtlinie. Damit kann dem Interesse digitaler Kulturschaffender ab dem 22. Dezember 2002 nur mit der Zitatschranke und der Schranke für Parodien und Pastiches Rechnung getragen werden. Wenngleich das *Metall auf Metall IV*-Urteil des Bundesgerichtshofs diese

---

<sup>827</sup> BVerfG, Urteil vom 05.05.2020, 2 BvR 859/15, Rn. 116 – *Staatsanleihenkaufprogramm*.

Misere durch Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben für Deutschland endgültig aufzeigt, legte der Gerichtshof der Europäischen Union den Grundstein für das Anwendungsverbot von § 24 Abs. 1 UrhG mit der Feststellung seiner Unionsrechtswidrigkeit.<sup>828</sup> Den nationalen Gerichten bietet sich künftig keine andere Möglichkeit, als der Vorgabe des höchsten europäischen Gerichts bei der Rechtsanwendung zu folgen.

In der Folge wird die deklaratorische Schutzzumfangbestimmung des § 24 Abs. 1 UrhG, die für transformative Werknutzungen ausdrücklich feststellt, dass die neue Gestaltung als selbständiges Werk im Sinne von § 24 Abs. 1 UrhG geschützt werden soll, in der Rechtsanwendung nicht mehr zum Tragen kommen. Dies ist ein harter Rückschlag für die Kulturindustrie und wird die Remixkultur, die mit dem Stilmittel des *Re-Use* gerade auf die erkennbare Übernahme und Einbindung vorbestehender Werke(-elemente) abzielt, nachhaltig prägen. Um dennoch den Interessen kunstschaftender Dritter hinreichend Rechnung zu tragen, wird es im deutschen Recht zukünftig besonders auf § 2 Abs. 2 UrhG ankommen: Der urheberrechtliche Schutzgegenstand des vorbestehenden Werkes muss – ähnlich dem Vorgehen des EuGH in *Pelham u. a.* und dem in § 24 Abs. 1 UrhG festgeschriebenen Gedanken – für transformative Werknutzungen begrenzt werden.<sup>829</sup>

#### *cc) Auswirkung der Rechtsprechung auf das weiter Vorgehen in dieser Arbeit*

Entgegen der Rechtsprechung des EuGH in *Pelham u. a.* und des BGH in *Metall auf Metall IV* ist § 24 Abs. 1 UrhG nicht unionsrechtswidrig. Das Institut der freien Benutzung unterfällt vielmehr schon nicht der mit der InfoSoc-RL angestrebten Vollharmonisierung.

§ 24 Abs. 1 UrhG ist eine Begrenzung des Bearbeitungsrechts immanent, sodass es sich bei der Vorschrift um eine Schutzzumfangregelung handelt, die nicht den von Art. 5 InfoSoc-Richtlinie geregelten Ausnahmen und Beschränkungen unterfällt.<sup>830</sup> Die Argumentation des Gerichtshofs der Europäischen Union vermag diese dogmatische Einordnung, die aus einer systematischen Betrachtung der Funktionsweise der in Rede stehenden Vorschrift und der Systematik des Urheberrechts resultiert, nicht zu entkräften. Sie lässt – wie bereits ausführlich dargelegt – „Hand und Fuß vermissen“.<sup>831</sup>

Aus diesem Grund kann der Argumentation des Gerichtshofs der Europäischen Union entgegen der Ansicht des Bundesgerichtshofs in *Metall auf Metall IV* nicht

<sup>828</sup> Dazu ausführlich an früherer Stelle auf S. 204 ff.

<sup>829</sup> Zu den Folgen des *Pelham u. a.*-Urteils nochmals an späterer Stelle auf S. 353 ff.

<sup>830</sup> Zu der systematischen Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG und den Argumenten für die Einordnung als Schutzzumfangbestimmung siehe S. 172 ff., 207 ff.

<sup>831</sup> Vgl. S. 207 ff.



gefolgt werden. Auf Grundlage der Unionskonformität von § 24 Abs. 1 UrhG wird im nächsten Schritt die Anwendungstauglichkeit der zum Tonträgersampling entwickelten Grundsätze zur Beurteilung der urheberrechtlichen Zulässigkeit von Memen untersucht.

### 5. Übertragbarkeit auf Meme

Um die urheberrechtliche Zulässigkeit von Memen zu ermitteln, wurde in einem ersten Schritt die zur Parodie ergangene Rechtsprechung herangezogen. An dieser Stelle folgt der zweite Schritt: Es ist zu untersuchen, ob die im Rahmen von *Germania 3*, *Metall auf Metall* und *Pelham u. a.* entwickelten Leitlinien auf Meme und andere digitale referenzielle Kunstwerke übertragbar sind.

#### a) Kunstspezifische Betrachtung bei digitalen referenziellen Kunstwerken

##### aa) Digitale Gestaltungstechnik

Sowohl das Sampling als auch Meme leben davon, dass Elemente des vorbestehenden Werkes derart in ein neues Werk eingebunden werden, dass sie integraler Bestandteil desselben werden. Hinzu tritt jeweils eine kreative Eigenleistung des Referenzkünstlers, die die entlehnten Elemente mit eigenen Elementen verschränkt.

Kennzeichnend für das Sampling und Meme ist die fortbestehende Sichtbarkeit des vorbestehenden Werkes, sodass Dritte einen Bezug zu ihm herstellen können. Anders als bei Parodien dient die Bezugnahme nicht der kritischen Auseinandersetzung, sondern sie ist Teil eines künstlerischen Schaffensprozesses. Die Einbindung vollzieht sich nicht auf inhaltlicher, sondern ästhetischer Ebene.

Diesen experimentellen Umgang mit vorbestehenden Werkelementen bezeichnet das Bundesverfassungsgericht in *Germania 3* und *Metall auf Metall* als eigenständiges künstlerisches Stil- und Gestaltungsmittel.<sup>832</sup> Da Memen und anderen digitalen referenziellen Kunstformen ein mit dem Sampling vergleichbarer künstlerischer Umgang zugrunde liegt, sind die zur kunstspezifischen Betrachtung von Ausnahmenvorschriften entwickelten Grundsätze auf sie übertragbar.<sup>833</sup>

<sup>832</sup> BVerfG, Beschluss vom 29. 06. 2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 152 – *Germania 3*; BVerfG, Urteil vom 31. 05. 2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 99 – *Metall auf Metall*.

<sup>833</sup> Zu demselben Ergebnis gelangen für die digitale Remixkultur *Kruedener*, ZGE 2016, 462, 469 ff.; *Leistner*, GRUR 2016, 772, 774; *Podszun*, GWR 2016, 256, 256; *Podszun*, ZUM 2016, 606, 607 ff.; *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 675; wohl ähnlich *Schonhofen*, GRUR-Prax. 2016, 277, 279.



### bb) Re-Use als genrespezifischer Aspekt

Meme zeichnen sich durch die Übernahme und kreative Einbindung vorbestehender Werkelemente aus. Sie erfassen zahlreiche Ausprägungen auf der Ebene des Inhalts und der Form, die die spezifische Haltung eines jeden Memes prägen. Aufgrund dieser Vielgesichtigkeit<sup>834</sup> lassen sich keine allgemeingültigen Aussagen zu den genrespezifischen Aspekten von Memen treffen.<sup>835</sup> Stattdessen ist auf die memetischen Fallgruppen<sup>836</sup> zurückzugreifen, anhand derer die prägenden Attribute und verwandten Muster systematisiert wurden, die sich auf der Ebene der Form und des Inhalts ergeben.<sup>837</sup> Abseits ihrer spezifischen Ausprägung vereint sie das *Re-Use* der vorbestehenden Werkelemente.<sup>838</sup> Als künstlerisches Stil- und Gestaltungsmittel ist es als genrespezifischer Aspekt der Memetik bei einer typisierenden kunstspezifischen Betrachtung zugrunde zu legen.

Dass beim Sampling im Regelfall nur ein kleiner Teil des geschützten Musikwerkes entlehnt wird, während bei Memen stellenweise das gesamte Werk oder aber große Teile desselben eingebunden werden, ist für die vergleichende Einordnung von Memen als Kunstwerke unbeachtlich.<sup>839</sup> Wie das Bundesverfassungsgericht ausführt, muss die Inanspruchnahme von Leistungen Dritter und damit auch der Umfang der entlehnten Elemente des Werkoriginals bei der Beurteilung, ob der Schutzbereich der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG betroffen ist, außer Betracht bleiben.<sup>840</sup> Die Quantität des entlehnten Elements im Vergleich zum gesamten Werk ist erst für die Frage relevant, ob die Kunstfreiheit des kunstschaffenden Dritten hinter die Eigentumsfreiheit zurücktreten muss.

### b) Urheberrecht statt Leistungsschutzrecht

Dem Urheberrecht liegt eine schöpferische Leistung zugrunde. Gegenüber dem ausschließlich vermögensrechtlich geprägten Leistungsschutzrecht weist es neben der vermögensrechtlichen Komponente eine urheberpersönlichkeitsrechtliche auf.<sup>841</sup>

<sup>834</sup> Vgl. S. 45 ff.

<sup>835</sup> Papastefanou, GRUR Newsletter 2018, 17, 17; Papastefanou, WRP 2019, 171, 173, der jedoch daraus die Folge zieht, dass die Ausführungen des BVerfG nicht auf andere referenzielle Kunstgattungen übertragbar seien.

<sup>836</sup> Vgl. S. 48 ff.

<sup>837</sup> Shifman, Meme, S. 58.

<sup>838</sup> Ausführlich zu dem Begriff des *Re-Use* auf S. 80 ff.

<sup>839</sup> Zu der Frage, inwieweit die vom BVerfG entwickelten Grundsätze auf Remixe übertragbar sind, obwohl es bei ihnen zu wesentlich umfangreicheren Übernahmen kommt, äußert sich Pötzlberger, GRUR 2018, 675, 675, 680 f. Er erblickt jedoch in der konkreten Werkübernahme ein innovatives Element der modernen Popukultur, das er als „kreatives Recycling“ bezeichnet.

<sup>840</sup> Vgl. S. 242 f.

<sup>841</sup> Zu den Unterschieden vom Urheber- und Leistungsschutz vgl. S. 239 f., 249 ff. Auch der BGH äußert sich abschließend zu der Frage, ob die im Rahmen seines Urteils zum ergänzenden

Es stellt sich die Frage, ob und inwieweit die im Rahmen von *Metall auf Metall* entwickelten Grundsätze auf die erlaubnisfreie Nutzung von Urheberrechten übertragbar ist. Neben den Ansätzen des Bundesverfassungsgerichts werden die vom Oberlandesgericht Hamburg und Bundesgerichtshof vorgeschlagenen Kriterien zur Bestimmung der Erforderlichkeit der Übernahme überprüft.

*aa) Quantität und Qualität der entnommenen Elemente*

Anders als das Oberlandesgericht Hamburg, das sich für eine quantitativ-qualitative Betrachtung zur Beurteilung der Zulässigkeit der Übernahme ausspricht<sup>842</sup>, lehnen der Bundesgerichtshof und das Bundesverfassungsgericht einen solchen Ansatz ab. Die Annahme einer Schutzrechtsverletzung dürfe nicht von der Qualität und Quantität der auf dem Tonträger festgelegten Töne im Vergleich zum gesamten Musikwerk abhängig gemacht werden.<sup>843</sup>

Eine solche Gegenüberstellung des entlehnten Werkteils mit dem gesamten Werk ist dem Urheberrecht allerdings nicht fremd.<sup>844</sup> Für die Frage, ob bei Memen eine Urheberrechtsverletzung durch § 16 UrhG oder § 23 UrhG vorliegt, kommt es auf die Individualität der neuen Gestaltung im Vergleich zum Originalwerk an. Gleiches gilt für § 24 Abs. 1 UrhG. Ob eine freie Benutzung vorliegt, setzt die Feststellung des Schutzbereichs des älteren Werkes voraus. Dieser Schutzbereich wird durch die die Schutzfähigkeit begründenden eigenschöpferischen Elemente und deren Eigentümlichkeitsgrad bestimmt und im nächsten Schritt der Neuschöpfung gegenübergestellt.<sup>845</sup>

Der Umfang des Werkteils im Vergleich zum gesamten Werk wirkt sich also auf den Schutzzumfang aus.<sup>846</sup> Die Quantität entfaltet aber nur Indizwirkung, da bei der Übernahme eines besonders großen Abschnittes die Wahrscheinlichkeit steigt, dass die Eigentümlichkeit des vorbestehenden Werkes in der neuen Gestaltung fortlebt. Entscheidend sind letztlich die eigenschöpferischen Merkmale beider Werke. Das Gleiche gilt für die Qualität eines Werkes. Sie entfaltet wie bei der Beurteilung von Kunst auch im Urheberrecht lediglich Indizwirkung, sodass sie allenfalls ergänzend herangezogen werden kann.<sup>847</sup>

---

Leistungsschutz getroffenen Aussagen auf das Urheberrecht übertragbar seien. Insbesondere mit Blick auf seine Ausführungen zu § 24 Abs. 1 UrhG bejaht er dies. Vgl. BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 87 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>842</sup> Dazu bereits auf S. 246.

<sup>843</sup> Vgl. S. 246, 249 f.

<sup>844</sup> Vgl. etwa BGH, Urteil vom 08.07.2004, I ZR 25/02, GRUR 2004, 855, 857 – *Hundefigur*; BGH, Urteil vom 16.05.2013, I ZR 28/12, GRUR 2014, 65, 70 – *Beuys-Aktion*.

<sup>845</sup> *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, § 24 UrhG Rn. 6.

<sup>846</sup> Vgl. S. 108 f.

<sup>847</sup> *Kempfen*, in: BeckOK-GG, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 164; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rn. 61 ff.

Die Beurteilung, ob ein selbständiges Werk vorliegt, lässt sich also bei schöpferischen Leistungen anders als bei unternehmerischen Leistungen feststellen. Der für die Bestimmung des Abstandes erforderlichen Gegenüberstellung beider Werke ist die Berücksichtigung der Quantität und Qualität in der Regel immanent.

Die Ausführungen zeigen, dass sich das vom Oberlandesgericht Hamburg entwickelte Kriterium der Quantität und Qualität zur Beurteilung der Zulässigkeit einer erlaubnisfreien Benutzung bereits sinngemäß im Urheberrecht wiederfindet. Die quantitativ-qualitative Betrachtungsweise weist zudem eine Parallele zum Designschutz auf. Nach § 38 Abs. 2 DesignG wird bei der Bestimmung des Schutzbereichs eines Designs ein Vergleich der prägenden Merkmale des neuen Musters mit dem vorbekannten Muster vorgenommen, wobei die Übernahme prägender Merkmale nicht schadet, wenn der Gesamteindruck durch die neue Kombination dieser Merkmale ein anderer ist.

Dieser Grundsatz lässt sich unmittelbar auf Meme übertragen: Trotz der äußeren Übernahme prägender Merkmale, erfahren sie durch die Neukomposition auf der Ebene des Inhalts oder der Form einen eigenen, selbständigen Charakter.<sup>848</sup>

#### *bb) Eigene Reproduktion*

Das vom Bundesgerichtshof entwickelte Kriterium zur eigenen Nachspielbarkeit<sup>849</sup>, von der die Anwendbarkeit des § 24 Abs. 1 UrhG abhängig sein soll, lässt sich dagegen nicht auf Urheberrechte übertragen.

Die auf eigenem Tätigwerden beruhende Reproduktion einer Rhythmussequenz, die als Musikwerk nach § 2 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 UrhG geschützt ist, stellt eine Verletzung des Vervielfältigungsrechts nach § 16 UrhG dar. Das Kriterium zur eigenen Nachspielbarkeit ist im Urheberrecht untauglich, um die Erforderlichkeit der Übernahme des vorbestehenden Werkes zu beurteilen.

#### *cc) Eingriffsintensität in die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG*

Das Bundesverfassungsgericht stellt in *Metall auf Metall* im Wesentlichen auf den ursprünglichen Regelungszweck von Leistungsschutzrechten ab, der im Investitionsschutz der unternehmerischen Leistung besteht.<sup>850</sup> Darauf Bezug nehmend, argumentiert es, dass dem Inhaber des Leistungsschutzrechtes lediglich ein angemessenes Entgelt zustehe und ihm kein umfassendes Verfügungs- und Vergütungsmonopol einzuräumen sei.

---

<sup>848</sup> Ausführlich dazu an späterer Stelle, vgl. S. 314 ff.

<sup>849</sup> Vgl. S. 247 f.

<sup>850</sup> Vgl. S. 255 f.

Diese Argumentation lässt sich aufgrund der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Implikationen des Urheberrechts nicht einschränkungslos übertragen. Die ideellen und materiellen Interessen des Urhebers sind derart eng miteinander verflochten, dass mit der Einschränkung des Verwertungsrechts eine Einschränkung des Urheberpersönlichkeitsrechts einhergeht (monistische Theorie).<sup>851</sup> Aufgrund dieses allumfassenden Schutzes sind deutlich höhere Anforderungen an die Einschränkungen der Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers nach §§ 15 ff. UrhG zu stellen.<sup>852</sup>

Dennoch zeigt § 24 Abs. 1 UrhG, dass eine Einschränkung des Verfügungs- und Verwertungsrechts des Urhebers möglich ist. Für künstlerische Gestaltungen begründet das Bundesverfassungsgericht die Einschränkung trotz der fortbestehenden Sichtbarkeit des vorbestehenden Werkes damit, dass die freie Benutzung Ausdruck der Kunstfreiheit im Urheberrechtsgesetz ist. Sie wiege in bestimmten Konstellationen schwerer als das Eigentumsrecht des Rechteinhabers.<sup>853</sup> Mit Blick auf den ursprünglichen Regelungskern von § 24 Abs. 1 UrhG, der in der Benutzung von urheberrechtlich geschützten Werken zur Schaffung neuen Kulturgutes besteht, lassen sich diese zum Leistungsschutz getroffenen Ausführungen übertragen.

Dies zeigen auch die Ausführungen in *Germania 3*, die sich ausschließlich auf die erlaubnisfreie Verwendung von urheberrechtlich geschützten Werken beziehen und denen die zeitlich nachfolgenden Ausführungen in *Metall auf Metall* gleichen. Insbesondere die bei einer Grundrechtsabwägung zu berücksichtigenden Leitlinien für die Untersuchung, ob nur ein geringfügiger Eingriff in Art. 14 GG vorliegt, ähneln einander. Jeweils steht die Frage – jedoch in *Germania 3* eingebettet in § 51 UrhG und mit Blick auf das Urheberrecht, bei *Metall auf Metall* dagegen im Hinblick auf das Tonträgerherstellerrecht – im Vordergrund, ob dem Rechteinhaber wirtschaftliche Nachteile entstehen könnten. Diese Rechtsprechungsparallele zeigt, dass die Kriterien auch bei der Verletzung von Urheberrechten und der Bestimmung der Eingriffsintensität in das Eigentumsrecht des Urhebers heranzuziehen sind.

Etwas anderes gilt für die ökonomische Betrachtungsweise des Schutzzwecks von Leistungsrechten. Die Annahme, der verfassungsrechtliche Schutz gebiete es nicht, dem Leistungsschutzinhaber jede nur denkbare wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit einzuräumen, sodass der Verbleib eines angemessenen Entgelts für seine Leistung ausreiche, greift nicht bei Urheberrechten. Stattdessen ist darauf abzustellen, ob die Gefahr von Absatzrückgängen aufgrund eines horizontalen Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem vorbestehenden und dem neuen Werk entsteht, sodass dem Urheber wirtschaftliche Nachteile drohen. Drohende Absatz-

<sup>851</sup> So die Gesetzesbegründung zum Urheberrechtsgesetz aus 1965: BT-Drucks. IV/270, 44.

<sup>852</sup> In der Sache ähnlich *Papastefanou*, GRUR Newsletter 2018, 17, 18; *Podszun*, ZUM 2016, 606, 609.

<sup>853</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 95 – *Metall auf Metall*.

rückgänge sind jedoch im Ergebnis zu vernachlässigen, wenn das neue Werk im Vergleich zum benutzten Werk einen anderen Charakter annimmt.<sup>854</sup>

### c) Zwischenergebnis

Es bleibt festzuhalten, dass bei Memen und anderen digitalen referenziellen Kunstformen, die nur teilweise eine kritische Auseinandersetzung mit dem Werkoriginal enthalten, eine kunstspezifische Betrachtung entsprechend den BVerfG-Entscheidungen *Germania 3* und *Metall auf Metall* durchzuführen ist.<sup>855</sup>

Dass dem *Metall auf Metall*-Urteil ein Sachverhalt zugrundelag, bei dem es um die Verletzung von Leistungs- und nicht Urheberrechten ging, steht einer Übertragung der vom Bundesverfassungsgericht vorgeschlagenen Lösungsansätze, wie vorstehend gezeigt, trotz der Wesensverschiedenheit beider Rechte größtenteils nicht entgegen. Dieses Ergebnis verblüfft nur teilweise, da das Bundesverfassungsgericht sein Urteil an zahlreichen Stellen durch unspezifische Formulierungen wie den „Rechteinhaber“ oder den „Nutzer eines Schutzgegenstandes“ begrifflich derart allgemein hält, dass die Erwägungen gleichermaßen auf Leistungsschutz- wie auch Urheberrechte übertragbar sind.<sup>856</sup>

Mit den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts geht jedoch kein „Freifahrtschein“ für die erlaubnisfreie Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte einher.<sup>857</sup> Das Bundesverfassungsgericht und der Gerichtshof der Europäischen Union stellen klar, dass digitale Kulturtechniken künstlerische Komponenten enthalten können und eröffnen die Möglichkeit, bei der Auslegung und Anwendung urheberrechtlicher Vorschriften einen offenen Abwägungsprozess durchzuführen.<sup>858</sup> Meme sind also im Rahmen der Auslegung urheberrechtlicher Vorschriften an den vom Bundesverfassungsgericht und Gerichtshof der Europäischen Union entwickelten Leitlinien in der Form zu messen, dass die Grundrechte aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG und Art. 14 GG im Wege der praktischen Konkordanz in Ausgleich zu bringen sind.

<sup>854</sup> Dazu ausführlich an späterer Stelle auf S. 320f., 344f. sowie bei der Schlussbetrachtung auf S. 351 f.

<sup>855</sup> Zu dem gleichen Ergebnis gelangt für Remix-Filme *Maier*, Remixe auf Hostingplattformen, S. 54.

<sup>856</sup> Siehe dazu ausführlich S. 250 ff.

<sup>857</sup> *Schonhofen*, GRUR-Prax. 2016, 277, 279.

<sup>858</sup> *Papastefanou*, WRP 2019, 171, 172, 174.

#### IV. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt der kunstspezifischen Betrachtung

Aus dem Urteil *Metall auf Metall* des Bundesverfassungsgerichts und dem *Pelham u. a.*-Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union ergeben sich zwei alternative gesetzliche Anknüpfungspunkte zu § 24 Abs. 1 UrhG für die erlaubnisfreie Werknutzung, die ebenfalls den Interessen des kunstschaffenden Dritten hinreichend Rechnung tragen sollen.<sup>859</sup>

Zum einen könnte diese durch eine Begrenzung des Schutzbereichs erfolgen, zum anderen durch die Anwendung des Zitatrechts. Die Ansätze werden dargestellt und dahingehend überprüft, ob sie geeignete gesetzliche Anknüpfungspunkte für die erlaubnisfreie Werknutzung bilden, oder ob die Vorzüge von § 24 Abs. 1 UrhG überwiegen. Überdies wird diskutiert, ob Regelungsbedarf im Hinblick auf die Schaffung einer eigenständigen Schrankenbestimmung oder der Modifikation bestehender Vorschriften besteht.

##### 1. Begrenzung des Schutzbereichs

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts kann eine verfassungskonforme Rechtsanwendung, die eine Nutzung von Tonaufnahmen zu Zwecken des Sampling ohne vorherige Lizenzierung erlaubt, auch durch eine einschränkende Auslegung von § 85 UrhG erreicht werden.<sup>860</sup> Sie setze voraus, dass der Schutz des Tonträgerherstellerrechts derart eng gefasst werde, dass digitale referenzielle Kunstformen wie das Sampling nicht von seinem Schutzbereich erfasst würden.

Auch der Gerichtshof der Europäischen Union befürwortet diesen Ansatz. Er spricht sich gegen die Verletzung des Vervielfältigungsrechts in Art. 2 InfoSoc-Richtlinie durch das Sampling aus<sup>861</sup>, sofern das entlehnte Audiofragment in geänderter und akustisch nicht wiedererkennbarer Form in einem neuen Werk genutzt werde.<sup>862</sup>

<sup>859</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 110 – *Metall auf Metall*.

<sup>860</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 110 – *Metall auf Metall*.

<sup>861</sup> Dazu ausführlich auf S. 267 f.

<sup>862</sup> Dass der EuGH dafür nicht bei dem Leistungsschutzrecht selbst, sondern bei dem Verwertungsrecht ansetzen will, liegt daran, dass die Leistungsschutzrechte bisher nicht harmonisiert wurden. Da Art. 2 lit. c InfoSoc-Richtlinie insoweit den einzigen unionsrechtlichen Ansatzpunkt bildet, ist der Vorschlag des EuGH eng verwandt mit dem Vorschlag des BVerfG, den Schutzbereich von § 85 UrhG enger auszulegen. EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 31 – *Pelham u. a.*

## a) Orientierung am Nutzungszweck

Es ist fraglich, wie sich eine solche Schutzbereichsbegrenzung umsetzen lässt. Ein möglicher Lösungsansatz besteht in der Aufspaltung der unternehmerischen Leistung des Tonträgerherstellers in eine wirtschaftliche und eine künstlerische Nutzung, die jeweils zu einer unterschiedlich starken Einschränkung des Leistungsschutzrechts führen.<sup>863</sup>

Der Bundesgerichtshof verneint eine an dem Nutzungszweck orientierte Unterscheidung: Die wirtschaftliche Leistung manifestiere sich in dem gesamten Tonträger, der daher vollumfänglich zu schützen sei.<sup>864</sup>

Das Bundesverfassungsgericht spricht sich dagegen unter Verweis auf den rein investitionsschützenden Regelungskern von § 85 UrhG für einen engen Schutzbereich des Tonträgerherstellerrechts aus: Es erstrecke sich nur auf wirtschaftliche und nicht auf künstlerische Nutzungen.<sup>865</sup> Damit befürwortet es die Aufspaltung des Schutzbereichs in wirtschaftliche und künstlerische Nutzungen.<sup>866</sup>

Daran anknüpfend wollen einige Literaturstimmen einen Eingriff in das Eigentumsrecht des Tonträgerherstellers durch das Sampling vollumfänglich verneinen oder ihm die Eingriffsschwere absprechen.<sup>867</sup> Sie befürworten also eine ökonomisch orientierte Begrenzung des Schutzbereichs von § 85 UrhG. Diese Überlegung ist für Leistungsschutzrechte naheliegend, da durch die einschränkende Auslegung des Tonträgerherstellerrechts die verfassungsrechtlichen Wertungen angemessen berücksichtigt werden, ohne in die Regelungssystematik des Urheberrechtsgesetzes einzugreifen.

## b) Einschränkung des Urheberrechts

Die Begrenzung des Schutzgegenstandes von Leistungsschutzrechten zur Begründung einer erlaubnisfreien Nutzung der geschützten Leistung ist aufgrund der ökonomisch geprägten Betrachtungsweise nicht ohne weiteres auf das Urheberrecht übertragbar.

Die ökonomische Betrachtungsweise lässt die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Belange außer Betracht, da sie ihre enge Verflechtung mit den Verwertungsrechten des Urhebers ignoriert. Der enge Persönlichkeitsbezug des Urheberrechts ginge durch die Beschränkung des Schutzbereichs auf wirtschaftliche Nutzungen ver-

<sup>863</sup> Kruedener, ZGE 2016, 462, 472.

<sup>864</sup> BGH, Urteil vom 20. 11. 2008, IZR 112/06, GRUR 2009, 403, Rn. 13 – *Metall auf Metall I*.

<sup>865</sup> BVerfG, Urteil vom 31. 05. 2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 72 – *Metall auf Metall*.

<sup>866</sup> Vgl. S. 250.

<sup>867</sup> Hoeren, MMR 2016, 469, 469; Kruedener, ZGE 2016, 462, 472 ff., 476, der zu diesem Zwecke den rechtlichen Rahmen näher konkretisieren will; diesen Lösungsweg präferiert ebenfalls mit „leichter Tendenz“ Leistner, GRUR 2016, 772, 777.

loren, da sie die als Ausschließlichkeitsrechte ausgeprägten Verwertungsrechte auf einen rein ökonomischen Kern reduzierte. Sie lässt außer Betracht, dass unabhängig vom Nutzungszweck die ideellen Interessen des Urhebers an seinem Werk betroffen sind. Der individuelle Geist des Urhebers manifestiert sich in dem gesamten Werk, sodass sich der Schutzbereich anders als beim Leistungsschutzrecht nicht aufspalten lässt.

Dennoch ist die Vorgehensweise als solche, den Schutzbereich unter konkreten Gesichtspunkten einzuschränken, dem Urheberrecht nicht fremd: Die freie Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG schränkt als Schutzzumfangbestimmung ebenfalls den Schutzzumfang des benutzten Werkes ein.<sup>868</sup> Daraus folgt, dass der Schutzzumfang eines Werkes nur so weit reicht, wie noch keine selbständige persönliche geistige Schöpfung geschaffen wurde. Infolgedessen geht auch mit der Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG die Begrenzung des Schutzzumfangs der Werkvorlage einher.

Dieses Ergebnis beruht jedoch nicht auf einer ökonomischen Betrachtungsweise, sondern ist Ausfluss der Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG. Dennoch gleicht das Ergebnis dem vom Bundesverfassungsgericht vorgeschlagenen und vom Gerichtshof der Europäischen Union begangenen Lösungsweg.<sup>869</sup> Bei Befolgung dieses Ansatzes schließt sich also der Kreis der erlaubnisfreien Werknutzung: Unabhängig davon, ob die Werkvorlage sichtbar bleibt und ein äußerer oder innerer Abstand vorliegt, vereint § 24 Abs. 1 UrhG zwei der vom Bundesverfassungsgericht vorgeschlagenen verfassungskonformen Lösungsansätze für die hinreichende Berücksichtigung der Kunstfreiheit im Anwendungsbereich des Urheberrechtsgesetzes.

## 2. Anwendung des Zitatrechts

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts kann die Kunstfreiheit auch im Rahmen von § 51 UrhG hinreichend berücksichtigt werden.<sup>870</sup> Dies hat auch der Gerichtshof der Europäischen Union gesehen, der sich in seiner *Pelham u. a.* Entscheidung in der fünften Vorlagefrage mit der Anwendungstauglichkeit der in Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-Richtlinie verankerten Zitatschranke auseinandergesetzt hat.<sup>871</sup>

<sup>868</sup> Zur Einordnung als Schutzzumfangbestimmung vgl. S. 172 ff., 198 ff., 309 f.

<sup>869</sup> Der Ansatz des EuGH besteht darin, das Vervielfältigungsrecht einzuschränken, vgl. S. 271 ff.

<sup>870</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 110 – *Metall auf Metall*; ebenso OLG Brandenburg, Urteil vom 15. 10. 1996, 6 U 177/96, NJW 1997, 1162, 1163 – *Stimme Brecht*; *Virreira Winter*, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, S. 281.

<sup>871</sup> EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 66 – *Pelham u. a.*; durch diese europäische Vorgabe veranlasst, prüft auch der BGH, ob die Zitatschranke beim Sampling herangezogen werden kann. Er verneint dies jedoch, da für den Hörer die Quelle des Zitats nicht identifizierbar sei: BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 50 – *Metall auf Metall IV*.



a) Unanwendbarkeit bei Zugrundelegung  
eines engen Vervielfältigungsbegriffs

Es ist zu beachten, dass die Anwendung von § 51 UrhG eine Vervielfältigungshandlung voraussetzt.

In der Rechtsprechung wird von einem weiten Vervielfältigungsbegriff ausgegangen, der neben der reinen Reproduktion auch umgestaltende Vervielfältigungen erfasst.<sup>872</sup> Bei Zugrundelegung dieses weiten Anwendungsbereichs von § 16 UrhG ist es naheliegend, dass sowohl das Oberlandesgericht Hamburg<sup>873</sup> als auch das Bundesverfassungsgericht<sup>874</sup> das Zitatrecht zur Legitimierung einer Rechtsverletzung durch das Tonträgersampling heranzogen.

Nach hier vertretener Ansicht gilt indes ein enger Vervielfältigungsbegriff, der nur identische oder geringfügig vom Originalwerk abweichende Werkwiedergaben erfasst.<sup>875</sup> Bei Zugrundelegung dieses Vervielfältigungsbegriffs liegt beim Tonträgersampling aufgrund der mit der Wiedergabe verbundenen, essentiellen Veränderungen der entnommenen Tonaufnahme regelmäßig keine Vervielfältigung im Sinne von § 16 UrhG vor. In Betracht kommt allenfalls eine Umgestaltung nach § 23 UrhG, auf die die §§ 44a ff. UrhG nicht anwendbar sind.<sup>876</sup> Weist die neue Gestaltung einen hinreichenden Abstand zu dem vorbestehenden Werk auf, kommt zudem – nach hiesiger Ansicht insbesondere<sup>877</sup> – eine freie Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG in Betracht, sodass schon das Vorliegen einer Urheberrechtsverletzung zu verneinen ist.

Die dargelegte Unanwendbarkeit von § 51 UrhG gilt nicht nur für das Tonträgersampling, sondern für jede andere digitale referenzielle Kunstform – auch für Meme<sup>878</sup>. Um dennoch alle vom Bundesverfassungsgericht und Gerichtshof der Europäischen Union vorgeschlagenen Lösungsansätze zur Einbindung einer kunstspezifischen Betrachtung im Rahmen der Auslegung urheberrechtlicher Ausnahmevorschriften zu berücksichtigen, wird nachfolgend das Zitatrecht aus § 51 UrhG in Hinblick auf seine Anwendungstauglichkeit auf digitale referenzielle Kunstgattungen untersucht.

<sup>872</sup> Zu diesem Vervielfältigungsbegriff vgl. S. 149 f.

<sup>873</sup> OLG Hamburg, Beschluss vom 18. 04. 1991, 3 W 38/91, GRUR Int. 1992, 390; OLG Hamburg, Urteil vom 16. 05. 1991, 3 U 237/90 1992, 746; OLG Hamburg, Urteil vom 04. 03. 1999, 3 U 169/98, GRUR 1999, 714 – *Bauhaus-Glasleuchte*.

<sup>874</sup> BVerfG, Beschluss vom 29. 06. 2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149 – *Germania 3*; BVerfG, Urteil vom 31. 05. 2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74 – *Metall auf Metall*.

<sup>875</sup> Vgl. dazu ebenfalls S. 149 f. sowie S. 158 ff.

<sup>876</sup> Zu diesem essenziellen Unterschied der §§ 16, 23 UrhG bereits auf S. 123 f.

<sup>877</sup> Dazu im Hinblick auf Meme ausführlich an späterer Stelle, vgl. S. 314 ff.; zudem wird eine Zweifelsregelung zur Abgrenzung der §§ 23, 24 UrhG entwickelt, vgl. S. 326 ff.

<sup>878</sup> Zu der Frage, wann bei Memen eine Vervielfältigung vorliegt vgl. S. 160.

## b) Leistungsschutzrechte

Die Heranziehung des Zitatrechts ist insbesondere mit Blick auf den im Tonträgerherstellerrecht in § 85 Abs. 4 UrhG verankerten Verweis auf die inhaltlichen Schrankenbestimmungen der §§ 44a ff. UrhG naheliegend. Der Verweis zeigt, dass die Schrankenbestimmungen auf Leistungsschutzrechte anwendbar sind. Zugleich deutet der Gerichtshof der Europäischen Union darauf hin, dass der Gesetzgeber aufgrund der schlechten Teilbarkeit wirtschaftlicher Leistungen ausschließlich mit einer konsumtiven Werknutzung derselben durch Vervielfältigungen rechnete. Andernfalls würde § 85 Abs. 4 UrhG für transformative Werknutzungen ergänzend auf § 24 Abs. 1 UrhG verweisen.

Das Sampling lässt sich auf den ersten Blick als konsumtive Werknutzung einordnen, die aus einer Vervielfältigung nach § 16 UrhG resultiert. Dass in der kreativen Einbindung der Tonsequenzen häufig eine eigene schöpferische Leistung des Samplers zu erblicken ist, zeigt sich erst auf den zweiten Blick.<sup>879</sup> Da es zudem bei dem *Metall auf Metall* zugrundeliegenden Rechtsstreit um die Verletzung eines Leistungsschutzrechts geht, ist § 51 UrhG mit Blick auf den eindeutigen Verweis in § 85 Abs. 4 UrhG eine naheliegende und interessengerechte Lösung.<sup>880</sup>

Sie trägt der Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 GG Rechnung und bietet einen gesetzlichen Anknüpfungspunkt für die Auseinandersetzung mit bestehenden Werken. Überdies zeigt die *Germania 3*-Entscheidung, dass die Zitatfreiheit einer kunstspezifischen Betrachtung zugänglich und damit über eine bloße Belegfunktion hinaus anwendbar ist. § 51 UrhG bildet damit für das Tonträgerherstellerrecht einen Lösungsansatz, der unmittelbar im Urheberrechtsgesetz angelegt ist und keiner ergänzenden Argumentationsumwege bedarf.

Es ist fraglich, ob dieser Ansatz auch für andere Leistungsschutzrechte gilt, die bei Memen betroffen sein können. Dies ist für andere wirtschaftlich orientierte Leistungsschutzrechte wie etwa dem Schutz von Veranstaltern von Darbietungen ausübender Künstler (§ 81 UrhG), Sendeunternehmen (§ 87 UrhG) und Filmherstellern (§§ 94, 95 UrhG) zu bejahen. Ein abweichendes Ergebnis ergibt sich jedoch für den Leistungsschutz von Lichtbildern.

Nach § 72 UrhG sind die Vorschriften des ersten Teils, und damit auch die Schrankenbestimmungen der §§ 44a ff. UrhG, entsprechend auf Lichtbilder anzuwenden.<sup>881</sup> Schutzgegenstand des Lichtbildschutzes ist anders als beim Tonträgerherstellerrecht nicht die unternehmerische Leistungen wirtschaftlicher, organisatorischer und technischer Art, sondern eine persönliche Leistung.<sup>882</sup> Wie der Verweis

<sup>879</sup> Zu dem Ergebnis, dass eine transformative Werknutzung vorliegt, gelangen auch: EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 70 – *Pelham u. a.*; BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 53 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>880</sup> Diesen Ansatz befürwortet auch *Wagner*, MMR 2016, 513, 518.

<sup>881</sup> Zum Lichtbildschutz bereits an früherer Stelle, vgl. S. 91 f.

<sup>882</sup> *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, Vor §§ 70 ff. UrhG Rn. 2; vgl. zudem die Ausführungen auf S. 249.

auf den ersten Teil des Urheberrechtsgesetzes zeigt, sind auch die Vorschriften zur Urheberschaft und zum Urheberpersönlichkeitsrecht anwendbar, sodass § 72 UrhG neben wirtschaftlichen auch die ideellen Interessen des Lichtbildkünstlers an der neuen Gestaltung schützt. Der Unterschied zum urheberrechtlichen Schutz besteht lediglich darin, dass das Lichtbild ein geringeres Individualitätsmaß aufweist. Als nicht-originale Leistung überschreitet es nicht die Schutzwelle von § 2 Abs. 2 UrhG.

Trotz dieses Unterschieds stellen sich bei der Anwendbarkeit von § 51 UrhG auf den Lichtbildschutz ähnliche Fragen wie bei einem eigenen schöpferischen Tätigwerden, um das es im nächsten Schritt dieser Untersuchung geht. Die nachfolgenden Überlegungen sind auf den Lichtbildschutz nach § 72 UrhG zu übertragen.

### c) Schutz von Werken

Während die Argumente für die Anwendbarkeit von § 51 UrhG auf wirtschaftlich orientierte Leistungsschutzrechte und – wegen der fehlenden Planwidrigkeit<sup>883</sup> der Regelungslücke<sup>884</sup> – gegen § 24 Abs. 1 UrhG sprechen, muss es bei der Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke bei § 24 Abs. 1 UrhG verbleiben.<sup>885</sup>

Beim Sampling und anderen digitalen referenziellen Kunstformen wie Memen liegt der Schwerpunkt auf der Art und Weise der Werknutzung. Dies zeigt die Einordnung als künstlerisches Stil- und Gestaltungsmittel, das entweder auf inhaltlicher oder ästhetischer Ebene operiert.<sup>886</sup> Auf den Nutzungszweck, der die wesentliche Anwendungsvoraussetzung von § 51 UrhG bildet, kommt es nicht an.<sup>887</sup>

Die Selbständigkeit der Neuschöpfung resultiert nicht aus der unveränderten Einbettung der Werkelemente, sondern aus der kreativen Einbindung, die wesentliche Veränderungen an den entlehnten Elementen voraussetzt. Sie sind streng von der für § 51 UrhG typischen Vielfältigkeit zu unterscheiden, da sie aufgrund ihrer Schöpfungsqualität zumindest die Anforderungen an eine Bearbeitung nach § 23 S. 1 Var. 1 UrhG erfüllen. Es ist daher nur folgerichtig, die Zulässigkeit einer transformativen Werknutzung anhand von § 24 Abs. 1 UrhG zu beurteilen.<sup>888</sup> In der

<sup>883</sup> Vgl. die entsprechenden Ausführungen zur Privilegierungsbedürftigkeit der Parodie durch die entsprechende Anwendung von § 51 UrhG auf S. 193 ff.

<sup>884</sup> Gemeint ist die in § 85 Abs. 4 UrhG angelegte Regelungslücke. Sie resultiert aus dem fehlenden Verweis auf § 24 UrhG für die Auseinandersetzung mit bestehenden Werken, an denen Leistungsschutzrechte bestehen.

<sup>885</sup> Den Vorzug von § 24 UrhG gegenüber § 51 UrhG erkennen auch: *Gelke*, Mashups im Urheberrecht, S. 155; *Maier*, Remixe auf Hostingplattformen, S. 53.

<sup>886</sup> Siehe zur Funktionsweise des *Re-Use* auf S. 287 ff.

<sup>887</sup> Zu den Unterschieden von § 24 Abs. 1 UrhG im Vergleich zu den §§ 44a ff. UrhG, die einen spezifischen Nutzungszweck voraussetzen, vgl. S. 175 ff.

<sup>888</sup> v. *Becker*, GRUR 2004, 104, 109; ebenso *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 51 UrhG Rn. 15; *Spindler*, in: *Schrickler/Loewenheim*, § 51 UrhG Rn. 18, 31 f.; *Hilty/Senftleben*, in: *FS: 50 Jahre UrhG*, S. 318, 324.

Folge kommt es auf die Abgrenzung zwischen einer Bearbeitung und einer freien Benutzung nach §§ 23, 24 UrhG an.

Diese Unterscheidung zwischen der Anwendung des Zitatrechts und einer vorgeschalteten Begrenzung des Schutzgegenstandes befürwortet auch der Gerichtshof der Europäischen Union in *Pelham u. a.*<sup>889</sup> Das Originalwerk werde durch eine eigene schöpferische Leistung derart in das neue Werk integriert, dass die für ein Zitat erforderliche Interaktion mit dem zitierten Werk aufgrund seiner fehlenden Erkennbarkeit in der Regel zu verneinen sei.<sup>890</sup> Der Gerichtshof der Europäischen Union gelangt also ebenfalls zu dem Ergebnis, dass das Zitatrecht nach Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-Richtlinie bei Veränderungen nicht greift.

Für das Zitatrecht verbleibt damit ein geringer Anwendungsbereich.<sup>891</sup> Er ist auf Änderungen an der Werkvorlage zu beschränken, die derart geringfügig sind, dass sie Vervielfältigungen im Sinne von § 16 UrhG sind.<sup>892</sup> Erst wenn die eigene Leistung des Dritten keine ausreichende Schöpfungshöhe aufweist, um eigenständig urheberrechtlich geschützt zu sein, besteht eine Parallele zu den Schrankenbestimmungen der §§ 44a ff. UrhG. Diese Voraussetzung ist auch bei Umgestaltungen nach § 23 S. 1 Var. 2 UrhG gegeben. Mit einem Zitat und dessen Einbindung in das neue Werk gehen zwangsläufig Veränderungen des zitierten Werkes einher.<sup>893</sup> Vor diesem Hintergrund darf der Anwendungsbereich von § 51 UrhG nicht auf reine Vervielfältigungen beschränkt werden, sondern muss auch Umgestaltungen erfassen.

Es verbleibt damit bei dem folgenden Grundsatz: Reicht der Veränderungsgrad für eine freie Benutzung nicht aus, richtet sich die Einwilligungsbefähigung nach § 51 UrhG. Bleibt das benutzte Werk dagegen kein Fremdkörper, sondern geht in dem neuen Werk vollständig auf, greift § 24 Abs. 1 UrhG.<sup>894</sup> Maßgeblich für die Abgrenzung der Anwendungsbereiche ist somit die Frage, ob lediglich eine Inter-

<sup>889</sup> EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 71 – *Pelham u. a.*

<sup>890</sup> EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 73 – *Pelham u. a.*

<sup>891</sup> Zu diesem Ergebnis gelangt auch *Fischer*, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 75, die jedoch insbesondere mit der Vorgabe aus § 62 UrhG zur Quellenangabe argumentiert; wohl genauso *Haas*, Die Verwendung von Bearbeitungen urheberrechtlich geschützter Werke, S. 143, die das Zitatrecht bevorzugt beim Musiksampling anwenden will, während das Bearbeitungsrecht bzw. die freie Benutzung nicht passen würden.

<sup>892</sup> Insoweit gilt das zur Parodie Gesagte auf S. 194 f. Zur Abgrenzung zwischen einer Vervielfältigung nach § 16 UrhG (Stufe null im System der abhängigen Schöpfungen) und einer Umgestaltung nach § 23 S. 1 Var. 2 UrhG (Stufe 1) vgl. S. 158 ff.

<sup>893</sup> Dass Modifikationen einem Zitat immanent sind, zeigt der dem Rechtsstreit *Germania 3* zugrundeliegende Sachverhalt. Vgl. BVerfG, Beschluss vom 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149 – *Germania 3*; ebenso OLG Brandenburg, Urteil vom 15. 10. 1996, 6 U 177/96, NJW 1997, 1162 – *Stimme Brecht*; kritisch hingegen OLG München, Urteil vom 26.03.1998, 29 U 5758/97, ZUM 1998, 417 – *Germania 3*; vgl. zu den Hintergründen des Rechtsstreits S. 236 f.

<sup>894</sup> Einen solchen Maßstab legen ebenfalls an: BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 53 – *Metall auf Metall IV*; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 24 UrhG Rn. 2; *Ohly*, GRUR 2017, 964–969, 968.

aktion mit dem vorbestehenden Werk angestrebt wird, es aber als fremder Bestandteil erkennbar bleibt. Ist das vorbestehende Werk hingegen nicht erkennbar, sondern geht in dem neuen Werk auf, ist § 51 UrhG zu verneinen.<sup>895</sup>

Für diese Abgrenzung spricht, dass bei nur unwesentlichen Änderungen weniger die Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG als die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG betroffen ist. Die auf das Stilmittel des *Re-Use* zurückgreifenden Werknutzungen dienen einem Kommunikationszweck, da sie den Austausch mit der Werkvorlage bezwecken. Dies entspricht der mit einem Zitat einhergehenden Belegfunktion.

### 3. Eigenständiger Privilegierungstatbestand

Als weitere Alternative zu den bestehenden gesetzlichen Anknüpfungspunkten ist zu diskutieren, ob eine neue Vorschrift in das Urheberrechtsgesetz eingeführt werden soll, die neben Parodien andere digitale referenzielle Kunstformen privilegiert.<sup>896</sup> Wie bereits für Parodien dargestellt, ist die Einführung eines eigenständigen Privilegierungstatbestandes jedoch in Ermangelung einer Regelungslücke und der mit festgelegten Tatbestandsvoraussetzungen einhergehenden Inflexibilität abzulehnen.

#### a) Fehlende Regelungslücke

Die Notwendigkeit einer neuen Vorschrift besteht nur, wenn die Privilegierung einer erlaubnisfreien transformativen Werknutzung im Urheberrechtsgesetz nicht vorgesehen ist. Eine solche Regelungslücke ist zu verneinen.

§ 24 Abs. 1 UrhG regelt die Benutzung vorbestehender Werke und stellt Tatbestandsvoraussetzungen auf, anhand derer die Zulässigkeit der Werknutzung zu beurteilen ist. Dass die Judikative und Legislative diese Einschätzung teilen, zeigt

<sup>895</sup> So auch EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 73 – *Pelham u. a.*; BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 54 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>896</sup> Der Vorschlag entspricht demjenigen für die Privilegierungsbedürftigkeit von Parodien, der auf S. 191 dargestellt wurde. Die herausgearbeiteten Vor- und Nachteile sind insofern übertragbar, vgl. S. 192 ff. Zu der Frage, ob eine Generalklausel ähnlich der Fair-Use Doktrin eine taugliche Alternative zu einem spezifisch formulierten Privilegierungstatbestand ist, vgl. *Haas*, Die Verwendung von Bearbeitungen urheberrechtlich geschützter Werke, S. 160. Es ist jedoch zu beachten, dass diese Ausführungen für das schweizer Urheberrecht gelten, während im deutschen Urheberrecht ähnlich wie in der InfoSoc-Richtlinie stets von einem enumerierten Schrankenkatalog ausgegangen wird, der den Nutzungszweck und die Nutzungsweise des Werkes konkret benennt und damit das Gegenteil von einer Generalklausel ist; auf die Möglichkeit des Einfügens eines neuen Privilegierungstatbestandes weist indes unter Verweis auf das *Pelham*-Urteil des EuGH und die daraus folgende Unanwendbarkeit von § 24 Abs. 1 UrhG hin *Loewenheim/Leistner*, in: *Schricker/Loewenheim*, § 2 UrhG Rn. 93.

die nachfolgende Untersuchung der höchstrichterlichen und verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung sowie Gesetzgebungsverfahren auf nationaler und unionsrechtlicher Ebene.<sup>897</sup>

## aa) Nationale Bestrebungen

### (1) Judikative

In den Urteilen *Promis auf fett getrimmt*<sup>898</sup> und *Metall auf Metall*<sup>899</sup> sprechen sich der Bundesgerichtshof und das Bundesverfassungsgericht mittelbar für das Festhalten an den vorhandenen gesetzlichen Regelungen aus. Den rechtlichen Ausgangspunkt der Überlegungen zur Parodie und zum Sampling bildete in beiden Urteilen § 24 Abs. 1 UrhG. Bestünde aus Rechtsprechungssicht Regelungsbedarf, hätten der Bundesgerichtshof oder das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf die InfoSoc-Richtlinie und das *Deckmyn*-Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union zumindest auf das Bestehen einer Regelungslücke hingewiesen. Ein solcher Hinweis ist jedoch unterblieben. Stattdessen arbeiteten beide Gerichte mit den bereits vorhandenen Vorschriften im Urheberrechtsgesetz und legten sie unter Berücksichtigung übergeordneter verfassungsgerichtlicher Gesichtspunkte aus.

In seinem jüngsten Urteil *Metall auf Metall IV* zieht der Bundesgerichtshof erstmals im Zusammenhang mit referenziellen Kunstformen einen anderen Privilegierungstatbestand in Betracht.<sup>900</sup> Er verweist für das Sampling auf Art. 5 Abs. 3 lit. k Var. 3 InfoSoc-Richtlinie, der eine eigenständige Schrankenregelung für die Nutzung von Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zum Zwecke von Pastiche vorsehe.<sup>901</sup> Weitergehende Ausführungen zu den Voraussetzungen einer solchen Schrankenregelung und eine Bestimmung des Pastichebegriffs sind unterblieben. Zu diesen hat auch kein Anlass bestanden, da der deutsche Gesetzgeber von der Umsetzungsmöglichkeit einer solchen Schrankenregelung in deutsches Recht – bis heute – keinen Gebrauch gemacht hat.<sup>902</sup> Es sei „grundsätzlich allein Sache des Gesetzgebers und nicht der Gerichte, darüber zu entscheiden, ob von der Möglich-

<sup>897</sup> Hilty, in: FS Schulze, S. 127, 132; vgl. auch Hilty/Senftleben, in: FS: 50 Jahre UrhG, S. 318, 322 f.

<sup>898</sup> BGH, Urteil vom 28.07.2016, I ZR 9/15, GRUR 2016, 1157 – *Promis auf fett getrimmt*.

<sup>899</sup> BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74 – *Metall auf Metall*.

<sup>900</sup> BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 65 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>901</sup> Der BGH stellt jedoch zugleich klar, dass es im deutschen Urheberrecht mit § 24 Abs. 1 UrhG bereits eine Schranke für Parodien gebe, sodass insoweit keine Regelungslücke anzunehmen sei. Vgl. BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 61 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>902</sup> Im vorliegenden Fall bestand indes auch kein Anlass dazu. Der BGH verweist darauf, dass die Parodieschranke nicht einschlägig sei, weil der deutsche Gesetzgeber von der Möglichkeit, eine eigenständige Schrankenregelung für die Nutzung von Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zum Zwecke von Pastiche vorzusehen, keinen Gebrauch gemacht habe: BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 65 – *Metall auf Metall IV*.

keit der Umsetzung einer Schrankenregelung ins innerstaatliche Recht Gebrauch gemacht werden soll.“

Ob dieser Verweis des Bundesgerichtshofs auf eine Schrankenregelung für Pastiche Ausdruck eines Sinneswandels im Hinblick auf den Bestand einer Regelungslücke und eine Handlungsempfehlung an den deutschen Gesetzgeber ist, lässt sich nicht abschließend sagen. In *Pelham u. a.* musste sich der Bundesgerichtshof erstmals der Frage widmen, wie sich die Unionsrechtswidrigkeit von § 24 Abs. 1 UrhG entstandene Lücke im deutschen Urheberrecht schließen lässt.<sup>903</sup> Wie die Rechtsprechung mit der neuen Rechtslage umgehen und für welchen Weg sie sich entscheiden wird, bleibt abzuwarten. In Betracht kommt entweder – in Fortsetzung der eigenen Rechtsprechung – eine rechtsgestalterische Fortentwicklung vorhandener Regelungen, oder aber eine neuen Vorschrift.<sup>904</sup> Freilich setzt letztgenannte Alternative voraus, dass der deutsche Gesetzgeber eine eigenständige Schrankenregelung für die Nutzung von Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zum Zwecke von Pastiche in Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 lit. k Var. 3 InfoSoc-Richtlinie einführt.

## (2) Legislative

Der nationale Gesetzgeber initiierte in der Vergangenheit diverse Änderungen des Urheberrechtsgesetzes.<sup>905</sup> Die Einführung einer neuen Schrankenregelung war bislang jedoch nicht enthalten.

Dies hat sich mit der Veröffentlichung des zweiten Diskussionsentwurfs am 24. Juni 2020, dem „Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des Digitalen Binnenmarktes“, geändert. Dieser enthält mit § 51a UrhG-E eine Parodie- und Pastiche-schranke nach dem Vorbild von Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie. Ob es jedoch bei dieser Vorschrift bleibt, oder ob sich die Regelungssystematik des Entwurfs im Laufe des Gesetzgebungsprozesses – also sowohl der Inhalt als auch die vorgesehene Platzierung von § 51a UrhG-E im sechsten Abschnitt des Urheberrechtsgesetzes – ändern wird, bleibt abzuwarten.<sup>906</sup>

<sup>903</sup> Ausführlich zu dem Urteil und der Bedeutung für das deutsche Urheberrecht auf S. 278 ff.

<sup>904</sup> Welche Privilegierungsmöglichkeiten sich aus Art. 5 Abs. 3 lit. k Var. 3 InfoSoc-Richtlinie für digitale Kunstschaffende ergeben, wird an späterer Stelle auf S. 346 ff. diskutiert.

<sup>905</sup> So etwa das Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft, 01.03.2018, BGBl I 2017/61, wonach die §§ 60a ff. in das UrhG eingefügt wurden; ebenso das Gesetz zur Umsetzung der Marrakesch-Richtlinie über einen verbesserten Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken zugunsten von Menschen mit einer Seh- oder Lesebehinderung, 04.12.2018, BGBl I 2018/40, wonach die §§ 45a ff. in das UrhG eingefügt wurden.

<sup>906</sup> Zu der Urheberrechtsnovelle und der Bewertung derselben vgl. S. 353 ff.



### bb) Europäische Bestrebungen

Auch auf unionsrechtlicher Ebene werden keine Bestrebungen deutlich, einen weiteren Privilegierungstatbestand in Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie aufzunehmen.

#### (1) Judikative

Ausschließlich der EuGH-Generalanwalt wies in seinen Schlussanträgen zu *Pelham u. a.* darauf hin, dass er ein Tätigwerden des Richtliniengabers in der nahen Zukunft für die Privilegierung bestimmter Nutzungsformen wie das Sampling nicht für ausgeschlossen halte.<sup>907</sup> Dieser Einwurf wurde jedoch vom Gerichtshof der Europäischen Union bei seiner Argumentation in *Pelham u. a.* übergangen.<sup>908</sup> Daraus lässt sich folgern, dass auf Unionsebene keine ernsthaften Bestrebungen eines zeitnahen Tätigwerdens des Unionsgesetzgebers bestehen.

#### (2) Legislative: EU-Urheberrechtsreform

##### (a) Übereinstimmendes Regelungsziel

Eindeutig gegen ein baldiges Tätigwerden des Richtliniengabers auf europäischer Ebene spricht die Richtlinie (EU) 2019/790 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG (DSM-Richtlinie).

Sie ist das Ergebnis ausführlicher Diskussionen auf nationaler und unionsrechtlicher Ebene, die im Zusammenhang mit der durch die DSM-Richtlinie von langer Hand geplanten EU-Urheberrechtsreform stehen.<sup>909</sup> Den Kern der Diskussionen

<sup>907</sup> EuGH-Generalanwalt, Schlussantrag vom 12. 12. 2018, C-476/17, ECLI EU:C:2018:1002, Rn. 98 – *Pelham u. a.*; ebenso auf ein Tätigwerden des Gesetzgebers pocht *Ohly*, GRUR 2017, 964–969, 969; allgemeiner zu dem „Dilemma“ der freien Benutzung *Ohly*, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, F5-F129, F 88.

<sup>908</sup> Obwohl der Generalanwalt ausdrücklich auf diese Option hinweist, löst der EuGH das Problem unter Zuhilfenahme eines Interessen- und Rechtsausgleichs, vgl. EuGH, Urteil vom 29. 07. 2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, 37 – *Pelham u. a.*

<sup>909</sup> Der Richtlinien-Vorschlag COM/2016/593/FINAL wurde am 14. 09. 2016 von der Kommission angenommen, sodann begannen die ersten Erörterungen im Rat. Mit einigen Kursänderungen wurde der Richtlinienentwurf 2016/0280 (COD) auch von dem Rechtsausschuss des Parlaments 20. 06. 2018 befürwortet; am 05. 07. 2018 gab das Europäische Parlament allerdings der immer lauter werdenden Kritik nach und stimmte mit einer Mehrheit von 318 zu 278 Abgeordneten bei 31 Enthaltungen gegen den Richtlinienentwurf. Am 13. 02. 2019 wurde in den Trilog-Verhandlungen der endgültige Reformentwurf erarbeitet (COM (2016) 0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280/(COD)), dem am 26. 03. 2019 das Parlament zustimmte. Dem folgte am 13. 04. 2019 der Ministerrat, womit die EU-Urheberrechtsreform nach drei Jah-



bildete das dem Urheberrecht altbekannte Spannungsfeld zwischen dem Eigentumsrecht des Urhebers aus Art. 14 GG und der Kunstfreiheit kunstschaffender Dritter aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. Es ging um die Frage, wie digitale referenzielle Gestaltungen, die auf digitalen Plattformen entstehen, veröffentlicht und verbreitet werden, urheberrechtlich zu bewerten sind und wie mit den möglicherweise eingehenden Urheberrechtsverletzungen umzugehen ist.

Laut dem ersten und zweiten Erwägungsgrund DSM-Richtlinie soll die Richtlinie Anreize für Innovation, Kreativität, Investitionen und die Produktion neuer Inhalte im digitalen Umfeld schaffen. Sie trage den rasanten technologischen Entwicklungen Rechnung, die zu einem ständigen Wandel der Art und Weise führe, wie Werke und sonstige Schutzgegenstände geschaffen, erzeugt, vertrieben und verwertet würden, und wie neue Geschäftsmodelle und Akteure auf den Plan träten.

Zur Umsetzung dieses Ziels enthält die DSM-Richtlinie 32 Artikel. Trotz der Forderung des EuGH-Generalanwalts in seinen Schlussanträgen zu *Pelham u. a.* und, mit ihm übereinstimmend, dem Ziel der DSM-Richtlinie, zukunftstaugliche Rechtsvorschriften zu schaffen, lassen sich der Richtlinie keine Bestrebungen entnehmen, die auf die zeitnahe Einführung einer neuen Vorschrift hinweisen.

Die DSM-Richtlinie ist in Teilen die Folgerichtlinie zur InfoSoc-Richtlinie („zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG“). Art. 24 Abs. 2 und 3 der DSM-Richtlinie sehen dementsprechend Änderungen für Art. 5 Abs. 2 und 3 lit. a InfoSoc-Richtlinie vor. Das zeigt, dass sich der Richtliniengeber mit den Ausnahmen und Beschränkungen in Art. 5 InfoSoc-Richtlinie auseinandergesetzt hat. Dennoch sah er nicht die Notwendigkeit, den Schrankenkatalog der InfoSoc-Richtlinie den technologischen und kulturellen Entwicklungen des digitalen Zeitalters anzupassen.

In diesem Zusammenhang ist auf die zeitlichen Abläufe von *Pelham u. a.* und das Inkrafttreten der DSM-Richtlinie hinzuweisen: In Trilogverhandlungen wurde noch am 13. Februar 2019 ein Reformentwurf für die DSM-Richtlinie erarbeitet, sodass das EU-Parlament erst am 26. März 2019 über den Richtlinienentwurf abstimmte.

Obwohl die Abstimmung damit drei Monate nach dem Schlussantrag des Generalanwalts zu *Pelham u. a.* stattfand, wurden die in dem Rechtsstreit aufgeworfenen Fragen zur Privilegierung bestimmter Nutzungsformen nicht berücksichtigt. Die Diskussionen<sup>910</sup> drehten sich nur um die möglichen Auswirkungen von Upload-

---

ren die letzte Hürde auf europäischer Ebene nahm. Sie wurde als RL (EU) 2019/790 am 17.05.2019 im ABl. der EU veröffentlicht (L 130/92). Zu den Einzelheiten des Verfahrens siehe <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/HIS/?uri=CELEX:32019L0790> sowie <https://www.nzz.ch/wirtschaft/online-urheberrecht-was-sie-ueber-die-eu-reform-wissen-sollten-ld.1461432#subtitle-wer-ist-f-r-die-reform-second>.

<sup>910</sup> Vgl. die einleitenden Worte „rechtspolitische Schlammschlacht“ *Spindler*, CR 2019, 277, 277.

Filtern, deren Einführung als Reaktion auf die geplante Haftungserweiterung von Betreibern digitaler Plattformen diskutiert wurde.

(b) Überholte Einschätzung

Den einzigen Anknüpfungspunkt für die Behandlung digitaler Inhalte bildet in der DSM-Richtlinie die Frage, wie Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten für die Handlung der öffentlichen Wiedergabe oder der öffentlichen Zugänglichmachung haftbar gemacht werden können. Zu diesem Zwecke wurde Art. 17 in die DSM-Richtlinie eingefügt, der die Verantwortlichkeit des Diensteanbieters für das Teilen von Online-Inhalten regelt.

Der Haftungsregelung liegt die Vermutung zugrunde, dass digitale Plattformen und deren globale Möglichkeiten, urheberrechtlich geschützte Inhalte zu teilen, die Wahrscheinlichkeit von Urheberrechtsverletzungen in qualitativer und quantitativer Hinsicht steigern.<sup>911</sup> Der Richtlinienggeber zieht nicht in Erwägung, dass die Verwendung urheberrechtlich geschützter Inhalte für die Schaffung neuer digitaler Inhalte bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zulässig sein kann.

Stattdessen setzt die legale Verwendung der geschützten Inhalte nach Art. 17 Abs. 4 DSM-Richtlinie zwangsläufig voraus, dass die Erlaubnis des Rechteinhabers im Vorfeld der Nutzung eingeholt wurde. Der einzige Lösungsansatz ist nach Ansicht des Richtlinienggebers die Förderung von Lizenzvereinbarungen. Die Privilegierung einzelner Nutzungsformen wird als ebenfalls geeignete Lösung für die Erzielung eines ausgewogenen Interessenausgleichs ausgeklammert.

Art. 17 Abs. 7 DSM-Richtlinie enthält ausschließlich den Verweis, dass sich alle Nutzer, die nutzergenerierte Inhalte auf digitale Plattformen hochladen, auf Zitate, Kritik und Rezensionen sowie die Nutzung zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiches stützen können.

Aus der DSM-Richtlinie geht nicht hervor, weshalb Art. 17 Abs. 7 DSM-Richtlinie nicht direkt auf den Schrankenkatalog von Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie verweist<sup>912</sup>, wie sich die Interessen der Nutzer von Schutzgegenständen zu den Interessen der Diensteanbieter verhalten und wie sie von den Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung von Art. 17 DSM-Richtlinie berücksichtigt werden sollen.

Bei Art. 17 DSM-Richtlinie geht es um eine Haftungserweiterung der Diensteanbieter, von der die Nutzer von Schutzgegenständen allenfalls mittelbar betroffen sind. Es wäre aus systematischer Sicht überzeugender gewesen, eine Schranke zugunsten der Diensteanbieter direkt in Art. 17 DSM-Richtlinie aufzunehmen.<sup>913</sup> Stattdessen gab der Unionsgesetzgeber den Reformkritikern und ihren Forderungen

<sup>911</sup> Diese Wertung geht aus dem 61. EG der Richtlinie (EU) 2019/790 hervor.

<sup>912</sup> *Spindler*, CR 2019, 277, 288.

<sup>913</sup> *Spindler*, CR 2019, 277, 289.

gen nach, dass die Interessen der Nutzer von Schutzgegenständen vor möglichen Uploadfiltern zu berücksichtigen seien.<sup>914</sup> Diese innere Zerrissenheit und das Bedürfnis, fern von systematischen und dogmatischen Erwägungen allen (un-)mittelbar von der Haftungserweiterung Betroffenen gerecht zu werden, spiegelt Art. 17 DSM-Richtlinie in seinen zehn Absätzen wider.

Die DSM-Richtlinie zeigt in besonderer Weise, dass der Richtliniengeber die Folgen des technologischen und kultur-ästhetischen Wandels nicht hinreichend überblickt hat. Er sieht nur die Gefahren für Rechteinhaber durch den vereinfachten Zugang auf urheberrechtlich geschützte Inhalte. Der Richtliniengeber verkennt dagegen die Bedeutung der mit dem digitalen Zeitalter einhergehenden neuen Kulturtechniken, die ebenso Teil des Kulturguts sind wie traditionelle Kunstformen. Die DSM-Richtlinie trägt mithin dazu bei, dass die Unklarheiten neuer Nutzungsformen weiterhin zu Lasten der Nutzer gehen, während die Rechteinhaber gestärkt werden.<sup>915</sup>

### *cc) Zwischenergebnis*

Die Untersuchung der nationalen und europäischen Rechtsprechung wie auch der Bestrebungen des deutschen und unionsrechtlichen Gesetzgebers aus jüngster Zeit zeigen, dass weder die Judikative noch die Legislative Regelungsbedarf für die Einführung eines eigenständigen Privilegierungstatbestandes für digitale referenzielle Kunstgattungen sehen.

Dieser Befund resultiert – zumindest auf nationaler Ebene – daraus, dass das deutsche Urheberrecht mit § 24 Abs. 1 UrhG bereits eine Vorschrift enthält, die eine erlaubnisfreie transformative Werknutzung privilegiert. Damit wird den Wertungen von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG hinreichend im Urheberrechtsgesetz Rechnung getragen.

### b) Dichotomie von Rechtssicherheit und Inflexibilität

Konstitutive Voraussetzung eines Privilegierungstatbestandes ist, dass er einem (rechtspolitischen) Zweck dient.<sup>916</sup> Nur das Vorliegen einer spezifischen Zweckrichtung begründet die ausnahmsweise erlaubnisfreie Werknutzung entgegen dem Interesse des Urhebers. Damit nicht jede kreative Werknutzung privilegiert wird, müssen die Tatbestandsvoraussetzungen eng ausgestaltet sein. Man könnte daher, wie Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie für Parodien und Karikaturen, einzelne Kunstformen aufzählen, die von der Privilegierungswirkung erfasst werden sollen.

<sup>914</sup> Erklärung der Bundesregierung bei der Abstimmung im Ministerrat vom 15.04.2019, Interinstitutional File: 2016/0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2 S. 3 f.

<sup>915</sup> *Ohly*, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, F5-F129, F 19, F22 f.

<sup>916</sup> Insoweit ist auf die Regelungssystematik der §§ 44a ff. UrhG zu verweisen auf S. 175 ff.

Der Vergleich mit anderen transformativen Werknutzungen, die weniger prominent sind als etwa Parodien, zeigt allerdings, dass die Einführung einer an konkrete Nutzungsvoraussetzungen geknüpfte Schrankenbestimmung zu einer Ungleichbehandlung führt. Sie geht zulasten derjenigen, die ebenfalls schöpferisch tätig werden, deren Gestaltung aber keiner der aufgezählten Kunstformen zuzuordnen ist. Da sie ebenso dem Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 GG unterfallen, sind ihre verfassungsrechtlich verbürgten Interessen zu berücksichtigen. Bei ihnen müsste daher derselbe Maßstab angelegt werden.

Es ist nicht gerechtfertigt, dass die eine künstlerische Werknutzungsform privilegiert wird, während die andere in Ermangelung einschlägiger Privilegierungstatbestände unzulässig ist. Ein Mehr an Rechtssicherheit verursacht also zugleich eine Ungleichbehandlung, die ihrerseits Folge der durch den spezifischen Nutzungszweck vorgegebenen Inflexibilität des Tatbestandes ist. Die Folge ist eine Dichotomie von Rechtssicherheit und Inflexibilität, die zulasten der kreativen Nutzer von Schutzgegenständen geht.<sup>917</sup>

### c) Technologieneutralität

Der Rückgriff auf divergierende Stilmittel ist für einen funktionierenden kreativen Kreislauf nicht nur typisch, sondern konstitutive Voraussetzung: Während das *Re-Use* bestehender Werke zum gegenwärtigen Zeitpunkt ein beliebtes Stilmittel ist, gibt es in naher Zukunft vermutlich neue und gleichermaßen beliebte Stilmittel. Die Popularität der jeweiligen (analogen und/oder digitalen) Kulturtechnik wird durch die technologischen Rahmenbedingungen bedingt. Sie sind das Bindeglied zwischen der künstlerischen Tätigkeit und der gesellschaftlichen Rezeption des Kunstbegriffs.

Vor dem Hintergrund des rasch voranschreitenden technologischen wie auch gesellschaftlichen Wandels ist es daher wenig zielführend, eine Schrankenbestimmung mit einer spezifischen Kunstform und den für sie prägenden Merkmalen zu verknüpfen.<sup>918</sup>

Andernfalls werden die schöpferischen Eigenheiten einer Gestaltung, die ihr überhaupt erst die für § 2 Abs. 2 UrhG erforderliche Individualität verleihen, zu einem negativen Abgrenzungskriterium erhoben. Durch ihr Vorliegen kann die Gestaltung der in dem Privilegierungstatbestand aufgezählten Kunstformen nicht zugeordnet werden. In der Folge würden die individuellen Merkmale der neuen Gestaltung über die (Un-)Anwendbarkeit des Privilegierungstatbestandes und über die (Un-)Zulässigkeit der transformativen Werknutzung entscheiden.<sup>919</sup> Eine solche

<sup>917</sup> Dieses Problem wurde bereits im Vorfeld diskutiert auf S. 261 ff; sie wird auch an späterer Stelle noch diskutiert auf S. 337 f.

<sup>918</sup> Kruedener, ZGE 2016, 462, 470; Slopek, WRP 2009, 20, 25.

<sup>919</sup> Aus diesem Grund plädiert Ohly, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, F5-F129, F21 ff. für mehr Flexibilität im Urheberrechtsgesetz.

Umkehrung der urheberrechtlichen Schutzvoraussetzungen in ihr Gegenteil kann vom Gesetzgeber aufgrund der Aushöhlung des Schutzniveaus nicht gewollt sein.

#### 4. Zwischenergebnis

Die vom Bundesverfassungsgericht und Gerichtshof der Europäischen Union vorgeschlagenen alternativen Lösungsansätze, den Schutzbereich für künstlerische Werknutzungen einschränkend auszulegen oder § 51 UrhG heranzuziehen, weisen im Hinblick auf die ökonomisch orientierten Leistungsschutzrechte diverse Vorzüge auf. Allerdings lassen sich die Argumente nicht vollständig auf das stark urheberpersönlichkeitsrechtlich geprägte Urheberrecht übertragen.

Das Gleiche gilt für die Schaffung einer neuen Schrankenbestimmung durch eine „experimentelle Gesetzgebung“<sup>920</sup>. Zum einen besteht wegen § 24 Abs. 1 UrhG kein Regelungsbedarf; zum anderen stünde eine solche Schranke dem Regelungszweck von § 2 Abs. 2 UrhG entgegen, künstlerische Schöpfungsprozesse und die Urheber neuer Werke zu schützen.<sup>921</sup> Die durch das Enumerationsprinzip vorgegebenen engen Voraussetzungen einer Schrankenregelung senken das urheberrechtliche Schutzniveau bei einer Folgebetrachtung ab: Durch die Vorgabe eines eng begrenzten Regelungszwecks – der vorliegend in der Festlegung einzelner Kunstformen besteht – werden nur manche der referenziellen Kunstformen erfasst. Die „Übriggebliebenen“ sind dagegen auf die Einholung einer Lizenz angewiesen.

Um solche Ungleichbehandlung zu vermeiden und neue digitale Nutzungsformen hinreichend erfassen zu können, bedarf es größerer Abwägungsspielräume. Ein hohes Flexibilitätsmaß ist die konstitutive Voraussetzung eines funktionierenden Urheberrechts im digitalen Zeitalter<sup>922</sup>, das nicht fortlaufend vom technologischen Wandel überholt wird und an die veränderten Rahmenbedingungen angepasst werden muss.<sup>923</sup> Deswegen bleibt es bei der Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG.<sup>924</sup>

<sup>920</sup> Ohly, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, F5-F129, F 21, der diesen Ausdruck zusammen mit der Notwendigkeit einer Technologieneutralität im Urheberrechtsgesetz verwendet.

<sup>921</sup> Vgl. auch BT-Drucks. IV/270, 37 f.

<sup>922</sup> Aus diesem Grundgedanken heraus wird an späterer Stelle ein Regelungsvorschlag für § 24 Abs. 2 UrhG n. F. entworfen, vgl. S. 333 ff.

<sup>923</sup> Vgl. dazu Ohly, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, F5-F129, F18-F23; mit Blick auf die rechtliche Beurteilung von nutzergenerierten Inhalte spricht sich ebenso für § 24 UrhG aus Hilty/Senftleben, in: FS: 50 Jahre UrhG, S. 318, 323.

<sup>924</sup> A. A. ist Fischer, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 70, der zufolge § 24 UrhG keine hinreichende Lösung von Werken bietet, die durch Reproduktion und Wiederholung geprägt werden.

## V. Die zukünftige Rolle von § 24 Abs. 1 UrhG

### *1. Dogmatische Einordnung im Kontext digitaler referenzieller Benutzungsformen*

Mit *Metall auf Metall* entfernt sich § 24 Abs. 1 UrhG nach Auffassung der Rechtsprechung weiter von der Wirkungsweise einer Schutzzumfangbestimmung und weist zunehmend die Charakteristika einer inhaltlichen Schrankenbestimmung auf.<sup>925</sup> Zum einen wird der innere Abstandsbegriff zunehmend großzügig ausgelegt, zum anderen erwägt das Bundesverfassungsgericht die Einführung einer Vergütungslösung für transformative Werknutzungen, die an die §§ 54 ff. UrhG erinnert.<sup>926</sup>

Trotz dieser Annäherung bleibt der wesentliche Unterschied zwischen § 24 Abs. 1 UrhG und §§ 44a ff. UrhG in der Art der Werknutzung bestehen. Sie ist bei der freien Benutzung in einer transformativen und bei den inhaltlichen Schrankenbestimmungen in einer konsumtiven Werknutzung zu erblicken.

§ 24 Abs. 1 UrhG resultiert in einer selbständigen Neuschöpfung und geht daher zwangsläufig mit einem schöpferischen Tätigwerden des kunstschaftenden Dritten einher. Obwohl die entlehnten Werkelemente sichtbar bleiben und es keiner inneren Verbindung in Form einer kritischen Auseinandersetzung mit dem dahinterstehenden Werk bedarf, muss die selbständige Neuschöpfung über die Summe ihrer Teile hinausgehen. Ihre Elemente verschmelzen zu einer Einheit, die durch das schöpferische Tätigwerden des kunstschaftenden Dritten entsteht und sich nicht mehr in ihre Einzelteile zerlegen lässt, ohne dass ihr individueller geistiger Gehalt verloren ginge.

Führt man sich den ursprünglichen Regelungszweck von § 24 Abs. 1 UrhG vor Augen, unterfällt das neue Werk als selbständige Neuschöpfung daher nicht dem Schutzbereich des benutzten Werkes. Aufgrund dieses wesentlichen Unterschieds zu den §§ 44a ff. UrhG bleibt § 24 Abs. 1 UrhG auch bei digitalen referenziellen Benutzungsformen eine Schutzzumfangbestimmung.<sup>927</sup>

Parodien und digitale referenzielle Gestaltungen unterfallen aufgrund ihrer eigenen schöpferischen Ausdruckskraft ebenso dem originären Anwendungsbereich von § 24 Abs. 1 UrhG wie Werke, die einen äußerlich erkennbaren Abstand zum benutzten Werk aufweisen. Der einzige Unterschied besteht in der Art und Weise der Auseinandersetzung mit dem vorbestehenden Werk. Dieser rechtfertigt aber keine unterschiedliche Behandlung. Andernfalls würde die neue Gestaltung bei

<sup>925</sup> Dieser Konflikt wurde bereits am Beispiel des inneren Abstandes aufgezeigt, vgl. S. 198 ff.

<sup>926</sup> Dazu *Leistner*, GRUR 2016, 772, 774, der jedoch mit Blick auf die im Urteil angegebenen Fundstellen darauf schließt, dass das BVerfG eine Vergütungslösung nur für den investitions-schützenden und nicht den schöpferischen Bereich in Betracht zieht.

<sup>927</sup> *Hilty*, in: FS Schulze, S. 127, 130; *Ohly*, GRUR 2017, 964–969, 967.

Vorliegen eines äußeren Abstandes als neues selbständiges Werk im Sinne von § 2 UrhG und bei Vorliegen eines inneren Abstandes als rechtsverletzender Eingriff eingeordnet werden, der erst nachträglich durch § 24 Abs. 1 UrhG legitimiert wird. Die damit einhergehende Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG als Schutzzumfangbestimmung und als inhaltliche Schrankenbestimmung andererseits steht in starkem Widerspruch zu der Funktionsweise der Vorschrift.

Bei beiden Benutzungsformen entsteht ein neues selbständiges Werk, das als persönliche geistige Schöpfung dem Einwirkungsbereich des benutzen Werkes entzogen ist. Dass damit jeweils der Regelungszweck der freien Benutzung berührt ist, zeigt die quantitativ-qualitative Betrachtungsweise des neuen Werkes im Vergleich zum vorbestehenden Werk. Sie folgt aus dem Ineinandergreifen von §§ 2 Abs. 2, 24 Abs. 1 UrhG: § 24 Abs. 1 UrhG konkretisiert § 2 Abs. 2 UrhG. Persönliche geistige Schöpfungen, die von vorbestehenden Werken inspiriert wurden und prägende Merkmale derselben übernehmen, sind selbständige Werke im Sinne des Urheberrechtsgesetzes, die nach §§ 11 ff. UrhG geschützt sind.<sup>928</sup> § 24 Abs. 1 UrhG verbleibt damit auch bei digitalen referenziellen Benutzungsformen eine Schutzzumfangbestimmung deklaratorischer Natur.

## 2. Bedeutung der Kunstfreiheit

Die Auswertung der Rechtsprechung zu Parodien und dem Tonträgersampling, das stellvertretend für digitale referenziellen Kunstgattungen untersucht wurde, zeigt, dass § 24 Abs. 1 UrhG kreative Freiräume für transformative Werknutzungen schafft. Die Vorschrift setzt damit die „Emanzipation des passiven Nutzers in Gang, der in der Informationsgesellschaft zum aktiven Nutzer werden kann“<sup>929</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht und der Gerichtshof der Europäischen Union beziehen Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG im Rahmen einer an den Gesetzeswortlaut geknüpften Interessenabwägung für künstlerische Gestaltungen derart ein, dass das durch Art. 14 GG geschützte Interesse des Urhebers eingeschränkt wird.<sup>930</sup> In § 24 Abs. 1 UrhG manifestiert sich die begrenzende Wirkung der Kunstfreiheit gegenüber dem geistigen Eigentum des Rechteinhabers.

Durch die Anforderung des Vorliegens einer selbständigen Neuschöpfung bildet der Regelungskern des Urheberrechtsgesetzes, der zugleich den Anknüpfungspunkt des Urheberrechtsschutzes bildet, die zentrale Voraussetzung für die Beschränkung der Ausschließlichkeitsrechte des Rechteinhabers. Infolgedessen schlägt die

<sup>928</sup> Zum quantitativ-qualitativen Ansatz und den Parallelen zum Designschutz bereits auf S. 289 f.; auf die konkretisierende Wirkung von § 24 Abs. 1 UrhG wurde zudem eingangs bei der dogmatischen Einordnung der Vorschrift eingegangen auf S. 180 f.

<sup>929</sup> Wort- und inhaltsgetreu: *Hilty/Senftleben*, in: FS: 50 Jahre UrhG, S. 318, 323; *Hilty*, in: FS Schulze, S. 127, 133 f.; a. A. *Ladeur*, ZGE 2016, 447, 448 ff.

<sup>930</sup> *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 24 UrhG Rn. 1.



Einordnung als eine dem Drei-Stufen-Test im Sinne von Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-Richtlinie widersprechende Generalklausel fehl.<sup>931</sup> Stattdessen ergänzen *Germania 3* und *Metall auf Metall* die zur Parodie entwickelten Grundsätze: Die Entlehnung von Werkelementen kann nicht nur im Rahmen von Parodien, sondern als eigenständiges künstlerisches Stil- und Gestaltungsmittel erlaubnisfrei sein.

## D. Zusammenfassung der Maßstäbe

Aus den vorstehenden Ausführungen resultieren die folgenden Leitlinien für die Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG.

### I. Freie Benutzung aufgrund eines äußeren Abstandes

Liegt eine Gestaltung vor, die nicht dem Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG unterfällt, ist an dem Wortlaut von § 24 Abs. 1 festzuhalten.<sup>932</sup> Ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden ist, darf ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet werden.

Welche Werke in Anlehnung an diesen Wortlaut als selbständig zu qualifizieren sind, ergibt sich aus der Auslegung der Tatbestandsmerkmale „selbständiges Werk“ und „in freier Benutzung“.

Für das erste Tatbestandsmerkmal ist auf die in § 2 Abs. 2 UrhG verankerte Bezeichnung als „persönliche geistige Schöpfung“ zu verweisen – dies gilt insbesondere, als § 24 Abs. 1 UrhG als Schutzzumfangbestimmung deklaratorischer Natur § 2 Abs. 2 UrhG konkretisiert.

Das zweite Tatbestandsmerkmal ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Er signalisiert lediglich im Zusammenspiel mit dem Erfordernis der Schaffung eines selbständigen Werkes, dass es sich bei der Benutzungshandlung um eine transformative Werknutzung handelt. Abgesehen davon schweigt § 24 Abs. 1 UrhG zu den

<sup>931</sup> Ebenso *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 24 UrhG Rn. 1, 1a, der trotz dem Vergleich mit einer Generalklausel zu dem Ergebnis gelangt, dass es dem nationalen Gesetzgeber freisteht, den Bereich der unfreien Bearbeitungen durch eine Vorschrift wie § 24 UrhG zu beschränken; a. A. EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 62 – *Pelham u. a.*; EuGH-Generalanwalt, Schlussantrag vom 12. 12. 2018, C-476/17, ECLI EU:C:2018:1002, Rn. 58 – *Pelham u. a.*; *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 676; teilweise a. A. ist *Fischer*, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 207, die zwar eine direkte Anwendung ablehnt, aber aufgrund einer funktionalen Vergleichbarkeit eine entsprechende Anwendung auf § 24 UrhG für möglich hält. In der Folge macht sie den Drei-Stufen-Test fruchtbar, um eine extensive Auslegung der Vorschrift für die Fälle herzuleiten, in denen das benutzte Werk nur als Gestaltungsmittel dient.

<sup>932</sup> Vgl. die Ausführungen zur klassischen Funktion von § 24 Abs. 1 UrhG auf S. 169 f.



Abgrenzungskriterien für ein selbständiges Werk nach § 2 Abs. 2 UrhG und eine abhängige Schöpfung nach § 23 UrhG.

Als unbestimmter Rechtsbegriff ist das Tatbestandsmerkmal „in freier Benutzung“ daher stark auslegungsbedürftig. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund des weiten Anwendungsbereichs von § 24 Abs. 1 UrhG, der sich in der „freien Benutzung“ manifestiert. Welche Begriffsbedeutung sich aus der Auslegung des Tatbestandsmerkmals ergibt, wird im nächsten Kapitel weiter untersucht.<sup>933</sup>

Auch die Rechtsprechung legt den unbestimmten Rechtsbegriff aus. Sie hat ihn durch die Entwicklung der Verblassens-Formel dahingehend konkretisiert<sup>934</sup>, dass die entlehnten eigenschöpferischen Züge des älteren Werkes angesichts der Eigenart des neuen Werkes „verblassen“ müssen. Ein solches gegenständliches Verblassen sei zu bejahen, wenn ein hinreichender äußerer Abstand zwischen dem neuen Werk und der Vorlage zu bejahen sei.<sup>935</sup>

## II. Freie Benutzung aufgrund eines inneren Abstandes

Liegt eine Gestaltung vor, die dem Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG unterfällt, gebietet die Kunstfreiheit<sup>936</sup>, § 24 Abs. 1 UrhG zu einem Anwendungsbereich zu verhelfen, der gegenüber dem bisherigen Verständnis der Rechtsprechung – welches Ausdruck in der Verblassens-Formel findet – weiter ist.

§ 24 Abs. 1 UrhG ist im Wege einer kunstspezifischen Betrachtung auszulegen. Mit den Tatbestandsmerkmalen „selbständiges Werk“ und „in freier Benutzung“ bietet die Vorschrift hinreichenden Auslegungsspielraum, um auch – und gerade – künstlerische Gestaltungen zu erfassen. Insbesondere kann eine freie Benutzung auch dann anzunehmen sein, wenn das neue Werk zu den entlehnten eigenschöpferischen Zügen des älteren Werkes einen inneren Abstand hält und deswegen seinem Wesen nach als selbständig anzusehen ist.<sup>937</sup>

<sup>933</sup> Welche Begriffsbedeutung sich daraus ergibt, wird untersucht auf S. 337 ff.

<sup>934</sup> Dass man insoweit bereits von einer Überformung des Begriffs sprechen könnte, da die Verblassens-Formel mittlerweile schon beinahe synonymhaft mit der „freien Benutzung“ verwendet wird, wurde zeigt auf S. 177 f.; zu den Risiken dieser synonymhaften Verwendungen – u. a. mit Blick auf die Gewaltenteilung und die Rolle der Gesetzgebung – vgl. S. 337 ff.

<sup>935</sup> Dazu bereits ausführlich an früherer Stelle, vgl. S. 168 ff., die Grenzen dieser Formel wurden sodann aufgezeigt auf S. 185 ff.

<sup>936</sup> Wie übergeordnete verfassungsrechtliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind, wurde am Beispiel der Parodie auf S. 183 ff., 186 ff. gezeigt sowie an digitalen referenziellen Kunstgattungen auf S. 232 ff., 287 ff.

<sup>937</sup> Zu dem Begriff des „inneren Abstandes“ im Vergleich zum „äußeren Abstand“ auf S. 185 f. 195 ff.

### 1. Inhaltliche Auseinandersetzung

Der innere Abstand kann aus einer kritisch-humorvollen, ironischen Auseinandersetzung mit der Werkvorlage, dem Urheber oder dem Gegenstand folgen, der in dem älteren Werk dargestellt wird. Eine solche „inhaltliche Auseinandersetzung“ liegt typischerweise bei Parodien oder Karikaturen vor.<sup>938</sup>

### 2. Ästhetische Auseinandersetzung

Der innere Abstand kann zudem aus der künstlerischen Übernahme von Ausschnitten urheberrechtlich geschützter Gegenstände folgen, die als Mittel künstlerischen Ausdrucks und künstlerischer Gestaltung anzuerkennen sind.<sup>939</sup> Steht dieser Entfaltungsfreiheit ein Eingriff in Urheberrechte gegenüber, der die Verwertungsmöglichkeiten nur geringfügig beschränkt, können die Verwertungsinteressen der Rechteinhaber zu Gunsten der Kunstfreiheit zurücktreten. Es bedarf somit einer Gegenüberstellung von Art. 14 GG und Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG.

Diese Art der Werknutzung zeichnet sich durch das Stil- und Gestaltungsmittel des *Re-Use* aus und wird nachfolgend als „ästhetische Auseinandersetzung“ bezeichnet.<sup>940</sup> Sie ist das Ergebnis der BVerfG-Entscheidungen *Germania 3* und *Metall auf Metall* und dem EuGH-Urteil *Pelham u. a.*

### 3. Folge der kunstspezifischen Betrachtung von § 24 Abs. 1 UrhG

Beide Varianten des inneren Abstandes führen zu einer Extensivierung des Anwendungsbereichs von § 24 Abs. 1 UrhG. Sie drängen die Interessen des Urhebers an der Exklusivität seiner Rechte (Art. 14 GG) zurück und ermöglichen eine erlaubnisfreie Werknutzung.<sup>941</sup>

Die vom Bundesverfassungsgericht geforderte kunstspezifische Betrachtung eröffnet damit die Möglichkeit, den zunehmenden Einsatz bestehender Werke als Stilmittel zur Schaffung neuer Werke zu berücksichtigen, anstatt ihnen den Schutz

<sup>938</sup> Vgl. S. 185 ff., 186 ff.

<sup>939</sup> Vgl. S. 240 ff.

<sup>940</sup> *Fischer*, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 238 beschäftigt sich ebenfalls mit dieser Gruppe von Werknutzungen und der Frage, ob ein hinreichender innerer Abstand zur Werkvorlage gegeben ist. Sie orientiert sich jedoch an der Abgrenzung, ob ein „productive use“ oder ein „intrinsic use“ vorliegt. Während Ersterer dem Anwendungsbereich von § 24 UrhG unterfallen soll, sei Letzterer nur als Werkumgestaltung i. S. v. § 23 UrhG zu qualifizieren. Ein productive use zeichne sich – wie die ästhetische Auseinandersetzung – dadurch aus, dass zwar eine Auseinandersetzung mit der Umwelt bestehe und die neue Gestaltung deshalb auf die Bezugnahme angewiesen sei, sie jedoch nicht die engen Voraussetzungen des Zitatrechts oder von Parodien erfülle.

<sup>941</sup> Diese Formulierung wählt *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 2 UrhG 10a.

von vorneherein zu versagen.<sup>942</sup> Trotz der fortbestehenden Sichtbarkeit des benutzten Werkes sind digitale referenzielle Kunstwerke nicht per se als urheberrechtsverletzend einzuordnen, sondern werden einer Zulässigkeitsprüfung unterzogen. Die kunstspezifische Betrachtung von § 24 Abs. 1 UrhG stellt mithin sicher, dass auch neue digitale Kunstformen von dem Normenraster des Urheberrechtsgesetzes erfasst werden.

Zu beachten ist, dass die freie Benutzung von Werken zu künstlerischen Zwecken nicht gleichzustellen ist mit der generellen Zulässigkeit einer erlaubnisfreien Werknutzung.<sup>943</sup> Bei nichtkünstlerischen Werknutzungen bleibt es hingegen bei der Vorgabe, dass eine freie Benutzung nur bei einem hinreichenden äußeren Abstand zwischen beiden Gestaltungen zu bejahen ist. Andernfalls trifft den Nutzer des Schutzgegenstandes eine Lizenzierungspflicht.

### **E. Einordnung von Memen in das System der abhängigen Schöpfungen**

Abschließend sind Meme in das System der abhängigen Schöpfungen einzuordnen.<sup>944</sup> Die Abgrenzung erfolgt auf der Höhe der zweiten Stufe, einer Bearbeitung nach § 23 S. 1 Var. 1 UrhG, von der dritten Stufe, einer freien Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG. Sie bestimmt, ob Meme als abhängige Schöpfungen in ihrer Veröffentlichung oder Verwertung dem Einwirkungsbereich des Originalurhebers unterstellt oder von ihm frei sind.

Es ist ein besonderes Augenmerk darauf zu legen, wie sich die Einbindung vorbestehender Werke oder Werkelemente auf die Einordnung auswirkt. Es ist unter Heranziehung der vorstehenden Maßstäbe zur inhaltlichen und ästhetischen Auseinandersetzung mit dem vorbestehenden Werk zu prüfen, ob Meme den für § 24 Abs. 1 UrhG erforderlichen Abstand aufweisen. Nur dann sind sie als selbständige Werke einzuordnen.

### **I. Neuschöpfung**

Grundvoraussetzung von § 24 Abs. 1 UrhG ist, dass ein eigenes schöpferisches Tätigwerden vorliegt, das sich in einem neuen Werk manifestiert.

---

<sup>942</sup> Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, Rn. 884.

<sup>943</sup> Auf diese wesentliche Differenzierung weist auch hin BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 80 – *Metall auf Metall*.

<sup>944</sup> Ausführlich zu den einzelnen Stufen des Systems der abhängigen Schöpfungen siehe S. 158 f. sowie S. 160 ff. zu der Frage, ob Meme ausnahmsweise auch als Vervielfältigung auf nullster Stufe oder als andere Umgestaltungen auf zweiter Stufe einzuordnen sind.

In dem zweiten Teil dieser Arbeit wurden Meme ausführlich im Hinblick auf ihre urheberrechtliche Schutzfähigkeit untersucht. Dabei wurde die einem Mem eigene Schöpfungsstruktur herausgearbeitet: Die besondere Präsentation des Inhalts mittels der multimodalen Ressourcen leitet dramaturgisch zu der eigenen kommunikativen Funktion des Mems hin.<sup>945</sup> In der Folge weisen Meme Werkqualität auf und sind grundsätzlich als ein einheitliches Werk zu schützen.<sup>946</sup>

## II. Selbständigkeit des Werkes

Meme müssen zudem selbständig im Sinne von § 24 Abs. 1 UrhG sein, um dem Einwirkungsbereich des Urhebers des vorbestehenden Werkes vollständig entzogen zu sein. Die Selbständigkeit des neuen Werkes wird durch die Art und Weise der Benutzung determiniert.

### 1. Urheberrechtsrelevanz der Werknutzung

§ 24 Abs. 1 UrhG regelt die erlaubnisfreie Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke. Erfasst werden somit nur urheberrechtsrelevante Werknutzungen, das heißt, dass die in Anspruch genommene Leistung den Anforderungen von § 2 Abs. 2 UrhG genügen muss.

Meme entlehnen in der Regel urheberrechtlich geschützte Werk(-elemente), sodass von einer urheberrechtsrelevanten Nutzung auszugehen ist. Ausnahmen können egalitäre Meme bilden, die sich durch die Übernahme eines subkulturellen Musters auszeichnen.<sup>947</sup>

Im Zentrum der Übernahme steht die spezifische Auswahl und Anordnung der Bestandteile innerhalb des Mems oder seine Komposition anhand eines festgelegten Stilmittels.<sup>948</sup> Die Auswahl und Anordnung verschiedener Elemente ist als durchschnittliche gestalterische Tätigkeit erst bei Zugrundelegung eines eigenständigen Konzepts schutzfähig.<sup>949</sup> Auch Stilmittel sind nicht urheberrechtlich geschützt, sondern gehören dem Allgemeingut an – etwas anderes gilt nur, wenn das konkrete Gestaltungsergebnis von einem bestimmten Stil geprägt wird<sup>950</sup> oder das Stilmittel vor seiner Üblichkeit verwendet wurde, also vor dem Zeitpunkt, in dem

<sup>945</sup> Dazu ausführlich auf S. 106.

<sup>946</sup> Vgl. zur Schöpfungsqualität von Memen S. 57 ff., 82 f., 106 ff.

<sup>947</sup> Zu dem Begriff des egalitären Mems vgl. S. 48 f. sowie S. 49 ff. für Beispiele.

<sup>948</sup> Zu der Frage, inwieweit der Inhalt oder die Form einer Gestaltung für sich schutzfähig sind, vgl. S. 59 ff.

<sup>949</sup> Aus diesem Grund verneinte der BGH etwa die Neuordnung von Bildmaterial BGH, Urteil vom 08. 11. 1989, I ZR 14/88, GRUR 1990, 669, 673 – *Bibelreproduktion*.

<sup>950</sup> *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 2 UrhG Rn. 45 f.

es zum frei verfügbaren Allgemeingut wird<sup>951</sup>. Die Gestaltungsmethode, die bei egalitären Memen zur Befolgung des subkulturellen Musters schablonenhaft übernommen wird, ist somit häufig nicht urheberrechtlich geschützt.

Ein Beispiel für die fehlende Urheberrechtsrelevanz von egalitären Memen stellt das Memgenre *Dokumentation realer Augenblicke* dar.<sup>952</sup> Den Anknüpfungspunkt der Werknutzung bildet eine Körperhaltung oder Bewegungsabfolge, die der Sendende des neuen Mems imitiert. Statt der konkreten Werknutzung wird der Sendende durch die hinter dem Werk stehende Gestaltungsidee inspiriert. Er entlehnt die Gestaltungsmethode der Fotografie oder Filmsequenz, die reine Übernahme eines verbindenden Musters ist aber nicht urheberrechtlich schutzfähig.

Als schutzloses Element steht seine Verwendung jedem frei zur Verfügung, sodass es § 24 Abs. 1 UrhG nicht bedarf. Erst wenn die Benutzung eines urheberrechtlich geschützten Werkelements hinzutritt, liegt bei egalitären Memen eine urheberrechtsrelevante Werknutzung vor, auf die § 24 Abs. 1 UrhG anwendbar ist.

## 2. Hinreichender Abstand

Wie gezeigt wurde, ist bei Memen ein äußerer Abstand in Form eines gegenständlichen Verblassens aufgrund des ihnen immanenten Durchscheinens der Werkvorlage zu verneinen.<sup>953</sup> Ein hinreichender Abstand zur Werkvorlage lässt sich nur durch einen inneren Abstand erreichen.<sup>954</sup>

### a) Indizwirkung der memetischen Dimensionen

Den Anknüpfungspunkt memetischer Variationen bilden die drei memetischen Dimensionen Inhalt, Form und Haltung.<sup>955</sup> Wird eine Dimension modifiziert, entsteht aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht ein neues Mem mit einer eigenen kommunikativen Funktion.<sup>956</sup>

Die Modifikation der memetischen Dimensionen entfaltet zugleich Indizwirkung für die Beurteilung der urheberrechtlichen Zulässigkeit des Mems: Abhängig davon, ob die Dimension des Inhalts oder der Form verändert wird, beurteilt sich

<sup>951</sup> BGH, Urteil vom 27.05.1981, I ZR 102/79, GRUR 1981, 820, 822 – *Stahlrohrstuhl II*.

<sup>952</sup> Zu den Hintergründen dieses Memgenres siehe S. 48.

<sup>953</sup> Auf das Vorliegen eines äußeren Abstandes wird vorliegend nicht näher eingegangen, da die mit Memen verfolgte Referenz auf vorbestehende Werke sich stets auf der inhaltlichen, kompositorischen oder kontextuellen Ebene vollzieht. Sie setzen damit die Sichtbarkeit des benutzten Werkes voraus. Zu dem Begriff des äußeren Abstandes vgl. S. 168 ff., 311.

<sup>954</sup> Zu den Voraussetzungen eines hinreichenden inneren Abstandes vgl. S. 312 f.

<sup>955</sup> Vgl. zu den kommunikationswissenschaftlichen Grundlagen S. 45 ff.

<sup>956</sup> *Shifman*, Meme, S. 42.

der für § 24 Abs. 1 UrhG erforderliche innere Abstand nach den Maßstäben zur inhaltlichen oder ästhetischen Auseinandersetzung mit der Werkvorlage.

*aa) Veränderung der Ebene der Form*

Wird die Form modifiziert, also die Komposition des Inhalts verändert, kommt eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Werkvorlage in Betracht. Trotz gleichbleibenden Inhalts erfüllt das Mem durch die veränderte Form eine neue kommunikative Funktion.

Es schließt sich die Prüfung an, ob das Mem als Parodie an ein bestehendes Werk erinnert und einen Ausdruck von Humor oder Verspottung darstellt.<sup>957</sup> Sofern eine kritische Auseinandersetzung mit dem thematischen Umfeld oder außerhalb des benutzten Werkes liegenden Themen vorliegt, ist der innere Abstand zur Vorlage zu bejahen.

*bb) Veränderung der Ebene des Inhalts*

Betreffen die Modifikationen den Inhalt des Mems, kommt eine ästhetische Auseinandersetzung mit der Werkvorlage in Betracht. Sie kennzeichnet sich dadurch, dass die Befolgung eines Musters im Vordergrund steht, bei der die Kombination und die Anordnung der multimedialen Ressourcen gleichbleibt. Die Werknutzung dient im Wege des *Re-Use* referenziellen Zwecken und wird als (künstlerisches) Stil- und Gestaltungsmittel eingesetzt, sodass die Grundsätze zur kunstspezifischen Betrachtung von § 24 Abs. 1 UrhG heranzuziehen sind.<sup>958</sup>

Entscheidende Voraussetzung der ästhetischen Auseinandersetzung ist, dass die durch die Eigentumsfreiheit geschützten Interessen des Urhebers nicht verletzt werden.<sup>959</sup> Ob ein Eingriff in Art. 14 GG vorliegt, richtet sich nach dem Vorliegen eines Konkurrenzverhältnisses zwischen dem alten und neuen Werk. Droht dem Urheber kein wirtschaftlicher Schaden durch Absatzverluste, ist ein Eingriff zu verneinen.<sup>960</sup>

---

<sup>957</sup> Vgl. zu den Maßstäben der Prüfung S. 216 ff., 311 f.

<sup>958</sup> Vgl. zu den Maßstäben der Prüfung S. 240 ff., 311 f.

<sup>959</sup> Dazu ausführlich auf S. 255 ff.

<sup>960</sup> BVerfG, Beschluss vom 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 152 – *Germania 3*; BVerfG, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 102 – *Metall auf Metall*.

### cc) *Veränderung der Ebene der Haltung*

Die dritte memetische Dimension betrifft die Haltung, also die spezifische Kommunikationsfunktion des Mems. Obwohl sich diese Dimension maßgeblich auf den Sinngehalt eines Mems und dessen Vielschichtigkeit auswirkt, ist sie das Resultat des Zusammenspiels von Inhalt und Form. Die dritte Ebene, also die der Haltung, ist daher bei der Frage außer Betracht zu lassen, ob die jeweils modifizierte Dimension eine Indizwirkung für die Zulässigkeit des Mems entfaltet.

### b) Untersuchung der memetischen Fallgruppen

Bei der Beurteilung, ob ein hinreichender innerer Abstand vorliegt, ist von folgendem Grundsatz auszugehen: Je weitgehender die formalen Übereinstimmungen mit dem benutzten Werk sind, desto höher sind die Anforderungen an den inneren Abstand und die Selbständigkeit des neuen Werkes.

Diese Wechselwirkung von Grad der Übereinstimmung und Schöpfungshöhe ist bei Memen von besonderer Bedeutung. Sie bauen auf massenmedialen und nutzer-generierten Inhalten auf. Während Erstere häufig ein höheres Individualitätsmaß aufweisen, sind Letztere aufgrund ihrer geringen Schöpfungshöhe Werke der kleinen Münze. Entsprechend gering ist ihr Schutzzumfang.

Bei der nachfolgenden Abstandsprüfung ist ausschließlich eine fallgruppen-orientierte Beurteilung der Wechselwirkung möglich. Die Beurteilung der urheberrechtlichen Zulässigkeit basiert auf einer typisierenden Betrachtung, ohne dass die Besonderheiten des konkret benutzten Werkes oder des Mems berücksichtigt werden können.

### aa) *Entwicklung einer Subkultur*

Das Memgenre *Entwicklung einer Subkultur*<sup>961</sup> umfasst grundsätzlich egalitäre Meme, die bei gleichbleibender Form die Ebene des Inhalts verändern. Die Urheberrechtsrelevanz ergibt sich aus der Übernahme urheberrechtlich geschützter Werkelemente.

Die für dieses Memgenre typische Befolgung eines Musters, das fortlaufend neu ausgefüllt und damit neuen Auslegungsvarianten zugeführt wird, ist dagegen nur ausnahmsweise bei einer hinreichend konkreten Ausgestaltung geschützt.

<sup>961</sup> Zu den Hintergründen dieses Memgenres vgl. S. 49 ff.

(1) Ästhetische Auseinandersetzung

(a) Keine inhaltliche Bezugnahme

Ein besonderes Charakteristikum dieser Meme besteht darin, dass ihre Botschaft in keinem Zusammenhang mit den entlehnten Werkelementen steht. Stattdessen wird durch das Zusammenspiel der verschiedenen Komponenten des Mems, ihre Anordnung und die stilistische Aufbereitung eine neue inhaltliche Ebene geschaffen, die losgelöst von den entlehnten Elementen des vorbestehenden Werkes zu betrachten ist. Sie sind Teil der Schablone, die der Ausfüllung des hinter dem Mem stehenden Musters dient. Der Ursprung des benutzten Werkes, sein thematisches Umfeld und die Haltung seines Urhebers, die sich in der schöpferischen Gestaltung des benutzten Werkes niederschlagen, werden mithin von dem neuen Mem „geschluckt“.

Dieser Vorgang – die Absorption sämtlicher Informationen, die im Zusammenhang mit dem vorbestehenden Werk stehen – wird dadurch erleichtert, dass diese Meme auf nutzergenerierten Inhalten basieren. Insbesondere Schnappschüsse und kurze Videosequenzen, die Privatpersonen auf digitalen Plattformen hochladen, dienen als Grundlage. Da solche Werke in der Regel profaner Natur sind und sie weder thematischen Tiefgang noch eine stilistische Komplexität aufweisen, ist ihre Entstehungsgeschichte für Dritte nicht oder allenfalls oberflächlich ersichtlich. Infolgedessen gelingt die Zweckentfremdung und Neukontextualisierung leichter als bei massenmedialen Inhalten, deren Entstehungskontext aufgrund gesteigerter medialer Aufmerksamkeit nur schwierig überlagert wird.

Den Bezugspunkt einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit dem benutzten Werk bilden demnach nur rein oberflächliche Erwägungen und Assoziationen mit dem dokumentierten Inhalt, die bei einer äußeren Betrachtung sichtbar werden. Daraus folgt, dass dieses Memgenre in Ermangelung eines inhaltlichen Bezugspunktes nur selten parodistische Züge aufweist.

Humoristische Elemente betreffen die Inkongruenz der verschiedenen Elemente des Mems und nicht den Aussagegehalt des benutzten Werkes, sein thematisches Umfeld oder die Person seines Urhebers. Die Benutzung des vorbestehenden Werkes erfolgt daher auf rein ästhetischer Ebene.

Meme, die Ausfluss der Entwicklung einer Subkultur sind, fungieren zuvorderst als Diskursinstrumente. Die referenzielle Bezugnahme auf das subkulturell geläufige Ausgangsmaterial ermöglicht in Kombination mit der Befolgung des jeweiligen Musters den Mitgliedern eine verdeckte Kommunikation. Die Zweckentfremdung und Neukontextualisierung, die mit einem verspielten Umgang mit dem vorbestehenden Werk einhergehen, dienen nicht nur ästhetischen Zwecken, sondern sind konstitutive Voraussetzung eines funktionierenden subkulturellen Kommunikationskreislaufs. Erst die sichtbare Übernahme von Werkelementen und die Befolgung des jeweiligen Musters ermöglichen Eingeweihten, den thematischen Bezugspunkt zu identifizieren und in den Austausch einzutreten. Sie spielen



damit, demselben Material durch geringfügige ästhetische Änderungen eine völlig andere Botschaft zuteil werden zu lassen, während die tatsächliche Botschaft eines subkulturellen Memes Außenstehenden verschlossen bleibt.

Folglich lässt sich bei subkulturellen Memen ein hinreichender innerer Abstand nicht aus einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit dem vorbestehenden Werk herleiten. Er resultiert vielmehr aus einer ästhetischen Auseinandersetzung mit demselben.<sup>962</sup> Ob die dafür erforderlichen Voraussetzungen vorliegen, ist im nächsten Schritt zu prüfen.

#### (b) Kunstspezifische Betrachtung

Mit Blick auf die Kommunikationsfunktion von Memen bleibt festzuhalten, dass die Werknutzung ein kreatives Gestaltungsmittel ist, das der referenziellen Bezugnahme und der Befolgung eines subkulturellen Musters dient.

Meme, die Ausfluss der Entwicklung einer Subkultur sind, verkörpern damit den Prototypen des Stilmittels *Re-Use*. Die Übernahme von Werkelementen dient als Mittel künstlerischen Ausdrucks und künstlerischer Gestaltung, sodass die aus *Germania 3* und *Metall auf Metall* hergeleiteten Grundsätze heranzuziehen sind. Es bedarf einer kunstspezifischen Betrachtung von § 24 Abs. 1 UrhG: Die durch die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG geschützten Interessen des Urhebers des benutzten Werkes sind den durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützten Interessen des kunstschaftenden Dritten gegenüberzustellen.

Da subkulturelle Meme ausdrücklich Bezug auf die Werkvorlage nehmen, erwecken sie nicht den Anschein, vom selben Urheber zu entstammen. Sie werden stattdessen dem subkulturellen Kodex entsprechend als Gestaltungsmittel eingesetzt, das eine Bezugnahme auf den inhaltlichen Kern des benutzten Werkes verhindert. Meme ersetzen also nicht die Konsumtion oder Wahrnehmung des benutzten Werkes. Eine Substitutionsgefahr ist zu verneinen.

In der Regel kennt die angesprochene Internetgemeinde das vorbestehende Werk, da sie andernfalls die mit der Referenz einhergehende Botschaft des Memes nicht verstehen würde. Das Ausgangswerk und das Mem stehen daher nicht in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander, sondern führen eine komplementäre Beziehung.<sup>963</sup> Das Mem tritt bestimmungsgemäß neben das benutzte Werk und erntet „nicht die Früchte fremder Arbeit“<sup>964</sup>.

Hinzu tritt der nicht-kommerzielle Verwendungszweck von Memen<sup>965</sup>, der keine Absatzeinbußen und keinen wirtschaftlichen Schaden des Originalurhebers be-

<sup>962</sup> Vgl. zur ästhetischen Auseinandersetzung mit dem vorbestehenden Werk S. 313.

<sup>963</sup> Dieses Verhältnis bringt auf den Punkt *Maier*, Remixe auf Hostingplattformen, S. 42.

<sup>964</sup> *Knopp*, GRUR 2010, 28, 32.

<sup>965</sup> Dazu ausführlich an späterer Stelle auf S. 343 ff.

fürchten lässt.<sup>966</sup> Die Werknutzung des vorbestehenden Werkes wird als Teil des Schöpfungsprozesses nicht von Erwerbsabsichten des Sendenden angetrieben: Dieser möchte in der digitalen Sphäre durch sein Mem sichtbar werden; zudem trägt die Verwendung als Diskurselement zur Stärkung der subkulturellen Gruppenidentität bei.<sup>967</sup>

Da die Verwertungsmöglichkeiten des Urhebers somit allenfalls geringfügig beschränkt werden, ergibt sich ein eindeutiges Überwiegen der Interessen des kunstschaffenden Internetnutzers.<sup>968</sup> Die durch Art. 14 GG geschützten Interessen des Urhebers müssen zugunsten der künstlerischen Entfaltungsfreiheit zurücktreten.

## (2) Distanzschaffende Elemente

Bei Memen, die der Entwicklung einer Subkultur dienen, wird vorwiegend auf drei distanzschaffende Elemente zurückgegriffen. Diese tragen maßgeblich dazu bei, dass ein hinreichender innerer Abstand zwischen dem Mem und dem benutzten Werk besteht. Es werden Schrifttexte eingefügt, Collagen erstellt sowie das optische Erscheinungsbild des Ausgangsmaterials mithilfe von Programmen zur Bild- oder Videobearbeitung modifiziert.

### (a) Schrifttext

Die geläufigste Verfahrensweise zur Erschaffung eines Memes, das auf grafischen Elementen basiert, sind Bildmakros. Sie basieren nicht nur auf der Übernahme von Werkausschnitten, sondern auf gesamten Abbildungen, die um einen Schrifttext ergänzt werden.<sup>969</sup> Letzterer bildet das einzige Element, das der Sendende zur Erschaffung des Memes hinzufügt.

Aufgrund dieser im Vergleich zum vorbestehenden Material geringen Leistung stellt sich bei Bildmakros besonders die Frage, ob durch das Einfügen eines Schrifttextes ein hinreichender Abstand zum benutzten Werk gewahrt wird.

Zunächst ist hervorzuheben, dass der eingefügte Schrifttext – ob als Bildunterschrift oder Sprechblase – für sich grundsätzlich keine ausreichende Schöpfungshöhe aufweist. Dieser fehlende Schutz als eigenständiges Sprachwerk nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG zeigt, dass sich der innere Abstand und die Selbständigkeit des Memes nicht aus dem Schrifttext ergeben.

<sup>966</sup> Auch *Fischer*, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 239 berücksichtigt im zweiten Schritt die Interessen des Urhebers des benutzten Werkes. Insbesondere soll die „Auswertung des fremden Werkes“ weder beeinträchtigt noch substituiert werden.

<sup>967</sup> Ebenso für filmische Remixe *Maier*, Remixe auf Hostingplattformen, S. 41.

<sup>968</sup> Ebenso für FanFiction *Knopp*, GRUR 2010, 28, 32.

<sup>969</sup> Zu dem Begriff des Bildmakros vgl. S. 44 ff., 50 f.

Allerdings wird durch den Schrifttext eine weitere Bedeutungsdimension geschaffen, die dem Mem seine besondere Schöpfungsstruktur verleiht: Auf der ersten Ebene steht die Inkongruenz der abgebildeten Situation und des Aussagegehalts des Schrifttextes. Da sie allenfalls oberflächlich miteinander korrespondieren, erzeugen sie eine von Banalität geprägte humoristische Dimension des Mem. Hinzu tritt die von Ernsthaftigkeit geprägte zweite Ebene, die erst bei genauerem Hinsehen sichtbar wird.

Diese Ebene resultiert ebenfalls aus dem Zusammenspiel von Abbildung und Schrifttext. Dennoch wohnt ihr eine subtile Kritik an einer gesellschaftlichen Fragestellung inne, die nicht in Zusammenhang mit dem benutzten Werk steht. Im Kontext der Variationen egalitärer Meme fungiert sie vielmehr als stilistischer Platzhalter: Der mit ihr beabsichtigte thematische Tiefgang ist Teil des subkulturellen Musters.

Diese komplexe Rollenzuweisung zeigt, wie weit das neue Mem auf der Ebene der Haltung von dem vorbestehenden Werk entfernt ist. Der innere Abstand ist daher auch dann zu bejahen, wenn die optischen Eigenarten des benutzten Werkes sichtbar bleiben und auf der Ebene der Form nur geringfügige Modifikationen vorgenommen werden.<sup>970</sup> Dies betrifft insbesondere das Memgenre der Stock Character Macros sowie teilweise der Classical Art-Meme und Comics.<sup>971</sup>

## (b) Collage und Bearbeitung

Die vorstehenden Erwägungen lassen sich auf collagenartig zusammengesetzte Meme und auf solche übertragen, die eine karikaturistische Bearbeitung des benutzten Werkes voraussetzen.

Jeweils wird durch geringfügige Modifikationen ein Zwei-Ebenen-System geschaffen. Es verleiht dem Mem seine spezifische kommunikative Funktion, die in keinerlei Zusammenhang mit dem Entstehungskontext des benutzten Werkes steht. Die Sichtbarkeit des benutzten Werkes dient stilistischen Gestaltungszwecken, sodass die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Erwägungen zu genrespezifischen Aspekten auf dieses Memgenre übertragbar sind.

Das Vorliegen eines hinreichenden inneren Abstandes ist daher auch bei Classical Art-, Flash-Memen und bei Comics zu bejahen, sofern die collageartige Zusammensetzung der Elemente oder die Bearbeitung des Ausgangsmaterials der Erzeugung von Inkongruenzen dient, die der offenkundig humoristischen Ebene eine ernsthaftere und kritische Ebene hinzufügen.

Bei Musikcollagen ist § 24 Abs. 2 UrhG zu beachten. Danach ist die freie Benutzung eines Musikwerkes ausgeschlossen, wenn eine Melodie erkennbar dem

<sup>970</sup> A. A. ist v. *Becker*, GRUR 2004, 104, 107, der jedoch das Vorliegen des hinreichenden Abstandes für Parodien verneint.

<sup>971</sup> Zu dem Hintergrund dieser Meme vgl. S. 51 ff.

Werk entnommen und einem neuen Werk zugrunde gelegt wird. Dies bedeutet analog zu § 23 S. 1 UrhG, dass das Musikwerk nur mit Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet werden darf. Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass sich die Individualität einer Komposition in der als Melodie, Thema oder Motiv einzustufenden Tonfolge derart manifestiert, dass die alleinige Erkennbarkeit der Tonfolge einem selbständigen Werkschutz des neuen Erzeugnisses entgegensteht.<sup>972</sup>

### (3) Zwischenergebnis

Es bleibt festzuhalten, dass Meme des Memgenres *Entwicklung einer Subkultur* grundsätzlich als freie Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG einzuordnen sind mit der Folge, dass sie von der Werkvorlage frei sind und der Sendende Inhaber eines Urheberrechts nach § 2 Abs. 2 UrhG wird.

Der hinreichende innere Abstand zur Werkvorlage folgt aus einer kunstspezifischen Betrachtung von § 24 Abs. 1 UrhG. Sie ergibt, dass die Verwertungsmöglichkeiten des Urhebers allenfalls geringfügig durch die erlaubnisfreie Nutzung seines Werkes beschränkt werden und die durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützten Interessen des kunstschaftenden Internetnutzers überwiegen. In der Folge ist die Vorschrift bei subkulturellen Memen extensiv auszulegen. Mithilfe von Schrifttexten, Collagen und Veränderungen wird trotz der fortbestehenden Sichtbarkeit der Werkvorlage auf der Ebene der Form eine Distanz geschaffen. Im Zusammenspiel mit dem veränderten Inhalt entsteht eine neue kommunikative Funktion des Mems, seine Haltung, sodass ein hinreichender innerer Abstand zu bejahen ist.<sup>973</sup>

### bb) Auseinandersetzung mit massenmedialen Inhalten

Bei dem Memgenre *Auseinandersetzung mit massenmedialen Inhalten*<sup>974</sup> handelt es sich grundsätzlich um gründerbasierte Meme. Indem die Einbettung eines konkreten Videos, Fotos, Textes, einer Melodie oder einer anderen Ressource verändert wird, erfährt das Mem auf der Ebene der Form eine Modifikation.

Durch die veränderte Einbettung des Inhalts erfüllt das Mem im Sinne des Sendenden eine andere kommunikative Funktion.

<sup>972</sup> Schulze, in: Dreier/Schulze, § 24 UrhG Rn. 44.

<sup>973</sup> Auch Fischer, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 236 betont, dass ein innerer Abstand nur bejaht werden kann, wenn dem Werk durch die Veränderung des Erscheinungsbildes ein eigener Aussagegehalt verlieht wird. Damit meint sie – um ihren Ansatz auf die Memetik zu übertragen – ebenfalls, dass das Werk eine eigene Haltung aufweisen muss.

<sup>974</sup> Zu den Hintergründen dieses Memgenres vgl. S. 53 ff.

### (1) Inhaltliche Auseinandersetzung

Den Anknüpfungspunkt memetischer Aktivität bildet ein Werk, das im Vorfeld als einzelne kulturelle Informationseinheit im Internet viral verbreitet wurde und dadurch Internetprominenz erlangt hat. Da bereits zahlreiche Assoziationen mit dem Entstehungskontext des Werkes, den Reaktionen der Öffentlichkeit sowie seinem Urheber bestehen, können und sollen Meme dieses Memgenres – anders als subkulturelle Meme – den inhaltlichen Ursprung des Werkes nicht überlagern.

Stattdessen eignen sie sich die Informationen an, die dem benutzten Werk anhaften, und setzen sich spielerisch mit den Assoziationen auseinander, die auf den massenmedialen Ursprung des Materials zurückgehen. In dieser Bezugnahme ist eine inhaltliche Auseinandersetzung zu erblicken.<sup>975</sup> Treten humoristische oder satirische Elemente hinzu, kommt die Einordnung als Parodie in Betracht.

Obwohl der Inhalt des benutzten Werkes entlehnt wird, folgt aus der konkreten kompositorischen Einbettung häufig eine veränderte Haltung zu dem jeweiligen gesellschaftlichen oder tagespolitischen Thema. Sie ergibt sich etwa daraus, dass ein anderer Aspekt durch die kompositorische Gestaltung hervorgehoben und zum thematischen Mittelpunkt des Mems wird.

Aus diesem Zusammenspiel von Form und Haltung ergibt sich die für ein Mem typische Vielschichtigkeit, die wie bei subkulturellen Memen grundsätzlich für einen hinreichenden inneren Abstand zum benutzten Werk sorgt.<sup>976</sup>

### (2) Bezugspunkte der Auseinandersetzung

Ein hinreichender innerer Abstand ergibt sich bei Parodien nach nationaler Rechtsprechung aus einer antithematischen Behandlung der Werkvorlage. Den inhaltlichen Bezugspunkt bildet das Werk selber oder aber der Gegenstand, den das Werk betrifft. Zieht man überdies die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union heran, die bei der Auslegung des Parodiebegriffs aufgrund der Einordnung als autonomer Begriff des Unionsrecht auch auf nationaler Ebene zu berücksichtigen ist, ergibt sich die Extensivierung, dass die Auseinandersetzung auch das thematische Umfeld des Werkes sowie andere, außerhalb des Werkes liegende Themen betreffen darf.

Wendet man diesen unionsrechtlich geprägten weiten Parodiebegriff auf Meme an, die sich mit massenmedialen Inhalten auseinandersetzen, ist ein hinreichender innerer Abstand in der Regel zu bejahen. Photoshopleaktionen wie auch Reaktionsvideos<sup>977</sup> behandeln meistens politische und gesellschaftliche Themen, die im Zusammenhang mit dem aktuellen Tagesgeschehen stehen. Zu diesem Zwecke

<sup>975</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen einer inhaltlichen Auseinandersetzung S. 313 f.

<sup>976</sup> Vgl. zu der besonderen Schöpfungsstruktur S. 82 f., 106 ff.

<sup>977</sup> Vgl. S. 53 ff.

verwenden Internetnutzer bekanntes Foto- und Videomaterial, das bereits durch massenmediale Kanäle Bekanntheit erlangt hat. In beiden Fällen bildet die abgebildete Person oder das dokumentierte Ereignis den inhaltlichen Bezugspunkt. Da sie dem Gegenstand des Werkes unterfallen, ist eine Parodie anzunehmen.

Ausnahmsweise nur wird das massenmediale Material verwendet, um auf das thematische Umfeld des Werkes aufmerksam zu machen. Das ist insbesondere der Fall, wenn ein Werk viralen Verbreitungsmechanismen zugeführt wurde und erst durch sie Internetprominenz erlangt hat. In diesen Fällen bildet es erst zeitlich versetzt einen Anknüpfungspunkt für memetische Tätigkeiten. Dadurch treten weitere Assoziationspunkte neben den Entstehungskontext des Werkes.

Sie stehen nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Werk, sondern betreffen sein thematisches Umfeld. Das hat zur Folge, dass das jeweilige Foto oder die Filmsequenz stellvertretend für ein bestimmtes Thema verwendet wird. Dieses Phänomen tritt sowohl bei Photoshopreaktionen und Reaktionsvideos auf, die typischerweise ernsthaftere Themen betreffen, als auch bei dem Remix multimedialer Inhalte.

### (3) Distanzschaffendes Element

Bei der Parodie bildet die kritische Auseinandersetzung das distanzschaffende Element. Sie ist Ausdruck von Humor oder Verspottung.

Zur Erreichung eines solchen Effekts wird, wie bei subkulturellen Memen auf die Gestaltungstechniken von Bildmakros, Collagen, die Gegenüberstellung mehrerer Elemente sowie die Bearbeitung des Ausgangsmaterials zurückgegriffen. Sie dienen jeweils der Erzeugung von Inkongruenzen sowie der Verfremdung der Werkvorlage. Die charakteristischen Merkmale der Vorlage werden vereinfacht, vergrößert oder auf anderer Weise verzerrt dargestellt, sodass die wesentlichen Züge des vorbestehenden Werkes auf eine neue Bedeutung gelenkt werden.

Dadurch wird nicht nur ein komischer Effekt im Vergleich zur Vorlage erzielt, sondern die für Meme typische Vielschichtigkeit begründet. Während diese bei subkulturellen Memen in der Schaffung einer völlig neuen inhaltlichen Ebene besteht, ist sie bei dem Memgenre *Auseinandersetzung mit massenmedialen Inhalten* in der veränderten Haltung gegenüber dem im Mem behandelten Thema zu erblicken.

### cc) Zwischenergebnis

Die typisierende und fallgruppenorientierte Betrachtung ergibt, dass ein innerer Abstand bei subkulturellen Memen durch die ästhetische Auseinandersetzung mit der Werkvorlage zu bejahen ist. Gleiches gilt für Meme, die sich mit massenmedialen Inhalten auf einer inhaltlich- kritischen Ebene auseinandersetzen.

Dennoch verläuft die Grenze zwischen einer unfreien Bearbeitung nach § 23 UrhG und einer freien Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG oftmals fließend.<sup>978</sup> Dies gilt insbesondere, als eine Bearbeitung in Abgrenzung zu einer anderen Umgestaltung nach hiesiger Ansicht ein eigenschöpferisches Tätigwerden aufweisen muss.<sup>979</sup> Die Einordnung von Memen in das System der abhängigen Schöpfungen hängt also davon ab, ob ein ausreichender Abstand zur Werkvorlage besteht.

Ein abschließendes Urteil lässt sich nur unter Heranziehung der konkreten Gestaltung eines jeden Memes bilden. Zu berücksichtigen sind der Inhalt, die Form und die Haltung des Memes, die je nach Memgenre und Einsatz der Ressourcen zu divergierenden Ergebnissen führen. Der Abhängigkeitsgrad eines Memes von dem benutzten Werk fällt also mal größer und mal geringer aus; Entsprechendes gilt für den Schutzzumfang.

Liegt nach alledem eine Bearbeitung im Sinne von §§ 3, 23 S. 1 UrhG vor, hängt die Veröffentlichung und Verwertung des Memes von der Einwilligung des Originalurhebers ab.<sup>980</sup> Daraus folgt die Frage, ob eine Einwilligung schon durch das Hochladen des Originalwerkes auf eine digitale Plattform konkludent erteilt und mit welchem Inhalt sie erteilt wird. Die Antwort richtet sich einerseits nach den Voraussetzungen der schlichten Einwilligung, dass das Werk online genutzt werden darf, sowie andererseits nach den Nutzungsabreden, die zwischen den Betreibern von digitalen Plattformen und Internetnutzern geschlossen werden.<sup>981</sup>

### III. Zweifelsregelung

Die abschließende Einordnung ist sowohl für den Urheber der Werkvorlage als auch den kunstschaftenden Internetnutzer als potentielltem Rechteinhaber von großer Bedeutung. Sie bestimmt, ob das Mem frei ist oder in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Werkvorlage steht.

#### 1. Bedarf einer Zweifelsregelung

Der Einsatz als Diskurselement setzt voraus, dass das Mem die private Sphäre des Sendenden verlässt und in den öffentlichen Raum eintritt. Es liegen eine Veröffentlichung nach § 12 UrhG, eine Verbreitung nach § 19a UrhG und, mit dieser

<sup>978</sup> Da die Vorschriften in einem Exklusivitätsverhältnis zueinander stehen, ist die Abgrenzung dennoch bedeutsam, vgl. S. 177 ff.

<sup>979</sup> Vgl. zu der Abgrenzung der Begriffe 150 ff.

<sup>980</sup> Vgl. zu der Rechtsfolge einer Bearbeitung S. 122, 123 f.

<sup>981</sup> Zu der Frage der schlichten Einwilligung äußert sich *Oskan*, Die schlichte Einwilligung im Urheberrecht, S. 197 ff.; zu legitimierungsbedürftigen Bearbeitungen i. S. v. § 23 UrhG im Internet, den Voraussetzungen des Erklärungsstatbestands und Mehrpersonenkonstellationen im Internet siehe *Tinnefeld*, Die Einwilligung in urheberrechtliche Nutzungen im Internet, S. 48 f., 64 ff., 134 ff.

einhergehend, eine Vervielfältigung des neuen Werkes nach § 16 UrhG vor. Damit wird die Grenze in § 23 S. 1 UrhG überschritten: Ist das Mem als abhängige Bearbeitung einzuordnen, muss der Originalurheber in die Veröffentlichung oder Verwertung der Bearbeitungsfassung einwilligen.<sup>982</sup>

Das der abhängigen Werkschöpfung immanente Spannungsverhältnis zwischen den Interessen des Urhebers und denen des Dritten<sup>983</sup> ist ebenso altbekannt wie die schwierige Grenzziehung zwischen §§ 23, 24 UrhG. Mit der „Demokratisierung der Kreativmittel“<sup>984</sup> ist sie im digitalen Zeitalter von gesteigerter Wichtigkeit: Durch die verbesserten technologischen Rahmenbedingungen zur Kombination und Weiterverarbeitung vorbestehender Werke wird die transformative Werknutzung zunehmend zur Bedingung für die Entstehung neuer Werke.<sup>985</sup> Zudem vergrößert sich durch das Internet als globalem Informations- und Verbreitungsmedium der Aktionsradius eines digitalen Werkes, sodass die Zahl der Sendenden und Adressaten exponentiell schnell mit der Zahl der Rechteinhaber ansteigt.<sup>986</sup> Aus der Digitalisierung und Vernetzung resultieren somit nicht nur eine Fülle digitaler referenzieller Werke, sondern eine „unüberschaubare Vielzahl amateurhafter Urheber“.

Vor diesem Hintergrund gewinnt die Abgrenzung einer abhängigen Bearbeitung von einer freien Benutzung, die sich auf die Begrenzung des urheberrechtlichen Schutzgegenstandes auswirkt, eine neue Dimension.<sup>987</sup> Es bedarf einer Zweifelsregelung für mehr Rechtsklarheit, die der im digitalen Zeitalter verschärften Interessenlage der Beteiligten Rechnung trägt.<sup>988</sup>

## 2. Folgebetrachtung

### a) Einordnung als Bearbeitung

Eine Bearbeitung nach § 23 S. 1 Var. 1 UrhG liegt vor, wenn eine Werkumgestaltung Werkqualität aufweist.<sup>989</sup> Da an der Bearbeitungszutat ein Bearbeitungs-urheberrecht nach § 3 UrhG entsteht, geht mit der Einordnung als Bearbeitung eine Schutzrechtskumulation einher: Das Bearbeiturheberrecht tritt neben das Urheberrecht am Originalwerk.<sup>990</sup> Wegen dieser Schutzrechtsüberschneidung setzt eine

<sup>982</sup> Knopp, GRUR 2010, 28, 32.

<sup>983</sup> Zu den Hintergründen dieses Spannungsfeld vgl. S. 119 f., 183 ff., 260 ff.

<sup>984</sup> Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, 882.

<sup>985</sup> Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, 882.

<sup>986</sup> Zu den veränderten Rahmenbedingungen im Internet vgl. S. 36 f.

<sup>987</sup> Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, 882; ebenso Knopp, GRUR 2010, 28, 32, der sich jedoch vertieft der Folgefrage widmet, ob das Einwilligungserfordernis des § 23 UrhG auf die Veröffentlichung und Verwertung im Geschäftsverkehr zu begrenzen ist.

<sup>988</sup> Ein ähnlicher Ansatz wurde bereits befürwortet für veränderte Werkwiedergaben, die eine Abgrenzung zwischen § 16 UrhG und § 23 S. 1 Var. 2 UrhG erfordern, vgl. S. 161 f.

<sup>989</sup> Vgl. zum Bearbeitungsbegriff S. 153 ff.

<sup>990</sup> Vgl. S. 122 f.



zulässige Nutzung der Bearbeitungsfassung die Einholung zweier Lizenzen voraus – sowohl beim Originalurheber als auch dem Bearbeiter. Dies birgt die Gefahr, dass bei transformativen Werknutzungen vermehrt Urheberrechte verletzt werden.<sup>991</sup>

Einerseits droht eine Interessenkollision des Bearbeiters und mit den Interessen des Originalurhebers, die den Lizenzerwerb erschwert. Andererseits besteht ein erhöhtes Risiko der Missachtung von Urheberrechten.<sup>992</sup> Bearbeitungen sind insbesondere für den, dem das Originalwerk unbekannt ist, nicht ohne weiteres erkennbar. Insbesondere lässt sich einer Gestaltung in der digitalen Sphäre nur selten anmerken, ob und inwieweit Urheberrechte an ihr bestehen und wer die Urheber sind.<sup>993</sup>

Neben dieser verwertungsrechtlichen Implikation ist bei der Nutzung der Bearbeitungsfassung die gesteigerte Gefahr einer urheberpersönlichkeitsrechtlichen Verletzung zu beachten. Als Ausfluss von § 13 UrhG besteht der kumulative Anspruch des Originalurhebers und Bearbeitungsurhebers, als Schöpfer kenntlich gemacht zu werden.<sup>994</sup>

Die gesteigerte Gefahr von Urheberrechtsverletzungen wirkt nicht nur kreativitätshemmend, sondern führt bei Veröffentlichung und Verwertung von Memen zu einer Ausdehnung des Urheberrechtsschutzes im nicht-kommerziellen Bereich.<sup>995</sup> Obwohl der Rückgriff auf vorbestehende Werke aus Sicht der amateurhaften Urheber Bestandteil eines künstlerisch-ideell und nicht gewerblich orientierten Tätigwerdens ist, tragen sie mit ihrem Tun zu einem Akzeptanzverlust der Verwertungsgesellschaften und des Urheberrechts bei.<sup>996</sup>

## b) Einordnung als freie Benutzung

Fallen Meme als selbständige Werke in den Schutzbereich von § 2 UrhG, sind sie dem Einwirkungsbereich des Urhebers des benutzten Werkes in verwertungs- wie auch urheberpersönlichkeitsrechtlicher Hinsicht entzogen.<sup>997</sup> Der Sendende des Mems kann mit ihm nach Belieben verfahren. Wollen Dritte das Mem als urheberrechtlich geschütztes Werk ihrerseits verwerten, müssen sie bei ihm eine Lizenz einholen.

---

<sup>991</sup> Ziegler, Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing, 65 f.; ebenso zum Erfordernis der Einwilligung in der digitalen Sphäre Schulze, in: Dreier/Schulze, § 23 UrhG Rn. 18.

<sup>992</sup> Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, 885 f.

<sup>993</sup> Ziegler, Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing, S. 65.

<sup>994</sup> Ziegler, Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing, S. 138; Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, § 13 UrhG Rn. 8.

<sup>995</sup> Vgl. dazu ausführlich S. 344 f.

<sup>996</sup> Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, 886.

<sup>997</sup> Vgl. zur Rechtsfolge der freien Benutzung S. 168; dies gilt auch für das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft aus § 13 UrhG, vgl. Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, § 13 UrhG Rn. 9.

Die Folgebetrachtung zeigt, dass mit der Einordnung als freie Benutzung die Gefahr von Urheberrechtsverletzungen und das Risiko eines Akzeptanzverlustes des Urheberrechts im Internet sinken.<sup>998</sup> Lässt sich nicht definitiv ermitteln, ob ein hinreichender Abstand zur Werkvorlage vorliegt, sind digitale referenzielle Werke daher im Zweifel als freie Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG einzuordnen. Entscheidende Voraussetzung ist nur, dass sie nicht-kommerzieller Natur sind, sodass sie in keinem Wettbewerbsverhältnis zu der Werkvorlage stehen und dem Urheber derselben kein wirtschaftlicher Schaden droht.

### *3. Ergänzender Schutz durch § 14 UrhG*

Lässt sich ein hinreichender Abstand zwischen beiden Gestaltungen nicht definitiv ermitteln, ist aufgrund des Exklusivitätsverhältnisses der §§ 23, 24 UrhG von einer Bearbeitung auszugehen.<sup>999</sup>

§ 23 S. 1 UrhG erhält die verwertungsrechtliche Werkherrschaft des Originalurhebers bei einer transformativen Werknutzung. Es ist fraglich, ob dieser Schutz ausnahmsweise zugunsten der verfassungsrechtlich verbürgten Interessen kunstschaffender Dritter eingeschränkt werden kann, wenn die Interessen des Originalurhebers über § 23 UrhG hinaus geschützt werden würden.

Als ergänzendes Schutzinstrument kommt der urheberpersönlichkeitsrechtlich geprägte Entstellungsschutz nach § 14 UrhG in Betracht. Es ist zu ermitteln, in welchem Verhältnis der Entstellungsschutz zu § 23 UrhG steht. Tritt er neben § 23 UrhG, können eine restriktive Anwendung des Bearbeitungsrechts und eine extensive Anwendung der freien Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG dadurch gerechtfertigt werden, dass dem Interesse des Originalurhebers hinreichend durch § 14 UrhG Rechnung getragen wird.

#### *a) Vermögensrechtlicher Charakter von § 23 UrhG*

Die Interessen des Urhebers des benutzten Werkes werden in materieller und ideeller Hinsicht geschützt.<sup>1000</sup> Der vierte Abschnitt des Urheberrechtsgesetzes enthält eine Unterteilung in urheberpersönlichkeitsrechtliche (zweiter Unterabschnitt) und vermögensrechtliche (dritter Unterabschnitt) Vorschriften. Sie bilden gemeinsam das Fundament des deutschen Urheberrechts. Die Stellung von § 23 UrhG im dritten Unterabschnitt deutet auf den Charakter als vermögensrechtliche Vor-

---

<sup>998</sup> Genauso, allerdings zur Rechtsinhaberschaft im Internet: *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881, 885 f.

<sup>999</sup> Vgl. zu dem Verhältnis der Vorschriften zueinander S. 177 ff.

<sup>1000</sup> Um den Schutz der ideellen und vermögensrechtlichen Interessen des Urhebers und ihre enge Verknüpfung als Folge der monistischen Theorie ging es bereits an früherer Stelle, vgl. S. 131 f., 137 f.

schrift<sup>1001</sup> hin, deren Gegenstand sich in dem Schutz der materiellen Interessen des Urhebers erschöpft.<sup>1002</sup>

Auf diese Gewichtung des Interessenschutzes deutet auch der zweite Unterabschnitt, der ausweislich des Titels „Urheberpersönlichkeitsrecht“ dem Schutz der ideellen Interessen des Urhebers dient. Eigenständiger Schutzgegenstand der §§ 12–14 UrhG ist das Recht auf Wahrung der Werkintegrität.

Aus dem zweiten Unterabschnitt folgt somit, dass sich der Schutz des Urhebers vor transformativen Werknutzungen nicht in § 23 S. 1 UrhG erschöpft. Ausweislich § 14 UrhG darf der Urheber Entstellungen und andere Beeinträchtigungen seines Werkes untersagen, die geeignet sind, seine berechtigten geistigen oder persönlichen Interessen am Werk zu gefährden. Geschützt wird nicht die Person des Urhebers selbst, sondern das Band, das ihn mit seinem außerpersönlichen Werk verbindet<sup>1003</sup>: Der Urheber hat ein Interesse daran, dass es in unverfälschter Form in Erscheinung tritt. Da er dem Werk seine individuelle Prägung verliehen hat, soll es nur in dieser konkreten Ausprägung mit ihm assoziiert werden.<sup>1004</sup>

## b) Schutz der Werkintegrität

### aa) Normverhältnis zu §§ 23, 24 UrhG

Trotz der eindeutigen Gesetzesstellung von § 23 UrhG, die eine restriktive Anwendung im Interesse des kunstschaftenden Dritten zu befürworten scheint, stellt sich die Frage nach dem Normverhältnis der §§ 14, 23 UrhG.

Nur wenn die Vorschriften in einem Exklusivitätsverhältnis zueinanderstehen, lässt sich die extensive Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG gegenüber § 23 UrhG damit begründen, dass den Interessen des Urhebers hinreichend durch das Entstehungs- und Änderungsverbot der § 14 UrhG Rechnung getragen wird.

#### (1) §§ 14, 23 UrhG

Das Entstellungsverbot nach § 14 UrhG steht als eigenständiges Schutzinstrument neben dem Bearbeitungsrecht.<sup>1005</sup> § 23 S. 1 i. V. m. § 97 UrhG gibt dem Urheber einen Unterlassungsanspruch an die Hand wegen Verletzung der vermögensrechtlichen Interessen. Er tritt neben den Anspruch aus § 14 i. V. m. § 97 UrhG, durch welchen die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Interessen des Urhebers geschützt werden.

<sup>1001</sup> Zur dogmatischen Einordnung von § 23 UrhG vgl. S. 137 ff.

<sup>1002</sup> Ebenso *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 14 UrhG Rn. 24; *Knopp*, GRUR 2010, 28, 32; restriktiv dagegen *Specht/Koppermann*, ZUM 2016, 19, 24.

<sup>1003</sup> BT-Drucks. IV/270, 44 f.

<sup>1004</sup> *Dietz/Peukert*, in: Schricker/Loewenheim, § 14 UrhG Rn. 1.

<sup>1005</sup> Vgl. S. 138.

Es ist jedoch zu beachten, dass Veränderungen, die im Rahmen der vereinbarten Bearbeitung geboten sind oder denen der Urheber ausdrücklich zugestimmt hat, nicht die Urheberinteressen verletzen, sodass eine Entstellung zu verneinen ist.<sup>1006</sup>

Ein Verstoß gegen das gesetzliche Änderungsverbot nach § 39 UrhG kommt nur in Betracht, wenn der Urheber seine Erlaubnis zur Bearbeitung nicht erteilt hat oder die Änderungen über die vereinbarte Bearbeitung hinausgehen, sodass sie den ursprünglichen Werkzustand gravierend beeinträchtigen.<sup>1007</sup>

## (2) §§ 14, 24 UrhG

Liegt dagegen der für eine freie Benutzung erforderliche Abstand vor, ist mit der Schaffung einer selbständigen Neuschöpfung eine Änderung im Sinne von § 39 UrhG zu verneinen<sup>1008</sup>: Die Öffentlichkeit identifiziert das neue Werk nicht mehr mit dem vorbestehenden Werk, sodass die ideellen Interessen des Urhebers an seinem Werk nicht beeinträchtigt werden.<sup>1009</sup>

Wird ein Werk allerdings für eine Parodie (inhaltliche Auseinandersetzung) oder als Stil- oder Gestaltungsmittel (ästhetische Auseinandersetzung) verwendet, bleibt es nicht nur in seiner konkreten Form sichtbar, sondern wird durch die Vorgabe der Schaffung einer selbständigen Neuschöpfung zwangsläufig verändert.<sup>1010</sup> Da aus Sicht des Urhebers der Werkvorlage die gesteigerte Gefahr besteht, dass das neue Werk mit ihm assoziiert wird, findet die urheberpersönlichkeitsrechtliche Zulässigkeit der transformativen Werknutzung trotz der Anwendbarkeit von § 24 Abs. 1 UrhG seine Grenzen in § 14 UrhG.<sup>1011</sup> In den Fällen des inneren Abstandes ist somit von einer parallelen Anwendbarkeit von §§ 24, 14 UrhG auszugehen.<sup>1012</sup>

<sup>1006</sup> BGH, Urteil vom 13.10.1988, I ZR 15/87, GRUR 1989, 106, 107 – *Oberammergauer Passionsspiele II*.

<sup>1007</sup> Dietz/Peukert, in: Schricker/Loewenheim, § 14 UrhG Rn. 24; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 14 UrhG Rn. 2.

<sup>1008</sup> Dies folgt daraus, dass der Schutzgegenstand des benutzten Werkes nicht betroffen ist, vgl. S. 169.

<sup>1009</sup> So i. E. OLG München, Urteil vom 13.12.2007, 29 U 4026/07, ZUM-RD 2008, 149, 149; Specht/Koppermann, ZUM 2016, 19, 20.

<sup>1010</sup> Vgl. zum inneren Abstand und der Frage, inwieweit der Schutzgegenstand des benutzten Werkes betroffen ist S. 185 f., 199 f., 309 f.

<sup>1011</sup> Dietz/Peukert, in: Schricker/Loewenheim, § 14 UrhG Rn. 9. Ob § 14 UrhG in diesen Fällen unmittelbar oder i. V. m. § 62 UrhG anwendbar ist, richtet sich nach der dogmatischen Einordnung von § 24 UrhG als Schutzzumfangbestimmung oder Schrankenbestimmung.

<sup>1012</sup> Zu den Argumenten für eine parallele Anwendbarkeit im Vergleich zu der Annahme eines Exklusivitätsverhältnisses der Vorschriften siehe Specht/Koppermann, ZUM 2016, 19, 20, 25; i. E. genauso Haedicke, GRUR Int. 2015, 664, 666 f.; Knopp, GRUR 2010, 28, 32; a. A. ist wohl Fischer, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 243, die ein Exklusivitätsverhältnis der Vorschriften annimmt.

### bb) Relevanz bei Memen

Bei den Memgenres *Entwicklung einer Memsubkultur* und der *Auseinandersetzung mit massenmedialen Inhalten* wird die Werkvorlage modifiziert, sodass ein Verstoß gegen das gesetzliche Änderungsverbot aus § 39 UrhG denkbar ist.

Eine Beeinträchtigung der ideellen Interessen des Urhebers an seinem Werk nach §§ 14, 39 UrhG ist jedoch nur möglich, wenn der vom Urheber konkret geschaffene, geistig-ästhetische Gesamteindruck des Werkes verändert wird.<sup>1013</sup> In Betracht kommen direkte Beeinträchtigungen der körperlichen Substanz durch die Modifizierung der vom Urheber gewählten konkreten Form des Werkes oder eine indirekte Beeinträchtigung der geistigen Substanz.<sup>1014</sup> Direkte Beeinträchtigungen entstehen etwa durch die auszugsweise Darstellung oder teilweise Vernichtung, die Verzerrung oder Verfälschung des Werkes; Beispiel für eine unveränderte Werkwiedergabe, die den immateriellen Charakter des Werkes beeinträchtigt, ist dagegen eine Neukontextualisierung, die es in einen unzumutbaren Sachzusammenhang setzt.<sup>1015</sup>

#### (1) Inhaltliche Auseinandersetzung

Wie gezeigt wurde, enthalten zahlreiche Meme parodistische Elemente.<sup>1016</sup> Sie setzen sich nicht nur inhaltlich mit der Werkvorlage auseinander, sondern stellen sie vereinfacht, vergrößernd oder auf anderer Weise verzerrt dar. Mit diesen Änderungen gehen regelmäßig Beeinträchtigungen der körperlichen Werksubstanz einher. Da überdies die charakteristischen Merkmale der Werkvorlage erhalten bleiben und um eine neue, oftmals überraschende komisch-kritische Aussage ergänzt werden, kommt ein Verstoß gegen das Entstellungsverbot in Betracht.

Indes sind sowohl die Übernahme der charakteristischen Werkelemente als auch die kritisch-ironische oder anders verzerrte Darstellung der Werkvorlage bei Parodien üblich. Eine Beeinträchtigung oder Entstellung der ideellen Interessen des Urhebers an seinem Werk im Sinne von § 14 UrhG wäre demnach bei allen Memen zu bejahen, die eine kritisch-komische Abhandlung beinhalten.

Ein derart flächendeckendes Eingreifen des Entstellungsverbots käme einer Unterbindung der Kunst- und Meinungsfreiheit des Parodisten aus Art. 5 Abs. 1,

<sup>1013</sup> BGH, Urteil vom 13. 10. 1988, I ZR 15/87, GRUR 1989, 106, 107 – *Oberammergauer Passionsspiele II*.

<sup>1014</sup> BGH, Urteil vom 07. 02. 2002, I ZR 304/99, BGHZ 150, 32, Rn. 44 – *Unikatrahmen*; Dietz/Peukert, in: Schricker/Loewenheim, § 14 UrhG Rn. 15; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 23 UrhG Rn. 8.

<sup>1015</sup> Im Einzelnen dazu *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 454 f.; Dietz/Peukert, in: Schricker/Loewenheim, § 14 UrhG Rn. 15, 18.

<sup>1016</sup> Vgl. S. 324.

3 S. 1 GG gleich.<sup>1017</sup> Um dies zu vermeiden, sind die Interessen des kunstschaftenden Dritten unter Berücksichtigung des konkreten Benutzungszwecks bei der Auslegung von § 14 UrhG – also im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der „berechtigten geistigen oder persönlichen Interessen am Werk“ – zu berücksichtigen. Bei Parodien ist daher entscheidend, dass der Benutzungszweck in einer kritisch-ironischen Würdigung und nicht in einer herabwürdigenden Wiedergabe des Werkes besteht.<sup>1018</sup> Andernfalls kann eine Entstellung nach § 14 UrhG zu bejahen sein.

## (2) Ästhetische Auseinandersetzung

Neben einer direkten Beeinträchtigung ist bei der ästhetischen Auseinandersetzung – wie etwa typischerweise bei dem Memgenre *Entwicklung einer Subkultur* – eine indirekte Beeinträchtigung der geistigen Werksubstanz denkbar. Sie geht regelmäßig mit der Zweckentfremdung oder Neukontextualisierung einher.<sup>1019</sup>

Durch die fortbestehende Sichtbarkeit der charakteristischen Werkelemente sind solche Meme geeignet, die Interessen des Urhebers zu gefährden. Anders als bei Parodien sind die Anforderungen an die Interessengefährdung aufgrund der unverändert fortbestehenden körperlichen Werksubstanz höher anzusetzen.<sup>1020</sup>

Dennoch greift das Entstellungsverbot nach § 14 UrhG bei indirekten Beeinträchtigungen nur in Ausnahmefällen, da Meme dieses Genres häufig auf nutzer-generierten Inhalten aufbauen, die nach den Grundsätzen der kleinen Münze<sup>1021</sup> nur ein geringes Individualitätsmaß aufweisen.<sup>1022</sup>

## cc) Abgrenzung zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht

Neben den urheberpersönlichkeitsrechtlichen Belangen des Urhebers ist das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG zu berücksichtigen.

Obwohl das Urheberpersönlichkeitsrecht als spezielle Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Anwendungsbereich des Urheberrechtsgesetzes Vor-

<sup>1017</sup> Schulze, in: Dreier/Schulze, § 14 UrhG Rn. 24; Specht/Koppermann, ZUM 2016, 19, 21; ähnlich, allerdings mit Schwerpunkt auf dem Bearbeitungsrecht, äußern sich Dietz/Peukert, in: Schricker/Loewenheim, § 14 UrhG Rn. 30.

<sup>1018</sup> Siehe dazu etwa das Beispiel in Kroitzsch/Götting, in: Möhring/Nicolini, § 14 UrhG Rn. 22; diese Unterscheidung treffen ebenfalls: Haedicke, GRUR Int. 2015, 664, 667; Specht/Koppermann, ZUM 2016, 19, 21.

<sup>1019</sup> Vgl. S. 319 f.

<sup>1020</sup> Dietz/Peukert, in: Schricker/Loewenheim, § 14 UrhG Rn. 28 f.

<sup>1021</sup> Vgl. zur Schöpfungshöhe und den Auswirkungen auf den Schutzzumfang S. 76 ff., 108 f.

<sup>1022</sup> Zu dem gleichen Ergebnis gelangt Maier, Remixe auf Hostingplattformen, S. 38 für Remix-Filme, die sich jedoch zuvorderst auf das Änderungsverbot aus § 62 UrhG stützt.

rang als Spezialregelung genießt<sup>1023</sup>, sind beim Werkschaffen nicht nur die Urheberpersönlichkeitsrechte des Urhebers, sondern auch die Persönlichkeitsrechte Dritter zu beachten. Sie können im Hinblick auf den Schutz des eigenen Bildes im Sinne von §§ 22 ff. KURhG sowie für andere Formen relevant sein, in denen die Persönlichkeit des Dritten erscheint und die der Selbstbestimmung der Person unterliegen.

Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht kann daher auch bei Memen bei der Auslegung von § 14 UrhG ergänzend zu berücksichtigen sein.

#### 4. Schlussfolgerung

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass bei Mem-Grenzfällen, die eine ausreichende Schöpfungshöhe aufweisen, während das Vorliegen eines inneren Abstandes unklar ist, im Zweifel von einer freien Benutzung statt einer unfreien Bearbeitung auszugehen ist.

Entscheidende Voraussetzung dieser Vermutung ist jedoch, dass das betreffende Mem nicht-kommerzieller Natur und demnach nicht zur Veröffentlichung und Verwertung im Geschäftsverkehr bestimmt ist. Denn nur dann ist sichergestellt, dass es in kein Wettbewerbsverhältnis zu der Werkvorlage tritt, sodass dem Urheber des benutzten Werkes keine wirtschaftlichen Nachteile drohen. Auf diese Weise kann der nicht geschäftsorientierte Austausch von Memen und anderer digitaler referenzieller Werke unabhängig von der Einwilligung des Urhebers erfolgen.

Es wird einerseits ein Akzeptanzverlust des Urheberrechts durch eine steigende Zahl von Urheberrechtsverletzungen in der digitalen Sphäre aufgehalten.<sup>1024</sup> Andererseits werden Freiräume geschaffen, innerhalb derer die für den kulturellen Kreislauf erforderlichen Handlungen zur Wahrnehmung der persönlichen Entfaltungsfreiheit wie auch zur Ausübung von Kreativität zulässig sind.<sup>1025</sup>

Es ist jedoch hervorzuheben, dass eine solche Zweifelsregelung nicht von der Durchführung einer dezidierten Prüfung der im Vorfeld entwickelten Voraussetzungen von § 24 Abs. 1 UrhG entbindet. Sie ist insbesondere bei den Fällen des inneren Abstandes durch eine inhaltliche oder ästhetische Auseinandersetzung mit der Werkvorlage von großer Bedeutung. Eine Missachtung dieser Vorgabe führt dazu, dass das Urheberrecht mit den Wirkungen der §§ 11 ff. UrhG zu einem wertlosen Schutzrecht wird, sodass die Gefahr eines umgekehrten Akzeptanzverlusts besteht.

Ihm lässt sich indes mithilfe der kritischen Hinterfragung entgegenwirken, ob die von Art. 14 GG geschützten Interessen des Urhebers hinreichend im Rahmen

<sup>1023</sup> Zur Entstehungsgeschichte siehe *Dietz/Peukert*, in: Schricker/Loewenheim, § 14 UrhG S. 3f.

<sup>1024</sup> Vgl. zur der Gefahr eines Akzeptanzverlusts durch eine zu extensive Anwendung des Urheberrechtsgesetzes *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881, 885.

<sup>1025</sup> *Knopp*, GRUR 2010, 28, 33.

von § 24 Abs. 1 UrhG berücksichtigt wurden.<sup>1026</sup> Bei der verfassungskonformen Auslegung sind die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze zu *Germania 3* und *Metall auf Metall* zur Auslegung heranzuziehen. Nur so lässt sich trotz der fortlaufenden (Weiter-)Entwicklung digitaler Hilfsmittel zur Werkherstellung und Werkbearbeitung sicherstellen, dass die Grenze zwischen einer unfreien Bearbeitung geschützter Werke auf der einen Seite und freien Werknutzungsformen auf der anderen Seite eingehalten wird.

## F. Flussdiagramm zur Einordnung von Memen

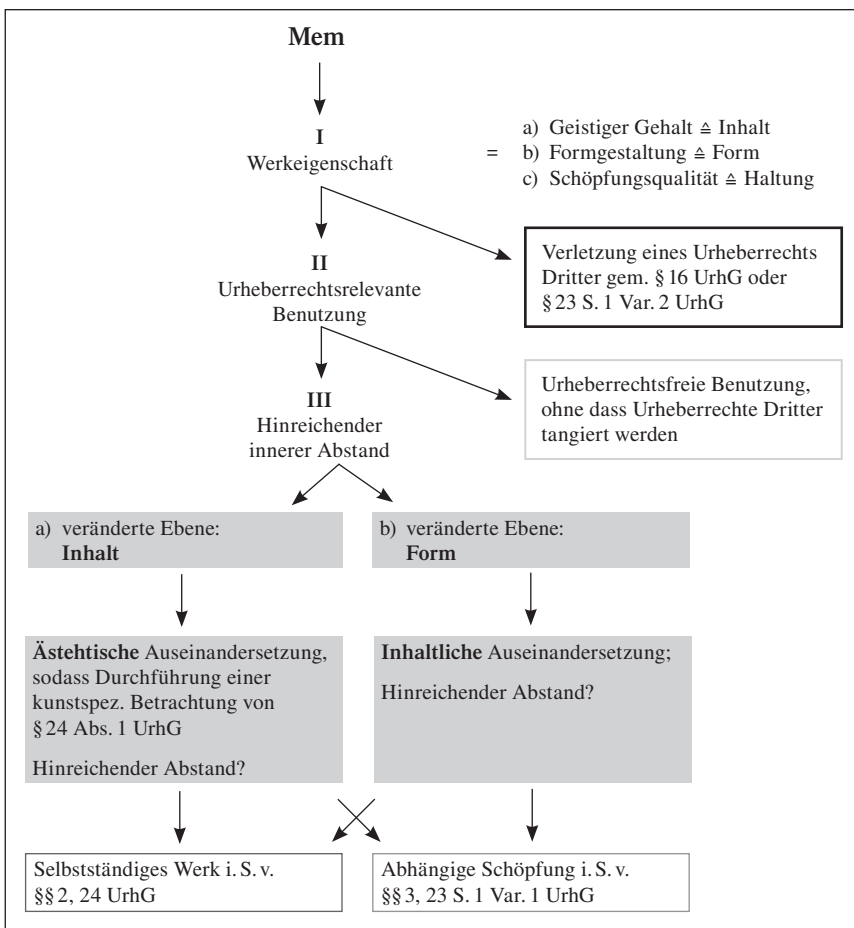


Diagramm 1: Urheberrechtliche (Un-)Zulässigkeit eines Memes

<sup>1026</sup> Insoweit sind die Vorgaben des BVerfG zu berücksichtigen, vgl. S. 255 ff., 311 f.



## § 4 Regelungsvorschlag für § 24 UrhG

Aus den vorstehenden Ausführungen wird deutlich, dass die Rechtsprechung seit Jahrzehnten bemüht ist, den offenen Tatbestand von § 24 Abs. 1 UrhG näher auszugestalten und damit einen klareren Rechtsrahmen zu schaffen. Mit den entwickelten Grundsätzen hat sie dieses Ziel inhaltlich erreicht.

Wer allerdings allein den Gesetzestext heranzieht, stößt nur auf den für sich wenig aussagekräftigen Wortlaut. Nachfolgend wird untersucht, ob und inwieweit sich Unklarheiten betreffend den Begriff der „freien Benutzung“ und der „Selbstständigkeit“ des neuen Werkes beseitigen lassen.

In einem ersten Schritt werden die Vorzüge und Regelungsdefizite der Vorschrift dargestellt. Mit Blick auf die Interessenausgestaltung im Urheberrechtsgesetz schließt sich ein Regelungsvorschlag zu § 24 Abs. 2 UrhG n. F. an.

Der Vorschlag wird nicht nur vor dem Hintergrund von Memetik, sondern sämtlichen digitalen referenziellen Kunstgattungen entwickelt. Diese verbindet – wie in der Arbeit gezeigt wurde – das *Re-Use* vorbestehender Werke, das unabhängig von der konkreten Ausprägung der Kunstform ähnliche Fragestellungen mit sich bringt.

### A. Die gegenwärtige Ausgestaltung von § 24 Abs. 1 UrhG

#### I. Vorzüge von § 24 Abs. 1 UrhG

An der zentralen Anwendungsvoraussetzung der freien Benutzung zeigt sich, dass § 24 Abs. 1 UrhG Ausdruck der für das deutsche Urheberrecht prägenden monistischen Theorie ist: Ein selbstständiges Werk ist durch die Benutzung des Werkes eines anderen zu erschaffen.<sup>1027</sup> Nur wenn die Erschaffung eines neuen selbständigen Werkes gelingt, muss der Urheber trotz der Benutzung seines Werkes das Ende seiner Werkherrschaft erdulden.

§ 24 Abs. 1 UrhG verdeutlicht in besonderer Weise die Unterschiede zwischen der Funktionsweise der deutschen Urheberrechtsordnung und dem in der InfoSoc-Richtlinie angelegten unionsrechtlichen Verständnis des Urheberrechts, das vermögensrechtlich orientiert ist.<sup>1028</sup>

Obwohl der Schutz des Urhebers das höchste Schutzziel des Urheberrechtsgesetzes ist, zeigt die Vorschrift, welchen Stellenwert der deutsche Gesetzgeber

<sup>1027</sup> Dies wurde im Rahmen der Parodierechtsprechung des EuGH herausgearbeitet, vgl. S. 222 ff.; zudem ergibt es sich aus der Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG als Schutzzumfangbestimmung deklaratorischer Natur, die § 2 Abs. 2 UrhG konkretisiert, vgl. S. 180 f., 199 f. 207 f., 309 f.

<sup>1028</sup> Siehe EG 10 ff. der RL 2001/29/EG; *Ungern-Sternberg*, GRUR 2012, 1198, 1204; *Ungern-Sternberg*, GRUR 2015, 533, 534, 537.

dem kulturellen Fortschritt einräumt: Sofern die transformative Werknutzung zu der Schaffung neuen Kulturguts beiträgt, wird aufgrund der für den kulturellen Kreislauf bedeutsamen Inspirationswirkung vorbestehender Werke ihr Schutzgegenstand durch § 24 Abs. 1 UrhG immanent begrenzt.<sup>1029</sup> Diese Wertung birgt großes Potential für digitale referenzielle Kunstformen.

Anstatt die Alleinstellungsmerkmale einzelner Kunstwerke zu negativen Abgrenzungsmerkmalen zu erheben, die über die Anwendbarkeit einer Ausnahmegvorschrift bestimmen, werden sie zur zentralen Anwendungsvoraussetzung erhoben. § 24 Abs. 1 UrhG stellt die positive Berücksichtigung der individuellen Gestaltungsmerkmale sicher, die dem Werk überhaupt seine für den Urheberrechtsschutz erforderliche Individualität verleihen.

Die freie Benutzung gewährleistet, dass der urheberrechtliche Schutz eines Werkes nicht von der Zuordnung zu einer Kunstform abhängt, sondern von den ihm innewohnenden eigenschöpferischen Merkmalen. § 24 Abs. 1 UrhG ist Ausdruck der Verwobenheit von verwertungsrechtlichen mit urheberpersönlichkeitsrechtlichen Aspekten, die in der Systematik des Urheberrechtsgesetzes angelegt sind.

## II. Regelungsdefizit von § 24 Abs. 1 UrhG

Der weite Anwendungsbereich von § 24 Abs. 1 UrhG manifestiert sich in dem unbestimmten Rechtsbegriff der „freien Benutzung“. Mit ihm wird ermittelt, ob ein selbständiges oder abhängiges Werk vorliegt. Trotz dieser entscheidenden Abgrenzungsfunktion zu § 23 S. 1 Var. 1 UrhG gehen mit ihm zwei Regelungsdefizite der Vorschrift einher.

Zum einen hat der Rechtsbegriff durch die Entwicklung der Verblassens-Formel und der Abstandslehre eine Konkretisierung erfahren. Dass diese von der Rechtsprechung entwickelten Ansätze nicht nur zu der näheren Bestimmung herangezogen werden, unter welchen Umständen eine eigenständige Neuschöpfung vorliegt, sondern zudem den Anknüpfungspunkt jeglicher Kritik an dem weit gefassten Anwendungsbereich von § 24 Abs. 1 UrhG bilden, zeigt, dass die Verblassens-Formel und die Abstandslehre mittlerweile synonymhaft zur „freien Benutzung des Werkes eines anderen“ verwendet werden. Diese Tendenz, den Gesetzeswortlaut mit Richterrecht gleichzustellen, könnte mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung kollidieren. Die strikte Unterscheidung zwischen Legislative und Judikative läuft Gefahr, durch das in der Literatur vorherrschende Verständnis unterlaufen zu werden, dass die Rechtsprechung zu § 24 Abs. 1 UrhG und der Wortlaut von § 24 Abs. 1 UrhG, dem sich das Abstandskriterium nicht entnehmen lasse, einander entsprächen.<sup>1030</sup> Eine solche Bindungswirkung können nur Gesetze entfalten, die

<sup>1029</sup> Vgl. zur Einordnung als Schutzzumfangbestimmung S. 172 ff., 198 ff., 207 f., 309 f.

<sup>1030</sup> Als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips in Art. 20 GG besteht sein Sinn unter anderem darin, „dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen

von der Legislative verabschiedet wurden; an diese ist die Judikative sodann bei der gerichtlichen Kontrolle gebunden.

Daneben tritt ein zweites Regelungsdefizit. Es resultiert aus der weiteren Öffnung des Tatbestandes für die Durchführung einer Güter- und Interessenabwägung bei künstlerischen Gestaltungen. Sie führt zwar zu mehr Flexibilität, aber zu einem Verlust an Rechtssicherheit.<sup>1031</sup> Letztere muss jedoch wegen des offenen Wortlauts von § 24 Abs. 1 UrhG angestrebt werden.

Ein solches Bedürfnis nach klaren Leitlinien bei der Gesetzesanwendung besteht seitens aller Beteiligten. Auf der einen Seite steht der Urheber, der eine Einschränkung seines durch Art. 14 GG geschützten Urheberrechts nur in absoluten Ausnahmefällen hinnehmen will. Möglichst enge Tatbestandsvoraussetzungen entsprechen diesem Interesse. Auf der anderen Seite stehen die experimentierfreudigen Nutzer von Schutzgegenständen. Der von ihnen angestrebte urheberrechtliche Schutz bislang unerforschter Nutzungsformen erfordert ein klares Signal seitens des Gesetzgebers, dass der urheberrechtliche Schutzgegenstand mit den veränderten kultur-ästhetischen Rahmenbedingungen mitwächst.<sup>1032</sup>

### III. Interessenausgestaltung im Urheberrechtsgesetz

Die genauere Betrachtung des Urheberrechtsgesetzes und seiner Systematik zeigt, dass die Interessen der kunstschaftenden Dritten in besonderem Maße schützenswert sind. Das Urheberrecht dient in erster Linie dem Schutz des Urhebers.<sup>1033</sup>

Diese Zielsetzung kommt sowohl in § 11 UrhG als auch in dem neunten und elften Erwägungsgrund der InfoSoc-Richtlinie zum Ausdruck. In diese Richtung weisen auch der Schrankenkatalog in §§ 44a ff. UrhG und Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie. Die Ausnahmen vom Urheberrechtsschutz werden nur in den enumerativ aufgezählten Anwendungsfällen gewährt. Raum für einen weniger starren Interessenausgleich zugunsten der Nutzer von Schutzgegenständen besteht auf nationaler Ebene nur im Rahmen von § 24 Abs. 1 UrhG. Auf unionsrechtlicher Ebene wird er versagt.<sup>1034</sup> Daraus folgt die im deutschen und europäischen Urheberrecht vorherrschende Vermutung *in dubio pro auctore*.<sup>1035</sup>

Dieser Grundsatz schlägt sich – zulasten des Dritten und zugunsten des Urhebers – in der Regelungssystematik des Urheberrechtsgesetzes nieder<sup>1036</sup>: Sowohl

werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügenden“. Vgl. dazu BVerfG, Urteil vom 27. 04. 1959, 2 BvF 2/58, BVerfGE 9, 268, 278; BVerfG, Urteil vom 18. 12. 1984, 2 BvE 13/83, BT-Drucks. 68, 1, 86.

<sup>1031</sup> Vgl. zur Dichotomie von Rechtssicherheit und Inflexibilität S. 261 ff., 306.

<sup>1032</sup> In diese Richtung argumentiert auch *Kruedener*, ZGE 2016, 462, 470.

<sup>1033</sup> *Ohly*, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, F5-F129, F 19.

<sup>1034</sup> Vgl. S. 202 f., 206 ff.

<sup>1035</sup> *Ohly*, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, F5-F129, F 19.

<sup>1036</sup> *Ohly*, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, F5-F129, F 19, F22 f.

der Werkartenkatalog als auch das System der Verwertungsrechte sind derart offen formuliert, dass ein großer Argumentationsspielraum für das Vorliegen einer persönlichen geistigen Schöpfung und bei Werknutzungen Dritter für das Vorliegen eines Eingriffs in die Verwertungsrechte des Urhebers besteht.

Die generalklauselartig formulierten Vorschriften in § 2 Abs. 2 UrhG und § 15 Abs. 1, 1. Hs., Abs. 2 S. 1 UrhG werden jeweils von einem Beispieleskatalog begleitet, der die Wertungsspielräume bei der Gesetzesanwendung durch Regelbeispiele absteckt. Diese Kombination von Flexibilität und klarem Wertungsrahmen stellt sicher, dass die Interessen des Urhebers hinreichend berücksichtigt werden; ausufernde und über den Regelungszweck der Vorschrift hinausgehende Interessenabwägungen werden unterbunden.

Demgegenüber enthalten die Schrankenbestimmungen der §§ 44a ff. UrhG und Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie spezifische Tatbestandsvoraussetzungen und sind aufgrund ihres Ausnahmecharakters eng auszulegen. Es müssen gravierende Umstände hinzutreten, damit die durch den Gesetzgeber vorgegebene Wertung, der Schutzwürdigkeit der Urheberinteressen den Vorrang einzuräumen, unbeachtet bleibt. Wie die *Germania 3*-Entscheidung veranschaulicht, ist die über den Wortlaut eines Tatbestandsmerkmals hinausgehende Auslegung im Wege der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung, die zulasten des Urhebers und zugunsten der Allgemeinheit wirkt, sogar nur unter der „Schirmherrschaft“ des Bundesverfassungsgerichts möglich.

Bei den Schrankenbestimmungen verbleibt kein Raum, um die Interessen der Nutzer von Schutzgegenständen ebenso wie die der Urheber angemessen und einzelfallgerecht zu berücksichtigen. Dies ist für das Urheberrecht, das die Rahmenbedingungen für Kultur-, Wissenschafts-, und Informationsmärkte festlegt, ein Armutszeugnis.<sup>1037</sup> Die gegenwärtige Gesetzeslage führt zu einer unfairen Interessenverteilung im Urheberrechtsgesetz und muss überwunden werden.

## B. Ergänzung um Beispieleskatalog

### I. Status Quo: Leitlinien durch Rechtsprechung

An dieser Stelle kommt § 24 Abs. 1 UrhG ins Spiel. Obwohl die Vorschrift den Werknutzungsinteressen schöpferisch interessierter Dritter Rechnung trägt, weist sie anders als § 2 Abs. 1 UrhG und § 15 Abs. 1, 2. Hs., Abs. 2 S. 2 UrhG keinen solchen Beispieleskatalog auf.

Stattdessen war und ist die Rechtsprechung gefragt, Leitlinien zu entwickeln, die zu der Abgrenzung zwischen §§ 23, 24 UrhG beitragen.<sup>1038</sup> Die entwickelten

<sup>1037</sup> *Ohly*, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, F5-F129, F 20f.

<sup>1038</sup> *Ohly*, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, F5-F129, F 22.

Grundsätze zur Abstandslehre und Fallgruppen entfalten jedoch nicht die gleiche Bindungswirkung wie ein Rechtssatz. Zudem entscheiden die deutschen Gerichte mit Ausnahme des Bundesverfassungsgerichts und (in der ordentlichen Gerichtsbarkeit) des Bundesgerichtshofs regelmäßig nicht bindend über abstrakte Rechtsfragen, sondern ganz überwiegend über Einzelfallfragen auf der Grundlage ihrer Tatsachenfeststellungen, die durch den Rechtsstreit vorgegeben sind. Entsprechend eng ist der Rahmen, innerhalb dessen die von Gerichten als „Recht“ beanspruchte Entscheidung als allgemeiner Wertungsmaßstab herangezogen werden kann.<sup>1039</sup>

Damit verbleibt beim Richterrecht ein erhöhtes Maß an Rechtsunsicherheit.<sup>1040</sup> Trotz der präjudiziellen Wirkung mancher Rechtsfragen, die sich auf eine bestimmte Auslegung einer Vorschrift erstreckt, wird bei der einzelfallabhängigen Berücksichtigung vorgegebener Gesichtspunkte keine gleichförmige Interessengewichtung erreicht. Richter sind dazu verpflichtet, nach eigener, selbständig gebildeter Überzeugung zu entscheiden und gegebenenfalls von der in dem Präjudiz ausgesprochenen Gesetzesauslegung, Normenkonkretisierung oder richterlichen Rechtsfortbildung abzuweichen.<sup>1041</sup> Entfalteten Richterrecht und Gesetz jedoch die gleiche Bindungswirkung, würde der Grundsatz der Gewaltenteilung faktisch unterlaufen werden. Diesem Grundsatz zufolge trägt die demokratisch legitimierte Legislative die gesetzgeberische Gewalt.

Aufgrund dieser Unsicherheit bildet das Richterrecht – und damit die Rechtsprechung zur Abgrenzung von §§ 23, 24 UrhG – einen exponierteren Anknüpfungspunkt für Kritik. Zugleich provoziert sie uneinheitliche Lösungen, die durch einen im Urheberrechtsgesetz festgeschriebenen Rechtssatz vermieden werden könnten. Insbesondere besteht die Gefahr, dass die präjudizielle Wirkung der entwickelten Leitlinien, die über den unmittelbaren Wortlaut einer Vorschrift hinausgehen und Folge richterlicher Rechtsfortbildung sind, durch ihre Umgehung ausgehebelt werden.

## II. Regelungsvorschlag: Leitlinien durch Gesetz

### 1. Vorzüge eines Beispielkatalogs

*Ohly* weist in seinem Gutachten zum „Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?“, das im Rahmen des 70. Juristentages erschien, darauf hin, dass „die Flexibilität ungleich verteilt“ ist im Urheberrecht.<sup>1042</sup>

<sup>1039</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 429.

<sup>1040</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 430.

<sup>1041</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 430.

<sup>1042</sup> *Ohly*, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, F5-F129, F 22.

Bis es klare Leitlinien gibt, denen sich die grundsätzliche Wertung entnehmen lässt, dass digitale referenzielle Kunstformen aufgrund übergeordneter verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte ebenso schützenswert sind wie herkömmliche Kunstformen, besteht die Gefahr, dass in Zweifelsfällen entgegen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in *Germania 3* und *Metall auf Metall* auf den Grundsatz *in dubio pro auctore* zurückgegriffen wird.

Viele staatliche Institutionen negieren nach wie vor die Auswirkungen der Digitalisierung und der voranschreitenden Vernetzung auf die Kultur-, Wissenschafts-, und Informationsmärkte. Durch ihren Eingriff in den kulturellen Kreislauf bleibt das von der Kunstfreiheit gedeckte Anliegen kunstschaffender Dritter unberücksichtigt. In der Folge gehen die Unklarheiten neuer Nutzungsformen ausschließlich zulasten der Nutzer von Schutzgegenständen.

Um dieses Ungleichgewicht zu beseitigen, ist § 24 Abs. 1 UrhG um einen Beispielskatalog zu ergänzen, der denen in §§ 2 Abs. 1, 15 UrhG angenähert ist. Durch die Verknüpfung des flexibel ausgestalteten Tatbestandes mit Beispielstatbeständen werden klare Rahmenbedingungen für die Rechtsanwendung geschaffen. Aufgrund ihrer gesetzlichen Bindungswirkung können sie nicht ohne weiteres unterlaufen werden, wodurch ein gesteigertes Maß an Rechtssicherheit erreicht wird.<sup>1043</sup>

## 2. Inhaltliche Ausgestaltung der Regelbeispiele

### a) Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „freien Benutzung“

§ 24 Abs. 1 UrhG enthält zwei zentrale Tatbestandsmerkmale. Es muss ein „selbständiges Werk“ in „freier Benutzung des Werkes eines anderen“ geschaffen werden.

Zieht man die Gesetzesmaterialien zum Urheberrechtsgesetz aus dem Jahr 1965 für eine nähere Konkretisierung heran, wird deutlich, dass die freie Werknutzung in einer „völlig selbständige[n] Neuschöpfung“ münden muss. Der Schöpfungsbegriff ergibt sich zweifelsfrei aus § 2 Abs. 2 UrhG. Für die Bestimmung der Selbständigkeit kommt es dagegen auf den unbestimmten Rechtsbegriff der „freien Benutzung“ an.

Mit Blick auf diese begrifflichen Unklarheiten muss der Beispielskatalog zur näheren Bestimmung der „freien Benutzung“ beitragen. Liest man § 24 Abs. 1 UrhG im Zusammenhang mit § 23 UrhG, wird deutlich, dass es einer Klarstellung bedarf, wann noch eine schöpferische Bearbeitung oder schon eine selbständige Neuschöpfung vorliegt. Es kommt mithin für die Bestimmung einer „freien Benutzung“ auf den Grad des Abstandes zwischen der Werkvorlage und der neuen Gestaltung an,

<sup>1043</sup> Ohly, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, F5-F129, F 23.

der mithilfe der durch Ulmer geprägten und durch die Rechtsprechung weiterentwickelten Verblässens-Formel bestimmt wird.<sup>1044</sup>

Anknüpfend an die Unterscheidung zwischen einem äußeren und inneren Abstand, muss je ein Regelbeispiel den „äußeren Abstand“ und den „inneren Abstand“ näher bestimmen. Auf diese Weise würde die ständige Rechtsprechung kodifiziert und der in der Rechtsliteratur aufgezeigten synonymhaften Verwendung<sup>1045</sup> der „freien Benutzung“ und der Verblässens-Formel Rechnung getragen. Als eine Kodifizierung der Rechtsprechung orientiert sich der Wortlaut der Regelbeispiele an den in diesem Zusammenhang ergangen Urteilen des Bundesgerichtshofs.<sup>1046</sup>

#### b) Berücksichtigung digitaler referenzieller Kunstformen

Das zweite Regelbeispiel, das sich der Fallgruppe des „inneren Abstandes“ widmet, bedarf einer weiteren Konkretisierung durch die Aufzählung von Beispielfällen.

##### aa) *Inhaltliche Auseinandersetzung*

Als erster Unterfall des inneren Abstandes ist die inhaltliche Auseinandersetzung mit der Werkvorlage anzuführen. Auf eine Aufzählung einzelner Kunstformen wird verzichtet.

Bei § 24 Abs. 1 UrhG handelt es sich um eine Schutzzumfangbestimmung, die entgegen einer Schrankenbestimmung einen offenen Anwendungsbereich voraussetzt. Zur Vermeidung enger Anwendungsvoraussetzungen werden einzelne Kunstformen wie die Parodie als die herkömmlichste Ausprägung der transformativen Werknutzung nicht aufgeführt. Stattdessen konzentriert sich der Regelungsvorschlag auf die wesentlichen Gemeinsamkeiten der Kunstformen: Indem die Ebene

<sup>1044</sup> Auch Fischer, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 233 gelangt zu dem Ergebnis, dass der Abstandsbegriff einer näheren begrifflichen Bestimmung bedarf, um § 24 UrhG ausnahmsweise zu einem größeren Anwendungsbereich zu verhelfen. Sie leitet die extensive Auslegung der Vorschrift jedoch nicht aus der verfassungsrechtlichen und europäischen Rechtsprechung her, sondern wendet die Voraussetzungen des Drei-Stufen-Tests aus Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-Richtlinie entsprechend an.

<sup>1045</sup> Zu dieser synonymhaften Verwendung vgl. S. 195.

<sup>1046</sup> Siehe dazu im Einzelnen BGH, Urteil vom 21. 11. 1980, I ZR 106/78, GRUR 1981, 352, 353 – *Staatsexamensarbeit*; BGH, Urteil vom 29. 04. 1999, I ZR 65/96, BGHZ 141, 267, 280 – *Laras Tochter*; BGH, Urteil vom 11. 03. 1993, I ZR 263/91, BGHZ 122, 53, 60 – *Alcofix*; BGH, Urteil vom 20. 03. 2003, I ZR 117/00, BGHZ 154, 260 – *Gies-Adler*; BGH, Urteil vom 01. 12. 2010, I ZR 12/08, GRUR 2011, 134, Rn. 33 – *Perlentaucher*; BGH, Urteil vom 17. 07. 2013, I ZR 52/12, GRUR 2014, 258, Rn. 38 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm*; BGH, Urteil vom 16. 05. 2013, I ZR 28/12, GRUR 2014, 65, Rn. 37 – *Beuys-Aktion*; BGH, Urteil vom 28. 07. 2016, I ZR 9/15, GRUR 2016, 1157, 19 – *Promis auf fett getrimmt*.

der Form modifiziert, also die Komposition des Inhalts verändert wird, entsteht eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Werkvorlage. Trotz gleichbleibenden Inhalts erfüllt das Werk durch die veränderte Form eine neue kommunikative Funktion, sodass ein hinreichender Abstand zum benutzten Werk zu bejahen ist.

Durch den offenen Wortlaut des Regelbeispiels wird weder ein konkreter Nutzungszweck vorgegeben<sup>1047</sup> noch eine Ungleichbehandlung wesensverwandter Werknutzungen durch die Aufzählung einzelner Kunstformen provoziert werden<sup>1048</sup>. Zudem wird deutlich, dass der Regelungsvorschlag nicht an die unionsrechtliche Parodieschranke angelehnt ist. § 24 UrhG ist keine Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie umsetzende Schrankenbestimmung, sondern begrenzt als Schutzzumfangbestimmung den Inhalt des Urheberrechts.<sup>1049</sup>

## *bb) Ästhetische Auseinandersetzung*

### (1) Wesentliche Regelungsziele

Die vom künstlerischen Stilmittel des *Re-Use* erfassten Kunstformen operieren dagegen auf der Ebene der Form. Da die Schöpfungsvorgänge und die Komposition von Gestaltungen maßgeblich vom technologischen Wandel beeinflusst werden, ist die zweite Untergruppe des inneren Abstandes fortlaufendem Wandel unterworfen. Das Regelbeispiel dennoch, wie bei dem Regelbeispiel zur inneren Auseinandersetzung, auf einzelne Subkategorien zu reduzieren, liefe dem Sinn und Zweck von § 24 Abs. 1 UrhG zuwider. Die Vorschrift soll die verfassungsrechtlich verbürgten Interessen der kunstschaftenden Dritten in gesteigertem Maße schützen.

Bei der Formulierung ist daher darauf auf Zweierlei zu achten: Dem Regelbeispiel müssen sich grundlegende Wertungen zu der Beurteilung neuer Nutzungsformen entnehmen lassen, ohne zu technologiespezifisch abgefasst oder an zu enge Anwendungsvoraussetzungen geknüpft zu sein.<sup>1050</sup> Andernfalls wiese das Regelbeispiel eine zu große Nähe zu dem im Vorfeld abgelehnten Vorschlag auf, einen eigenständigen Privilegierungstatbestand einzuführen.<sup>1051</sup>

<sup>1047</sup> Zu den Vorzügen eines flexiblen Ausgestaltung vgl. S. 261 ff., 306 ff., 336 ff.

<sup>1048</sup> Vgl. S. 307.

<sup>1049</sup> Dazu bereits ausführlich auf S. 172 ff., 198 ff., 207 ff., 309 f.

<sup>1050</sup> Ebenso Hudson, IPQ 2017, 346–368, 363, die sich im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie gegen eine zu enge Auslegung des Pastiche-Begriffs ausspricht, da andernfalls der Ausnahmekatalog zu eng gefasst sei und ein erneutes Tätigwerden des Richtliniengegers erforderlich wäre.

<sup>1051</sup> Vgl. S. 192 ff., 300 ff.



## (2) Abgrenzung zu kommerziell ausgerichteten Werknutzungen

Für kreative transformative Werknutzungen, die weniger durch eine inhaltliche als eine ästhetische Auseinandersetzung bestimmt werden, ist eine Differenzierung zwischen einer kommerziell und einer nicht-kommerziell ausgerichteten Werknutzung in Betracht zu ziehen.<sup>1052</sup> Sie ergibt sich aus den Unterschieden zwischen dem Musiksampling und anderen digitalen referenziellen Kunstformen wie Memen.

Letztere sind als Phänomen des Internets das Ergebnis amateurhafter Schöpfungsvorgänge, die von Privatpersonen in Gang gesetzt werden.<sup>1053</sup> Das Sampling resultiert zwar ebenfalls aus veränderten technologischen Rahmenbedingungen und einer veränderten Rezeption von Kunst, dient aber in einer Vielzahl von Fällen als Einnahmequelle.<sup>1054</sup> Da Erwerbszwecke gleichwertig neben das Motiv treten, am künstlerischen Kreislauf teilzunehmen, ist bei kommerziell ausgerichteten Werknutzungen die Einführung einer Vergütungsregelung entsprechend der §§ 54 ff. UrhG in Betracht zu ziehen.<sup>1055</sup>

Die Arbeit widmet sich der urheberrechtlichen Zulässigkeit von Memen, die – als Beispiel für digitale referenzielle Kunstformen – in der Regel nicht-kommerziell ausgerichtet sind. Die Unterscheidung zwischen kommerziell und nicht-kommerziell-ausgerichteten Werknutzungen ist für die Bestimmung eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen benutztem und neuem Werk von Bedeutung. Liegt eines vor, drohen dem Urheber wirtschaftliche Nachteile<sup>1056</sup>, sodass ein wesentliches Überwiegen seiner durch Art. 14 GG geschützten Interessen gegenüber denen des kunstschaftenden Dritten anzunehmen ist.

Bei der Formulierung des Anliegens, nicht-kommerzielle kreative Werknutzungen vom Urheberrecht freizustellen, bleiben Vergütungsregeln außer Betracht.<sup>1057</sup>

<sup>1052</sup> *Ohly*, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, F5-F129, F 90; eine solche Unterscheidung befürwortet ebenso *Knopp*, GRUR 2010, 28, 32.

<sup>1053</sup> Zu den Motiven vgl. S. 39 ff., 317, 320 f.

<sup>1054</sup> So insbesondere EuGH-Generalanwalt, Schlussantrag vom 12. 12. 2018, C-476/17, ECLI EU:C:2018:1002, Rn. 4 – *Pelham u. a.*

<sup>1055</sup> Auf diese Erwägung geht ebenfalls ein EuGH-Generalanwalt, Schlussantrag vom 12. 12. 2018, C-476/17, ECLI EU:C:2018:1002, Rn. 97 – *Pelham u. a.*; da die Erwerbszwecke, etwa durch eine Kostenersparnis, jedoch nicht überwiegen, verneint das BVerfG folgerichtig ein konkretes Wettbewerbsverhältnis beim Sampling: BVerfG, Urteil vom 31. 05. 2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, Rn. 105 – *Metall auf Metall*; dieses Ergebnis befürwortend *Papastefanou*, CR 2019, 36, 40; in diese Richtung argumentiert auch *Fischer*, Digitale Kunst und freie Benutzung, S. 240, die zwar darauf hin weist, dass ein Vergütungsanspruch keinen gleichwertigen Ersatz für den Eingriff in das Verfügungsrecht bietet, aber zumindest die ökonomische Belastung abbildert.

<sup>1056</sup> Vgl. dazu die Rechtsprechung des BVerfG auf S. 255 ff.

<sup>1057</sup> Im Zusammenhang mit der Remix-Kultur äußert sich ähnlich *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 681.

### cc) Zusammenfassung der Regelungsziele

Die beiden Regelbeispiele, die die Berücksichtigung digitaler referenzieller Kunstformen ermöglichen sollen, müssen zwei Regelungsziele erfüllen.

Zum einen müssen sie derart offen formuliert sein, dass auch neue Nutzungsformen erfasst werden. Nur dann besteht nicht die Gefahr, dass die Regelung aufgrund technologischer und kultur-ästhetischer Rahmenbedingungen fortlaufend überholt wird. Die Vermeidung einer experimentellen Gesetzgebung ist damit als ein wesentliches Regelungsziel zu formulieren.

Zum anderen müssen die Regelbeispiele dem Umstand Rechnung tragen, dass den Urheber des benutzten Werkes eine kulturelle Verantwortung trifft.<sup>1058</sup> Dieser muss er sich mit der Veröffentlichung des Werkes stellen. Mit dem Eintritt des Werkes in den kulturellen Raum steht es als geistiges und kulturelles Allgemeinut nicht mehr ausschließlich seinem Urheber zur Verfügung, sondern wird zum Anknüpfungspunkt künstlerischen Auseinandersetzungen.

Vor diesem Hintergrund ist der Urheber nicht vor jeder Werknutzung zu schützen, sondern ausschließlich vor solchen, die seine ideellen und materiellen Interessen beeinträchtigen. Ersteren wird bereits durch die Grenze von § 14 UrhG Rechnung getragen<sup>1059</sup>, sodass bei § 24 Abs. 1 UrhG die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers im Vordergrund stehen.<sup>1060</sup>

## III. Konkreter Regelungsvorschlag

Der Beispielskatalog ist als zweiter Absatz in § 24 Abs. 1 UrhG aufzunehmen. Der in Absatz zwei verankerte Melodienschutz ist dagegen in Absatz drei der Vorschrift zu verschieben. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich damit der folgende Formulierungsvorschlag für § 24 Abs. 2 UrhG:

### § 24 Abs. 1 UrhG

(1) Ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden ist, darf ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet werden.

(2) *Eine freie Benutzung liegt insbesondere vor, wenn*

*1. die eigenpersönlichen Züge des benutzten Werkes hinter die Eigenarten des neuen Werkes zurücktreten oder*

*2. das neue Werk trotz vordergründiger Übereinstimmung einen deutlichen inneren Abstand zu dem benutzten Werk einhält; entscheidend ist, dass die Benutzung*

<sup>1058</sup> So das BVerfG, vgl. S. 240.

<sup>1059</sup> Dass § 14 UrhG losgelöst von § 24 Abs. 1 UrhG die ideellen Interessen des Urhebers schützt, wurde diskutiert auf S. 330 ff.

<sup>1060</sup> I. E. ebenso Knopp, GRUR 2010, 28, 32.

a) auf inhaltlicher oder

b) auf ästhetischer Ebene als stilprägendes Gestaltungsmittel eingesetzt wird, ohne dass dem Urheber des benutzten Werkes wirtschaftliche Nachteile entstehen.

(3) Absatz 1 gilt nicht für die Benutzung eines Werkes der Musik, durch welche eine Melodie erkennbar dem Werk entnommen und einem neuen Werk zugrunde gelegt wird.

## C. Fazit

### I. Bedeutung für den nationalen Rechtsrahmen

Vor dem Hintergrund, dass legislativer Handlungsbedarf besteht, wurde ein Regelungsvorschlag entwickelt. Aus ihm geht hervor, dass das in § 24 UrhG geregelte Institut der freien Benutzung um einen neuen Absatz zwei zu ergänzen ist.

Der Regelungsvorschlag kodifiziert die ständige Rechtsprechung und lässt hinreichend Raum, um technologische und kultur-ästhetische Entwicklungen zukunftsgerichtet zu berücksichtigen. Die Einführung eines Beispielkatalogs trägt zu einer fairen Interessengewichtung innerhalb des Urheberrechtsgesetzes bei und bringt ein gewisses Maß an Flexibilität mit sich, schafft aber durch die in den Regelbeispielen verankerten Wertungen einen klaren Rahmen für die Rechtsanwendung.

Ein weiterer Vorteil besteht darin, dass § 24 Abs. 1 UrhG durch die nähere Bestimmung der Rahmenbedingungen ihren generalklauselartigen Charakter verliert.<sup>1061</sup> Obwohl letztgenannter Ansatz mit der Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG als inhaltlicher Schrankenbestimmung einhergeht und der hiesigen Ansicht widerspricht<sup>1062</sup>, entschärft der Regelungsvorschlag die Diskussion um die dogmatische Einordnung von § 24 Abs. 1 UrhG und die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht.

### II. Regelungsoptionen im Unionsrecht

Es ist zu beachten, dass das Beschreiten eines deutschen „Sonderwegs“ die Gefahr birgt, das auf Unionsebene mit der InfoSoc-Richtlinie formulierte Ziel eines einheitlichen Binnenmarktes zu gefährden.<sup>1063</sup> Ein Großteil der digitalen referenziellen Kunstwerke zirkuliert als nutzergenerierter Inhalt im Internet, das keine Landes- und damit verbundene Gesetzeszuständigkeiten kennt. Um dem auch von Art. 13 der EU-Grundrechtscharta gedeckten Anliegen kunstschaftender Dritter

<sup>1061</sup> Insoweit kritisch: *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 24 UrhG Rn. 1; kritisch zur Einordnung als Generalklausel *Hilty*, in: FS Schulze, S. 127, 130 ff.

<sup>1062</sup> Vgl. S. 309 f.

<sup>1063</sup> *Hilty/Senftleben*, in: FS: 50 Jahre UrhG, S. 318, 324; siehe zu diesen Bestrebungen der InfoSoc-Richtlinie die EG 3, 4 und 31.

vollumfänglich Rechnung tragen zu können, bedarf es daher auch langfristig einer Lösung auf unionsrechtlicher Ebene. Es bleibt zu hoffen, dass der Richtliniengeber durch ein zeitnahe Tätigwerden anerkennt, dass digitale referenzielle Kunstwerke ein digitales Phänomen sind, das zunehmend an urheberrechtlicher Relevanz gewinnt. Meme und andere nutzergenerierte Inhalte erzeugen sowohl auf Seiten der Rechteinhaber als auch auf Seiten der kunstschaftenden Internetnutzer einen Bedarf an grundsätzlicher Klärung der Interessen- und Rechtekollision.

Die Vielzahl digitaler Werke, die stetig im Internet entsteht und zirkuliert, die steigende Zahl amateurhafter Urheber und Rechteinhaber sowie die daraus resultierende Gefahr zahlreicher Urheberrechtsverletzungen erfordern die Schaffung eines klaren Rechtsrahmens, der aus Rechtsanwendersicht für mehr Rechtssicherheit sorgt. Die Optionen des nationalen Gesetzgebers wurden in Form des obenstehenden Regelungsvorschlags dargelegt. Es ist jedoch fraglich, wie das Institut der freien Benutzung Eingang in das Unionsrecht finden könnte.

### 1. Einführung einer Schrankenbestimmung

Es kommt eine Modifikation des Schrankenkataloges in Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie in Betracht.

Eine Möglichkeit besteht in der Erweiterung der in Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie enthaltenen Ausnahme.<sup>1064</sup> Entweder ist der Wortlaut für kreative Werknutzungen dahingehend zu modifizieren, dass neben der inhaltlichen auch die ästhetische Auseinandersetzung mit dem vorbestehenden Werk erfasst wird<sup>1065</sup>, oder es bedarf einer extensiven Auslegung des Pastiche-Begriffs, sodass auch digitale referenzielle Kunstformen darunter subsumiert werden können.<sup>1066</sup> Auch der Bundesgerichtshof sieht diese Option in *Metall auf Metall IV*.<sup>1067</sup> Um dem Interesse digitaler Kunstschaftenden hinreichend Rechnung tragen zu können, verweist er

<sup>1064</sup> So etwa *Maier*, Remixe auf Hostingplattformen, S. 61.

<sup>1065</sup> *Ohly*, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, F5-F129, F 88; *Hilty/Senftleben*, in: FS: 50 Jahre UrhG, S. 318, 324; *Ohly*, GRUR 2017, 964–969, 969; ähnlich *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 681, der sich jedoch auf die Notwendigkeit eines generellen gesetzgeberischen Tätigwerdens beruft, ohne im Besonderen auf den Richtliniengeber einzugehen.

<sup>1066</sup> In eine ähnliche Richtung denkt *Ohly*, GRUR 2017, 964–969, 968; allgemein zu den Grenzen des Pastiche-Begriffs und seiner Vereinbarkeit mit der Remix-Kultur *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675; *Stieper*, AfP 2015, (4), 301–305, 305, der Fan-Fiction darunter subsumieren will; kritisch *Maier*, Remixe auf Hostingplattformen, S. 62.

<sup>1067</sup> Er arbeitet jedoch für das Sampling im vorliegenden Fall heraus, dass ein Rückgriff auf die Pastiche-Schranke im deutschen Recht nicht in Betracht komme, da sie bisher nicht in deutsches Urheberrecht umgesetzt worden sei. Bei diesem Verweis belässt es der BGH, ohne – wie etwa bei der Zitat- und Parodieschranke – die Gründe aufzulisten, weshalb die Kulturtechnik des Samplings nicht unter den Pastichebegriff subsumiert werden könne. Dies spricht dafür, dass er in Art. 5 lit. k Var. 3 InfoSoc-Richtlinie eine Möglichkeit erblickt, dem Interesse digitaler Kunstschaftender Rechnung zu tragen. Im Einzelnen dazu: BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 65 – *Metall auf Metall IV*.

für Vervielfältigungshandlungen, die mit einer digitalen referenziellen Kunstform wie dem Sampling einhergehen, auf die in Art. 5 Abs. 3 lit. k Var. 3 InfoSoc-Richtlinie angelegte Pastiche-Schranke.<sup>1068</sup>

Zudem könnte die Kodifikation einer weiteren Schrankenregelung in Betracht gezogen werden, die wie § 24 Abs. 1 UrhG Ausdruck der Kunstfreiheit ist und „Alltagskreativität“<sup>1069</sup> privilegiert.<sup>1070</sup> Dazu müsste der Katalog in Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie erweitert werden.

## 2. Einführung einer Schutzzumfangbestimmung

Vor dem Hintergrund des in dieser Arbeit vertretenen Ansatzes, ist jedoch eine Kodifizierung als Schrankenbestimmung – sowohl durch die extensive Lesart von Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie als auch durch die Erweiterung des Katalogs um eine neue Schrankenbestimmung – abzulehnen. Bei digitalen referenziellen Kunstgattungen wird ein neues selbständiges Werk geschaffen, das der verwertungsrechtlichen Werkherrschaft des vorbestehenden Werkes aufgrund seines eigenen schöpferischen Charakters entzogen ist.<sup>1071</sup>

Vorzugswürdig ist es daher, auf Unionsebene im Gleichlauf zu §§ 2 Abs. 2, 24 Abs. 1 UrhG eine Begrenzung des Schutzgegenstandes des benutzten Werkes anzustreben.

Die Kodifizierung einer solchen Inhaltsbestimmung ist dem Unionsrecht nicht fremd, sondern schlug sich bereits indirekt in dem *Deckmyn*-Urteil und ausdrücklich in dem *Pelham*-Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union nieder.<sup>1072</sup> In Anlehnung an den dort formulierten Gedanken könnte eine Ergänzung der Art. 2 bis 4 InfoSoc-Richtlinie in Betracht gezogen werden, die zu einer Begrenzung des Schutzgegenstandes für transformative Werknutzungen führte.<sup>1073</sup>

Da der europäische Werkbegriff weder in der InfoSoc-Richtlinie noch in anderen Richtlinien kodifiziert ist, müsste die einzuführende Regelung, anders als § 24 Abs. 1 UrhG über eine deklaratorische Wirkung hinausgehen.<sup>1074</sup> Ihr müsste sich das im Zusammenhang mit der Vorgabe der Individualität und Originalität

<sup>1068</sup> Zu dem *Metall auf Metall IV* Urteil vgl. S. 278 ff.; ausführlich zu der Frage, welche Optionen digitalen Kunstschaffenden auf europäischer – und nach *Pelham u. a.* auf deutscher – Ebene bleiben auf S. 285 f.

<sup>1069</sup> *Maier*, Remixe auf Hostingplattformen, S. 64.

<sup>1070</sup> So wohl *Apel*, MMR 2019, 602, 603.

<sup>1071</sup> Dazu bereits an verschiedenen Stellen, vgl. S. 180 f., 198 ff., 207 f., 219 f., 309 f.

<sup>1072</sup> Vgl. S. 228 f., 271 ff.

<sup>1073</sup> EuGH, Urteil vom 29.07.2019, C-476/17, ECLI EU:C:2019:624, Rn. 31 – *Pelham u. a.*; *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, § 2 UrhG Rn. 18; *Ungern-Sternberg*, in: FS Bornkamm, 1007–1022, 1010; *Leistner*, GRUR 2014, 1145, 1148; *Ungern-Sternberg*, GRUR 2015, 533, 533.

<sup>1074</sup> Zum europäischen Werkbegriff vgl. S. 70 ff.

zu lesende Selbständigkeitskriterium ausdrücklich entnehmen lassen. Um Widersprüchlichkeiten innerhalb der InfoSoc-Richtlinie zu vermeiden, müsste zudem die Parodieschranke aus dem Schranken katalog des Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie entfernt werden.

Der entscheidende Vorteil dieses Vorgehens gegenüber einer Erweiterung des Schranken kataloges bestünde darin, dass der systematische Unterschied zwischen einer Schranken- und einer Schutzzumfangbestimmung auch in der InfoSoc-Richtlinie sichtbar würde. Voraussetzung dieses Ansatzes wäre jedoch, dass zunächst das Bearbeitungsrecht als das durch die freie Benutzung zu begrenzende, eigenständige Verwertungsrecht in die InfoSoc-Richtlinie aufgenommen und vollharmonisiert würde.<sup>1075</sup>

---

<sup>1075</sup> Zum Bearbeitungsrecht vgl. S. 137 ff.

#### *Teil 4*

### **Schlussbetrachtung**

## **§ 1 Überblick über die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung**

### **A. Meme als digitale Schutzobjekte des Urheberrechts**

In der Arbeit wurde analysiert, ob die Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes im digitalen Zeitalter noch die Eignung aufweisen, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Rechteinhabers und den Nutzern des Schutzgegenstandes herzustellen.

Dazu wurde im ersten Teil der Schöpfungsbegriff dahingehend untersucht, ob er trotz der veränderten technologischen Rahmenbedingungen einerseits und der zunehmenden Zahl amateurhafter Urheber im Internet andererseits noch zeitgemäß ist. Unter Heranziehung der Grundsätze zum Schutz der kleinen Münze sowie des unionsrechtlichen Werkbegriffes wurde herausgearbeitet<sup>1</sup>, dass die offene Formulierung von § 2 Abs. 2 UrhG und der nicht abschließend ausgestaltete Werkartenkatalog in § 2 Abs. 1 UrhG<sup>2</sup> ausreichende Freiräume lassen, um das aus der analogen Welt bekannte Spannungsfeld von Art. 14 GG und Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG in das digitale Zeitalter zu übersetzen.

Es wurde herausgearbeitet, dass die analogen Hilfsmittel zur Herstellung eines Werkes – wie Pinsel und Farbe, Stift und Papier – im digitalen Zeitalter durch Programme wie Microsoft Paint, Photoshop und Windows Movie Maker ersetzt wurden.<sup>3</sup> Obwohl damit die Werkschöpfung dahingehend vereinfacht und beschleunigt wird, dass es weniger auf handwerkliches Geschick als den technisch versierten Umgang mit den Programmen ankommt, sind digitale Werke keineswegs als minderwertig im Vergleich zu herkömmlichen Werkgattungen einzustufen. Die digitale „Verpackung“ des Werkes wirkt sich weder auf seinen geistigen Gehalt noch seine Individualität aus, sondern zeugt von den veränderten Rahmenbedingungen bei der Werkschöpfung. Die damit einhergehende Vereinfachung und Beschleunigung des Werkschöpfungsprozesses entbindet nicht von der Prüfung, ob das Erzeugnis urheberrechtlich schutzfähig ist.

---

<sup>1</sup> Vgl. S. 62 ff., 70 ff.

<sup>2</sup> Vgl. S. 84 ff.

<sup>3</sup> Vgl. S. 57 ff.

Auf dieser Prämisse aufbauend, wurden Meme als Beispiele für andere digitale referenzielle Kunstformen an den herausgearbeiteten Voraussetzungen zur Erlangung des urheberrechtlichen Werkschutzes gemessen. Aufgrund ihrer Verwendung als Diskursinstrument, das einer künstlerischen Gestaltung zugeführt wird, unterfallen sie sowohl dem Schutzbereich der Meinungs- als auch der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 1, 3 S. 1 GG.<sup>4</sup> Mit dieser Zwitterfunktion gehen die für Meme typische thematische Prägnanz und die Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts einher, die ihren hohen geistigen Gehalt bedingen.<sup>5</sup>

Es ist daher nur folgerichtig, Meme als urheberrechtliche Werke zu schützen. Sie unterfallen als digitale Kulturtechnik dem originären Schutzgegenstand des Urheberrechts, der in dem „Schutz qualifizierter menschlicher Kommunikation“<sup>6</sup> besteht und durch sie in das digitale Zeitalter überführt wird.

## **B. Das System der abhängigen Schöpfungen im digitalen Zeitalter**

Im zweiten Teil wurde das System der abhängigen Schöpfungen im digitalen Zeitalter unter Berücksichtigung der nationalen und unionsrechtlichen Rechtsprechung untersucht. Dabei wurde ein dreistufiges System herausgearbeitet<sup>7</sup>, dessen Ebenen sich nach der Schöpfungshöhe des neuen digitalen referenziellen (Kunst-) Werkes sowie dem Abstand desselben zur Werkvorlage richten. Im Zentrum der Überlegungen standen einerseits das Verhältnis des Vervielfältigungsrechts zum Bearbeitungsrechts und andererseits die Reichweite des im deutschen Urheberrecht verankerten Instituts der freien Benutzung. Angefangen beim Wortlaut<sup>8</sup>, wurde der Begriff der freien Werknutzung durch Heranziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Parodie<sup>9</sup> und zum Sampling<sup>10</sup> verfassungskonform ausgelegt.

Unter Zuhilfenahme der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung wurden Maßstäbe für eine kunstspezifische Betrachtung von § 24 Abs. 1 UrhG nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG entwickelt, die den veränderten technologischen und kultur-ästhetischen Rahmenbedingungen im digitalen Zeitalter Rechnung tragen.<sup>11</sup> Es wurde herausgearbeitet, dass mit den veränderten Rahmenbedingungen künstlerischen Tätigwerdens ein verändertes Kunstverständnis einhergeht, das von der Rezeption fremder Formsprachen und Ideen geprägt wird und sich zunehmend in dem

---

<sup>4</sup> Vgl. S. 80ff., 233 ff.

<sup>5</sup> Vgl. S. 82 f., 106 ff.

<sup>6</sup> So u. a. *Schricker*, in: *Schricker/Loewenheim*, Einl. Rn. 7.

<sup>7</sup> Vgl. S. 158 f.

<sup>8</sup> Vgl. S. 168 ff.

<sup>9</sup> Vgl. S. 181 ff.

<sup>10</sup> Vgl. S. 236 ff.

<sup>11</sup> Vgl. S. 311 f.



referenziellen Charakter digitaler (Kunst-)Werke niederschlägt. Dass die zielgerichtete Auseinandersetzung mit bestehendem Kulturgut durch die Verwendung vorbestehender Werkelemente als Stilmittel des *Re-Use* eine zentrale Rolle bei der digitalen Werkschöpfung spielt, wurde sodann bei Beantwortung der Frage berücksichtigt, ob Meme mit den Urheberrechten Dritter kollidieren.

Obwohl bei erster oberflächlicher Betrachtung ein klassischer Fall der freien Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG vorliegt, wurde bei näherem Hinsehen deutlich, dass die Benutzung des Werkes über den ursprünglichen Anwendungsbereich von § 24 Abs. 1 UrhG hinausgeht. Während dieser klassische Anwendungsbereich der freien Benutzung in der geistigen Anregungswirkung vorbestehender Werke zu erblicken ist, schlägt sich das *Re-Use* auf stofflicher Ebene des neuen Werkes nieder. Die daraus resultierende fortbestehende Sichtbarkeit des benutzten Werkes haben das Bundesverfassungsgericht wie auch der Gerichtshof der Europäischen Union in ihren *Metall auf Metall* und *Pelham u. a.* Urteilen erstmals als genrespezifische Aspekte einer eigenen künstlerischen Ausdrucksform anerkannt. Werden diese Maßstäbe bei der Auslegung von § 24 Abs. 1 UrhG berücksichtigt, lässt sich das analog-digitale Spannungsverhältnis zwischen Art. 14 GG und Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG für digitale referenzielle Kunstformen lösen, ohne dass es der Einführung zusätzlicher technologie- oder genrespezifischer Vorschriften im Urheberrechtsgesetz bedürfte.

Bezogen auf Meme bedeutet dies, dass sie grundsätzlich nicht in Konflikt mit den Urheberrechten Dritter stehen, da sie einen hinreichenden inneren Abstand zur Werkvorlage aufweisen. Er folgt entweder aus der inhaltlichen<sup>12</sup> oder der ästhetischen<sup>13</sup> Auseinandersetzung mit der Werkvorlage. Bei dem Einsatz vorbestehender Werk(-Elemente) als stilprägenden Gestaltungsmitteln ist zu berücksichtigen, dass Meme nur nach § 24 Abs. 1 UrhG frei sind, wenn sie nicht-kommerzieller Natur sind. Denn nur dann droht keine Substitutionsgefahr, sodass dem Urheber keine wirtschaftlichen Nachteile entstehen und die Gewichtung des Schutzes von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gegenüber dem von Art. 14 GG überwiegt.

## § 2 Ausblick

### A. Meme und Art. 17 DSM-Richtlinie

Anders als mit der Einführung von Art. 17 DSM-Richtlinie befürchtet, müssen digitale Kunschsaffende nicht darum bangen, dass Meme „bald illegal“<sup>14</sup> und auf digitalen Plattformen, Imageboards und Memhubs nicht mehr verwendet werden dürften.

<sup>12</sup> Vgl. S. 323 ff.

<sup>13</sup> Vgl. S. 319 ff.

<sup>14</sup> Vgl. zu den reißerischen Schlagzeilen, die im Zusammenhang mit der EU-Urheberrechtsreform erschienen etwa, <https://www.vice.com/de/article/3k4ww8/artikel-13-sind-memes-bald-illegal-eu>.

Sollten in Deutschland, wie von manchen befürchtet, auf digitalen Plattformen Uploadfilter als Reaktion auf die in Art. 17 DSM-Richtlinie verankerte Haftungserweiterung von digitalen Inhaltenanbietern eingeführt werden<sup>15</sup>, wären die grundlegenden Wertungen des materiellen Urheberrechts bei der Ausgestaltung der Filterkriterien zu berücksichtigen. Es bliebe jedoch die Frage bestehen, ob algorithmenbasierte Lösungen in der Lage sind, die für die urheberrechtliche Zulässigkeit wesentlichen Unterschiede zwischen einem Plagiat und einer freien Benutzung im Einzelfall zu erkennen.<sup>16</sup> Daraus folgt die Frage, wie das im 70. Erwägungsgrund und Art. 17 Abs. 7 DSM-Richtlinie verankerte Ziel in der Rechtsanwendung umgesetzt werden soll, Nutzern das Hochladen urheberrechtlich freier und solcher Werke zu ermöglichen, die den in Art. 5 InfoSoc-Richtlinie verankerten Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechts unterfallen und das Recht der Internetnutzer auf freie Meinungsäußerung gewährleisten.

Neben den algorithmenbasierten Uploadfiltern braucht es eines ergänzenden Kontrollinstruments. Wie in der Erklärung der Bundesregierung zur Zustimmung der DSM-Richtlinie angemerkt, lässt sich nur mit einer zusätzlichen Kontrolle durch den Menschen erreichen, dass digitale Plattformen „als freie, unzensurierte Kommunikationskanäle für die Zivilgesellschaft zur Verfügung stehen“.<sup>17</sup> Sie müssen den kreativen Kreislauf fördern, anstatt ihn zu hemmen.

## B. Tätigwerden der Legislative

Die Urteile *Metall auf Metall* und *Pelham u. a.* zeigen, dass die höchsten gerichtlichen Institutionen die Bedeutung digitaler referenzieller Kunstformen für den kulturellen Kreislauf verstanden haben. Auch die Diskussionen rund um die DSM-Richtlinie zeugen von einer Sensibilisierung der Öffentlichkeit für das analog-digitale Spannungsfeld im Internet. Dennoch bedarf es eines klaren Zeichens der Anerkennung und der Klarstellung, dass im Internet nicht nur „Ideenklau“ betrieben und Urheberrechte verletzt werden, sondern neues Kulturgut geschaffen wird. Diese essentielle Rolle von Memen und anderen verwandten Kunstformen, die als „qualifizierte menschliche Kommunikation“ dem Schutz des Urheberrechtsgesetzes unterfallen, muss daher auf legislativer Ebene fixiert werden.<sup>18</sup> Nur auf diese Weise wird das gegenwärtige Verständnis des Kunstbegriffes, der seit jeher durch die technologischen und kultur-ästhetischen Rahmenbedingungen geprägt wird<sup>19</sup>, von der Bevölkerung akzeptiert.

<sup>15</sup> Vgl. S. 303 ff.

<sup>16</sup> Ebenfalls kritisch *Spindler*, CR 2019, 277, 288.

<sup>17</sup> Erklärung der Bundesregierung bei der Abstimmung im Ministerrat vom 15. 4. 2019, Interinstitutional File: 2016/0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2 S. 3 f.

<sup>18</sup> Zu der schrittweisen Herleitung am Beispiel von Internet-Memen vgl. S. 56, 83, 115.

<sup>19</sup> Zu dem Kunstbegriff, der ständigen Wandel unterwerfend ist, siehe S. 242 ff., 270 f.

Auf unionsrechtlicher Ebene sind entsprechende Regelungsversuche nicht erkennbar, die das Anliegen digitaler Kunstschaffender hinreichend berücksichtigen. Insbesondere enthält Art. 17 DSM-Richtlinie ausschließlich Regelungen zu einer Haftungserweiterung digitaler Diensteanbieter, ohne die urheberrechtliche Schutzfähigkeit der im Internet zirkulierenden Inhalte in Betracht zu ziehen.<sup>20</sup>

Auf nationaler Ebene werden hingegen Bestrebungen sichtbar. Am 24. Juni 2020 wurde der „zweite Diskussionsentwurf“ des Bundesjustizministeriums veröffentlicht – der „Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des Digitalen Binnenmarktes“. Er dient einerseits der Umsetzung der DSM-Richtlinie, andererseits sollen mit dem Diskussionsentwurf die EuGH-Rechtsprechung aus *Pelham u. a.* – und damit wohl auch das jüngste BGH-Urteil *Metall auf Metall IV* – Eingang in das Urheberrechtsgesetz finden.

Insbesondere aus der Einbindung der Rechtsprechung folgt die grundlegende Frage, wie die Interessen digitaler Kunstschaffender hinreichend im Urheberrechtsgesetz berücksichtigt werden können. Der in dem Diskussionsentwurf gewählte Ansatz besteht darin, § 24 UrhG aufzuheben und stattdessen den Regelungsgehalt von § 23 S. 1 UrhG-E („Einwilligungsbedürftige Bearbeitungen und Umgestaltungen“) um die schutzumfangbegrenzende Funktion der freien Benutzung zu ergänzen; darüber hinaus soll eine Parodieschranke nach dem Vorbild von Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie als § 51a UrhG-E („Karikatur, Parodie und Pastiche“) eingeführt werden<sup>21</sup>.

Dieser Ansatz überzeugt nicht. Zum einen wird mit der Einführung einer Schrankenregelung der eigene Charakter digitaler referenzieller Kunstgattungen übersehen. Sie sind selbständige Werke im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG, sodass es keiner Legitimierung durch eine Schrankenregelung wie § 51a UrhG-E bedarf.<sup>22</sup> Zum anderen trägt eine solche Parodieschranke durch die selektive Benennung einzelner Kunstformen der Offenheit und Wandelbarkeit neuer Kunstformen und damit dem von der Kunstfreiheit gedeckten Anliegen digitaler Kunstschaffender keine Rechnung.<sup>23</sup>

Dass § 24 Abs. 1 UrhG vollständig wegfallen soll, verwundert aufgrund der insoweit unmissverständlichen Vorgabe des Gerichtshofs der Europäischen Union

<sup>20</sup> Vgl. zu Art. 17 DSM-Richtlinie S. 303 ff. Zu den Haftungsfragen, die sich in diesem Zusammenhang ergeben können: *Fischer*, Die Einbindung von Providern in die Durchsetzung von Urheberrechten.

<sup>21</sup> Insoweit wird in dem Gesetzesentwurf unterschieden zwischen der Doppelfunktion von § 24 Abs. 1 UrhG: Die „Schutzbereichsbegrenzung“ der Vorschrift wird in § 23 UrhG-E eingefügt, die „gesetzlichen Erlaubnisse“ im Rahmen des Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie sollen hingegen explizit mit § 51a-UrhG-E in das Urheberrechtsgesetz eingefügt werden. Vgl. dazu S. 44 der Begründung des Gesetzesentwurfs.

<sup>22</sup> Zu den Unterschieden zwischen einer Schutzzumfangbestimmung und einer Schrankenbestimmung vgl. S. 173 ff.

<sup>23</sup> Zu den Vorteilen einer flexiblen Regelung siehe S. 261 f., 306 ff., 336 f.

in *Pelham u. a.* nicht. Obwohl damit eine der ältesten Vorschriften verloren ginge, die Ausdruck des monistischen Geistes der Urheberrechtsordnung ist<sup>24</sup>, lässt sich ihr Verlust auffangen. Im Wege einer vertieften Analyse wurde herausgearbeitet, dass die Funktion von § 24 Abs. 1 UrhG in der Begrenzung des urheberrechtlichen Schutzgegenstandes besteht. Als immanente Schutzzumfangbegrenzung ist sie eine rein deklaratorische Vorschrift, die für transformative Werknutzungen für ein erhöhtes Maß an Rechtssicherheit sorgt. Der Diskussionsentwurf bestätigt diese schutzzumfangbegrenzende Funktion der freien Benutzung. Sollte die Vorschrift mit Ablauf der Umsetzungsfrist im Juni 2021 aus dem Urheberrechtsgesetz entfernt werden, würde es entscheidend auf § 2 Abs. 2 UrhG ankommen. Anders als in § 51a UrhG-E ließe sich dort über die Vorgabe einer persönlichen geistigen Schöpfung der urheberrechtliche Schutz digitaler referenzieller Kunstgattungen aufgrund ihres eigenständigen Charakters herleiten. Ob es tatsächlich dazu kommen wird, bleibt jedoch abzuwarten. Es wird sich zeigen, welche der im Diskussionsentwurf enthaltenen Rechtsänderungen bestehen bleiben und am 21. Juni 2021 in Kraft treten werden.

Bis dahin gilt weiterhin Folgendes: Das Urheberrechtsgesetz enthält mit der freien Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG eine Vorschrift, die einen klaren Rechtsrahmen für transformative Werknutzungen schafft. Die Vorschrift ist mit der Entstehung des Urheberrechtsgesetzes im Jahr 1965 aufgenommen worden und bildet bei rein historischer Betrachtung einen wesentlichen Teil des deutschen Urheberrechtsgesetzes. Dass sie seit jeher in ihrer ursprünglichen Form Bestand hat, liegt an dem für die Gesellschaft bedeutsamen Anliegen des kulturellen Fortschrittes und dem technologieunspezifischen Wortlaut der Vorschrift.<sup>25</sup> § 24 Abs. 1 UrhG erlaubt, flexibel auf neue Entwicklungen zu reagieren, ohne dass die Gesetzgebung fortlaufend gefragt ist, durch neue Gesetzgebungsvorhaben mit diesen Entwicklungen Schritt zu halten.<sup>26</sup> Dadurch entstehen abseits von technologischen und gesellschaftlichen Zeiterscheinungen ausreichende Freiräume für kreativen und kulturellen Fortschritt.

Dennoch wurde gezeigt, dass es von großer Bedeutung ist, die Dichotomie von Rechtsunsicherheit und Flexibilität zu durchbrechen. Den Gerichten wie auch den Rechtsanwendern sind klare Leitlinien an die Hand zu geben, um die Grenze zwischen einer unfreien Bearbeitung nach § 23 UrhG und einer freien Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG bestimmen zu können. Diesem Bedürfnis trägt der am Ende des

<sup>24</sup> Auf die Historie der Vorschrift weist auch hin BGH, Urteil vom 30.04.2020, I ZR 115/16, Rn. 34 – *Metall auf Metall IV*.

<sup>25</sup> Vgl. zu den Besonderheiten von § 24 Abs. 1 UrhG S. 336 ff.

<sup>26</sup> Dass dies eine Besonderheit ist, zeigt etwa § 53a UrhG a. F., der aufgrund seiner technispezifischen Formulierung betreffend den Faxversand mittlerweile als überholt gilt. Die Vorschrift wurde infolgedessen durch Art. 1 Nr. 9 des Urheber-Wissenschafts-Gesetzes am 01.03.2018 aufgehoben. Gleiches gilt für § 52a i. V. m. § 137k UrhG a. F., für den gleich von Beginn feststand, zu welchem Zeitpunkt er außer Kraft treten sollte.

dritten Teils unterbreitete Gesetzesvorschlag Rechnung.<sup>27</sup> Zugleich unterbindet er eine starre gesetzliche Ausgestaltung durch die Aufnahme eines Beispielskataloges, der wie die in § 2 Abs. 1 UrhG und § 15 Abs. 1, 2. Hs. UrhG nicht abschließend und damit hinreichend flexibel ausgestaltet ist.

### §3 Anhang

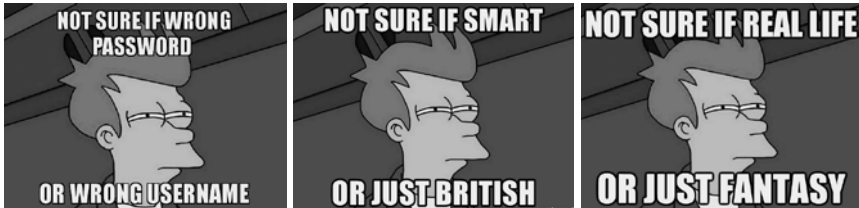


Abbildung 1: *Not Sure if Fry*-Meme



Abbildung 2: *Planking*-Meme

<sup>27</sup> Vgl. S. 339 ff.



Abbildung 3: LOL Cats-Meme

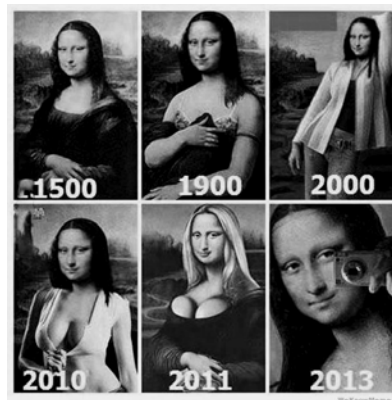


Abbildung 4: Mona Lisa-Mem



Abbildung 5a: Meme zum G7 Gipfel in 2007



Abbildung 5b: Meme zum Treffen an nordkoreanischer Grenze von Trump und Kim Jong-un



Abbildung 5c: *Pepe*-Meme zur Präsidentschaftswahl 2016



## Literaturverzeichnis

- Apel, Simon*: „Metall auf Metall“ und § 24 UrhG im „Trans Buropa Express“ nach Luxemburg, Zugleich Kommentar zu BGH, Beschluss vom 1.6.2017 – I ZR 115/16, K&R 2017, 576 ff. (in diesem Heft), in: *Journal of Visual Culture (JVC)* 2017, S. 563–566
- Apel, Simon*: Sampling ohne Zustimmung kann Eingriff in Rechte des Tonträgerherstellers darstellen – „Metall auf Metall“, in: *Multimedia und Recht (MMR)* 2019, S. 602–603
- Apel, Simon*: Unionsrechtliche Beurteilung des Tonträgersamplings „Metall auf Metall“ – Schlussantrag, in: *Multimedia und Recht (MMR)* 2019, S. 97–99
- Arz, Matthias*: Die Unterscheidung von Parodie und Satire, in: *Archiv für Medienrecht und Medienwissenschaften (UFITA)* 2013, S. 353–369
- Bagh, Markus Thomas (Begr.) / Schwartmann, Rolf (Hrsg.)*: *Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht*, 4. Aufl., Heidelberg 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht*)
- v. *Becker, Bernhard*: Parodiefreiheit und Güterabwägung, Das „Gies-Adler“-Urteil des BGH, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 2004, S. 104–109
- v. *Becker, Bernhard*: Rechtsfragen der Satire, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 2004, S. 908–913
- v. *Becker, Bernhard*: Neues zur Parodie, in: *Schutz von Kreativität und Wettbewerb, Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag*, Hilty, Reto M./Loewenheim, Ulrich (Hrsg.), München 2009, S. 3–18 (zitiert: v. *Becker*, in: *FS Loewenheim*)
- v. *Becker, Bernhard*: Die entstellende Parodie, Das EuGH-Urteil „Vrijheidsfonds/Vanders-teen“ und die Folgen für das deutsche Recht, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 2015, S. 336–339
- v. *Becker, Bernhard (Begr.) / Loewenheim, Ulrich (Hrsg.)*: *Handbuch des Urheberrechts*, 3. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts*)
- Belwe, Katharina*: Editorial, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ)* 2008, S. 2–9
- Berger, Christian*: Aktuelle Entwicklungen im Urheberrecht – Der EuGH bestimmt die Richtung, in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM)* 2012, S. 353–361
- Bisges, Marcel*: *Die Kleine Münze im Urheberrecht, Analyse des ökonomischen Aspekts des Werkbegriffs*, Baden-Baden 2014
- Bisges, Marcel*: Der europäische Werkbegriff und sein Einfluss auf die deutsche Urheberrechtsentwicklung, in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM)* 2015, S. 357–361
- Bisges, Marcel*: Die Kleine Münze, der Dreigroschenprozess und der Herstellungsaufwand, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 2015, S. 540–546



- Bisges*, Marcel (Hrsg.): Handbuch Urheberrecht, Berlin 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: Handbuch Urheberrecht)
- Blackmore*, Susan J.: The Meme Machine, New York 1999
- Bohr*, Kurt: Fragen der Abgrenzung und inhaltlichen Bestimmung der Filmurheberschaft, in: Archiv für Medienrecht und Medienwissenschaften (UFITA) 1977, S. 95
- Brauneck*, Anja: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Konflikt mit dem verfassungsrechtlichen Freiheitsanspruch der Satire, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 2000, S. 137–142
- Bucher*, Hans-Jürgen: Multimodales Verstehen oder Rezeption als Interaktion, Theoretische und empirische Grundlagen einer systematischen Analyse der Multimodalität, in: Bildlinguistik: Theorien – Methoden – Fallbeispiele, Diekmannshenke, Hajo/Klemm, Michael/Stöckl, Hartmut (Hrsg.), Berlin 2011, S. 123–156 (zitiert: *Bucher*, in: Bildlinguistik)
- Büchner*, Thomas: Schutz von Computerbildern als Lichtbild(werk), in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 2011, S. 549–552
- Bullinger*, Winfried/Czychowski, Christian: Digitale Inhalte: Werk und/oder Software?, Ein Gedankenspiel am Beispiel von Computerspielen, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2011, S. 19–26
- Büscher*, Wolfgang/Dittmer, Stefan/Schiwy, Peter (Begr.)/Büscher, Wolfgang/Dittmer, Stefan/Schiwy, Peter (Hrsg.): Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht, Kommentar, 4. Aufl., Köln 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy)
- Davison*, Patrick: The Language of Internet Memes, in: The Social Media Reader (SMR) 2012, S. 120–134
- Dawkins*, Richard: The Selfish Gene, 2. Aufl., New York 2006
- Dennett*, Daniel C.: Memes and the Exploitation of the Imagination, in: Journal of Aesthetics and Art Criticism (JAAC) 1990, S. 127–135
- Dennett*, Daniel C.: Darwin's Dangerous Idea, Evolution and the Meanings of Life, Cambridge 1995
- Diesbach*, Martin (Begr.)/Ahlberg, Hartwig/Götting, Horst-Peter/Möhring, Philipp/Nicolini, Käte (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, UrhG, KUG, VerlG, VGG: Kommentar, 4. Aufl., München 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Möhring/Nicolini)
- Dreier*, Thomas/Leistner, Matthias: Urheberrecht im Internet: die Forschungsherausforderungen, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2013, S. 881–897
- Dreier*, Thomas/Schulze, Gernot (Begr.)/Dreier, Thomas/Schulze, Gernot (Hrsg.): Urheberrechtsgesetz, Verwertungsgesellschaftengesetz, Kunsturhebergesetz, 6. Aufl., München 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Dreier/Schulze)
- Duvigneau*, J. Philipp A.: Urheberrechtlicher Schutz von Tätowierungen, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 1998, S. 535–546
- Eckert*, Hans-Werner (Begr.)/Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK-BGB)

- Elster*, Alexander: Gewerblicher Rechtsschutz, Umfassend Urheber- und Verlagsrecht, Patent- und Musterschutzrecht, Warenzeichenrecht und Wettbewerbsrecht, Berlin 1921
- Epping*, Volker/*Hillgruber*, Christian (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, 42. Aufl., München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK-GG)
- Fischer*, Linn-Karen: Die Einbindung von Providern in die Durchsetzung von Urheberrechten, Eine rechtsvergleichende Studie zum deutschen und französischen Recht, Tübingen 2020
- Fischer*, Veronika: Digitale Kunst und freie Benutzung, Systematisierung und Flexibilisierung, Baden-Baden 2018
- Franzen*, Jan Helmut/*Olenhusen*, Albrecht Götz von: Lichtbildwerke, Lichtbilder und Fotoimitate, Abhängige Bearbeitung oder freie Benutzung?, in: Archiv für Medienrecht und Medienwissenschaften (UFITA) 2007, S. 435–480
- Fromm*, Friedrich Karl/*Nordemann*, Wilhelm (Begr.)/*Fromm*, Friedrich Karl/*Nordemann*, Axel/*Nordemann*, Jan Bernd (Hrsg.): Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 12. Aufl., Stuttgart 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Fromm/Nordemann)
- Gabler*, Mariella: Die urheberrechtliche Drittnutzung zwischen Vervielfältigung, Bearbeitung und freier Benutzung, Baden-Baden 2018 (zit.: *Gabler*, Die Urheberrechtliche Drittnutzung)
- Gal*, Noam/*Shifman*, Limor/*Kampf*, Zohar: „It Gets Better“: Internet memes and the construction of collective identity, in: New Media & Society (NMS) 2016, S. 1698–1714
- Gamm*, Otto-Friedrich v.: Urheberrechtsgesetz, München 1968
- Garloff*, Peter: Copyright und Kunstfreiheit, Zur Zulässigkeit ungenehmigter Zitate in Heiner Müllers letztem Theaterstück, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2001, S. 476–482
- Gelke*, Erik: Mashups im Urheberrecht, Baden-Baden 2013
- Gerstenberg*, Eckehard: Der Begriff des Kunstwerks in der bildenden Kunst, Ein Beitrag zur Abgrenzung zwischen Kunstschutz und Geschmacksmusterschutz, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1963, S. 245–251
- Gerstenberg*, Eckehard: „Angewandte Kunst“ in der Rechtsprechung über Möbel, Zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils vom 10. Oktober 1973 „Sessel“, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1974, S. 707–710
- Goldhaber*, Michael: Das Internet ist ein Mittel, Aufmerksamkeit zu erlangen, abrufbar unter: <https://www.heise.de/ct/artikel/Das-Internet-ist-ein-Mittel-Aufmerksamkeit-zu-erlangen-287732.html>
- Götting*, Horst-Peter/*Schricker*, Gerhard/*Grünberger*, Michael/*Loewenheim*, Ulrich/*Leistner*, Matthias, et al. (Hrsg.): Urheberrecht, UrhG, KUG (Auszug), UrhWG, 6. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schricker/Loewenheim)
- Green*, Joshua/*Jenkins*, Henry/*Krauskopf*, Ana D./*Li*, Xiaochang: If It Doesn't Spread, It's Dead (Part One): Media Viruses and Memes, abrufbar unter: [http://henryjenkins.org/blog/2009/02/if\\_it\\_doesnt\\_spread\\_its\\_dead\\_p.html](http://henryjenkins.org/blog/2009/02/if_it_doesnt_spread_its_dead_p.html)

- Grünberger, Michael*: Bedarf es einer Harmonisierung der Verwertungsrechte und Schranken?, Ein Beitrag zur Entwicklung dogmatischer Bausteine eines umweltsensiblen Urheberrechts, in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM)* 2015, S. 273–290
- Grünberger, Michael/Podszun, Rupprecht*: Die Entwicklung des Immaterialgüterrechts im Recht der Europäischen Union im Jahr 2013/14 – Teil 1, in: *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR)* 2015, S. 11–25
- Haas, Eliane*: Die Verwendung von Bearbeitungen urheberrechtlich geschützter Werke, Baden-Baden 2019
- Haberstumpf, Helmut*: Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl., Neuwied 2000
- Haberstumpf, Helmut*: Zum Umfang der Verbotungsrechte des Verlegers, in: *Perspektiven des geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts*, Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, Ohly, Ansgar/Schricker, Gerhard (Hrsg.), München 2005, S. 309–324 (zitiert: *Haberstumpf*, in: FS Schricker)
- Haberstumpf, Helmut*: Die Paradoxien des Werkbegriffs, Können fiktionale Figuren urheberrechtlich geschützt sein?, in: *Zeitschrift für Geistiges Eigentum (ZGE)* 2012, S. 284–320
- Haberstumpf, Helmut*: Freie Benutzung im harmonisierten Urheberrecht, in: *Zeitschrift für Geistiges Eigentum (ZGE)* 2015, S. 425–459
- Haedicke, Maximilian*: Beschränkung der Parodiefreiheit durch europäisches Urheberrecht?, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (GRUR Int.)* 2015, S. 664–670
- Handig, Christian*: Was erfordert „die Einheit und die Kohärenz des Unionsrechts“?, Das urheberrechtliche Nachspiel der EuGH-Entscheidung „Football Association Premier League“, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (GRUR Int.)* 2012, S. 9–14
- Hartmann, Flora*: Meme: Die Kunst des Remix, Bildsprache politischer Netzkultur, abrufbar unter: <https://www.amadeu-antonio-stiftung.de/w/files/pdfs/meme-internet.pdf>
- Hefti, Ernst*: Die Parodie im Urheberrecht, Berlin 1977
- Heinze, Christian*: Software als Schutzgegenstand des Europäischen Urheberrechts, in: *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC)* 2011, S. 97–113
- Heiser, Jörg*: Die Kunst der digitalen Eingeborenen, abrufbar unter: [https://www.deutscheslandfunk.de/post-internet-art-die-kunst-der-digitalen-eingeborenen.1184.de.html?dram:article\\_id=304141](https://www.deutscheslandfunk.de/post-internet-art-die-kunst-der-digitalen-eingeborenen.1184.de.html?dram:article_id=304141)
- Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H.* (Hrsg.): Grundgesetz, 88. Aufl., München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig)
- Hilty, Reto M.*: Die freie Benutzung nach § 24 UrhG, Grenzen und Potential, in: *Anwalt des Urheberrechts*, Festschrift für Gernot Schulze zum 70. Geburtstag, Dreier, Thomas/Peifer, Karl-Nikolaus/Speccht, Louisa (Hrsg.), München 2017, S. 127–135 (zitiert: *Hilty*, in: FS Schulze)
- Hilty, Reto M./Senfleben, Martin*: Rückschnitt durch Differenzierung?, Wege zur Reduktion dysfunktionaler Effekte des Urheberrechts auf Kreativ- und Angebotsmärkte, in: *Vom*

- Magnettonband zu Social Media, Festschrift: 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), Dreier, Thomas/Hilty, Reto M. (Hrsg.), München 2015, S. 318–337 (zitiert: *Hilty/Senfileben*, in: FS: 50 Jahre UrhG)
- Hoeren*, Thomas: Die immaterialgüterrechtliche Stellung des Multimediaherstellers, in: Computer und Recht (CR) 1994, S. 390–396
- Hoeren*, Thomas: Urheberrechtsprobleme der Parodie, Hess, Gangolf: Urheberrechtsprobleme der Parodie Baden-Baden 1993 (UFITA-Schriftenreihe Band 104), 192 Seiten, ISBN 3-7890-2916-5, 58,- DM., in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1994, S. 751–753
- Hoeren*, Thomas: BGH: „Metall auf Metall“, Anm. zu BGH, Urteil vom 20. 11. 2008 – I ZR 112/06, in: Multimedia und Recht (MMR) 2009, S. 257–258
- Hoeren*, Thomas: BVerfG: Kein Eingriff in Urheber- und Leistungsschutzrechte durch Verwendung verschiedener geringfügiger Tonsequenzen – Sampling, Anm. zu BVerfG, Urteil vom 31. 05. 2016 – 1 BvR 1585/13, in: Multimedia und Recht (MMR) 2016, S. 469
- Homar*, Philipp: Enge Handlungsspielräume für das Sampling, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 2019, S. 731–737
- Hörnig*, Andreas: Das Bearbeitungsrecht und die Bearbeitung im Urheberrecht unter besonderer Berücksichtigung von Werken der Literatur, in: Archiv für Medienrecht und Medienwissenschaften (UFITA) 1985, (99), S. 13–116
- Hudson*, Emily: The Pastiche Exception in Copyright Law: A Case of Mashed-Up Drafting?, in: Intellectual Property Quarterly (IPQ) 2017, S. 346–368
- Hufen*, Friedhelm: Grundrechte: Geistiges Eigentum und Kunstfreiheit, „Sampling“ als gerechtfertigte Inanspruchnahme geistigen Eigentums, in: Juristische Schulung (JuS) 2016, S. 954–956
- Hüther*, Jürgen: Neue Medien, in: Grundbegriffe Medienpädagogik, Hüther, Jürgen/Schorb, Bernd (Hrsg.), 4. Auflage, München 2005, S. 345–351 (zitiert: *Hüther*, in: Medienpädagogik)
- Jaeger*, Till/*Metzger*, Axel: Open Content-Lizenzen nach deutschem Recht, in: Multimedia und Recht (MMR) 2003, S. 431–438
- Katko*, Peter/*Maier*, Tobias: Computerspiele – die Filmwerke des 21. Jahrhunderts?, in: Multimedia und Recht (MMR) 2009, S. 306–311
- Klass*, Nadine: RE-USE: Kompilation, Parodie, DokuFiction – Rechtliche Rahmenbedingungen abhängigen Werkschaffens im Film, Einleitung zu dem gleichnamigen XXX. Münchner Symposion zum Film und Medienrecht am 1. Juli 2016, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 2016, S. 801–804
- Knobel*, Michele/*Lankshear*, Colin: Online memes, affinities, and cultural production, in: A New Literaries Sampler (NLS) 2007, S. 199–227
- Knopp*, Michael: Fanfiction – Nutzergenerierte Inhalte und das Urheberrecht, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2010, S. 28–33
- Koch*, Thomas: Das Schweigen von Marcel Buchamp, Anmerkungen zur BGH-Entscheidung „Beuys-Aktion“, in: Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, Büscher, Wolfgang (Hrsg.), München 2014, S. 835–848 (zitiert: *Koch*, in: FS Bornkamm)

- Köhn, Tina*: Die Technisierung der Popmusikproduktion, Probleme der „Kleinen Münze“ in der Musik, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 1994, S. 278–288
- Kreutzner, Till*: Computerspiele im System des deutschen Urheberrechts, Eine Untersuchung des geltenden Rechts für Sicherungskopien und Schutz technischer Maßnahmen bei Computerspielen, in: Computer und Recht (CR) 2007, S. 1–14
- Kröger, Detlef*: Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen – wie lange noch?, Zugang zu Informationen in digitalen Netzwerken, in: Multimedia und Recht (MMR) 2002, S. 18–21
- Kruedener, Alexis von*: Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu „Metall auf Metall“, in: Zeitschrift für Geistiges Eigentum (ZGE) 2016, S. 462–481
- Kuemmel, Joh*: Mantas, Mavens und Meme, in: Virale Kommunikation, Möglichkeiten und Grenzen des prozessanstoßenden Marketings, Heuser, Uwe Jean (Hrsg.), Baden-Baden 2009, S. 165–174 (zitiert: *Kuemmel*, in: Virale Kommunikation)
- Kühl, Eike*: Wo Frösche sind, da sind auch Rechte, Zehn Jahre lang war Pepe der Frosch ein beliebtes Internetphänomen. Dann entdeckten ihn unter anderem Unterstützer von Donald Trump. Ist das Meme jetzt noch zu retten?, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/digital/internet/2016-09/meme-pepe-frosch-alt-right-donald-trump>
- Ladeur, Karl-Heinz*: Kunstfreiheit und geistiges Eigentum in digitalen Netzwerken, Zur Entscheidung des BVerfG v. 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, in: Zeitschrift für Geistiges Eigentum (ZGE) 2016, S. 447–461
- Lanham, Richard A.*: The Economics of Attention, Style and Substance in the Age of Information, Chicago, London 2007
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1995
- Lauber-Rönsberg, Anne*: Parodien urheberrechtlich geschützter Werke, Eine Bestandsaufnahme nach der „Deckmyn“-Entscheidung des EuGH, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 2015, S. 658–666
- Leavitt, Alex*: From #FollowFriday to YOLO, Exploring the Cultural Salience of Twitter Memes, in: Twitter and society, Weller, Katrin (Hrsg.), New York 2014, S. 137–154 (zitiert: *Leavitt*, in: Twitter and Society)
- Leistner, Matthias*: Bei Spielen nichts Neues?, Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 01.06.2011 – I ZR 140/09 – Lernspiele, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2011, S. 761–767
- Leistner, Matthias*: Von Joseph Beuys, Marcel Duchamp und der dokumentarischen Fotografie von Kunstaktionen, Überlegungen aus Anlass des Urteils des LG Düsseldorf vom 29. September 2010 in Sachen VG Bild-Kunst v. Stiftung Museum Schloss Moyland, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 2011, S. 468–487
- Leistner, Matthias*: Der europäische Werkbegriff, in: Zeitschrift für Geistiges Eigentum (ZGE) 2013, S. 4–45
- Leistner, Matthias*: Urheberrecht an der Schnittstelle zwischen Unionsrecht und nationalem Recht, Werkbegriff und Recht der öffentlichen Wiedergabe, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2014, S. 1145–1155

- Leistner*, Matthias: Nationales Recht unter dem Einfluss der EuGH-Rechtsprechung, in: Vom Magnettonband zu Social Media, Festschrift: 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), Dreier, Thomas/Hilty, Reto M. (Hrsg.), München 2015, S. 251–266 (zitiert: *Leistner*, in: FS: 50 Jahre UrhG)
- Leistner*, Matthias: Die „Metall auf Metall“-Entscheidung des BVerfG, Oder: Warum das Urheberrecht in Karlsruhe in guten Händen ist, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2016, S. 772–777
- Leistner*, Matthias: Urheberrecht unter dem Einfluss der EuGH-Rechtsprechung, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2016, S. 166–171
- Liebert*, Juliane: „Der Moment, in dem du merkst: Dein Handy ist weg“, Das Internetphänomen „Classical Art Meme“ versieht Kunstwerke mit modernem Witz und macht sie zur Jugendkultur., abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/kultur/classical-art-memes-klassische-kunst-in-der-zeitmaschine-1.3181452> (Stand: 29.01.2020)
- Lindhorst*, Hermann: Rechte des Tonträgerherstellers bei Tonfetzenentnahme, Anm. zu BGH, Urteil vom 20. 11. 2008 – I ZR 112/06, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2009, S. 406–407
- Loewenheim*, Ulrich: Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1987, S. 761–769
- Loewenheim*, Ulrich: Urheberrechtliche Probleme bei Multimediaanwendungen, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1996, S. 830
- Loewenheim*, Ulrich: Höhere Schutzuntergrenze des Urheberrechts bei Werken der angewandten Kunst?, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (GRUR Int.) 2004, S. 765–767
- Loewenheim*, Ulrich: Altes und Neues zu Parodie und Plagiat, in: Marktkommunikation zwischen Geistigem Eigentum und Verbraucherschutz, Festschrift für Karl-Heinz Fezer zum 70. Geburtstag, Fezer, Karl-Heinz/Büscher, Wolfgang (Hrsg.), München 2016, S. 789–797 (zitiert: *Loewenheim*, in: FS Fezer)
- Loschelder*, Michael: Vervielfältigung oder Bearbeitung?, Zum Verhältnis des § 16 UrhG zu § 23 UrhG, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2011, S. 1078–1083
- Loschelder*, Michael/Würtenberger, Thomas: Stellungnahme der GRUR zur Verfassungsbeschwerde der P-GmbH ua in Sachen „Metall auf Metall“ (I BvR 1585/13), in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2015, S. 861–864
- Ludyga*, Hannes: Urheberrechtlicher Schutz von Tweets, in: Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht (AfP) 2017, (4), S. 284–286
- Maier*, Henrike: Remixe auf Hostingplattformen, Eine urheberrechtliche Untersuchung filmischer Remixe zwischen grundrechtsrelevanten Schranken und Inthaltefiltern, Tübingen 2018
- Mauch*, Kerstin: Die rechtliche Beurteilung von Parodien im nationalen Urheberrecht der Mitgliedstaaten der EU, Berlin 2003
- Meckel*, Miriam: Aus Vielen wird das Eins gefunden – Wie Web 2.0. unsere Kommunikation verändert, in: Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ) 2008, S. 17–23

- Metzger, Axel*: Der Einfluss des EuGH auf die gegenwärtige Entwicklung des Urheberrechts, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2012, S. 118–126
- Milner, Ryan M.*: The world made meme, Public conversations and participatory media, Cambridge, Massachusetts 2017
- Miltner, Kate M.*: „There’s no place for lulz on LOLCats“: The role of genre, gender, and group identity in the interpretation and enjoyment of an Internet Meme, abrufbar unter: <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/5391/4103>
- Moskopp, Nils Dagsson/Heller, Christian*: Internet-Meme, Kurz & Geek, Köln 2013
- Nordemann, Axel/Heise, Friedrich Nicolaus*: Urheberrechtlicher Schutz für Designleistungen in Deutschland und auf europäischer Ebene, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 2001, S. 128–147
- Nordemann, Wilhelm*: Zur Abgrenzung des Geschmacksmusterschutzes vom Urheberschutz, in: Archiv für Medienrecht und Medienwissenschaften (UFITA) 1967, (50), S. 906–914
- Nordemann, Wilhelm*: Urheberrecht an Lehrmitteln, in: Neue Juristische Wochenzeitschrift (NJW) 1970, S. 881–885
- Nordemann, Wilhelm*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 26.03.1971 – I ZR 77/69 „Disney-Parodie“, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1971, S. 590–591
- Nordemann, Wilhelm*: Bildschirmspiele – eine neue Werkart im Urheberrecht, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1981, S. 891–894
- Obergfell, Eva Inés*: Abschied von der „Silberdistel“: Zum urheberrechtlichen Schutz von Werken der angewandten Kunst, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2014, S. 621–627
- Ohly, Ansgar*: Zwölf Thesen zur Einwilligung im Internet, Zugleich Besprechung zu BGH, Urt. v. 19.10.2011 – I ZR 140/10 – Vorschaubilder II, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2012, S. 983–992
- Ohly, Ansgar*: Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Band 1: Gutachten, Bachmann, Gregor (Hrsg.), München 2014, S. F5-F129 (zitiert: *Ohly*, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages)
- Ohly, Ansgar*: Keine „öffentliche Wiedergabe“ durch Hyperlinksetzen ohne Gewinnerzielungsabsicht – GS Media/Sanoma ua, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2016, S. 1155–1157
- Ohly, Ansgar*: Hip Hop und die Zukunft der „freien Benutzung“ im EU-Urheberrecht, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2017, S. 964–969
- Osterroth, Andreas*: Das Internet-Meme als Sprache-Bild-Text, in: Zeitschrift für interdisziplinäre Bildwissenschaft (IMAGE) 2015, S. 26–46
- Papastefanou, Stefan*: Referenzielle Kunst im digitalen Zeitalter, in: GRUR Newsletter 2018, S. 17–19
- Papastefanou, Stefan*: EuGH: Urheberrechtliche Zulässigkeit von Sampling, in: Computer und Recht (CR) 2019, S. 600–602



- Papastefanou, Stefan*: „Fair-Use“ im Zeitalter digitaler Kulturtechniken, Die Wandlung des Urheberrechts in Bezug auf referenzielle Kunst, in: Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP) 2019, S. 171–178
- Papastefanou, Stefan*: Urheberrechtliche Zulässigkeit von Sampling, Die Reichweite der Kunstfreiheit im Werkbereich von digitalen Kulturtechniken, in: Computer und Recht (CR) 2019, S. 36–42
- Paulus, Andreas*: Europäischer Integrationsbedarf und nationale Regelungskompetenz, Referat auf der Konferenz „Die Zukunft des Urheberrechts – 50 Jahre Urheberrecht in Deutschland“ am 2. Dezember 2015 in Berlin, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 2016, S. 513–517
- Peifer, Karl-Nikolaus*: Appropriation und Fan Art – geknebelte Kreativität oder klare Urheberrechtsverletzung?, in: Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag am 26. März 2013, Wöhrn, Kirsten-Inger/Ohst, Claudia/Bullinger, Winfried (Hrsg.), 2013, S. 99–109
- Peifer, Karl-Nikolaus*: „Individualität“ or Originality? Core concepts in German copyright law, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (GRUR Int.) 2014, S. 1100–1104
- 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, Vortrag auf dem XXX. Münchner Symposium zum Film und Medienrecht „RE-USE: Kompilation, Parodie, DokuFiction – Rechtliche Rahmenbedingungen abhängigen Werkschaffens im Film“ am 1. Juli 2016, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 2016, S. 805–811
- Plaß, Gunda*: Open Contents im deutschen Urheberrecht, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2002, S. 670–682
- Plassmann, Clemens*: Bearbeitungen und andere Umgestaltungen in § 23 UrhG, Berlin 1996
- Platho, Rolf*: Die Parodie: Eine „freie Bearbeitung“ nach § 23 UrhG, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1992, S. 360–365
- Podszun, Rupprecht*: Postmoderne Kreativität im Konflikt mit dem Urheberrechtsgesetz und die Annäherung an „fair use“, Besprechung zu BVerfG ZUM 2016, 626 – Sampling, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 2016, S. 606–612
- Podszun, Rupprecht*: Sampling kann auch ohne Lizenz des Tonträgerherstellers erlaubt sein, Anm. zu BVerfG, Urteil vom 31.05.2016 – 1 BvR 1585/13, in: Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (GWR) 2016, S. 256
- Poll, Günther/Brauneck, Anja*: Rechtliche Aspekte des Gaming-Markts, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2001, S. 389–396
- 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, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (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. 12. 2018 – EUGH Aktenzeichen C-476/17, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 2019, S. 250–253



- Raue*, Peter: Anmerkung zu LG Düsseldorf, Urteil vom 29.09.2010 – 12 O 255/09 – Beuys Aktion, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2011, S. 203–207
- Rehbinder*, Manfred/*Peukert*, Alexander: Urheberrecht, 17. Aufl., München 2015 (zit.: *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht (17. Aufl. 2015))
- Rehbinder*, Manfred/*Peukert*, Alexander: Urheberrecht, Ein Studienbuch, 18. Aufl., München 2018
- Reinemann*, Susanne/*Remmert*, Frank: Urheberrechte an User-generated Content, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 2012, S. 216–227
- Reinhart*, Beat: Das Institut der freien Benutzung im Urheberrecht, in: Archiv für Medienrecht und Medienwissenschaften (UFITA) 1986, S. 65–83
- Reuter*, Alexander: Digitale Bild- und Filmbearbeitung im Licht des Urheberrechts, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1991, S. 23–33
- Riesenhuber*, Karl: BGH: Benutzung fremder Tonaufnahmen – Metall auf Metall II, Anm. zu BGH, Urteil vom 130.12.2012 – I ZR 182/11, in: Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring (LMK) 2013, S. 347704
- Rossa*, Elisabeth: Kunstfreiheit und Eigentumsschutz im Lichte des Europarechts, Das Stilmittel des Samplings vor dem EuGH, in: Multimedia und Recht (MMR) 2017, S. 665–670
- Rütz*, Christian: Die Parodie in der Informationsgesellschaft, Zugleich Anmerkung zu BGH WRP 2003, 5, 1235 (Gies-Adler), in: Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP) 2004, S. 323–330
- Sachs*, Brita: Er wollte ein besserer Tizian sein, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/kunst/rubens-ausstellung-er-wollte-ein-besserer-tizian-sein-1872609.html>
- Schack*, Haimo: Wem gebührt das Urheberrecht, dem Schöpfer oder dem Produzenten?, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 1990, S. 59–62
- Schack*, Haimo: Urheberrechtliche Gestaltung von Webseiten unter Einsatz von Links und Frames, in: Multimedia und Recht (MMR) 2001, S. 9–17
- Schack*, Haimo: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.11.2008, Az.: I ZR 112/06 (Sound Sampling und Schutzrechte des Tonträgerherstellers), in: Juristenzeitung (JZ) 2009, S. 475–477
- Schack*, Haimo: Urheber- und Urhebervertragsrecht, 9. Aufl., Tübingen 2019
- Schaefer*, Martin: Die urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Werken der Gartengestaltung, Zugleich ein Beitrag zu Fragen des Urheberrechtsschutzes von Raumgestaltungen, Baden-Baden 1992
- Schmidt-Wudy*, Florian: Urheberrecht: Haftung für Hyperlinks auf ohne Erlaubnis des Rechteinhabers veröffentlichte Inhalte, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2016, S. 789–790
- Schmieder*, Hans-Heinrich: Anm. zu BGH, Urteil vom 26.3.1971 – I ZR 77/69, in: Neue Juristische Wochenzeitschrift (NJW) 1971, S. 2173

- Schmieder*, Hans-Heinrich: Dargestellt an Fragen der Werkfortsetzung, des Selbstplagiats und der Parodie, in: Archiv für Medienrecht und Medienwissenschaften (UFITA) 1977, S. 127–141
- Schmieder*, Hans-Heinrich: Freiheit der Kunst und freie Benutzung urheberrechtlich geschützter Werke, in: Archiv für Medienrecht und Medienwissenschaften (UFITA) 1982, S. 63–71
- Schonhofen*, Sven: Sechs Urteile über zwei Sekunden, und kein Ende in Sicht: Die „Sampling“-Entscheidung des BVerfG, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (GRUR-Prax.) 2016, S. 277–279
- Schonhofen*, Sven: Die unendliche Geschichte um „Metall auf Metall“: Urheberrechtliche Zulässigkeit von Sampling vor dem EuGH, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (GRUR-Prax.) 2019, S. 432–434
- Schricker*, Gerhard: Zum Urheberrechtsschutz und Geschmacksmusterschutz von Postwertzeichen – Teil I, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1991, S. 563–573
- Schricker*, Gerhard: Der Urheberrechtsschutz von Werbeschöpfungen, Werbeideen, Werbekonzeptionen und Werbekampagnen, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1996, S. 815–826
- Schricker*, Gerhard: Urheberrechtsschutz für Spiele, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (GRUR Int.) 2008, S. 200–204
- Schulze*, Gernot: Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, Freiburg 1983
- Schulze*, Gernot: Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1987, S. 769–778
- Schulze*, Gernot: Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs?, Anmerkung zu EuGH „Infopaq/DDF“, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2009, S. 1019–1022
- Schumacher*, Merlin: „GIF it to me Baby!“ – 30 Jahre Graphics Interchange Format, abrufbar unter: <https://www.heise.de/newsticker/meldung/GIF-it-to-me-Baby-30-Jahre-Graphics-Interchange-Format-3743361.html>
- Shifman*, Limor: Meme, Kunst, Kultur und Politik im digitalen Zeitalter, Berlin 2014
- Shifman*, Limor: The Cultural Logic of Photo-Based Meme Genres, in: Journal of Visual Culture (JVC) 2014, S. 340–358
- Shifman*, Limor: Meme, in: Digital Keywords, A vocabulary of information society and culture, Peters, Benjamin (Hrsg.), Princeton, Oxford 2016, S. 197–205 (zitiert: *Shifman*, in: Digital Keywords)
- Slopek*, Daved E.F.: Die Parodie im Urheberrecht, Anm. zu BGH, Urteil vom 20. 12. 2017 – I ZR 42/05, in: Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP) 2009, S. 20–32
- Slopek*, Daved E.F.: Begriff und Grenzen der Parodiefreiheit, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (GRUR-Prax.) 2014, S. 442
- Sosnitza*, Olaf: Plagiate, Prozesse und Provisionen – Rechtsfragen bei der Tätigkeit von Werbeagenturen, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 1998, S. 631–641

- Specht, Louise/Koppermann, Ilona*: Vom Verhältnis der §§ 14 und 24 UrhG nach dem „Deckmyn“-Urteil des EuGH, in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM)* 2016, S. 19–24
- Spindler, Gerald*: Die Reform des Urheberrechts, in: *Neue Juristische Wochenzeitschrift (NJW)* 2014, S. 2550–2554
- Spindler, Gerald*: Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere „Upload-Filter“ – Bittersweet?, Analyse der Änderungen beim Text- und Datamining, Leistungsschutz für Presseerzeugnisse und Pflichtenkreis für Hostprovider, in: *Computer und Recht (CR)* 2019, S. 277–291
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian (Begr.)/Spindler, Gerald/Schuster, Fabian (Hrsg.)*: Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 4. Aufl., München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Spindler/Schuster)
- Steinbeck, Anja*: Die Entwicklung des europäischen Urheberrechts in den Jahren 2012–2013, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2014, S. 329–336
- Stieber, Malte*: Übernahme einer Rhythmussequenz im Wege des Sampling, Anm. zu BGH, Urteil vom 20.11.2008 – I ZR 112/06, in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM)*, S. 223–225
- Stieber, Malte*: Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, Tübingen 2009
- Stieber, Malte*: Übernahme einer Rhythmussequenz im Wege des Sampling, in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM)* 2009, S. 219–225
- Stieber, Malte*: Fan Fiction als moderne Form der Pastiche, in: *Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht (AfP)* 2015, (4), S. 301–305
- Stuhler, Sabine*: Die Behandlung der Parodie im Urheberrecht, Eine vergleichende Untersuchung der Behandlung von Parodien im Urheberrecht der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten von Amerika, München 2002
- Szalai, Stephan*: Die Rechtsnatur der Miturheberschaft, Zur Gesamthand und was davon übrig bleibt, in: *Archiv für Medienrecht und Medienwissenschaften (UFITA)* 2012, S. 5–68
- Ubertazzi, Luigi Carlo*: Das EU-Reglement über die Urheberpersönlichkeitsrechte, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (GRUR Int.)* 2018, S. 110–127
- Ulbricht, Johannes*: Unterhaltungssoftware: Urheberrechtliche Bindungen bei Projekt- und Publishingverträgen, in: *Computer und Recht (CR)* 2002, S. 317–323
- Ullrich, Wolfgang*: Das Wetteifern der Bilder: Eine Archäologie der Mem-Kultur, abrufbar unter: <https://irights.info/artikel/das-wetteifern-der-bilder-eine-archaeologie-der-mem-kultur/27306>
- Ullrich, Wolfgang*: Social Media October, abrufbar unter: <http://www.pop-zeitschrift.de/2015/10/15/social-media-oktobervon-wolfgang-ullrich15-10-2015/>
- Ulmer, Eugen*: Urheber- und Verlagsrecht, 1. Aufl., Berlin, Heidelberg 1951
- Ulmer, Eugen*: Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg 1980

- von *Ungern-Sternberg*, Joachim: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten in den Jahren 2008 und 2009 (Teil I), in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2010, S. 273–282
- von *Ungern-Sternberg*, Joachim: Urheberrechtliche Verwertungsrechte im Lichte des Unionsrechts, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2012, S. 1198–1205
- von *Ungern-Sternberg*, Joachim: Die Bindungswirkung des Unionsrechts und die urheberrechtlichen Verwertungsrechte, in: Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, Büscher, Wolfgang (Hrsg.), München 2014, S. 1007–1022 (zitiert: *Ungern-Sternberg*, in: FS Bornkamm)
- von *Ungern-Sternberg*, Joachim: Verwendungen des Werkes in veränderter Gestalt im Lichte des Unionsrechts, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2015, S. 533–539
- von *Ungern-Sternberg*, Joachim: Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahr 2016, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2017, S. 217–234
- Vinck*, Kai: Parodie und Urheberschutz, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1973, S. 251–254
- Virreira Winter*, Christopher: Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts, Baden-Baden 2018
- Vogel*, Martin: Überlegungen zum Schutzzumfang der Leistungsschutzrechte des Filmherstellers, Angestoßen durch die TV-Total-Entscheidung des BGH, in: Schutz von Kreativität und Wettbewerb, Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag, Hilty, Reto M./Loewenheim, Ulrich (Hrsg.), München 2009, S. 368–376 (zitiert: *Vogel*, in: FS Loewenheim)
- Wagner*, Kristina: Sampling als Kunstform und die Interessen der Tonträgerhersteller Auswirkungen der BVerfG-Rechtsprechung auf die Kunstfreiheit, in: Multimedia und Recht (MMR) 2016, S. 513–518
- Wagner*, Kristina: Entstehung eines neuen Urheberrechtswerks am Beispiel des Musiksamplings, Spannungsverhältnis mit vorbestehenden Schutzrechten, in: Multimedia und Recht (MMR) 2019, S. 727–732
- Walter*, Andreas: Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht durch „Sampling“ – Metall auf Metall II, Anm. zu BGH, Urteil vom 13. 12. 2012 – I ZR 182/11, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2013, S. 1888–1889
- Wandtke*, Artur-Axel: Grenzenlose Freiheit der Kunst und Grenzen des Urheberrechts, Oder über Kunst lässt sich trefflich streiten?, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 2005, S. 769–776
- Wandtke*, Artur-Axel: Urheberrechtlicher Schutz von Werbesprüchen in der Vergangenheit und Gegenwart, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 2011, S. 788–795
- Wandtke*, Artur-Axel (Hrsg.): Praxiskommentar zum Urheberrecht, UrhG, VGG, InsO, UKlaG, KUG, EVtr, InfoSoc-RL, 4. Aufl., München 2014
- Wandtke*, Artur-Axel/*Bullinger*, Winfried (Begr.)/*Wandtke*, Artur-Axel/*Bullinger*, Winfried (Hrsg.): Praxiskommentar zum Urheberrecht, UrhG, VGG, InsO, UKlaG, KUG, EVtr, InfoSoc-RL, 5. Aufl., München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Wandtke/Bullinger*)

- Wegmann, Katrin*: Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, Baden-Baden 2012
- Wenz, Kathrin*: Internetphänomen – Verknüpfungen von Schrift und Bild im virtuellen Raum, in: *Medienlinguistik 3.0, Formen und Wirkung von Textsorten im Zeitalter des Social Web*, Baechler, Coline/Eckkrammer, Eva Martha/Müller-Lancé, Johannes u. a. (Hrsg.), Berlin 2016, S. 193–210 (zitiert: *Wenz*, in: *Medienlinguistik 3.0*)
- Wiebe, Andreas*: „User Interfaces“ und Immaterialgüterrecht, Der Schutz von Benutzungsoberflächen in den U.S.A. und in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (GRUR Int.)* 1990, S. 21–35
- Wiebe, Andreas/Funkat, Dörte*: Multimedia-Anwendungen als urheberrechtlicher Schutzgegenstand, in: *Multimedia und Recht (MMR)* 1998, S. 69–75
- Williams, Kathleen Amy*: Fake and Fan Film Trailers as Incarnations of Audience Anticipation and Desire, abrufbar unter: <http://journal.transformativeworks.org/index.php/twc/article/view/360/284>
- Würtenberger, Gert*: Karikatur und Satire aus strafrechtlicher Sicht, in: *Neue Juristische Wochenzeitschrift (NJW)* 1982, S. 610–616
- Zak, Dan*: Office Drones, Lip-Sync Your Heart Out, abrufbar unter: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/11/08/AR2007110802060.html>
- Zappavigna, Michele*: Discourse of twitter and social media, How we use language to create affiliation on the web, London 2015
- Ziegler, Katharina*: Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing, Urheber- und haftungsrechtliche Aspekte sozialer Netzwerke am Beispiel der Plattform Facebook, 2016

## Sachwortverzeichnis

- Abhängige Schöpfung 31 ff., 106 f., 132, 182, 311 f., 314 f.
- Absolutes Recht 127, 142, 144, 259
- Abstand, *siehe* äußerer und innerer Abstand
- Abwägung 196, 204, 215 ff., 225 f., 243 f., 261 f., 268 f., 291 f., 310, 338 f.
- Allgemeines Persönlichkeitsrecht 182, 211, 333 f.
- Alltagserzeugnis 56, 59, 67, 78, 80, 83, 89, 96, 322
- Analoge Technik 83, 244 ff., 260, 306
- Analogie 176, 191, 194, 211
- Animation 45, 51, 97 ff.
- Antithematik 187 f., 200, 214, 222, 324
- Ästhetische Auseinandersetzung 313, 317 ff., 331 ff., 343 ff., 347
- Ausnahmebestimmung, *siehe* Schrankenregelung
- Ausschließlichkeitsrecht 127 ff., 139, 147 f., 172 ff., 223, 291, 310
- Äußerer Abstand 168 ff., 181, 185, 199, 311 ff., 316
- Ausstellungsrecht 110
- Ausübende Künstler 118, 227, 297
- Banalität, *siehe* Alltagserzeugnis**
- Bearbeitung 150 ff., 159, 162 ff., 316 ff., 327, 330 f.
- Bearbeitungsrecht 118, 123 ff., 146 ff., 177 ff., 209 ff., 286, 329 ff., 351
- Beispielskatalog, *siehe* Regelbeispiel
- Bestimmungssatz 133 f., 145
- Bilder 43, 44, 91
- Bildwerk 64, 91 ff.
- Blogging 36, 43, 52
- Classical Art-Mem 51, 90, 92, 94, 322
- Computergrafik 93 f.
- Datenbank-Richtlinie 71, 74, 147 f., 209, 306 f.**
- Datenbankwerk 147
- Deckmyn 33, 192, 213 ff., 227 ff., 301, 348
- Differenzhypothese 128, 138, 142
- Digitale Marktwirtschaft 259, 260, *siehe* zudem Wettbewerb
- Digitale Plattform 36, 305, 326, 353
- Dimension, *siehe* Inhaltsebene, Formebene und Haltung
- Distanzschaffend 51, 182, 321 ff.
- DSM-Richtlinie 29, 201, 303 ff., 352 ff.
- Ebene (memetische Dimension) 45 ff., *siehe* zudem Inhaltsebene, Formebene und Haltung**
- Egalitäres Mem 48, 49, 315, 318, 322
- Eigentümlichkeit 56 f., 93, 108, 123, 149, 159 ff., 167, 189, 199, 289
- Eigentumsfreiheit, *siehe* Eigentumsrecht
- Eigentumsrecht 119, 175 f., 183, 233, 255 ff., 266, 291 f., 304, 317, 320
- Eingriff 176, 255 ff., 258, 273 ff., 290 f., 294, 310, 313, 340
- Einwilligung 122 ff., 135, 142 ff., 159 ff., 177 f., 189 ff., 326, 354
- Emoticons 52, 87, 161
- Entstehung 138, 329 ff., 332 f.
- Erforderlichkeit der Übernahme 187 ff., 253 ff., 277, 289 f., *siehe auch* Nachspielbarkeit
- Europäischer Werkbegriff 70 ff., 210 f., 272, 276
- Facebook 36
- Fair-Use 263 f.
- Filmwerk 95 ff., 146
- Fixierung, *siehe* körperliche Festlegung
- Flash-Mem 51, 90, 94, 97, 99, 322
- Flashmob 49, 96, 99, 161
- Flexibilität 259, 300, 306 f., 337 ff., 355
- Formebene 45, 60 f., 317
- Formeller Kunstbegriff 233, 183, 245, 267

- Fortschritt, *siehe* kultureller Fortschritt  
 Fotografie 53, 71, 92, 164, 316  
 Fototrend 49, 92, 99, 164
- Germania** 5, 33, 188 ff., 231, 236 ff., 260, 287 ff., 297, 311 ff.
- Gestaltungsspielraum 69, 72, 82, 89, 93, 98  
 Gründerbasiertes Mem 48, 53, 323
- Haftung** 305 f., 353  
 Haltung 43 ff., 55, 62, 83, 96, 108, 160, 263, 288, 319, 322 ff.
- Hashtag 52, 88, 90, 161  
 Herstellungsfreiheit 122, 142, 159, 162, 168, *siehe* auch Bearbeitungsrecht
- Imitation** 45, 47 f., 55, 182, 160, 216  
 Immanente Schutzzumfangbestimmung, *siehe* Schutzzumfangbestimmung  
 Individualität 59 ff., 63 ff., 72, 80, 86, 91  
 Infopaq 72, 75, 88, 204  
 Informationseinheit 34, 45, 55, 59, 106, 160, 324  
 InfoSoc-Richtlinie 70 ff., 120, 147 f., 201 f., 266 ff., 278 ff., 295, 301 f., 304, 346 f.
- Inhaltliche Auseinandersetzung 181 ff., 186 ff., 214, 221 f., 313, 324, 332, 342, *siehe* Parodie  
 Inhaltsbegrenzung, *siehe* Inhaltsbestimmung  
 Inhaltsbestimmung 124 ff., 136, 220, 228 ff., 276, 348, *siehe* auch Schutzzumfangbestimmung  
 Inhaltsebene 45, 59, 61 f., 317 ff.
- Innerer Abstand 181 ff., 187 f., 222, 295, 318 ff., *siehe* auch inhaltliche Auseinandersetzung  
 Instagram 36, 52
- Judikative** 210, 300 ff., 337 f.
- Karikatur** 163, 182, 212 f., 305 f., 322, 354  
 Kleine Münze, 63, 67 ff.
- Kommerzialisierung des Urheberrechts 66, 259, 264  
 Kommerzielle Nutzung, 41, 258 f., 264, 320, 328 f., 344 ff.
- Kommunikationseinheit, *siehe* Informationseinheit  
 Körperliche Festlegung 120, 121 124, 158 ff.
- Kritisch-humorvoll 47, 51, 182, 186 ff., 214, 217, 313, *siehe* auch innerer Abstand und Parodie  
 Kulturästhetik 245, 260, 270, 338, 346, 353  
 Kultureller Fortschritt 162, 168, 172, 176, 180, 240 f., 260, 355  
 Kulturtechnik 32, 81, 168 ff., 230, 242 ff., 260 ff., 267 ff., 282, 306 f., 351  
 Kunstbegriff, *siehe* formeller, materieller und offener Kunstbegriff  
 Kunstform, *siehe* Kunstgenre  
 Kunstfreiheit 80 ff., 183 f., 197 f., 233 f., 240 ff., 260, 265 ff., 283, 295, 310, 313  
 Kunstgenre 80 f., 244 ff., 273, 281, 288, 322, 352  
 Kunstspezifische Betrachtung 197, 225, 235, 239, 246 ff., 287 f., 293 ff., 313, 320
- Laufbilderschutz** 97, 118, 252  
 Lauterkeitsrecht 79  
 Legislative 210, 302 ff., 337 ff., 353 ff.
- Leistungsschutz 79, 118, 204, 238, 247, 251 f., 259, 264, 288, 290, 294 f., 297, *siehe* Tonträgerherstellerrecht, Laufbildschutz, Lichtbildschutz, Ausübende Künstler, Verfilmungsrecht  
 Lichtbildschutz 297 f.
- Lizenz 176, 247 ff., 255 f., 273, 305, 314, 328
- Mashup** 30 ff., 232  
 Massenmedien 39, 53 f., 117 f., 234, 318 ff.
- Materieller Kunstbegriff 234, 183, 245  
 Meinungsfreiheit 184, 234 ff., 300, 332  
 Melodie 35, 48, 98 f., 175, 322 f.
- Memetische Variation, *siehe* Inhaltsebene, Formebene und Haltung  
 Metall auf Metall-Urteile (I bis IV) 33, 81, 98, 170 f., 188, 236 ff., ff., 278 ff., 320, 335, 347, 352 ff.
- Microblogging 52  
 Mischtheorie 102 ff.
- Monistische Theorie 137 f., 141, 336, 355, 391  
 Multimediawerk 105 ff.
- Multimodalität 42, 84, 104, 112  
 Musikträgersampling, *siehe* Sampling  
 Musikwerk 98 ff., 105, 156, 238 ff., 254, 288, 322 f.

- Nachspielbarkeit 247 f., 253 f., 279, 290, *siehe*  
     Erforderlichkeit der Übernahme  
 Negative Befugnisse, *siehe* Untersagungs-  
     recht  
 Negativvoraussetzung 222, 274, 283  
 Nutzergenerierte Inhalte 36, 39, 80, 106,  
     117 f., 305, 318, 346 f.  
 Nutzungsrecht, *siehe* einfaches und aus-  
     schließliches Nutzungsrecht  
  
**Offener Kunstbegriff** 234, 183, 245, 307  
**Ordnungsprinzip** 261 f., 268  
**Originalität**, 57, 72, 80, 83, 88, 276, 348  
  
**Parodie** 181 ff., 189 ff., 212 ff., 232 ff., 312,  
     317, 323 f.  
**Parodieschranke** 185, 216 ff., 230, 280, 343,  
     350  
**Pastiche** 29, 212 f., 280, 285, 301 f., 347 f.  
**Pelham u. a.** 29 f., 33, 204 ff., 265 ff., 348, 352  
**Photoshopreaktion** 53, 90, 165, 324  
**Positive Benutzungsbefugnisse, *siehe* Benut-**  
     **zungsrecht**  
**Privilegierungstatbestand** 175 f., 185, 192 f.,  
     213 f., 243, 284, 300 ff.  
  
**Qualität** 72, 235, 246, 275, 289 f., 305, 310  
**Quantität** 63, 72, 246 f., 249, 251, 263, 275,  
     289 f., 305, 310  
  
**RBÜ** 147  
**Reaktionsvideo** 54, 90, 96, 98, 324  
**Rechtsfortbildung** 188 f., 196 ff., 213, 223,  
     265, 339 f., 351  
**Rechtsinhaber** 170, 282  
**Rechtssatz** 133 ff., 340, *siehe* auch Bestim-  
     mungssatz  
**Rechtssicherheit** 155 f., 205, 245, 278, 310 f.,  
     355, 216  
**Rechtsunsicherheit** 79, 102, 154 f., 189, 221,  
     247 f., 261, 340, 355  
**Referenzielle Kunst** 31 f., 235, 270, 287,  
     293 ff., 337 ff., 244, 347, 352  
**Regelbeispiel** 153, 339, 341 ff.  
**Regelungsdefizit** 336 ff.  
**Regelungslücke** 194 f., 210, 231, 250 f., 262,  
     298 ff.  
**Remix** 30 ff., 54 f., 90, 98, 232, 325  
  
**Remix multimodaler Inhalte** 54, 90, 96  
**Re-Use** 32, 80 ff., 232, 286 ff., 299, 307,  
     313 ff., 336 ff., 343, 352  
**Rezeption** 33, 80, 115, 194, 232 ff., 260, 307,  
     344, 351  
  
**Sammelwerk** 60 ff., 82, 106, 113  
**Sampling** 98 f., 229, 238 ff., 244 f., 265 ff.,  
     278 ff., 287 ff., 293, 296, 310, 344  
**Satire** 163, 182  
**Schablonensätze** 52, 87  
**Schöpfer** 57 ff., 78, 111 ff., 142, 328  
**Schöpfungshöhe** 63, 70, 76, 83, 86, 89, 92,  
     98, 223, 251, 263, 318, 321, 334, 351  
**Schrankenregelung** 171 ff., 207 f., 216 ff.,  
     228 ff., 280, 299, 308, 339, 347 f.  
**Schrifttext** 43, 51, 87 f., 90, 99, 321  
**Schutzdauer-Richtlinie** 71 f., 76  
**Schutzgegenstand** 56 ff., 70 ff., 86 ff., 104 ff.,  
     127 ff., 138 ff., 169 ff., 177 ff., 203 ff., 271 ff.,  
     305 ff., 337 ff.  
**Schutzzumfang** 78, 108 f., 116, 127 ff., 136,  
     139, 179 f., 210, 289, 295, 309 f.  
**Schutzzumfangbestimmung** 135, 170 ff., 179 f.,  
     199 f., 207 ff., 216 ff., 252 342 f., 348  
**Schutzuntergrenze, *siehe* Kleine Münze und**  
     **Schöpfungshöhe**  
**Schwerpunkttheorie** 85, 101 ff.  
**Software-Richtlinie** 70, 72, 74  
**Sozialbindung** 172 f., 180, 240 f., 257 f.,  
     295 ff.  
**Sprachwerk** 61, 86 ff., 99  
**Stock Character Makro** 50  
**Substitutionsgefahr** 256, 264, 320, 352  
  
**Technische Hilfsmittel** 57, 96, 115, 234, 335,  
     351  
**Technologieneutralität** 307, 355  
**Tonsequenz** 229, 253 f., 272, 279, 283, 297  
**Tonträgerherstellerrrecht** 118, 204, 229, 238,  
     249 ff., 256, 270 f., 294, 297  
**Tonträgersampling, *siehe* Sampling**  
**Tweet** 53  
**Twitter** 36, 47, 52, 89  
  
**Umgestaltung (Oberbegriff nach § 23 UrhG)**  
     122 f., 132, 136 ff., 149 ff., 161, 163 ff.,  
     178 f., 296, 326 ff.



- Unbestimmter Rechtsbegriff 216 f., 283, 311 f., 337, 341 f.
- Unionsrecht 70 ff., 147 f., 201 ff., 216 ff., 265 ff., 285 ff., 346 f.
- Unionsrechtswidrigkeit 205 ff., 216 ff., 274 ff., 285 ff., 302
- Unterordnungsfunktion 152 ff., 163
- Untersagungsrecht, *siehe* Verbiets- oder Verbotsrecht
- Uploadfilter 306, 353
- Urheberpersönlichkeitsrecht 66 f., 122, 131 f., 137 f., 211, 226 ff., 263 ff., 288 ff., 329 ff.
- Variation 35, 38, 45, 47, 165, 200, 316, 322
- Veränderung, *siehe* Bearbeitung und Umgestaltung
- Verbiets- oder Verbotsrecht, 80, 114, 117, 127 ff., 142 ff., 160 ff.
- Verlassens-Formel 123, 169 ff., 185 ff., 195 f., 312, 316 ff., 337 ff.
- Verbotsmacht 255, 258
- Verbreitungsrecht 118, 204, 229, 266
- Verbundenes Werk 112
- Verfilmungsrecht 146
- Verfügungsrecht 138 ff., 255 ff., 258 ff., 290 f.
- Vermiet- und Verleih-Richtlinie 204, 266
- Vermögensrecht, 119, 131 f., 138 ff., 223 ff., 246 ff., 257 ff., 329 f., 344 f.
- Vermutung 155 ff., 305, 334, 338
- Veröffentlichungsrecht 144
- Verspottung 214, 221 f., 229, 280, 317, 325
- Vertrag 142, 144
- Vervielfältigung, *siehe* körperliche Festlegung
- Vervielfältigungsrecht 120 ff., 125 ff., 149 ff., 158 ff., 202, 229, 267 ff., 281 ff., 293
- Verwertungsrecht 71, 118, 126 ff., 132, 135 ff., 258
- Virale Verbreitung 37, 48, 89, 160, 324
- Völkerrecht 146, 148
- Vorbestehendes Werk, *siehe* Werkvorlage
- Vorlage, *siehe* Werkvorlage
- Werk, *siehe* europäischer Werkbegriff, Individualität, Eigentümlichkeit, Schöpfungshöhe
- Werkeinheit 82 f., 95, 102, 104 ff., 111, 115
- Werkherrschafft 138 ff., 162 ff., 171 ff., 199 f., 208, 223 ff., 336
- Werkintegrität 131 f., 137 f., 330 f.
- Werkvorlage 118, 167, 185, 192 ff., 208, 216 ff., 233, 295 ff., 316 ff., 341 f.
- Werkwiedergabe, *siehe* Vervielfältigung
- Wettbewerb 256, 259, 291, 320, 329, 344
- Wiedererkennbarkeit 275, 281, 283 f.
- Wiederverwertbarkeit 31, 80 f., 273
- Zitatrecht 177, 191 f., 194 ff., 239, 293, 295 f., 297, 299
- Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) 118, 305
- Zweifelsregelung 326 ff.