

Kapitel 2 – Freiheit musikalischer Werkelemente

A. Freiheit mangels Originalität

Eine Freiheit der Benutzung von musikalischen Elementen ergibt sich nicht nur aus dem, was das Urheberrecht explizit freistellt, sondern auch aus dem, was es unberührt lässt. Sind bei der Benutzung eines Musikstücks die entnommenen Elemente in ihrer Gesamtheit schon gar nicht schutzfähig, dann bleibt auch die Benutzung erlaubt. Trotz fehlender Nennung des Begriffes „Originalität“ in den gesetzlichen Grundlagen des Urheberrechts spielt sie in diesem Zusammenhang eine entscheidende Rolle. Was unter Originalität zu verstehen ist, erweist sich aber als ebenso weitläufig wie komplex.

Der Begriff der Originalität ist schon in der Alltagssprache kein einheitlicher, denn es gibt eigentlich zwei im Detail verschiedene Bedeutungen des Begriffes. Diese Bedeutungsunterschiede greift auch der Duden auf: Zum einen sei die Originalität ein Synonym der „Echtheit“.¹³ Zum anderen beschreibe der Begriff eine „[auffällige] auf bestimmten schöpferischen Einfällen, eigenständigen Gedanken o. Ä. beruhende Besonderheit; einmalige Note“.¹⁴

Wenn im Kontext des deutschen Urheberrechts von Originalität die Rede ist, dann ist in der Regel eine Bedeutung gemeint, die der letzteren nahekommt. Es stellt sich dann nicht die Frage, ob ein Gegenstand tatsächlich vom Autor verfasst wurde (auch wenn diese Frage ebenfalls von urheberrechtlicher Relevanz sein mag), sondern es wird nach den eigenen schöpferischen Elementen eines Werkes gefragt, der eigenen Note. Insofern ist die Originalität eines Werkes verwoben mit den Voraussetzungen der persönlichen geistigen Schöpfung (§ 2 Abs. 2 UrhG) oder der eigenen geistigen Schöpfung (so die Begriffsverwendung im Rahmen des unionsrechtlichen Werkbegriffs),¹⁵ indem sie sicherstellt, dass das Werk einem Autor zugeordnet werden und als „Schöpfung“ gelten kann.

13 *Dudenredaktion*, Art. „Originalität“ in: *Duden online*, URL: <https://www.duden.de/node/106539/revision/106575> (Abrufdatum: 24. August 2022).

14 Ebd.

15 *EuGH*, Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736), Rn. 22 – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get*. Zum gesetzlichen Anknüpfungspunkt des *EuGH* in der Erwähnung des Begriffes „Werk“ auch im Rahmen der InfoSoc-Richtlinie:

Ob hierfür nun die Begriffe „Individualität“¹⁶, „schöpferische Eigentümlichkeit“¹⁷, „Besonderheit“¹⁸ oder eben „Originalität“ verwandt werden, ist dann irrelevant, wenn unklar bleibt, welche Konzepte sich hinter den denkbar weiten Begriffen verbergen.¹⁹ Auch die Voraussetzungen einer „Schöpfungshöhe“, „Gestaltungshöhe“ und selbst der von *Elster* geprägte Begriff der „kleinen Münze“ zielen in eine ähnliche Richtung, betreffen sie doch letztlich die Frage des Mindestmaßes an Originalität.²⁰

Originalität ist also in der juristischen Debatte eng verflochten mit einer ganzen Reihe anderer Begriffe, die um ein zentrales Problem des Urheberrechts kreisen: Wie ist das Schutzlose, Banale vom originellen Schutzfähigen zu unterscheiden?

I. Der musikalische Schutzgegenstand und dessen Gestaltungsparameter im Überblick

Möchte man sich der Frage nähern, wie die Originalität eines Werkes festgestellt werden kann, ist entscheidend, auf welchen Schutzgegenstand man sich dabei bezieht. Vorliegend soll der Fokus auf musikalischen Schutzgegenständen liegen. Besonders relevant in der musikurheberrechtlichen

EuGH, Urt. v. 16. Juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (= GRUR 2009, 1041), Rn. 33 ff. – *Infopaq/DDF*. Ausführlich und differenzierend zur Herleitung des unionsrechtlichen Werkbegriffs bereits: *Leistner*, ZGE 2013, 4, 6 ff.; *König*, Werkbegriff in Europa, 2015, 35 ff.

16 *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 119 ff.; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 21.

17 Etwa *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 41 – *Goldrapper*.

18 *Schulze*, Die kleine Münze, 1983, 145.

19 In diesem Sinne auch *Schulze*, Die kleine Münze, 1983, 145; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 18. a.A. *Kummer*, Das urheberrechtlich schützbares Werk, 1968, 35 f., der im Originalitätsbegriff gegenüber der Individualität etwas Wertendes sieht und ihn daher ablehnt. In anderer Hinsicht kritisch: *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 21a. Im Folgenden soll der Begriff aber als Oberbegriff, nicht wertend, verwandt werden, um sämtliche hier benannten Konzepte von Originalität, Individualität, Eigentümlichkeit oder Andersartigkeit zu erfassen. Originalität bezieht sich insofern insbesondere auf die „Werk-Individualität“, da die Individualität des Urhebers höchstens durch Vermittlung des Werks relevant werden kann, siehe *Hilty*, Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 161.

20 In diesem Sinne wohl auch *Schulze*, Die kleine Münze, 1983, 145.

Rechtspraxis ist die Untersuchung sogenannter populärer Musik.²¹ Der Begriff der populären Musik ist ein Sammelbegriff für die Musik, die vor allem auf ein breites Publikum ausgerichtet ist.²² Hierzu gehört etwa auch die Popmusik, die sich wegen vieler wiederkehrender Strukturmerkmale für Abgrenzungsbeispiele besonders anbietet.²³ Die sogenannte Kunstmusik (wie etwa die sogenannte klassische Musik) wird gerne als Gegensatz zur populären Musik betrachtet. Eine klare Trennlinie kann zwischen populärer Musik und Kunstmusik aber nicht ausgemacht werden.²⁴

Ob Popsongs in der populären Musik oder Opern in der Kunstmusik – der musikalische Schutzgegenstand kann nicht nur in der Gesamtheit eines Musikstücks gesehen werden, sondern auch in den jeweiligen Bestandteilen der musikalischen Zusammenhänge.²⁵ Wenn auch dem Grunde nach bei der Schutzfähigkeit auf den Gesamteindruck abgehoben wird, ist bei der Betrachtung eines gesamten Werkes die Originalität jedenfalls anhand einzelner origineller Bestandteile darzulegen.²⁶

Während im Bereich von Sprachwerken das Gestaltungsmittel der Wörter und deren Verbindung maßgeblich sind,²⁷ wird diese Rolle in der Musik von Klängen oder Geräuschen eingenommen, die in einer bestimmten zeitlichen Abfolge erklingen.

21 *Fischötter*, in: *Schertz/Omsels* (Hrsg.), FS Hertin, 69; *Jörger*, Plagiat in der Populärmusik, 1992; vgl. *BGH GRUR* 1981, 267 – *Dirlada*; *BGH GRUR* 1988, 812 – *Ein bißchen Frieden*; *BGH GRUR* 2015, 1189 – *Goldrapper*; *LG Hamburg ZUM* 2015, 699.

22 *Hemming*, Methoden der Erforschung populärer Musik, 2016, 503 ff. Auch die sogenannte populäre Musik ist bei genauer Betrachtung aber äußerst heterogen. Sie umfasst etwa gleichzeitig stark auf die Melodie ausgerichtete Gattungen wie den Schlager ebenso wie den sehr durch rhythmische Elemente geprägten Hip-Hop.

23 *Rösing*, in: *Helms/Phleps* (Hrsg.), Black Box Pop. Analysen populärer Musik, 257, 258: „Sie ist meistens tonal oder modal ausgerichtet, sie arbeitet mit Akkorden und Akkordfortschreitungen der klassischen Harmonielehre, sie verwendet einfache formale und satztechnische Strukturen, sie bevorzugt einen durchgehenden und eingängigen Beat, und sie huldigt dem Refrainprinzip mit Ohrwurmqualität [...]“

24 *Hemming*, Methoden der Erforschung populärer Musik, 2016, 503 ff. Die Begriffe sind im Folgenden auch nicht im Sinne einer juristischen Abgrenzung relevant. Sie sollen eher eine grobe Vereinfachung zur besseren Erläuterung der für die Musik relevanten Kriterien bieten.

25 Allgemein und umfassend zum Teileschutz: *Benz*, Teileschutz, 2018.

26 Zum Gesamteindruck: *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 67 f.; siehe im Übrigen: *EuGH*, Urt. v. 16. Juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (= *GRUR* 2009, 1041), Rn. 51 – *Infopaq/DDF*.

27 Siehe etwa *EuGH*, Urt. v. 29. Juli 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (= *GRUR* 2019, 934), Rn. 23 – *Funke Medien/BRD*; *EuGH*, Urt. v. 16. Juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (= *GRUR* 2009, 1041), Rn. 45–47 – *Infopaq/DDF*.

Die Klänge – in der Musik regelmäßig als Töne bezeichnet – können wiederum weiter beschrieben werden, indem man etwa ihre Tonhöhe oder ihre Dauer bestimmt.²⁸ Solche einfach bestimmbareren Töne sind aber in der populären Musik nicht zwingend notwendig und auch nicht immer vorherrschend. Bei Schlaginstrumenten erklingen beispielsweise häufig Geräusche, die keinem bestimmten Grundton zugeordnet werden können. Dennoch sind solche Geräusche musikalische Gestaltungselemente.

Einzelne musikalische Gestaltungselemente können nun wiederum zu größeren musikalischen Einheiten zusammengefasst werden. So können Töne, wenn sie sukzessive und damit auch in einer gewissen zeitlichen Einordnung (also rhythmisch geordnet und in einem gewissen Tempo) auftreten, als Tonfolgen verstanden werden. Ist die Tonfolge in sich geschlossen und geordnet, wird sie juristisch regelmäßig noch in Anlehnung an die Literatur und Rechtsprechung zu § 24 Abs. 2 UrhG a.F. als Melodie betrachtet.²⁹

Erklingen die Töne nicht sukzessive, sondern simultan, dann ergibt sich ein Zusammenklang. Dieser Zusammenklang wird als Akkord bezeichnet, wenn er bestimmte harmonische Voraussetzungen erfüllt. Auch nicht-harmonische Zusammenklänge sind möglich und in der modernen Kunstmusik durchaus verbreitet.

Die komplexe Zusammensetzung der Töne und die vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten führen in der Musik zu einer weitgehend fachspezifischen und dem musikalischen Bereich eigenen Ansammlung von Gestaltungsparametern, die für Komposition und Analyse maßgeblich sind. Diese Gestaltungsparameter sind aber auch entscheidend in der juristischen Beurteilung von Musik, weil sie die musikalischen Vorgänge beschreibbar und so auch objektivierbarer machen.³⁰ Im Bereich forensischer Musikwissenschaft und insbesondere in Bezug auf die Popmusik lassen sich die

28 Genau genommen ist mit „Ton“ in der Musik meist ein Klang gemeint; so auch hier. Zwar wird in der Akustik zwischen einem Ton (als reinem „Sinuston“) und einem Klang mit einer Grundreferenz und mehreren Obertönen unterschieden. Zu den akustischen Grundbegriffen eingängig: *Eberlein u.a.*, Art. „Akustik“, in: (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1994). Hier soll aber dem musikalischen Sprachgebrauch entsprechend der Begriff Ton als Referenzton mit Obertönen verwandt werden. Unter dem Begriff des Klangs werden dort v.a. Klangfarbe bzw. Sound erfasst.

29 Siehe noch im Detail unter Kapitel 3 A.II.1.

30 Vgl. zur Objektivierbarkeit insb. B.III.

Gestaltungsparameter – bis zu einem gewissen Grad kategorisiert – etwa folgendermaßen darstellen:³¹

1. Harmonische Gestaltung (hierzu gehören die Akkorde und Akkordfolgen im Falle der tonalen Komposition)
2. Melodische Gestaltung (insbesondere Tonfolgen)
3. Rhythmische Gestaltung (Tempo und Rhythmus; wohl auch das Metrum, wenn nicht in der Soundgestaltung mitbetrachtet)
4. Klanggestaltung³² (Klangfarben, Arrangement; wohl auch Dynamik)
5. Strukturelle Gestaltung (Phrasierungen, Periodisierungen und Wiederholungen)

Die hier aufgeführten zahlreichen Kategorien zeigen bereits das weite Spektrum auf, in dem Schutzkriterien des musikalischen Urheberrechts gemessen werden können.³³

Für jeden Versuch einer systematischen Darstellung, wie oben, besteht allerdings ein großes *Caveat*: das Musikschaffen ist, wie wohl jede andere Kunstform auch, davon geprägt, dass nicht nur innerhalb von Gestaltungsparametern Neues möglich ist, sondern auch neue Gestaltungsparameter hinzutreten können oder in völlig neuer Art und Weise Bedeutung erlangen. Während etwa der Bereich der Soundgestaltung vor vielen Jahren noch vor allem die Auswahl der Instrumente umfasste, ist heute ein kreativer Umgang im Bereich der Klanggestaltung praktisch grenzenlos möglich und eröffnet so ein völlig neues Feld kreativer Musikgestaltung.³⁴ Daher kann auch die systematische Darstellung dieser Parameter für die Beurteilung der

31 Im Wesentlichen basierend auf *Rösing*, in: *Helms/Phleps* (Hrsg.), *Black Box Pop. Analysen populärer Musik*, 257, 261.

32 Bei *Rösing*, in: *Helms/Phleps* (Hrsg.), *Black Box Pop. Analysen populärer Musik*, 257, 261: „klangliche Ebene“.

33 Der Aussage bei *Schlingloff*, *Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit*, 1990, 28, die Tonfolge sei „das klassische Feld für die Bejahung urheberrechtlicher Individualität“ ist daher jedenfalls aus der aktuellen Entwicklung heraus nicht mehr zuzustimmen. Gerade im Falle von Musikgenres, die rhythmus- oder soundbezogene Elemente in den Vordergrund stellen, spielt die Tonfolge oft nur eine untergeordnete Rolle in der Beurteilung von Originalität bzw. Individualität eines Werks oder Werkteils.

34 Nähere Ausführungen zur klanglichen Ebene in der Neuen Musik des 20. und 21. Jahrhunderts: *Helms*, in: *Appen* (Hrsg.), *Pop Sounds*, 197, 197 ff. *Schunke*, *ZUM* 2020, 447, 449; vgl. auch *Rummenhöller*, Art. „Harmonielehre“, in: *Lütteken* (Hrsg.), *MGG online*, 2016 (Version 1996): „Am Schluß des Buches führt Schönberg einen neuen Parameter ein, die Klangfarbe, für die er visionär eine Art neuer Harmonielehre in höherer Potenz verlangt, eine Utopie, die sich im Verlaufe der neuen Musik in der Tat erfüllt hat.“

Schutzfähigkeit am Schutzgegenstand nicht vollständig pauschalisiert und für jeden Einzelfall gleichermaßen angewandt werden.

Gleichwohl spielt sich der Großteil des musikalischen Schaffens innerhalb der bekannten Parameter ab. Bereits innerhalb dieser Vielzahl der dargestellten Ebenen wird deutlich, dass ein musikalischer Schutzgegenstand für die Beurteilung der Originalität schon deshalb regelmäßig die Hinzuziehung von Sachverständigen benötigen wird, um die schutzfähigen Bestandteile korrekt zu benennen.³⁵

Als Methode der Differenzierung solcher Bestandteile durch die Sachverständigen ist vor allem die Musikanalyse von Bedeutung.³⁶ Während die klassische Musikanalyse sehr stark von stufen- und funktionstheoretischen Untersuchungen anhand von Notentexten aus dem Bereich der tonalen Musik geprägt war, finden inzwischen auch neuere Analysemethoden Eingang in das methodisch etablierte Spektrum.³⁷ Die Gestaltungsparameter der Komposition müssen sich indes nicht zwingend in einer Verschriftlichung des musikalischen Materials ausdrücken. Betrachtet man die Praxis im Werkschaffen populärer Musik, wird in vielen Fällen auf eine Notenverschriftlichung verzichtet.³⁸ In diesen Fällen kann mitunter bei der Wahrnehmung des Werkes schwer identifizierbar sein, was kompositorische Anlage des Werkes ist und wo der gestaltende Teil der Interpretation beginnt.³⁹

Im Ergebnis handelt es sich also beim musikalischen Schutzgegenstand um einen nicht immer verschriftlichten, ohnehin vor allem akustisch zu bewertenden Gegenstand, der sich in vielen komplex verbundenen Gestaltungsparametern niederschlägt.

35 Vgl. *BGH GRUR* 1981, 267, 268 – *Dirlada*; *BGH GRUR* 2015, 1189, Rn. 64 – *Goldrapper*.

36 Siehe *Rösing*, in: *Helms/Phleps* (Hrsg.), *Black Box Pop. Analysen populärer Musik*, 257, 259 ff.

37 Vgl. etwa *Burghardt*, *Bibliothek – Forschung und Praxis* 2018, 324; *Rösing*, in: *Helms/Phleps* (Hrsg.), *Black Box Pop. Analysen populärer Musik*, 257.

38 *Rösing*, in: *Helms/Phleps* (Hrsg.), *Black Box Pop. Analysen populärer Musik*, 257, 258; *Stöckler*, in: *Gensch/Stöckler/Tschmuck* (Hrsg.), *Musikrezeption, Musikdistribution und Musikproduktion: Der Wandel des Wertschöpfungsnetzwerks in der Musikwirtschaft*, 267, 274; *Stöckler* legt ebenso dar, dass dies auch ein Gegensatz zum Schaffen zeitgenössischer Kunstmusik steht, wo regelmäßig die Verschriftlichung am Ende steht.

39 *Hilty*, *Urheberrecht*, 2. Aufl., 2020, Rn. 182. Das Interpretenrecht selbst (§§ 73 ff. UrhG) bezieht sich freilich nur auf die Individualität des Nachgeschöpften, s. *Grünberger*, *Interpretenrecht*, 2006, Rn. 108. Siehe ferner bzgl. der schwierigen Unterscheidung von Aufnahme und zugrundeliegender Komposition: *Lund*, *Virginia Sports and Entertainment Law Journal* 2011, 137; *Stumpf*, *GRUR Int.* 2019, 1092, 1094.

II. Grundprinzipien der Originalität und das musikalische Schaffen

Der Freiheit musikalischer Werkelemente durch das Originalitätskriterium kann man sich von zwei Seiten nähern: durch das positive Festlegen dessen, was als originell, individuell bzw. eigenschöpferisch gilt, oder durch das negative Abgrenzen dessen, was als banal, allgemein oder alltäglich zu verstehen ist. Positive und negative Kriterien sind zwei Seiten einer Medaille.

Über die Jahre haben sich in Rechtsprechung und rechtswissenschaftlicher Literatur unterschiedliche Herangehensweisen herausgebildet, um mithilfe einer Mischung aus diesen positiven und negativen Kriterien die Originalität eines Werks festzustellen.

1. Ansatz des EuGH: Gestaltungsspielraum und freie kreative Entscheidung

In ständiger Rechtsprechung geht etwa der EuGH bei seiner Auslegung des Begriffes „Werk“ in unterschiedlichen Richtlinien der EU⁴⁰ davon aus, dass ein Gegenstand dann als Original angesehen werden könne, „wenn er die Persönlichkeit seines Urhebers widerspiegelt, indem er dessen freie kreative Entscheidungen zum Ausdruck bringt.“⁴¹ Mit diesen freien kreativen Entscheidungen verleihe der Autor dem Werk auch seine „persönliche Note“.⁴²

Während die Hinweise auf eine persönliche Note eher im Dunkeln lassen, welche Schlussfolgerungen daraus zu ziehen sind,⁴³ zeigt der Begriff der freien kreativen Entscheidung einen klareren Anknüpfungspunkt auf: Der Blick ist auf den Schaffensprozess gerichtet. Das Kriterium der freien kreativen Entscheidungen bezieht sich gerade nicht direkt auf das Endprodukt als solches, sondern wirft nur die Frage auf, welcher Entstehungshintergrund sich hinter den einzelnen Elementen des Endprodukts und deren Verbindung verbirgt.

40 Zur Methodik, Herleitung und Konkretisierungskompetenz im Rahmen der InfoSoc-Richtlinie: *Leistner*, ZGE 2013, 4, 6 ff.; *König*, Werkbegriff in Europa, 2015, 35 ff.

41 *EuGH*, Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736), Rn. 23 – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get*; *EuGH*, Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 30 – *Cofemel/G-Star*; vgl. ferner *EuGH*, Urt. v. 1. Dezember 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 (= GRUR 2012, 166), Rn. 89 – *Painer/Standard*.

42 Für Fotografien: *EuGH*, Urt. v. 1. Dezember 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 (= GRUR 2012, 166), Rn. 92 – *Painer/Standard*. Für Datenbanken: *EuGH*, Urt. v. 1. März 2012, C-604/10, ECLI:EU:C:2012:115 (= GRUR 2012, 386), Rn. 38 – *Football Dacato/Yahoo*.

43 Denn letztlich kann die persönliche Note kaum freischwebend den Urheber widerspiegeln, sondern muss sich am Werk manifestieren, indem sich das Werk von anderen unterscheidet, siehe hierzu *Hilty*, Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 161 ff.

Dabei zeigt sich eine enge Verwandtschaft des Konzepts freier kreativer Entscheidungen zum in der Literatur entwickelten Erfordernis eines genutzten Gestaltungsspielraums.⁴⁴ Nach dieser sogenannten „Spielraumtheorie“⁴⁵ liegt die Originalität dann vor, wenn dem Autor eine entsprechende Freiheit in Form eines konkreten Gestaltungsspielraums gegeben ist, den er dann in kreativer Weise ausnutzt.⁴⁶

Auch hier zielt die Perspektive einzig auf die Entstehung des Werkes ab. Die konzeptuelle Ähnlichkeit von freier kreativer Entscheidung und Gestaltungsspielraum kann insbesondere an jüngeren Entscheidungen des EuGH gesehen werden, in denen technische Aspekte, die zu einer gewissen Gestaltung zwingen, eine freie kreative Entscheidung ausschließen können.⁴⁷

a. Möglichkeit freier kreativer Entscheidungen im Musikschaffen

Was sich hinter den Adjektiven „frei“ und „kreativ“ verbirgt, ist weitgehend unbestimmt. Aus sich heraus sind die Begriffe kaum eindeutig eingrenzbar. Der EuGH tendierte dazu, die Freiheit und Kreativität im Kontext bisheriger Rechtsprechung mit der „künstlerische[n] Freiheit“ in Verbindung zu bringen.⁴⁸

„Künstlerische Freiheit“ suggeriert ein Brechen mit Konventionen. Zwar kann eine freie Entscheidung mit Konventionen brechen, im Großteil musikalischer Kompositionen betreffen die Entscheidungen allerdings das Setzen und Verbinden von dem Grunde nach vorbekannten Klängen in einer bestimmten Art und Weise. Da kaum anzunehmen ist, dass sich der EuGH mit dieser Eingrenzung auf epochemachende Konventionsbrüche beschränken wollte, ist die künstlerische Freiheit im Sinne des EuGH wohl eher als eine Abwesenheit von bestimmten Zwängen zu verstehen.⁴⁹ Freie Entscheidungen im Sinne des EuGH werden daher schon im Musikschaffen zu finden

44 *Leistner*, ZGE 2013, 4, 16, 23; vgl. auch *Leistner*, GRUR 2019, 1114, 1119.

45 *Berger*, ZUM 2012, 353, 355.

46 *Leistner*, ZGE 2013, 4, 23; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 33.

47 *EuGH*, Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 30 f. – *Cofemel/G-Star*; *EuGH*, Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736), Rn. 23 f. – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get*.

48 *EuGH*, Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 31 – *Cofemel/G-Star*.

49 Siehe näher zu dem Verständnis der Zwänge A.III.1. Vgl. im Übrigen *EuGH*, Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 31 – *Cofemel/G-Star*.

sein, das sich innerhalb des Entscheidungsspielraums oben dargestellter Gestaltungsparameter bewegt.

Ein einfaches Beispiel wäre die Gestaltung einer Melodie. Bereits das Setzen des ersten Tones nutzt einen (sehr offenen) Gestaltungsspielraum aus. Der Musikschafter trifft dabei etwa Entscheidungen hinsichtlich der Tonhöhe, der Dauer oder der Klangfarbe. Auch bei jedem weiteren Ton einer Tonfolge wird das anzunehmen sein. Zwar bestehen einzelne gedankliche Vorarbeiten dazu, welche Kombinationen wohlklingender sind als andere.⁵⁰ Der Gestaltungsspielraum kann außerdem von Parameter zu Parameter unterschiedlich groß sein. Dem Grunde nach stehen aber beim Setzen jedes einzelnen Tons mehrere Entscheidungsmöglichkeiten im Rahmen der musikalischen Gestaltungsfreiheit offen. Jede musikalisch-kompositorische Gestaltung ist daher grundsätzlich als „freie Entscheidung“ aufzufassen, treten keine weiteren einschränkenden Umstände von außen hinzu.

Auch die Kreativität erklärt sich im Rahmen der EuGH-Rechtsprechung teilweise in ihrer Abgrenzung zur künstlerischen Freiheit: Technisch motivierte Entscheidungen im Bereich angewandter Kunst gelten dem EuGH nicht als kreativ.⁵¹ Dahinter scheint sich eine generelle dichotome Vorstellung von Kunst und Technik zu verbergen.

Die Fälle der technischen Einschränkungen sind im musikalischen Schaffen seltener als im Falle des Designs von Gebrauchsgegenständen wie Kleidungsstücken oder Klapprädern. Das ist schon dadurch bedingt, dass Musik nur vereinzelt reinen Gebrauchszwecken dient. Eine vergleichbare anwendungsorientierte Musikgestaltung wäre bei der Erstellung eines Alarmtones für Mobiltelefone denkbar, sofern nicht kreative Soundüberlegungen den Klang bestimmen sollen, sondern die Signalwirkung.⁵² Auch die schlichte Entscheidung, ein Werk zu kopieren, betrifft keine kreative, sondern eher eine technische Entscheidung. Ein anderer Bereich, in dem die künstlerische Freiheit und Kreativität eingeschränkt sein können, sind bestimmte Auftragskompositionen, bei denen gewisse Entscheidungen von außen vorgegeben werden.⁵³

50 Näher dazu unter A.III.1.a.

51 *EuGH*, Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 30 f. – *Cofemel/G-Star*; *EuGH*, Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736), Rn. 23 f. – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get*.

52 *OLG Hamburg ZUM* 2002, 480, 482.

53 Vgl. insgesamt zu diesem Komplex noch A.III.1.b.

Außerhalb solcher Ausnahmebereiche ist das musikalische Schaffen aber regelmäßig von künstlerischer Gestaltungsfreiheit geprägt.⁵⁴ Dass freie Entscheidungen zumindest in diesem künstlerischen Kontext auch gleichzeitig kreativ sind, ist angesichts des engen Zusammenhangs von Kreativität und künstlerischer Freiheit naheliegend. Eine genauere Unterscheidung zum Unkreativen kann hier jedoch nur im Zusammenspiel mit den später noch näher behandelten Einzelfallbetrachtungen erfolgen.⁵⁵

b. Wie lassen sich freie kreative Entscheidungen am Werk ablesen?

Wie oben dargelegt, wird vom Begriff der freien kreativen Entscheidung nicht das Endprodukt des Werks, sondern dessen Entstehung ins Zentrum der Untersuchung gerückt. Da über die Werkentstehung direkt aber nur selten Genaueres bekannt ist und es an Möglichkeiten mangelt, den Kompositionsprozess direkt zu betrachten, müssen auf Grundlage des Endprodukts eines fraglichen Schaffensprozesses regelmäßig Erwägungen zu dessen Entstehung angestellt werden.⁵⁶ Im Falle des Musikwerkes betrifft das den Kompositionsvorgang mittels einer Untersuchung der Komposition.⁵⁷ Es ist also ein Blick darauf zu werfen, wie der musikalische Schaffensprozess anhand des Werks selbst in seinen freien kreativen Entscheidungen rekonstruiert werden kann.

Forensisches Mittel der Annäherung an diese Frage ist vor allem die eingängige Analyse des zugrundeliegenden Werks in seinem Kontext.⁵⁸ Sie geht vom Werk aus und soll in gewissem Maße Rückschlüsse darauf zulassen, wie es entstanden ist, oder zumindest darauf, ob das jeweilige Musikstück einen kreativen Schaffensprozess vermuten lässt.

Es stellt sich daher die Frage, wie sicher solche Untersuchungsergebnisse am Werk Rückschlüsse auf die Werkentstehung zulassen. Wird ein Musikwerk der Musikanalyse unterzogen, wird dabei eine Differenzierung der Gestaltungsparameter möglich.⁵⁹ Jeder dort identifizierte Gestaltungsparameter kann hypothetisch vom Komponisten in freier kreativer Entscheidung beein-

54 In diesem Sinne wohl auch *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 33.

55 Siehe unten A.III.

56 Siehe mit besonderem Fokus auf angewandte Kunst die Ausführungen bei *Tolkmitt*, GRUR 2021, 383, 385 f.

57 Vgl. im musikwissenschaftlichen Kontext *Habryka/Weiß*, in: *Jefšulat* (Hrsg.), *Mythos Handwerk? Zur Rolle der Musiktheorie in aktueller Komposition*, 187.

58 Siehe *Rösing*, in: *Helms/Phleps* (Hrsg.), *Black Box Pop. Analysen populärer Musik*, 257.

59 Vgl. etwa die Darstellung bei *Frieler/Müllensiefen*, in: *Schrör u.a.* (Hrsg.), *Tipping Points: Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts*, 115, 122.

flusst worden sein. Blickt man also auf die bare Möglichkeit, eine akustische Erscheinung musikalisch hinsichtlich Tonhöhen, Rhythmus und anderen Parametern zu analysieren, könnte dem auch grundsätzlich die Möglichkeit der freien kreativen Entscheidung entnommen werden. Nicht zu verkennen ist aber, inwiefern weitere Erkenntnisse über den Entstehungskontext eine freie kreative Entscheidung wiederum ausschließen, ohne dass sich dies bei objektiver Betrachtung des Werkes zeigt.

aa. Fremdreferenzielle Kompositionsweisen

Steht am Ende des Prozesses nämlich ein neues Werk, in dem fremde Bestandteile übernommen werden, dann bezieht sich die freie kreative Entscheidung gerade nicht auf den Gehalt des übernommenen Bestandteils, sondern lediglich auf die Auswahl und Einbindung eines solchen Bestandteils in einen neuen musikalischen Kontext. Bei vollständigen Plagiaten besteht angesichts der reinen Entscheidung zu kopieren schon gar keine freie *kreative* Entscheidung.

Auch bei künstlerischen Gestaltungen in Verbindungen mit einer teilweisen Übernahme fremder Werke kann die künstlerische Entscheidung in anderer Form vorhanden sein, als es auf den ersten Blick anhand der Werkelemente scheint. Werden etwa beim Sampling Audiofragmente von anderen Werken übernommen, liegt die freie kreative Entscheidung nur in der Auswahl und Verarbeitung des Samples, nicht aber auch in der im Sample befindlichen musikalischen Gestaltung.⁶⁰ Da in der Musik oft auf einen bestehenden Formenschatz⁶¹ zurückgegriffen wird, ist die Problematik der Übernahme omnipräsent: Ob bei einem kurzen Motiv nun Tonhöhen und Tondauer jedes einzelnen Tons, lediglich der Rhythmus oder vielleicht auch nur die schlichte Auswahl des gesamten Motivs aus einem älteren Werk die freie kreative Entscheidung darstellt, bleibt wohl regelmäßig spekulativ.

60 Auch die direkte Einfügung eines fremden Bestandteils in einen neuen Gegenstand – etwa beim Sampling – und dessen Wiederholung (z.B. im Rahmen eines sogenannten „Loops“) nutzt einen Gestaltungsspielraum durch eine freie Entscheidung aus, der nicht derselbe ist wie der des Urhebers eines Samples.

61 Zur Problematik des Formenschatzes noch unter A.III.3.

bb. Freie kreative Entscheidung und Kompositionshilfen

Teilweise können einzelne der genannten Schritte auch durch technische Hilfsmittel ersetzt werden. Vollständig automatische Kompositionen ganzer marktrelevanter Musikstücke sind noch eher als „Zukunftsmusik“ zu betrachten.⁶² Allerdings ist der Einsatz von Software als Kompositionshilfe für Bestandteile einer Komposition bereits seit vielen Jahren reale Möglichkeit und selbst die künstliche Erstellung größerer musikalischer Abschnitte entwickelt sich aus der Experimentierphase hin zu Anwendungsmöglichkeiten im Schaffen populärer Musik.⁶³ Einige dieser Programme können etwa Harmonisierungen oder Tonsatzbestandteile selbständig vornehmen und so dem Anwender für eine Komposition vorschlagen.⁶⁴ In diesen Fällen werden einzelne Entscheidungsparameter, die sich im Werk als eine Vielzahl von Gestaltungselementen präsentieren, letztlich verengt: Was sich bei einer Melodie als Entscheidung über Tonhöhe, Dauer und Verknüpfung jedes einzelnen Tons präsentiert, betrifft dann nur eine einzige menschliche Entscheidung darüber, ob die vorgeschlagene Melodie verwendet wird oder nicht. Am musikalischen Endprodukt selbst ist ein Einsatz solcher Mittel praktisch nicht erkennbar. Auch in der Auswahl und Anordnung dieser vorgeschlagenen Elemente kann freilich eine freie Entscheidung gesehen werden. Allerdings zeigen derartige technische Möglichkeiten, dass die Ebene, auf der die freie Entscheidung stattfindet, teilweise undurchsichtig bleibt. Mit fortschreitenden technischen Möglichkeiten in diesem Bereich wird sich die Undurchsichtigkeit wohl noch weiter verdichten.⁶⁵

62 Erste Erfolge zeigen aber schon weitgehend autonom erstellte Stücke wie etwa der Titel „Daddy’s Car“, der aus einem künstlich verarbeiteten Datensatz von ca. 45 Liedern der *Beatles* basiert. Siehe hierzu etwa auch *Rosati*, *Asia Pacific Law Review* 2019, 198, 215.

63 Siehe hierzu auch: *Sturm u.a.*, *Arts* 2019, 115; *Avdeeff*, *Arts* 2019, 130. Vgl. etwa die Beispiele IBM Watson Beat: <https://www.ibm.com/case-studies/ibm-watson-beat>, Flow Machine von SONY CSL: <https://www.flow-machines.com>, Google Magenta: <https://magenta.tensorflow.org> (Abrufdatum jeweils: 24. August 2022).

64 Vgl. etwa “Band-in-a-Box” von PG Music oder “tonica fugata” von capella software.

65 *Frieler/Müllensiefen*, in: *Schrör u.a.* (Hrsg.), *Tipping Points: Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts*, 115, 132.

c. Offene Frage der Gestaltungshöhe

Nicht eindeutig beantwortet ist damit jedoch, wie und ob eine Gestaltungshöhe zu bemessen ist.⁶⁶ Eine solche Schwelle wird im Zusammenhang mit der freien kreativen Entscheidung überwiegend abgelehnt oder bezweifelt.⁶⁷ Nach einem strengen Verständnis wäre wohl jeder musikalischen Gestaltung ein Entscheidungsprozess zu entnehmen, der sich als frei und kreativ beschreiben lassen könnte. Eine schwellenlose Bestimmung der Schutzfähigkeit des musikalischen Werkes schliesse dann bereits das Setzen des ersten Klangs einer Komposition mit ein.

Andererseits könnte aber im Erfordernis der persönlichen Note oder der Kreativität ein Hinweis darauf gesehen werden, dass zumindest nicht jegliche gestalterische Entscheidung in der Musik zu einer Schutzfähigkeit führen solle. Denkbar wäre etwa, dass nicht nur die Art der Zwecksetzung einer Entscheidung (also technisch oder künstlerisch) darüber entscheidet, wann Kreativität anzunehmen ist, sondern auch ein bestimmtes Mindestmaß an künstlerischer Besonderheit erforderlich wird.⁶⁸

Zwar hat der EuGH in dieser Hinsicht noch keine Schwelle klar statuiert, aber es bestehen zumindest kleinere Indizien für eine vom EuGH angenommene Mindestschwelle – wenn auch eine niedrige. Einzelne Wörter erachtet etwa auch der EuGH nicht als eigene geistige Schöpfung, wie es die *Infopaq*-Entscheidung deutlich macht, in welcher der europäische Werkbegriff freilich noch in den Kinderschuhen steckte.⁶⁹ Erst „mit Hilfe der Auswahl, der Anordnung und der Kombination“ von Wörtern entsteht Originalität nach seinem Verständnis.⁷⁰ Übertragen auf die Musik könnte kaum etwas anderes für dortige Kleinsteinheiten gelten. So müsste wohl in Analogie zur Sprache gelten, dass einzelne Töne oder Geräusche nach dem

66 Zum diesbezüglichen Spielraum für die deutsche Rechtsprechung etwa *Leistner*, GRUR 2019, 1114, 1119; vgl. ferner: *Leistner*, ZGE 2013, 4, 30 ff.

67 *Richter*, GRUR 2020, 358, 359; zweifelnd auch *Nordemann/Czychowski*, NJW 2019, 725, 726; Tendenz zu einer Interpretation als niedrige Schwelle: *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 22; nicht als unionsrechtliche Notwendigkeit betrachtend, aber die Abschaffung einer Gestaltungshöhe in diesem Zusammenhang fordernd: *Leistner*, ZGE 2013, 4, 44.

68 In ähnlicher Weise diskutieren *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 150 und *Leistner*, GRUR 2019, 1114, 1118 f. etwa eine „künstlerische Gestaltungshöhe“.

69 *EuGH*, Urt. v. 16. Juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (= GRUR 2009, 1041), Rn. 46 – *Infopaq/DDF*.

70 *EuGH*, Urt. v. 16. Juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (= GRUR 2009, 1041), Rn. 45 – *Infopaq/DDF*. Vgl. ferner kritisch zu dieser EuGH-Rechtsprechung und ihren Hintergründen: *Vousden*, WIPOJ 2010, 197, 202 f.

Kreativitätsbegriff keinen Schutz erfahren können, auch wenn ihre einzelne Auswahl und Ausgestaltung in Tonhöhe und anderen Parametern schon künstlerische Entscheidungen erfordern kann. Ob aus der Schutzlosigkeit kleinster Werkeinheiten aber ein umfassender Gedanke einer Gestaltungshöhe abzuleiten ist oder der EuGH andere Ziele damit bezweckte, bleibt im Dunkeln.

Es ist zusammenfassend also unklar, ob aus dem vom EuGH geprägten Erfordernis der freien kreativen Entscheidung eine klare Gestaltungshöhe abzulesen ist.⁷¹ Zumindest werden aber gewisse „banale“ Elemente explizit als nicht schutzfähig erachtet und auch im Bereich der oben genannten einschränkenden Zwänge werden Grenzen gezogen. Insofern liegt die Beantwortung der Frage einer genauen Schutzfähigkeitsbestimmung in letzter Konsequenz dort, wo negative Schutzfähigkeitsbestimmungen getroffen werden.⁷²

d. Zwischenergebnis

Die Untersuchung zeigt, dass der Begriff einer freien kreativen Entscheidung in der Anwendung auf Musik die Perspektive des Komponisten ins Zentrum stellt und damit dem Grunde nach einer subjektiven Neuheit auf Ebene der Schutzfähigkeit folgt.⁷³ Insofern ergeben sich auch deutliche Parallelen zur Überlegung, dass ein Gestaltungsspielraum hinreichend ausgenutzt werden müsse.⁷⁴ Die Zentrierung auf den Entscheidungsprozess hinter dem Werk und nicht auf das Werk als solches erfordert aber zumeist eine indirekte Prüfung am Werk.

Da dort die Zusammenfügung von Tönen regelmäßig von künstlerischer Freiheit geprägt ist, wird auch typischerweise ein Gestaltungsspielraum ausgenutzt.⁷⁵ Vom EuGH nicht vorbestimmt bleibt aber weiterhin, ob der Gestaltungsspielraum durch eine umfassende allgemeine Gestaltungshöhe eingeschränkt wird und werden sollte, die über Kleinstelemente hinausgeht.

71 Differenzierend insofern schon *Leistner*, GRUR 2019, 1114, 1118 f.

72 Hierzu ausführlicher unter A.III.

73 Zum subjektiven Neuheitsbegriff etwa *Endrich-Laimböck*, GRUR Int. 2020, 264, 267.

74 *Leistner*, ZGE 2013, 4, 23 ff.

75 Ähnlich *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 33: „Wer dichtet, komponiert oder malt, dem steht jeweils ein so großer Gestaltungsspielraum an möglichen Geschichten, an Formulierungen, musikalischen Ausdrucksweisen und bildnerischen Darstellungsformen zur Verfügung, dass die einzelnen Werke, seien es Meisterwerke oder auch sog. Sonntagsmalereien, in der Regel urheberrechtlich geschützt sind.“

Außerdem offenbart der herstellungsbezogene Originalitätsbegriff Unsicherheiten in der Bestimmung: Die indirekte Prüfung lässt am Werk in vielen Fällen nicht das angestrebte Kriterium erkennen, welche Elemente einer Komposition tatsächlich Ergebnis eines Entscheidungsprozesses sind und welche nicht. Neue Technologien erschweren diese Überprüfung am Endprodukt noch stärker. In vielen Fällen müssten daher spekulative Vermutungen zur Frage getroffen werden, ob ein Werkteil eine freie kreative Entscheidung erkennen lässt oder nicht.

2. Ansatz des BGH: Individuelle ästhetische Ausdruckskraft

In den vergangenen Jahrzehnten hatte der BGH des Öfteren über die Originalität von Musikwerken zu entscheiden. Der Begriff der Originalität selbst ist in den Urteilen dabei aber kaum zu finden.⁷⁶ Stattdessen verwendet die deutsche Rechtsprechung wie ein Teil des Schrifttums die Begriffe der „schöpferischen Eigentümlichkeit“, „eigenschöpferischen Prägung“ oder ähnliche Formulierungen.⁷⁷

a. Konkretisierung der schöpferischen Eigentümlichkeit

Auch die eigenschöpferische Prägung oder schöpferische Eigentümlichkeit ist für sich genommen kaum konkreter als der Begriff der Originalität. Eine scheinbare Konkretisierung für urheberrechtliche Fälle im Musikbereich fand der BGH dann aber im Begriff der „individuellen ästhetischen Ausdruckskraft“:⁷⁸

„Die schöpferische Eigentümlichkeit liegt bei Musikwerken in ihrer individuellen ästhetischen Ausdruckskraft. An den individuellen ästhetischen

⁷⁶ Eine Ausnahme bildet in Teilen Fantasy BGH GRUR 1988, 810 – *Fantasy*.

⁷⁷ BGH GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*; BGH GRUR 1985, 1041 – *Inkassoprogramm*; BGH GRUR 1986, 739 – *Anwaltsschriftsatz*; BGH GRUR 2015, 1189 – *Goldrapper*; vgl. Ahlberg, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 66.

Seit seinem Bestehen nahm der BGH auch in Urteilen mit der Gesetzesgrundlage vor 1966 (dem LUG) anknüpfend an die Urteile des Reichsgerichtes ähnliche Formulierungen als Voraussetzung der Werkeigenschaft auf. Siehe BGH GRUR 1968, 321 – *Haselnuß*.

⁷⁸ BGH GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*; ähnlich auch BGH GRUR 2015, 1189, Rn. 44 – *Goldrapper*. Außerhalb von Fällen musikalischer Schutzgegenstände wird der Begriff oft ohne den Zusatz der Ästhetik verwendet: vgl. etwa BGH GRUR 1995, 673, 675 – *Mauer-Bilder*.

Gehalt dürfen allerdings nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden. Es reicht aus, daß die formgebende Tätigkeit des Komponisten – wie bei der Schlagermusik regelmäßig – nur einen geringen Schöpfungsgrad aufweist (vgl. BGH in GRUR 1968, 321, 324 Haselnuß).⁷⁹

Zumindest die Nennung von Schlagermusik gibt einen Anhaltspunkt dafür, was der BGH noch als schutzfähig erachtet. Er wendet sich damit gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, das der Melodie des streitgegenständlichen Liedes („Dirlada“) noch einen zu geringen Originalitätsgrad attestierte.⁸⁰

Das Urteil führt außer dem konkreten Beispiel der Schlagermusik aber keine Anhaltspunkte dafür auf, wann denn die „individuelle ästhetische Ausdruckskraft“ dazu genügt, ein Werk als schöpferisch eigentümlich oder originell zu qualifizieren.

Im Kontext vergleichbarer Kriterien bei anderen Werken außerhalb der Musik, finden sich weitere Hinweise zur Auslegung durch den BGH, wie im Urteil „Geburtstagszug“: Daraus ging hervor, dass es nach der Ansicht des BGH allgemein genüge, wenn eine Gestaltungshöhe erreicht werde, „die es nach Auffassung der für Kunst empfänglichen und mit Kunstanschauungen einigermaßen vertrauten Kreise rechtfertigt, von einer ‚künstlerischen‘ Leistung zu sprechen.“⁸¹ Dabei sei es aber nicht erforderlich, dass ein Werk „die Durchschnittsgestaltung deutlich überragen“ müsse.⁸²

Zwar ist auch das Erfordernis einer „künstlerischen“ Leistung“ kaum als konkretes Kriterium einer auf Rechtsklarheit gerichteten Prüfung zu verstehen. Aber sowohl die ästhetische Ausdruckskraft als auch die im *Geburtstagszug*-Urteil enthaltene Forderung nach einer „künstlerischen“ Leistung“, die von den entsprechenden Kreisen wahrgenommen werden muss, geben zumindest die Zielrichtung der Konkretisierung vor: Entscheidend für die schöpferische Eigentümlichkeit sind Kriterien, die sich letztlich auf die Wirkung oder Wahrnehmung beziehen.

79 BGH GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*.

80 BGH GRUR 1981, 267 – *Dirlada*.

81 BGH GRUR 2014, 175, Leitsatz 1 – *Geburtstagszug*. Die Klarstellung, dass sich die Anforderungen auch für musikalische Werke nicht unterscheiden, macht den Maßstab des Urteils übertragbar.

82 Ebd.

b. Ausdruckskraft in der Musik

Insofern stellt sich die Frage, wo überhaupt diese wirkungs- bzw. wahrnehmungsbezogenen Kriterien in der Musik gefunden werden können. Auch hier geht zunächst kaum ein Weg an der analytischen Untersuchung des Musikwerkes vorbei. Insofern sind auch dann, wenn eine individuelle ästhetische Ausdruckskraft gefordert wird, zunächst die Elemente zu analysieren, die eine schöpferische Eigentümlichkeit konstituieren.⁸³ Das sind die bereits oben benannten Gestaltungselemente.⁸⁴ Im Ergebnis ist also Ausgangspunkt der Prüfung das jeweilige einzelne musikalische Element, also etwa eine Tonfolge, eine Rhythmussequenz oder eine harmonische Gestaltung des Werkes.

Entscheidend ist dann aber nach Ansicht des BGH nicht, ob diese Elemente auf einer freien kreativen Entscheidung beruhen, sondern ob sich „nach der Auffassung der mit musikalischen Fragen einigermaßen vertrauten und hierfür aufgeschlossenen Verkehrskreise“ ein hinreichend eigentümlicher Gesamteindruck ergibt.⁸⁵ Dementsprechend müssen die Gestaltungsmittel auf ihren Einfluss bezüglich der „ästhetische[n] Gesamtwirkung“ hin untersucht werden.⁸⁶

Genau genommen bedürfte es hierfür eigentlich einer musikpsychologischen Untersuchung.⁸⁷ Der BGH begnügte sich in der Vergangenheit aber häufig mit einer musikanalytischen Betrachtung auf Grundlage der eigenen musikästhetischen Vorstellungen oder derer eines Sachverständigen.⁸⁸ Beispielsweise könne eine individuelle ästhetische Ausdruckskraft gegeben sein, wenn zum einen die besondere Gestaltung einer Tonfolge im 5/8-Takt durch einen Vorhalt geprägt sei und sich dann eine besondere ästhetische Wirkung durch die Erinnerung an „fremdländische Folklore“ ergebe.⁸⁹ Solche fremdländische Folklore sei „in dem uns vertrauten Volksliedgut“ aber nicht häufig, was der BGH wohl für die Schutzfähigkeit als relevant erachtet.⁹⁰

83 BGH GRUR 2015, 1189, Rn. 45 – *Goldrapper*.

84 Vgl. A.I und A.II.1.b.

85 BGH GRUR 2015, 1189, Rn. 45 – *Goldrapper*.

86 BGH GRUR 2015, 1189, Rn. 55 – *Goldrapper*.

87 Döhl, in: *Auhagen/Bullerjahn/von Georgi* (Hrsg.), *Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft für Musikpsychologie*. Band 25: *Musikpsychologie – Anwendungsorientierte Forschung*, 19, 28.

88 BGH GRUR 1981, 267, 269 – *Dirlada*.

89 Ebd.

90 Ebd.; zum damit verbundenen musikethnologischen Problem, siehe später A.III.3.a.

In neuerer Zeit wurden auch solche Kriterien formuliert, die schutzfähige Gestaltungselemente von den schutzlosen, also solchen ohne individuelle ästhetische Ausdruckskraft, abgrenzbar machen sollen. So müssen sich die Elemente vom musikalischen Allgemeingut und dem handwerklichen, routinemäßigen Musikschaffen unterscheiden.⁹¹ Im Widerspruch zum sonst wirkungsbasierten Ansatz werden hier also Kriterien angelegt, die entweder doch an die Werkentstehung anknüpfen (handwerkliches, routinemäßiges Musikschaffen) oder objektiv feststellbar scheinen, ohne die Wirkung zu betrachten (musikalisches Allgemeingut).

Insgesamt hält der BGH aber auch in neuerer Zeit an der Überlegung einer individuellen ästhetischen Ausdruckskraft und somit an der bisherigen Rechtsprechung zur schöpferischen Eigentümlichkeit fest.⁹²

c. Unionsrechtskonformität von Kriterien der „Ausdruckskraft“ und „Ästhetik“

Die schöpferische Eigentümlichkeit unterscheidet sich also im Grundsatz von der herstellungsbezogenen Anschauung des EuGH. Zwar kann jedenfalls das Erfordernis einer „künstlerischen Leistung“ in das Kreativitätserfordernis hineingelesen und insofern auch unionsrechtlich eine „künstlerische Gestaltungshöhe“ gesehen werden.⁹³ Andere Elemente der BGH-Auslegung des Werkbegriffs (§ 2 Abs. 2 UrhG) scheinen aber im Widerspruch zu den Vorgaben des EuGH zum Werkbegriff der Richtlinien zu stehen. In Ansehung der Abweichungen vom unionsrechtlichen Verständnis der Originalität ist insbesondere fraglich, ob es mit den Maßstäben des EuGH vereinbar ist, auf eine ästhetische Ausdruckskraft abzustellen.

aa. Ausdruckskraft

Die freie kreative Entscheidung im Rahmen des unionsrechtlichen Verständnisses von Originalität stellt auf die Herstellung, also den Zeitpunkt der Werkentstehung ab. Die individuelle ästhetische Ausdruckskraft stellt auf die Ausdruckskraft, also den Moment, in dem das Werk bereits geschaffen

91 BGH GRUR 2015, 1189, Rn. 53 – *Goldrapper*; vgl. näher A.III.

92 BGH GRUR 2015, 1189, Rn. 44 – *Goldrapper*.

93 Ausführlich bereits *Leistner*, GRUR 2019, 1114; siehe auch oben A.II.1.c.

wurde und nun wahrgenommen werden kann, ab. Folglich richtet sich letztere Sicht nach der Perspektive eines Betrachters bzw. Hörers und nicht nach der nachträglich konstruierten Sichtweise des Urhebers.⁹⁴ Insofern scheinen sich beide Verständnisse fundamental zu unterscheiden. Das spricht gegen die Vereinbarkeit eines Abstellens auf die Ausdruckskraft mit dem unionsrechtlichen, entscheidungsbezogenen Maßstab.

Allerdings zeigt sich bereits im Rahmen des obigen entscheidungsbezogenen Originalitätsverständnisses, dass der tatsächliche Bezugspunkt der Feststellung freier kreativer Entscheidungen notwendigerweise die Untersuchung ist, inwiefern sich diese Entscheidungen am Werk niederschlagen.⁹⁵ Ebenso finden sich im Rahmen der individuellen ästhetischen Ausdruckskraft maßgebliche untergeordnete Prüfungskriterien, die gar nicht die Wirkung auf die Verkehrskreise, sondern effektiv den Schaffensprozess betreffen.⁹⁶

Beide Aspekte führen also in der Praxis bei vielen Fallkonstellationen zu vergleichbaren Fragen. Die unionsrechtliche Vorgabe zeigt sich dabei auch bislang wenig konkret. Insofern erwächst keine Unionsrechtswidrigkeit daraus, dass die Ausdruckskraft des potentiellen Werkes als maßgebliches Kriterium vorausgesetzt wird, sofern – wie gegenwärtig – eine Feststellung der Schutzfähigkeit an die Gestaltungselemente anknüpft und sich die wenig konkretisierte Zentrierung auf die Ausdruckskraft auch weiterhin so flexibel zeigt wie bislang.

bb. Ästhetik

Das Verhältnis von Originalität und Ästhetik ist in seiner juristischen Bewertung etwas diffus und unionsrechtlich problematisch. Neben der ständigen Rechtsprechung des BGH hat das *Cofemel*-Urteil des EuGH hinsichtlich der Rolle von Ästhetik große Aufmerksamkeit erhalten.⁹⁷ Dabei legte der portugiesische *Supremo Tribunal de Justiça* dem EuGH die Frage vor, inwiefern Art. 2 lit. a der InfoSoc-Richtlinie damit unvereinbar ist, dass bestimmte Gegenstände dann urheberrechtlich geschützt werden, wenn sie über einen Gebrauchszweck hinaus auch einen „eigenen, ästhetisch markanten visuellen

94 BGH GRUR 2015, 1189, Rn. 45 – *Goldrapper*.

95 Siehe A.II.1.b.

96 Siehe A.II.2.b.; vgl. auch BGH GRUR 2015, 1189, Rn. 53 – *Goldrapper*.

97 EuGH, Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185) – *Cofemel/G-Star*.

Effekt“ haben. Grundlegendes Kriterium der portugiesischen Rechtsordnung sei dabei aber weiterhin die Originalität.

Diese Vorlagefrage war in ihrer teils missverständlichen Formulierung nur schwer zu erfassen.⁹⁸ Eine klare Tendenz, welches Ästhetikverständnis dem portugiesischen *Supremo Tribunal de Justiça* vorschwebte, geht aus der Vorlageentscheidung zumindest kaum hervor.⁹⁹

Der EuGH fasste die Frage so auf, dass festzustellen sei, ob ein „eigene[r], ästhetisch markante[r] visuelle[r] Effekt“ die Feststellung des Vorliegens eines Werkes rechtfertigen kann – jedenfalls beantwortet er die Frage in diesem Sinne.¹⁰⁰

Im Ergebnis verneint der EuGH diese Frage. Die ästhetische Wirkung sei „ausweislich der üblichen Bedeutung des Begriffs ‚ästhetisch‘ das Ergebnis einer naturgemäß subjektiven Schönheitsempfindung des jeweiligen Betrachters“.¹⁰¹ Woher der EuGH die Üblichkeit seiner angeführten Bedeutung nimmt, erklärt er nicht. Es ist angesichts der übrigen Ausführungen naheliegend, dass hiermit auf die Umgangssprache abgestellt wird. Dort gilt „ästhetisch“ häufig als Synonym für „schön“.¹⁰² Dann versteht sich der Begriff durchaus als Ergebnis einer „naturgemäß subjektiven Schönheitsempfindung“.¹⁰³

Diesen Ausführungen folgend sei das Kriterium vor dem Objektivierbarkeitsgebot, dessen Grundstein der EuGH in der *Levola*-Entscheidung legte,¹⁰⁴

98 Kritisch daher *Leistner*, GRUR 2019, 1114, 1115, 1120.

99 Im Rahmen der Erläuterung vorangegangener Urteile und des Klägervortrags wird dort das Ästhetische unter dem Aspekt des künstlerischen Schaffens (*criação artística*) und der künstlerischen Kreativität (*criatividade artística*) betrachtet. Der künstlerische Wert (*valor estético*) könnte einerseits auf eine Wertung schließen lassen, aber auch darauf hinweisen, dass mehr als nur ein Schönheitsempfinden gemeint ist. Dabei steht der ästhetische Wert synonym für die künstlerische Kreativität wie es an der Formulierung „mit anderen Worten“ (*por outras palavras*) deutlich wird, *Supremo Tribunal de Justiça*, Decisão de Reenvio Prejudicial ao TJUE, Revista n.º 268/13.2YHLSB.LI.S1 – *G-Star Raw/Cofemel*.

100 Vgl. *EuGH*, Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 54 f. – *Cofemel/G-Star*.

101 *EuGH*, Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 53 – *Cofemel/G-Star*.

102 Vgl. *Dudenredaktion*, Art. „ästhetisch“, in: *Duden online*, URL: <https://www.duden.de/node/13295/revision/13322> (Abrufdatum: 24. August 2022).

103 *EuGH*, Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 53 – *Cofemel/G-Star*.

104 *EuGH*, Urt. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 39 f. – *Levola/Smilde*.

auch nicht geeignet, um auf einen identifizierbaren Schutzgegenstand zu schließen.¹⁰⁵ Daneben lasse eine ästhetische Wirkung auch nicht den Schluss zu, dass ein Gegenstand die „Entscheidungsfreiheit und die Persönlichkeit“ widerspiegele, weshalb das Kriterium nicht dem Originalitätskriterium genüge.¹⁰⁶

Auf den ersten Blick überzeugt das; werden doch auch ein rötlicher Abendhimmel oder der Vogelgesang der Nachtigall oft als „ästhetisch“ bezeichnet und sind ersichtlich nicht schutzfähig.

Die deutsche Rechtsprechung und ein Teil der Literatur binden, scheinbar dem widersprechend, die Feststellung der Eigentümlichkeit in der Musik dennoch an das Kriterium des „ästhetischen Gehalts“ oder der „individuellen ästhetischen Ausdruckskraft“ eines Musikwerkes.¹⁰⁷

Sucht man wirkungsbezogene Elemente in der Musik erscheint die „Ästhetik“, von griechisch αἴσθησις: „Wahrnehmung“ abgeleitet, schon begrifflich zentral. Dabei gibt der BGH aber zu verstehen, dass die ästhetische Gesamtwirkung nicht schlicht nach dem Schönheitsempfinden zu beurteilen ist: Er bemängelt etwa im *Goldrapper*-Urteil, dass das Berufungsgericht nicht deutlich gemacht habe, welchen Einfluss der Rhythmus auf die ästhetische Gesamtwirkung aller musikalischer Elemente hat.¹⁰⁸ Darunter sind Kategorien wie bewegend, melancholisch, oder aggressiv – nicht lediglich schön oder nicht schön – zu verstehen.¹⁰⁹ Auch in anderen Urteilen wird im Zusammenhang mit der erfordernten Ästhetik nie auf eine Bewertung als schön oder nicht schön abgehoben.¹¹⁰

105 *EuGH*, Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 53 – *Cofemel/G-Star*.

106 *EuGH*, Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 54 – *Cofemel/G-Star*.

107 *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 55 – *Goldrapper*; *Erdmann*, CR 1986, 249, 252; *Troller*, CR 1987, 213, 217 f.; zum Begriff der Ausdruckskraft und des Gehalts in Relation zu Inhalt und Idee eines Werkes C.IV.1.d.

108 *BGH* GRUR 2015, 1189, Rn. 55 – *Goldrapper*.

109 *Erdmann*, CR 1986, 249, 252; *Troller*, CR 1987, 213, 217 f.; zu den unterschiedlichen Verständnismöglichkeiten des Ästhetikbegriffs auch schon *Ulmer/Kolle*, GRUR Int. 1982, 489, 492. Entfernter auch *Sucker*, Der digitale Werkgenuss, 2014, 32 f.

110 Der künstlerische Wert soll gerade keine Rolle spielen, *BGH* GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*; *LG Hamburg* ZUM 2015, 699; *OLG Zweibrücken* GRUR-RR 2016, 141 – *Piano-Lehrbuch*.

Ästhetik bedeutet nach diesem Verständnis der deutschen Gerichtsbarkeit und auch nach einem Großteil der Literatur¹¹¹ mithin nicht nur die schlichte Erregung des Schönheitsempfindens. Der Begriff geht viel weiter. Er umfasst hier jede Gedanken- oder Gefühlsauswirkung, die das Werk auf denjenigen hat, der es wahrnimmt.¹¹² Das kann genauso in einem erbauenden, verwirrenden oder veranschaulichenden Ausdruck bestehen.¹¹³ Das gleicht eher dem weiten und vielseitigen Begriff der Ästhetik, der sich als Lehre der sinnlichen Anschauungen begreift und unter diesem weiten Verständnis auch in unterschiedlichen wissenschaftlichen Disziplinen zu finden ist.

Es bestehen also mehrere Ästhetik-Begriffe.¹¹⁴ Beide Begriffe sind für sich genommen nicht „falsch“. Der eine ist der etymologisch-philosophische Begriff der Ästhetik, der dem BGH, möglicherweise auch dem portugiesischen *Supremo Tribunal de Justiça* vorschwebte. Der andere ist der rein auf das Schönheitsempfinden abzielende und immanent wertende Ästhetik-Begriff der Umgangssprache und des EuGH.¹¹⁵

Der umgangssprachliche Begriff der Ästhetik als Schönheitsempfinden hat in der Tat, wie der EuGH feststellt, keinen Mehrwert als urheberrechtlicher Bewertungsmaßstab. Wird „ästhetisch“ aber so verstanden, dass eine geistig anregende Wirkung erzeugt werden muss, ist es zumindest eine diskutabile Voraussetzungsüberlegung, die Ästhetik als starkes Indiz für eine Originalität gelten zu lassen.¹¹⁶

Insofern ist die EuGH-Entscheidung kaum auf jeden Ästhetikbegriff und insbesondere nicht auf den des BGH übertragbar. Nationale Gerichte täten wohl dennoch gut daran, den Ästhetikbegriff angesichts seiner begrifflichen Unklarheit zu vermeiden, denjenigen des EuGH aber jedenfalls nicht zu weit zu verstehen.¹¹⁷ Im Rahmen der individuellen ästhetischen Ausdruckskraft

111 Troller, CR 1987, 213, 217 f.; Erdmann, CR 1986, 249, 252. Siehe auch differenzierend Endrich-Laimböck, GRUR Int. 2020, 264, 266.

112 Vgl. Erdmann, CR 1986, 249, 252.

113 Schulze, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 12.

114 Ebd.

115 Prägend: Baumgarten, Ästhetik, 2007 (im Original erschienen als: *Aesthetica*, 1750/58).

116 Siehe für das mögliche Missverständnis der unterschiedlichen Ästhetikbegriffe differenzierend: Schulze, GRUR 1984, 400, 403; Erdmann, CR 1986, 249, 252; Schulze, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 12.

117 Kritisch bezüglich der Verwendung des Ästhetikbegriffs schon Schack, JZ 2014, 207. Dieser versteht den besonderen ästhetischen Gehalt, den der BGH fordert, als Zeichen einer „veraltete[n] kunstästhetische[n] Vorstellung“ und schlägt stattdessen einen „individuelle[n] künstlerische[n] Gestaltungswille[n] des Schöpfers“ als maßgebliches Kriterium vor. Woran allerdings der vorgeschlagene „Gestaltungswille“ für Dritte

auf eine gewisse Ästhetik abzustellen, steht aber nicht im Widerspruch zum Unionsrecht und der Ästhetik-bezogenen Entscheidung des EuGH.

d. Zwischenergebnis

Es zeigt sich zusammenfassend, dass der Begriff der individuellen ästhetischen Ausdruckskraft, der in der deutschen Rechtsprechung und einem Teil der Literatur verfolgt wird, mindestens ebenso schwierig generalisiert für die Musik dargestellt werden kann wie das Kriterium der freien kreativen Entscheidung. Er orientiert sich im Gegensatz zum obigen Originalitätsverständnis nicht an der Herstellung des Werkes, sondern eher an dessen Wirkung, was allerdings – wie schon beim herstellungsbezogenen Begriff – nicht ohne genaue Betrachtung der einzelnen Gestaltungselemente im musikalischen Bereich möglich ist.

Auch im Falle der individuellen ästhetischen Ausdruckskraft wird es wesentlich darauf ankommen, welche Aspekte in negativer Hinsicht von der Eigentümlichkeit ausgeschlossen werden müssen, um ein genaueres Gesamtbild zu erhalten.¹¹⁸ Im Unterschied zum Begriff der freien kreativen Entscheidung sind diese Elemente für die Musik aber mit dem handwerklichen Schaffen unter Anwendung von Kompositionslehren und dem musikalischen Allgemeingut konkreter benannt.¹¹⁹ Überraschend ist insofern, dass gerade letztere Kriterien wieder an die Herstellung eines Werkes anknüpfen. Das zeigt, dass die individuelle ästhetische Ausdruckskraft in der Zielsetzung zwar die Wirkung in den Vordergrund stellt, aber in der Praxis nicht immer klar getrennt von anderen Sichtweisen betrachtet werden kann.

3. Statistische Einmaligkeit

Eine Alternative zum Begriff der freien kreativen Entscheidung oder einer individuellen ästhetischen Ausdruckskraft liefert *Max Kummer* mit seinem

erkennbar ist (und nicht letztlich doch den Blick auf – im weiteren Sinne – „ästhetische“ Merkmale erfordert) erscheint auch hier nicht eindeutig. Zudem bleibt es wohl von – auch hier im weiteren Sinne – ästhetischen Kriterien abhängig, wann dieser Gestaltungswille als „künstlerisch“ gelten kann.

118 Dieser Frage widmet sich A.III.

119 BGH GRUR 2015, 1189 – *Goldrapper*.

Verständnis von Individualität.¹²⁰ Das Individualitätsverständnis *Kummers* wird häufig auf das Schlagwort „statistische Einmaligkeit“ gebracht, was in dieser Verkürzung allerdings schnell missverstanden werden kann.¹²¹

Kummer selbst bringt den Kern seines Individualitätsverständnisses mit folgenden Worten auf den Punkt:

„Nach dem Individuellen fahnden heisst [...] nicht wägen, sondern heisst *vergleichen*; vergleichen mit dem, was da ist; aber auch mit dem, was da sein *könnte*.“¹²²

Damit wendet sich *Kummer* insbesondere gegen eine wertende Betrachtungen der Individualität, die letztlich dazu führe, dass ein gewisses – wenn auch geringes – Maß an künstlerischer Qualität gefordert werde.¹²³ Sein Individualitätsbegriff ist aber gerade nicht wesentlich voraussetzungsärmer oder niedrigschwelliger als die vorher genannten, wie teilweise angenommen wird.¹²⁴ Er ist auch nicht schon dann erfüllt, „wenn zwei gleiche Werke verschiedenen Individuen zuzuordnen wären oder wenn sie zu verschiedenen Zeitpunkten entstehen“.¹²⁵

Ein erster Bestandteil der Individualität ist nach *Kummer* darauf ausgerichtet, dass all das vom Originalitätsbegriff ausgeschlossen wird, was bereits vorher bestand – und zwar unabhängig davon, ob der fragliche Autor das Dagewesene kannte oder nicht.¹²⁶ *Kummer* fordert daher einerseits zu einer Orientierung an der objektiven Neuheit auf, indem er als ungeschützt betrachtet, was bereits war.¹²⁷ Damit kann es keinen urheberrechtlichen

120 Insb. dargelegt in *Kummer*, Das urheberrechtlich schützbares Werk, 1968, 30 ff.

121 Die häufigen Missverständnisse kritisierend *Hilty*, Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 158. Vgl. aber im Übrigen *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 20.

122 *Kummer*, Das urheberrechtlich schützbares Werk, 1968, 30.

123 *Kummer*, Das urheberrechtlich schützbares Werk, 1968, 31: „Nur auf die Individualität kommt es an, nie auf die künstlerische Qualität. Die Lehre sieht das oft anders und verlangt eine Individualität, die sich von der Masse der alltäglichen Gebilde abhebt.“

124 So aber *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 20; *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244, 246.

125 So *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 20.

126 Siehe *Kummer*, Das urheberrechtlich schützbares Werk, 1968, 31; so auch *Hilty*, Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 153 ff.

127 Ebenfalls eine objektive Neuheit fordern im Rahmen des schweizerischen Urheberrechts (aber übertragbar auf das deutsche) *Hilty*, Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 153 ff.; *Macciachini*, in: *Berger/Macciachini* (Hrsg.), FS *Hilty*, 25, 33 f. ein. Für das deutsche Urheberrecht *Braun*, DS 2015, 55.

Schutz für eine zufällige Nachschöpfung (oder häufig, aber unpräzise: Doppelschöpfung) geben.¹²⁸

Kummer geht aber darüber noch hinaus. Denn er fordert auch eine Abgrenzung davon, was unabhängig von einer Kenntnis des zu prüfenden Gegenstands entstehen könnte. Das ähnelt dem patentrechtlichen Nichtnaheliegen.¹²⁹

a. Objektive Neuheit in der Musik

Auf die Musik gewandt ist der erste Bestandteil der *Kummer*'schen Formel transparent und bestimmbar. Denn es ist stets methodisch klar, wie eine Abgrenzung zum Dagewesenen vonstatten gehen kann – nämlich durch objektiven Vergleich der jeweiligen Vielfältigkeitsstücke – und es bedarf hierfür keiner vagen Vermutungen, ob etwas nun mit einfachen Mitteln hätte geschaffen werden können oder sich von alltäglichen Dingen abhebe. Auf den Prozess gewandt mag es zwar teilweise aufwändig sein, konkrete vorbekannte Beispiele vorzubringen, die eine Schutzfähigkeit widerlegen sollen, das Kriterium an sich benötigt aber keine Mutmaßungen, sondern orientiert sich schlicht an einem Vergleich des fraglichen Schutzgegenstandes mit anderen Werken.¹³⁰

Am Beispiel der Tonfolge lässt sich diese Anschauung also etwa so exemplifizieren: Für einen Schutz kommt eine Tonfolge infrage, die so in dieser Form noch nie bestand, also objektiv neu ist. Das betrifft zunächst die Tonfolge als Ganze, mithin in der Kombination ihrer Tonhöhe, ihrer Rhythmisierung, ihrer Einordnung in das Werk, und – sofern kompositorisch vorbestimmt – auch in ihrer Klanggestaltung. Allerdings kann sie – und wird sie auch häufig – in ihren jeweiligen Bestandteilen nicht schützbar sein, wenn man diese Bestandteile nur für sich genommen untersucht.¹³¹ In Anbetracht einer über viele Jahre dokumentierten Musikgeschichte war wohl jeder in der populären Musik vorzufindende einzelne Ton in seiner Tonhöhe und Dauer bereits

128 *Hilty*, Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 157, auch mit Bezug zur terminologischen Ungenauigkeit des Begriffs der Doppelschöpfung, *Macciachini*, in: *Berger/Macciachini* (Hrsg.), FS *Hilty*, 25, 25 ff. Im Folgenden wird wegen des inzwischen üblich gewordenen Sprachgebrauchs der eigentlich unpräzisere Begriff der Doppelschöpfung verwandt.

129 *Hilty*, Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 159.

130 *Kummer*, Das urheberrechtlich schützbare Werk, 1968, 30 f.

131 *Frieler/Müllensiefen*, in: *Schrör u.a.* (Hrsg.), *Tipping Points: Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts*, 115, 127.

nachweisbar vorhanden. Auch ein dreitöniges Motiv wird wohl regelmäßig in der Musikgeschichte zu finden sein. Kommen allerdings Elemente hinzu, die zuvor nie *in dieser konkreten Kombination* vorkamen, tritt der Gegenstand hinsichtlich dieser Kombination in die objektive Neuheit.

b. Hypothetische Möglichkeiten des Alltäglichen

Schwieriger wird es hingegen beim darüber hinaus vorgeschlagenen Kriterium *Kummers*. Dabei erscheint auf den ersten Blick auch dieses Kriterium einleuchtend. Denn hier soll letztlich das aus der Schutzfähigkeit herausgenommen werden, was so banal ist, dass es bereits hätte vorbekannt sein können oder ein anderer schon früher darauf hätte kommen können. Gleichzeitig lehnt *Kummer* aber eine Leistungs- oder Schöpfungshöhe ausdrücklich ab.¹³²

Eine Ähnlichkeit zum Erfordernis des Nichtnaheliegens im Patentrecht ist zwar deutlich, allerdings ist dem Musikbereich und dessen theoretischer Entwicklung nicht in gleicher Weise wie dem technischen Bereich ein Fortschrittsgedanke zu entnehmen.¹³³ Wann etwas naheliegt oder nicht naheliegt, erfordert in der Musik die Wertung, in welche Richtung sich der Musikbereich entwickelt und wo eine neue Kombination derart banal erscheint, dass sie noch keinen Schutz erfahren soll. Es ist hierfür schon schwierig, aus welcher Perspektive das beurteilt werden könnte, kann doch kaum ein „durchschnittlicher“ Komponist ausgemacht werden. Zwar könnte das Alltägliche auch daran festgemacht werden, worauf der musikalisch nicht vorgebildete Musikschaffende hätte bereits kommen können, allerdings ergibt sich bei einer so niedrigen Schwelle kaum ein entscheidender Vorteil gegenüber der ohnehin verhältnismäßig strengen objektiven Neuheit.¹³⁴

132 *Kummer*, Das urheberrechtlich schützbares Werk, 1968, 37 f.

133 Siehe *Dahlhaus*, in: *Zaminer* (Hrsg.), Geschichte der Musiktheorie, Bd. 1, Ideen zu einer Geschichte der Musiktheorie. Einleitung in das Gesamtwerk, 8, 28; *Möller*, Neue Zeitschrift für Musik 2011, 32; *Köhler*, Neue Zeitschrift für Musik 2010, 22. Positiver gegenüber einem Fortschrittsdenken, aber dennoch wenig vergleichbar mit technischem Fortschritt: *Hindrichs*, in: *Klein/Kreuzer/Müller-Doohm* (Hrsg.), Adorno-Handbuch: Leben – Werk – Wirkung, 59; vgl. auch *Stephan* (Hrsg.), Zwischen Tradition und Fortschritt, 1973.

134 Zu den strengeren Konsequenzen einer objektiven Neuheit vgl. etwa *Frieler/Müllensiefen*, in: *Schrör u.a.* (Hrsg.), Tipping Points: Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts, 115, 129 ff.

Gleichzeitig könnte der Überlegung auch vorgeworfen werden, dass sie in der Prüfung einer Rechtsverletzung schon berücksichtigte Kriterien lediglich auf die Ebene der Schutzfähigkeit zieht: Im Rahmen der Benutzungstatbestände (insbesondere bei der Vervielfältigung oder Bearbeitung) ist ohnehin zu prüfen, inwiefern sich das eine Werk am anderen orientiert und inwieweit in tatsächlicher Hinsicht darauf zurückgegriffen wird.¹³⁵ Dabei ist letztlich maßgeblich, wie wahrscheinlich es ist, dass der jeweilige Beklagte von selbst auf die Wendung hätte kommen können und so möglicherweise darlegen kann, dass er sich gar nicht am früheren Werk orientierte.

In der Musik wird das Kriterium aber regelmäßig dann erfüllt sein, wenn eine vorbekannte Melodie schlicht in eine andere Tonart transponiert wurde oder ein bestimmter Rhythmus schneller oder langsamer als seine fragliche Vorlage erklingt, also gerade dann, wenn sie „naheliegt“. Außerhalb dieser sehr einfachen Beispiele der Änderung kleinster Parameter wird allerdings eine klare generalisierte Grenze in der Musik nur schwer auszumachen sein.

c. Zwischenergebnis

Insgesamt legt *Kummer* das Originalitätskriterium so aus, dass es deutlicher an einer objektiven Sichtweise auf das Werk orientiert ist als die beiden zuvor behandelten. Mit dem Ausschluss der bereits bestehenden Gestaltungsparameter in der Musik und einer dementsprechenden Orientierung an objektiver Neuheit wird ein Kriterium präsentiert, das keine Umwege über die Feststellung einer Wirkung oder eines Herstellungsprozesses des Werks gehen muss, sondern sich am Werk selbst transparent manifestiert.¹³⁶ Mit dem zweiten Kriterium, das auszuschließen, was sein könnte, legt *Kummer* aber doch, weg von einem reinen Werkbezug, einen zusätzlichen Blick auf das Zustandekommen von Gestaltungselementen. Denn ist dieses Zustandekommen zu naheliegend – wohl vergleichbar mit einem geringen Grad an freien kreativen Entscheidungen – sollen Elemente aus der Schutzfähigkeit ausgeschlossen bleiben. Das stößt zumindest auf ähnliche Wertungsprobleme wie diejenigen, die *Kummer* gerade vermeiden wollte.

135 Zumindest in Form der unbewussten Entlehnung: Vgl. ausführlich *Pimat*, Beweisprobleme, 2002.

136 Vgl. *Braun*, DS 2015, 55.

4. Zusammenfassung

Es zeigen sich zusammenfassend drei unterschiedliche Bezugspunkte, an denen die Grundkonzepte der Originalitätsfeststellung anknüpfen: Die Werkentstehung, die Wirkung des Werkes und die tatsächliche Werkbeschaffenheit. Auf den zweiten Blick offenbart sich, dass die tatsächliche Werkbeschaffenheit in allen drei Ansätzen der erste Anknüpfungspunkt für die Prüfung bleibt. Obwohl sich die unterschiedlichen Originalitätsverständnisse in diese drei Kategorien aufteilen lassen, unterscheiden sie sich deshalb effektiv nicht so sehr, wie es die unterschiedlichen Zielsetzungen vermuten lassen. Methodisch am konsequentesten ist insofern die Herangehensweise über eine objektive Neuheit, die ohne Mutmaßungen darüber auskommt, wie Werkelemente entstanden sind, und ohne die subjektiven Wertungen gegenüber offene Frage, worin die ästhetische Ausdruckskraft eines Werkes besteht und wie individuell sie ist.

Das Abstellen des EuGH auf die freie, kreative Entscheidung zeigt seine Stärken in der zentralen Bedeutung der maßgeblichen Kreativität und bildet darüber hinaus durch den Einschluss des Persönlichkeitsgedankens eine Synthese aus der kontinentaleuropäischen Tradition der Verbindung von Werk und Persönlichkeit des Autors und der modernen Form einer Abgrenzung, die auf wesentlichen Grundgedanken kreativen Schaffens aufbaut.¹³⁷

Die „individuelle ästhetische Ausdruckskraft“ in der deutschen Rechtsprechung stellt eine Orientierung an der Wirkung in den Vordergrund. Die dort genannte Ästhetik betrifft aber nicht das, was der EuGH unter Ästhetik versteht und ausdrücklich aus der Schutzfähigkeitsbestimmung ausgeschlossen wissen möchte. Der offene Ästhetikbegriff hat daher kaum Relevanz in der tatsächlichen Abgrenzung von Schutzfähigem und Schutzlosem. Mehr noch als im Falle der anderen genannten Ansätze kommt es daher für die „individuelle ästhetische Ausdruckskraft“ auf die Hilfskriterien an, die der BGH zur Abgrenzung im Einzelfall heranzieht.

III. Einzelfälle freier Werkelementbestimmung

Um sich Individualität, Originalität oder Eigentümlichkeit in der konkreten Beurteilung eines Musikstücks weiter anzunähern wird gerade in der prak-

137 *Leistner*, ZGE 2013, 4, 16. Siehe ferner auch *Metzger*, GRUR 2012, 118, 122.

tischen Fallbeurteilung häufiger auf negative Kriterien abgestellt.¹³⁸ Diese andere Seite der Medaille der Originalität betrachtet also die Frage, was *nicht* individuell, *nicht* originell beziehungsweise *nicht* eigentümlich ist. Hierfür haben sich gerade in der Rechtsprechung und Literatur mehrere Bereiche herausgebildet, die eine „Masse des Alltäglichen“, das „Banale“ oder schlicht das „Gemeingut“ bestimmbar machen sollen.¹³⁹

1. Regeln, Lehren und Zwänge im musikalischen Schaffen

Ein erster solcher Bereich wird von den Regeln, Zwängen und Lehren gebildet, also den Vorgaben, die in der Werkentstehung eine beschränkende Rolle spielen können. Auch wenn Regeln, Zwänge und Lehren vor allem einen werkherstellungsbezogenen Charakter haben, werden sie mal ausdrücklicher, mal weniger ausdrücklich im Rahmen jedes der oben vorgestellten Originalitätskonzepte diskutiert und gelten insbesondere bei EuGH und BGH als Ausschlussbegründung für die Originalität, Individualität oder Eigentümlichkeit.¹⁴⁰

Dabei können auch die Vorgaben in Form von Regeln, Lehren oder Zwängen sehr unterschiedliche Hintergründe haben: Sie können nämlich von außen vorgegeben sein, wie beispielsweise bei technischen Zwängen, wenn der technische Zweck des Gegenstands bereits feststeht. Sie können

138 *EuGH*, Urt. v. 16. Juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (= GRUR 2009, 1041) – *Infopaq/DDF*; *EuGH*, Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185) – *Cofemel/G-Star*; *EuGH*, Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736) – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get*; *BGH* GRUR 1981, 267 – *Dirlada*; *BGH* GRUR 2015, 1189 – *Goldrapper*. Vgl. aber auch in der Literatur: *Kummer*, Das urheberrechtlich schützbares Werk, 1968, 47 ff.

139 Siehe zu den ersten beiden Begriffen auch *Loewenheim/Leistner*, in: Schrickler/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 2 Rn. 53. Im Sinne eines weiten Gemeingutsbegriffs etwa *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 119 ff. und *Kummer*, Das urheberrechtlich schützbares Werk, 1968, 47–52. *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 122 f., 275 stellt den Dualismus von individuellen Zügen und Gemeingut dem Dualismus von Form und Inhalt gegenüber (zu dieser dichotomen Unterscheidung siehe C.), verfolgt also ein absolutes Konzept zur Abgrenzung und Gemeingut sei ferner „alles, was dem Schriftsteller oder Künstler durch Natur oder Geschichte vorgegeben ist.“

140 *EuGH*, Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185) – *Cofemel/G-Star*; *EuGH*, Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736) – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get*; *BGH* GRUR 2014, 175 – *Geburtstagszug*; *BGH* GRUR 2015, 1189 – *Goldrapper*. Differenzierend und kritisch bezüglich Musik aber schon *Kummer*, Das urheberrechtlich schützbares Werk, 1968, 148 ff.

sich aber auch aus Konventionen ergeben, wie es etwa bei künstlerischen Vorgaben der Fall ist.

a. Innere Vorgaben: Kompositionslehren

Der EuGH hat sich bislang in seinen Entscheidungen vor allem im Zusammenhang mit technischen Sachverhalten im Bereich angewandter Kunst geäußert: Die erforderliche Originalität eines Werkes liegt nach seiner Vorstellung dann nicht vor, wenn die „Schaffung eines Gegenstands durch technische Erwägungen, durch Regeln oder durch andere Zwänge bestimmt [wurde], die der Ausübung künstlerischer Freiheit keinen Raum gelassen haben“.¹⁴¹

Inwiefern dieses Verständnis von Regeln auch die Kompositionsregeln und die dortigen Lehren miteinschließt, beantwortete der EuGH bislang nicht explizit. Eine entscheidende Rolle spielt aber wohl die offen gehaltene künstlerische Freiheit.¹⁴² Sollten Kompositionsregeln als Regeln verstanden werden, welche die künstlerische Freiheit einschränken, würden sie also die Originalität nach diesen Maßstäben ausschließen.

Bereits klar entschieden ist in dieser Hinsicht die Rechtslage nach der deutschen Rechtsprechung, wo Kompositionslehren durchaus als Ausschlussfaktor der Eigentümlichkeit wahrgenommen werden. Das zeigt sich in der BGH-Rechtsprechung etwa im ersten Leitsatz des sogenannten *Goldrapper*-Urteils von 2015.¹⁴³ Dort werden die Lehren innerhalb des Musikschaffens explizit als entscheidend für Fragen der Eigentümlichkeit und somit des Urheberrechtsschutzes betrachtet:

„[...] Nicht dem Urheberrechtsschutz zugänglich ist [...] das rein handwerkliche Schaffen unter Verwendung formaler Gestaltungselemente, die auf den Lehren von Harmonik, Rhythmik und Melodik beruhen oder die – wie Tonfolgen einfachster Art oder bekannte rhythmische Strukturen – sonst zum musikalischen Allgemeingut gehören.“¹⁴⁴

141 *EuGH*, Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 31 – *Cofemel/G-Star*.

142 Vgl. schon zur wenig konkretisierten Bestimmung dieses Begriffs oben, A.II.1.a. Zum weiten begrifflichen Rahmen *Leistner*, GRUR 2019, 1114, 1118 f.; ferner *Leistner*, ZGE 2013, 4, 20.

143 *BGH* GRUR 2015, 1189, Leitsatz 1 – *Goldrapper*.

144 Ebd.

Ferner wird im dritten Leitsatz des *Goldrapper*-Urteils der Begriff der schöpferischen Eigentümlichkeit einer „maßgeblichen Abgrenzung“ zum „rein handwerklichen Schaffen unter Verwendung formaler Gestaltungselemente“ gegenübergestellt.¹⁴⁵

Mit dem Urteil wird so der *Status quo* dessen festgehalten, was über die letzten Jahrzehnte als Prüfungsmaßstab für die schöpferische Eigentümlichkeit in der Musik entwickelt wurde: Grundsätzlicher Anknüpfungspunkt ist das „rein handwerkliche Schaffen“, wie es der BGH etwa auch schon in den 60er-Jahren als Kriterium etablierte.¹⁴⁶ Weiter wird es konkretisiert durch den Zusatz der formalen Gestaltungselemente, unter deren Verwendung dieses ungeschützte Musikschaffen nach dem Urteil des BGH stattfindet.¹⁴⁷ Zu diesen formalen Gestaltungselementen gehören nach Ansicht des BGH neben dem sogenannten musikalischen Allgemeingut, auf das später zurückzukommen ist, insbesondere die Gestaltungselemente, die auf Lehren von Harmonik, Rhythmik und Melodik beruhen.¹⁴⁸

Die in diesem Zusammenhang maßgeblichen Begriffe entnahm die Rechtsprechung unverkennbar dem musikwissenschaftlichen oder zumindest musikalischen Bereich. Inwiefern Erkenntnisse und Begriffe aus der Musikforschung auf das Musikurheberrecht Anwendung finden können, wurde bereits im Allgemeinen kritisch erörtert.¹⁴⁹ Der dritte Leitsatz des *Goldrapper*-Urteils macht aber im Fall der oben genannten Begriffe von handwerklichem Schaffen, musiktheoretischen Lehren und musikalischem Allgemeingut selbst deutlich, dass zu deren Bestimmung am Werk in der Regel ein Sachverständiger – im konkreten Fall also ein Musikwissenschaftler oder sonstiger Experte im Bereich der Musik – herangezogen werden muss.¹⁵⁰ Das ist auch sachgerecht, da die Begriffe auf Kernelemente abzielen, die im musikalischen Bereich begrifflich geprägt wurden, wie etwa die Harmo-

145 Ebd.

146 Vgl. BGH GRUR 1968, 321, 325 – *Haselnuß*; dort in Anlehnung an ein vorliegendes Fachgutachten.

147 BGH GRUR 2015, 1189, Leitsatz 3 – *Goldrapper*. Der Zusatz „unter Verwendung formaler Gestaltungselemente“ ist wohl so aufzufassen, dass es das handwerkliche Schaffen in der Musik näher beschreiben soll. Es würde wenig Sinn ergeben, den Zusatz so zu verstehen, dass handwerkliches Schaffen grundsätzlich geschützt sein könnte, aber nur solches ausgeschlossen wäre, das auch formale Gestaltungselemente verwendet.

148 Zum Begriff des musikalischen Allgemeinguts näher unter A.III.3.

149 Siehe Kapitel 1 C. Dort wurde dargelegt, dass die nicht-juristische Ansicht regelmäßig nicht über die juristische Begriffsbestimmung entscheiden kann, da zumindest Rechtsbegriffe auch juristisch autonom auszulegen sind.

150 BGH GRUR 2015, 1189, Leitsatz 3 u. Rn. 64 – *Goldrapper*.

nielehre. Es sind also Kriterien, die bereits in ihrer Anlage zeigen, dass sie die Brücke von den abstrakten Rechtsbegriffen hin zum musikalischen Expertenwissen schlagen sollen.

Der Begriff der „Lehren von Harmonik, Rhythmik und Melodik“ lässt letztlich gar keine andere Möglichkeit zu, als ein Verständnis, dass sich aus der Musikwissenschaft (im weiteren Sinne) ergibt, wo die Lehren auch begründet liegen.

aa. Musikalische Bestimmung der Begriffe

Eine Bestimmung der „Lehren von Harmonik, Rhythmik und Melodik“ begegnet zunächst einem prinzipiellen Problem, das mit dem Wesen von musiktheoretischen¹⁵¹ Lehrmeinungen zusammenhängt. Sie werden nicht in einem allgemeingültigen Stand kanonisiert. So ist es nicht selbstverständlich, überhaupt den „Stand“ einer dieser Lehren bestimmen zu können.¹⁵² Über den Inhalt dieser Lehren bestehen unterschiedliche Herangehensweisen der Feststellung und entsprechend auch kontroverse Verständnisse.¹⁵³ Sie können – zumindest bislang – nur zu einem geringen Anteil als naturwissenschaftliche oder mathematische Erkenntnisse bezeichnet werden.¹⁵⁴ Es

151 Der Musiktheoriebegriff wird hier in dem Sinne verwendet, als dass er klassische Lehrfächer zusammenfasst wie die Harmonielehre, Kontrapunkt, Formenlehre, Melodielehre oder Rhythmuslehre. Vgl. etwa *Rummenhöller*, Art. „Harmonielehre“, in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1996): „Die Lehre in der Musiktheorie (wie sie als traditioneller Kanon heute an Musikhochschulen und Universitäten gelehrt wird) umfasst die Allgemeine Musiklehre, die Harmonielehre mit der Modulationslehre und den Kontrapunkt; die Formenlehre als die Zusammenstellung gängiger formaler Schemata in der Musik, Melodielehre, Lehre der Rhythmik und Metrik und Instrumentationslehre seien hinzugerechnet.“; vgl. ferner auch *Eggebrecht*, in: *Zaminer* (Hrsg.), *Geschichte der Musiktheorie*, Bd. 1, *Ideen zu einer Geschichte der Musiktheorie. Einleitung in das Gesamtwerk*, 40. Neuere Musiktheoriebegriffe zielen oft auf ein geschichtlich unabhängigeres Konzept, s. *Sachs*, Art. „Musiktheorie“, in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1997).

152 „Historiographische Reflexionen“ und darüber hinausgehende Gedanken finden sich hierzu bei *Dahlhaus*, *Musiktheorie im 18. und 19. Jh.*, 1984, 160.

153 Vgl. für einen (nicht stets neutral gestalteten) Überblick zu unterschiedlichen „Instanzen musiktheoretischen Denkens“: *Dahlhaus*, *Musiktheorie im 18. und 19. Jh.*, 1984, 34 ff.

154 Ein grober Überblick über mathematische Herangehensweisen findet sich bei *Noll*, *Zeitschrift der Gesellschaft für Musiktheorie* 2005, 229; siehe ferner auch *Neumann*, *Acta Musicologica* 1969, 85. Eher kritisch zu naturwissenschaftlicher Herangehens-

lohnt daher der Blick auf die Geschichte und die daraus folgende Bedeutung dieser Lehren.

bb. Entwicklung und Bedeutung

Ein Wesenskern dieser musiktheoretischen Lehren liegt in ihrer Entwicklung begründet. Sie sind kaum ohne eine historische Betrachtung verständlich, wengleich eine rein historisch-gesellschaftliche Begründung sie nicht vollständig erklären kann.¹⁵⁵

Theoretische Überlegungen zum Aufbau und Schaffen von Musik bestehen, seit ästhetische Überlegungen in Bezug auf Musik angestellt wurden. Frühe umfassendere Verschriftlichungen musiktheoretischer Art entstanden schon in der Antike.¹⁵⁶ Ihr Ursprung liegt in der „Reflexion einer offenbar bedeutsamen musikalischen Praxis“.¹⁵⁷ Die bereits bestehende und als wohlklingend empfundene Musik wurde also abstrahiert betrachtet und so gewissen Theorien zugeführt.¹⁵⁸ Dabei sticht eine Zunahme des Zwecks, eine praktische Anleitung für das Musikschaffen zu liefern, in späteren Jahrhunderten immer stärker hervor – nicht zuletzt befeuert durch die steigende Bedeutung der Mehrstimmigkeit.¹⁵⁹ Erste anleitende Theorien zur Mehrstimmigkeit orientieren sich vor allem an der Konsonanz und lehnen den (umfassenden) Einbezug von Dissonanzen in der Komposition ab.¹⁶⁰

Mit unterschiedlichen ästhetischen Vorlieben im Musikschaffen entstanden unterschiedliche dominierende Vorgaben für den Tonsatz. Vor allem im 17. und 18. Jahrhundert verbreitete sich die gerade für heutige populäre Musik

weise: *Reinecke*, in: *Zaminer* (Hrsg.), *Geschichte der Musiktheorie*, Bd. 1, *Ideen zu einer Geschichte der Musiktheorie*. Einleitung in das Gesamtwerk, 131.

155 Siehe *Dahlhaus*, in: *Zaminer* (Hrsg.), *Geschichte der Musiktheorie*, Bd. 1, *Ideen zu einer Geschichte der Musiktheorie*. Einleitung in das Gesamtwerk, 8, 28 ff.; Vgl. insb. zur Harmonielehre *Rummenholler*, Art. „Harmonielehre“, in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1996).

156 Siehe beispielsweise aus dem 4. und 5. Jahrhundert n. Chr. in moderner Edition: *Augustinus*, *De musica*: Bücher I und VI, 2002; Vgl. auch *Sachs*, Art. „Musiktheorie“, in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1997).

157 *Sachs*, Art. „Musiktheorie“, in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1997).

158 *Eingängiger zum Verhältnis von Theorie und Praxis mit Fokus auf der Geschichtlichkeit*: *Dahlhaus*, *Musiktheorie im 18. und 19. Jh.*, 1984, 147 ff.

159 *Sachs*, Art. „Musiktheorie“, in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1997).

160 *Dahlhaus*, *Musiktheorie im 18. und 19. Jh.*, 1984, 38 kritisiert indes die Vorstellung, dass die „Kontrastierung von Konsonanz und Dissonanz“ schon in der Antike nicht als menschliche Setzung, sondern natürliche Gegebenheit verstanden wurde.

sehr bedeutsame Harmonielehre, die sich auch bis ins 20. Jahrhundert noch stark weiterentwickelte.¹⁶¹

Die Entwicklung der Lehren schritt dabei vornehmlich nicht durch das theoretische Ausdenken neuer Regeln und Entwickeln neuer Theorien fort, die dann erst in die Praxis umgesetzt worden wären. Sie nahm ihren Fortgang vielmehr durch das Überschreiten vorhandener Regeln und Lehren in der Praxis, was durch nachträgliche Analyse wiederum theoretisch eingeordnet wurde.¹⁶² Wie schon oben in Bezug auf die Antike dargelegt, entstanden musiktheoretische Regeln auch in späteren Jahren vor allem durch die Reflexion der musikalischen Praxis. Der Musikwissenschaftler *Hans Heinrich Eggebrecht* drückt dies konzise so aus:

„Das Denken des Musiktheoretikers abstrahiert das Abstrahierbare der als Musikpraxis vorliegenden Erscheinungen, versucht es begrifflich zu begründen und bringt es in Regeln und in ein Regelsystem, das als Handlungsanweisung auf das Hervorbringen von Musik gerichtet ist.“¹⁶³

Diese Ausrichtung an der musikalischen Praxis zeigt aber auch, dass die musiktheoretischen Vorstellungen – zumindest in ihrer heutigen Verfassung – maßgeblich durch ästhetische Idealvorstellungen beeinflusst wurden und werden können.¹⁶⁴ Die in der musikalischen Praxis jeweils vorherrschenden Idealvorstellungen können ersichtlich divergieren. Das betrifft zum einen unterschiedliche Vorstellungen in historischer Hinsicht, beispielweise die ästhetische Vorstellung des 16. Jahrhunderts im Vergleich zum 19. Jahrhundert; es betrifft aber auch unterschiedliche Idealvorstellungen, deren Ursache nicht in zeitlichen, sondern in musikethnologischen oder soziokulturellen Gegebenheiten liegt.¹⁶⁵

161 Siehe *Rösing*, in: *Helms/Phleps* (Hrsg.), *Black Box Pop. Analysen populärer Musik*, 257, 258. Für eine detaillierte Darstellung der komplexen und umfassenden Geschichte der Musiktheorie, siehe die hier nur in wenigen Einzelbänden zitierte Reihe *Zaminer/Erteilt* (Hrsg.), *Geschichte der Musiktheorie*.

162 Siehe *Eggebrecht*, in: *Zaminer* (Hrsg.), *Geschichte der Musiktheorie*, Bd. 1, *Ideen zu einer Geschichte der Musiktheorie*. Einleitung in das Gesamtwerk, 40.

163 Ebd.

164 Entsprechend ging *Helmholtz*, *Lehre von den Tonempfindungen*, 1913 im 19. Jahrhundert davon aus, dass die Regeln und Mittel der Kompositionslehre lediglich einem bestimmten (ästhetischen) Zweck innerhalb eines Stiles dienen.

165 Vgl. etwa *Zaminer*, in: *Zaminer* (Hrsg.), *Geschichte der Musiktheorie*, Bd. 1, *Ideen zu einer Geschichte der Musiktheorie*. Einleitung in das Gesamtwerk, 119, der mit der Untersuchung von abendländischer Musiktheorie implizit eine Unterscheidung nach kulturellen Unterschieden vornimmt.

Folglich ist auch die Entscheidung für oder gegen eine bestimmte Regel gleichzeitig eine Entscheidung über die ästhetische Zielvorstellung. Die dargestellte Entwicklung und Bedeutung legt damit ein grundlegendes Prinzip des Verständnisses von Regelmäßigkeit im Bereich der Kompositionslehren offen: Die Handlungsempfehlung der Kompositionslehre ist letztlich so gut wie nie alternativlos und ihre Befolgung setzt eine kreative oder zumindest ästhetische Entscheidung voraus; sie ist also kein Zeichen von Zwanghaftigkeit.¹⁶⁶

cc. Konsequenzen für die juristischen Kategorien

Für die juristischen Kriterien der Regelmäßigkeit und des handwerklichen Schaffens hat das weitreichende Konsequenzen. Das musikalische Schaffen nach Kompositionslehren ist ein elementarer Bestandteil des kreativen Musikschaffens, der in seinem reziproken Verhältnis zur musikalischen Praxis jede Formgestaltung von Musik mitgestaltet. „Handwerkliches“ Musikschaffen, das auf Kompositionslehren basiert, ist nicht frei von ästhetischen Erwägungen und kann dementsprechend auch kaum als Gegensatz zu dem gesehen werden, was der BGH sonst als schutzfähig erachtet.¹⁶⁷ Mit dem Ausschluss des handwerklichen Schaffens und der auf musiktheoretischen Lehren basierenden Kompositionselemente aus der schöpferischen Eigen-

166 Ein Beispiel liefert *Dahlhaus*, Entstehung der harmonischen Tonalität, 1968, 56 in anderem Kontext. So entspricht eine Vollkadenz oder „authentische Kadenz“ (T-S-D-T) der tonalen Harmonik ebenso wie es eine plagale Kadenz (T-D-S-T) tut. Die Kadenzwirkung mag sich unterscheiden, aber die Lehre zwingt nicht, sie schlägt vor. *Riemann* begründete zwar später die Lehren und Regeln nicht mit einem einfachen stilistischen Zweck, sondern mit der Natur der Sache und somit einer Art naturgesetzlicher Argumentation. Allerdings ist auch dieser naturgesetzliche Begriff insofern nicht ganz treffend, als *Riemann* mehrere Möglichkeiten und nicht eine vom Gesetz vorgegebene Option als Natur der Sache versteht, vgl. *Dahlhaus*, Entstehung der harmonischen Tonalität, 1968, 52.

167 Siehe *Menke*, in: *Jefšulat* (Hrsg.), Mythos Handwerk? Zur Rolle der Musiktheorie in aktueller Komposition, 175. Eine Abgrenzung könnte höchstens verständlich sein, wenn der BGH dem handwerklichen Schaffen eine Genieästhetik gegenüberstellt (siehe a.a.O., 182). Eine so hohe künstlerische Gestaltungshöhe wäre weder ohne wertende Elemente möglich noch entspricht sie der tatsächlichen Praxis der deutschen Rechtsprechung.

tümlichkeit bleibt der BGH einer Musikanschauung verhaftet, die nach moderner Betrachtungsweise daher schwer tragbar ist.¹⁶⁸

Für den EuGH besteht zwar die Grundannahme, dass eine Regelhaftigkeit die künstlerische Freiheit einschränke und damit der Originalität eines Werkes entgegenstehe.¹⁶⁹ Betrachtet man allerdings das hier Dargelegte, zeigt sich: Die Lehren und Regeln sind ästhetische Anleitungen, die dem Musikschaffenden (der Erfahrung nach) wohlklingende Möglichkeiten in einem Tonsatz aufzeigen, aber nicht zu einem bestimmten Tonsatz zwingen. Wie oben gezeigt, ist der Komponist daher trotz Regeln in zweierlei Hinsicht frei: zum einen in Bezug auf die Entscheidungen innerhalb der von den Regeln vorgesehenen Möglichkeiten, die nie konkreten Handlungszwang mit sich bringen, sondern Optionen für bestimmte ästhetische Wirkung eröffnen; zum anderen ist spätestens seit Beginn der Atonalität die Entscheidung für eine Kompositionslehre auch gleichzeitig selbst eine freie kreative Gestaltungsüberlegung. Die Kompositionsregeln sind deshalb gerade keine Regeln im Sinne der EuGH-Rechtsprechung, da sie die künstlerische Freiheit letztlich nicht einschränken.¹⁷⁰

b. Funktionelle Vorgaben und Auftragskompositionen

Im Fall funktioneller Ziele stehen die Vorgaben nicht mit der künstlerischen Zielsetzung in Zusammenhang, sondern folgen aus äußeren Umständen. Auch das ist in der Musik möglich, wenngleich selten.

Das kann etwa dann angenommen werden, wenn der Rhythmus eines Raps oder einer musikalischen Tonfolge dem natürlichen Sprechrhythmus eines vorgegebenen Werbeslogans folgen soll.¹⁷¹ Ähnlich könnte es wohl zu beurteilen sein, wenn kreative Überlegungen deshalb in den Hintergrund treten, weil eine spezifische nicht-ästhetische Wirkung den Kompositionsprozess bestimmt. So etwa in der bereits oben genannten möglicherweise verfolgten

168 Vgl. entfernt *Menke*, in: *Jefsulat* (Hrsg.), *Mythos Handwerk? Zur Rolle der Musiktheorie in aktueller Komposition*, 175.

169 Siehe *EuGH*, Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 31 – *Cofemel/G-Star*. Vgl. *Leistner*, ZGE 2013, 4, 19 f.

170 Vgl. in ähnlichem Sinne für literarische Werke: *Handig*, GRUR Int. 2012, 973, 977; ferner in allgemeinem Kontext auch *Leistner*, ZGE 2013, 4, 20.

171 *LG München I* ZUM 2010, 913, 915; undifferenzierter in dieser Hinsicht aber das Berufungsurteil: *OLG München* ZUM 2011, 928 – *Melodienfolge eines Werbejingles*.

Signalwirkung im Fall von Alarmtönen;¹⁷² selbst kurzen Jingles wird aber in der Regel ein gewisser ästhetischer Zweck in Form eines spezifischen Klangerlebnisses zu entnehmen sein.¹⁷³

Eine weitere solche eingeschränkte Entscheidungsfreiheit könnte man vorsichtig im Falle von Auftragskompositionen vermuten, etwa hinsichtlich der Instrumentation, wenn eine bestimmte Gattung von außen vorgegeben wird. Die äußeren Zwänge in der Auftragskomposition können aber auch im engen Zusammenhang mit der Auswahl bestimmter Kompositionsregeln stehen. Ein Beispiel verdeutlicht dies: Für einen Film, der in einem Kloster im 10. Jahrhundert spielt, wird der Komponist mit der Auftragskomposition betraut, die Filmmusik zu verfassen. Es ist anzunehmen, dass sich der Komponist hier der Regelmäßigkeit der „Gattung“, also einer Ästhetik des 10. Jahrhunderts, unterwirft. Daher könnte in diesem Ausnahmefall durchaus die kreative kompositorische Entscheidungsfreiheit – sehr gering – eingeschränkt sein, was die konkrete Auswahl eines solchen Gestaltungsmittels angeht. Selbst im Falle einer Auftragskomposition ist aber nur vorsichtig eine prinzipielle derartige Beschränkung von Entscheidungsfreiheit im musikalischen Schaffen anzunehmen, da jedenfalls für den Großteil der kompositorischen Entscheidungen kaum ein umfassender Zwang angenommen werden kann.

c. Fazit

Es kann zusammenfassend zwischen solchen Regeln und Zwängen unterschieden werden, die von innen auferlegt werden, wie den Kompositionsregeln, und solchen, die von außen an das musikalische Schaffen herangetragen werden. Die erstgenannten dienen einer inneren Zweckmäßigkeit des musikalischen Schaffens, nämlich dessen ästhetischen Zielen und somit dem Werkgenuss selbst.¹⁷⁴ Die letztgenannten haben eine Zielrichtung außerhalb der Wahrnehmung, sie verfolgen also mit dem akustischen Erlebnis technisch, funktional oder durch Aufträge bestimmte Wirkungen. Dabei wird deutlich, dass in den letzten Fällen durchaus eine Einschränkung der künstlerischen Freiheit im Sinne des EuGH vorliegt. Die inneren Regeln hingegen sind eher typischer Teil des künstlerischen Prozesses und dürfen nicht als einschränkende Elemente wahrgenommen werden.

172 OLG Hamburg ZUM 2002, 480, 482.

173 Ebd.

174 Siehe zur ästhetischen Zweckbestimmung und dem Werkgenuss *Sucker*, Der digitale Werkgenuss, 2014, 31 ff.

Sieht man daher das Urheberrecht unter dem Ziel eines Schutzes künstlerischen Schaffens in der Musik, wie es der EuGH tut, erscheint es lediglich zielgerecht, die Kompositionsregeln nicht unter die einschränkenden Elemente der Schutzfähigkeit zu zählen.¹⁷⁵ Da hiermit regelmäßig auch eine gewisse kulturelle Wertung verbunden ist,¹⁷⁶ ist es im Sinne objektiver urheberrechtlicher Schutzkriterien sinnvoll, derartige Elemente generell nicht als Maßstab des urheberrechtlichen Schutzes von Musikwerken anzuwenden.

2. Der musikalische Stil

Als Faustformel gilt ferner, ein Stil sei nicht schutzfähig.¹⁷⁷ Hierbei wird vor allem auf das Interesse der Allgemeinheit verwiesen und darauf, dass gewisse stilistische Elemente nicht monopolisiert werden könnten.¹⁷⁸ Ein solcher Ausschluss des Stils von der Schutzfähigkeit kann in zweierlei Kontexten relevant werden. Zum einen soll ein Stil an sich keinen Schutzbereich eröffnen, zum anderen kann es auch so verstanden werden, dass stilistische Eigenschaften bei der Prüfung der Schutzfähigkeit nicht ins Gewicht fallen sollen.

Was aber genau einen Stil oder eine bestimmte Technik ausmacht und wo die Grenze zwischen Stil und schutzwürdigem stilprägendem Werk zu ziehen ist, wird selten deutlich gemacht.

Die Bestimmung dessen, was Stil im Einzelnen bezeichnet, ist auch insofern schwierig, als der Begriff keinen über lange Zeit geformten Rechtsbegriff darstellt, sondern seinen Weg über die Alltagssprache in die rechtswissenschaftliche Literatur fand. In der Alltagssprache bestehen aber zahlreiche unterschiedliche Verwendungen des Begriffs Stil. Gerade bei künstlerischen Tätigkeiten kann sich der Stil eines Werkes auf unterschiedliche Dinge beziehen: den Stil der Epoche, den der jeweiligen Gattung, den des jeweiligen Autors, oder der Begriff kann ganz spezifisch einen besonderen neuen Werkstil bezeichnen.¹⁷⁹ Sogar in Bezug auf qualitative Wertungen wird der

175 Vgl. in allgemeinerem Kontext *Handig*, GRUR Int. 2012, 973, 977; *Leistner*, ZGE 2013, 4, 20.

176 Man berücksichtige insofern auch die Ausführungen in *BGH* GRUR 1981, 267, 269 – *Dirlada* zur „fremdländischen Folklore“.

177 Etwa *Loewenheim/Leistner*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), *Handbuch des Urheberrechts*, 3. Aufl. 2021, § 7 Schutzgegenstand Rn. 2.

178 *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 40.

179 *Dahlhaus*, in: *Dahlhaus* (Hrsg.), *Funkkolleg Musikgeschichte*, Studienbegleitbrief 1, 66, 89 unterscheidet etwa: Epochenstil, Nationalstil, Gattungsstil und Personalstil.

Begriff verwandt.¹⁸⁰ In der Musik kann der Begriff des Musikstils auch als Synonym zum musikalischen Genre Verwendung finden.¹⁸¹

Abgesehen von der qualitativ-wertenden Bedeutung stimmen die unterschiedlichen Begriffsverwendungen in manchen prägenden Merkmalen überein. Zum einen umfasst der Stilbegriff nach sämtlichen Verständnissen besonders typische Elemente: In diesem Sinne versteht etwa der Duden den Stil bezüglich der Kunst als „das, was im Hinblick auf Ausdrucksform, Gestaltungsweise, formale und inhaltliche Tendenz o. Ä. wesentlich, charakteristisch, typisch ist“.¹⁸²

Gerade in Verbindung mit der Typizität müssen Elemente regelmäßig auch mehrmals verwendet werden, um als stilistisch zu gelten.¹⁸³ Der Stil zielt also auch grundsätzlich darauf ab, dass Elemente gehäuft vorkommen müssen.

Zuletzt ist für die Differenzierung, welche Art des Stiles vorliegt, der Bezugspunkt der Häufung entscheidend. Die stilistischen Elemente können also ferner in einem bestimmten Bereich verallgemeinert oder abstrahiert werden. Das kann einen einzelnen Künstler betreffen oder ein einzelnes Werk; es kann aber auch auf eine ganze Epoche bezogen sein, wie etwa stilistische Elemente der Wiener Klassik.

Vor diesem Hintergrund kann hinterfragt werden, welche der Aspekte es sind, die eine Schutzlosigkeit des Stiles rechtfertigen. Die Typizität gibt für sich genommen keinen Anhaltspunkt dafür, einen Schutz auch von Stilelementen zu versagen, denn gerade charakteristische Elemente sind häufig entscheidend für den urheberrechtlichen Schutz. Das wiederholte Auftreten von Elementen kann die Schutzfähigkeit zumindest teilweise infrage stellen, nämlich im Hinblick darauf, dass Elemente als älter und vorbekannt gelten können, wenn sie wiederholt auftreten. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Stil aus einer ganzen Gattung oder einer Epoche abstrahiert werden kann, der Künstler also schlicht auf sie zurückgreift.

In drei Bereichen ist allerdings die Pauschalisierung, Stil sei nicht geschützt, problematisch.

180 Etwa im Sinne von „stilvoll“ oder „stillos“, *Reponow*, SDHI 2017, 101, 105.

181 Vgl. beispielsweise die Verwendung bei *Ruth/Bullerjahn*, in: *Auhagen/Bullerjahn/von Georgi* (Hrsg.), *Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft für Musikpsychologie*. Band 25: *Musikpsychologie – Anwendungsorientierte Forschung*, 92, 103.

182 *Dudenredaktion*, Art. „Stil“ in: *Duden online*, URL: <https://www.duden.de/node/174140/revision/174176> (Abrufdatum: 24. August 2022).

183 Siehe *Dahlhaus*, in: *Dahlhaus* (Hrsg.), *Funkkolleg Musikgeschichte*, Studienbegleitbrief 1, 66, 89.

Zum einen betrifft das einen spezifischen Werkstil oder einen spezifischen Personalstil. Wenn der Stil nämlich nur die typischen wiederkehrenden Elemente eines bestimmten Werkes abstrahiert oder den Stil eines konkreten Autors beschreibt, kann er zum einen maßgeblich zur individuellen Ausdruckskraft beitragen, er entspringt regelmäßig der freien kreativen Entscheidung eines einzelnen Urhebers und zeigt obendrein nicht selten eine gewisse Neuheit gegenüber anderen Werken derselben Gattung oder Entstehungszeit.¹⁸⁴ Es ergibt sich gegenüber sonstigen Elementen auch kein Grund, warum dieser Werk- oder der Personalstil nicht auch Schutz erfahren könnte und sollte. Er ist nicht auf andere Weise Teil der persönlichen geistigen Schöpfung des Autors als andere Elemente.¹⁸⁵

Der zweite Fall betrifft den Bereich eines Stils von Genres, Gattungen oder Epochen in seiner Anfangsphase. In den seltenen Fällen von stilprägenden Elementen ist den Stilelementen nämlich ebenfalls eine gewisse Neuheit eigen.¹⁸⁶ Diese neuen Elemente werden im Einzelfall kaum von anderen neuen Elementen zu unterscheiden sein. Sie sind aber entscheidend für den Höreindruck und die Gestalt des Werks. Das bedeutet, dass sich bei einem späteren Werk, das diesen Stil übernimmt, notgedrungen gewisse Ähnlichkeiten der Gestaltungsparameter ergeben.

Der dritte Fall, in dem der behauptete Schutzausschluss des Stils problematisch ist, liegt in der Kombination von Stilelementen in einer neuen Art und Weise oder in der Verbindung mit anderen Elementen. Wird der Stil nicht von seinen Stilelementen her betrachtet, sondern als Abstraktion, wird zwar deutlich, dass es zumindest nicht zielführend ist, ein Ausschlussrecht für einen Gattungs- oder Epochenstil zu erfassen. Das bedeutet aber gerade nicht, dass die stilistischen Gestaltungselemente nicht durchaus dazu beitragen können, als ein Parameter von vielen die Schutzfähigkeit eines Werkes mitzuprägen.¹⁸⁷

Vor dem Hintergrund dieser drei gewichtigen Fallbeispiele ist die Aussage, der Stil sei urheberrechtlich nicht geschützt, nur bedingt als Maßstab in der Beurteilung der Originalität heranziehbar. Zwar wird die Schutzfähigkeit in

184 Vgl. die drei obigen Grundkonzeptionen der Originalität A.II.

185 In diesem Sinne auch *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 46: „Nicht der ‚Hundertwasserstil‘ genießt Schutz, sondern der jeweilige Gegenstand, den dieser Stil prägt, z.B. das in diesem Stil geschaffene Bauwerk (OGH ZUM-RD 2003, 451, 453 – Hundertwasser-Haus).“ Vgl. auch *BGH GRUR* 1988, 690, 692 – *Kristallfiguren*.

186 *BGH GRUR* 1988, 690, 692 – *Kristallfiguren*; Siehe hierzu auch *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 35, 45.

187 *BGH GRUR* 1988, 690, 692 – *Kristallfiguren*.

vielen Fällen des Gattungs- oder Epochenstils angesichts der Vorbekanntheit fehlen,¹⁸⁸ allerdings ist für viele andere Begriffsverwendungen von „Stil“ keine generelle urheberrechtliche Schutzlosigkeit anzunehmen. Die vermeintliche Faustregel sollte daher nicht als Maßgabe für die urheberrechtliche Schutzfähigkeit gelten.

3. Musikalischer Formenschatz und sonstiges musikalisches Allgemeingut

Neben diesen Kategorien wird teilweise ein bestimmter musikalischer Formenschatz als ungeschützt betrachtet.¹⁸⁹ Dahinter steht die Überlegung, dass manche Elemente schlicht deshalb nicht geschützt sind, weil sie als vorbekannt vorausgesetzt werden.

a. Schwerpunkt auf subjektivem Formenschatz

In EuGH-Entscheidungen hat ein objektiv ungeschützter Formenschatz bislang eine eher geringe Rolle für die Bestimmung der Schutzfähigkeit und wurde in Bezug auf Musikwerke noch nicht näher beschrieben. Wie bereits oben dargelegt, erachtet der EuGH aber zumindest einzelne Wörter bedingungslos als nicht schutzfähig.¹⁹⁰ Wenngleich in sehr kleinem Rahmen, zählen sie damit wohl zu dem, was im Kontext der EuGH-Rechtsprechung als objektiver Formenschatz der Sprache bezeichnet werden könnte und aus eben diesem Grund nicht dem Schutz zugänglich sein sollte. Ähnlich könnte diese Überlegung auf einzelne Töne angewandt werden.¹⁹¹ Allerdings äußerte sich der EuGH zu musikalischen Elementen in diesem Zusammenhang bislang nicht.

Darüber hinaus ist im Rahmen freier, kreativer Entscheidungen ein musikalischer Formenschatz schwerpunktmäßig insofern relevant, als er die Entscheidungen eines jeweiligen Komponisten beeinflusst. Ist dem jeweiligen Komponisten etwa eine bestimmte Tonfolge schon bekannt und bildet sie

188 So auch für den eng verwandten Bereich der Methode oder Technik. Siehe zur Zwölftontechnik etwa *Hilty*, Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 181, 253.

189 Explizit unter Verwendung des Begriffs „Formenschatz“: *LG München I* ZUM 2003, 245, 247 f.; *LG Hamburg* ZUM 2015, 699; *Erdmann*, CR1986, 249, 253; vgl. im Übrigen *BGH* GRUR 2015, 1189 – *Goldrapper*; *BGH* GRUR 1981, 267 – *Dirlada*.

190 *EuGH*, Urt. v. 16. Juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (= GRUR 2009, 1041), Rn. 46 – *Infopaq/DDF*.

191 Siehe hierzu oben A.II.1.c.

somit einen Bestandteil seines persönlichen „subjektiven“ Formenschatzes, dann kann sich eine freie kreative Entscheidung höchstens noch auf Auswahl und Einfügung des gesamten vorbekannten Elementes beziehen. Am abgeschlossenen Musikstück lässt sich das aber kaum noch nachvollziehen.¹⁹² Die Rekonstruktion der spezifischen Vorbildung eines Komponisten zum Zeitpunkt seines Schaffensprozesses ist angesichts der Schutzdauer des Urheberrechts praktisch ausgeschlossen.¹⁹³ Insofern wird im Zweifel der subjektive Formenschatz aus Praktikabilitätsgründen unberücksichtigt bleiben müssen.

b. Schwerpunkt auf kulturell bestimmtem Formenschatz

Eine nähere objektive Differenzierung, was unter einem Formenschatz oder dem musikalischen Allgemeingut verstanden werden kann, trifft der BGH. Dort wird ein solcher Formenschatz zumeist wie die Komposition nach Kompositionsregeln unter den Begriff des musikalischen Allgemeinguts gefasst.¹⁹⁴ Explizit werden „Tonfolgen einfachster Art oder bekannte rhythmische Strukturen“¹⁹⁵ als Beispiele für das sonstige musikalische Allgemeingut genannt. Daneben ordnet der BGH auch solche Elemente dem musikalischen Allgemeingut zu, die er nicht für ausreichend künstlerisch betrachtet, weil sie etwa für eine Gattung oder aus sonstigen Gründen als Routine gelten.¹⁹⁶

Mit Tonfolgen einfachster Art und bekannten rhythmischen Strukturen sind vor allem solche Gestaltungselemente benannt, die gemeinhin als Banalitäten gelten.¹⁹⁷ Eine einfach gehaltene und aus fünf Tönen bestehende Tonfolge ist dem OLG München folgend wohl als eine solche Tonfolge

192 Siehe hierzu bereits A.II.1.b.

193 *Hilty*, Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 155 bringt dieses Problem in seiner Kritik der subjektiven Neuheit auf den Punkt: „Mit einer Schutzfrist von 70 Jahren nach dem Tode [...] wäre heute z.B. noch danach zu forschen, was ein damals junger Urheber zu Beginn des letzten Jahrhunderts kannte, der in den 1950er-Jahren verstarb.“

194 Siehe insb. *BGH GRUR* 2015, 1189, Rn. 44 – *Goldrapper*.

195 Ebd.

196 *BGH GRUR* 2015, 1189, Rn. 54 – *Goldrapper*; zum Ausschluss der Schutzfähigkeit musikalischen Stils siehe ferner unten: A.III.2.

197 Dies muss nicht zwingend an der Länge einer Sequenz festzumachen sein. So kann nach *OLG Hamburg GRUR* 2022, 1217, Rn. 108 auch eine zweisekündige Sequenz hinreichend sein, wenn dem Rhythmusgefüge hinreichende Individualität zukommt.

einfachster Art zu betrachten.¹⁹⁸ Bei Beispielen für bekannte Rhythmen könnte man an Tanzmusik – etwa an einen Walzer-Rhythmus oder einen Samba-Rhythmus – denken. Offen bleibt allerdings, für wen die Rhythmen bekannt sein müssen und wer Tonfolgen als „einfach“ empfinden soll. Abgrenzungsfragen können sich daher in beinahe jedem Musikwerk ergeben: Ist etwa eine leicht modifizierte Dur-Tonleiter noch einfach? Ist ein Bossa-Nova-Rhythmus „bekannt“? Oder ist er dies nur in Brasilien? Und ist eine solche regionale Bekanntheit noch relevant für die Schutzfähigkeit?

Ähnliche Fragen stellen sich auch, wenn man die übrigen vom BGH ausgeschlossenen Elemente betrachtet. Solche Elemente, die der BGH nicht mit Gewissheit außerhalb von Routinen verortet, sind etwa bestimmte Klangelemente des Gothic¹⁹⁹ oder aber auch das „uns vertraute Volksliedgut“²⁰⁰. Sind diese musikalischen Gestaltungselemente, die innerhalb einer Gattung vorkommen, nun aber tatsächlich „Allgemeingut“?

Der BGH geht anscheinend von der Annahme aus, dass ein derartiger Formenschatz allgemeingültig und objektiv feststellbar ist und weist hier auf die Hilfe durch musikalische Sachverständige hin.²⁰¹ Dem musikalischen Formenschatz soll sich damit wohl nicht nur aus dem Blick auf das Vorbekannte, sondern auch aus einer kulturell-kunstgeschichtlichen Perspektive angenähert werden: Die zentrale Frage, die hier die Prüfung des musikalischen Allgemeingutes bestimmt, zielt nicht darauf ab, welche Elemente bereits nachweisbar vor dem zu untersuchenden Schutzgegenstand in der Geschichte auftraten und inwiefern sich der Schutzgegenstand hiervon abhebt, sie richtet sich aber auch nicht strikt nach der Perspektive des jeweiligen Komponisten. Insofern wird hier weder ein „subjektiver“ noch ein „objektiver“ Neuheitsbegriff verfolgt. Die eigentliche Frage ist eher, ob es für die vom BGH angenommene Allgemeinheit („uns“²⁰²) neu *scheint*.

Das ruft allerdings mehrere Probleme hervor. Angesichts der Weite von solchen Konzepten wie musikalischem Formenschatz oder Elementen, die „sonst zum musikalischen Allgemeingut“²⁰³ gehören, besteht effektiv eine große Rechtsunsicherheit und Einflussmöglichkeit subjektiver Wertungen.

198 OLG München ZUM 2011, 928 – *Melodienfolge eines Werbejingles*. Nach dem europäischen Werkbegriff wird man hier aber jedenfalls einen Schutz annehmen müssen, vgl. A.II.1.

199 BGH GRUR 2015, 1189, Rn. 54 – *Goldrapper*.

200 BGH GRUR 1981, 267, 269 – *Dirlada*.

201 BGH GRUR 2015, 1189, Leitsatz 3 – *Goldrapper*.

202 BGH GRUR 1981, 267, 269 – *Dirlada*.

203 BGH GRUR 2015, 1189, Leitsatz 1 – *Goldrapper*.

Eine Verlagerung der Begriffsbestimmung auf Einzelfälle ist zumindest dann bedenklich, wenn weitreichende Entscheidungen, was schutzfähig ist und was nicht, faktisch einer Wertung des Sachverständigen oder der persönlichen Vorstellung des Richters vom musikalischen Allgemeingut überlassen bleiben und die Begründung genügt, ein Element sei Teil des Allgemeingutes.

Im engen Zusammenhang damit steht die Problematik, die bereits im Bereich musiktheoretischer Lehren anklang, dort aber weniger klar hervortrat: Unterschiedliche Vorprägungen führen zu einem unterschiedlichen Gehalt des kulturell bestimmbaren Begriffes „Allgemeingut“. Es bestehen zwar in vielerlei Hinsicht kulturelle Verknüpfungen dessen, was musikalisch üblich ist, vor allem in Zeiten globaler digitaler Verbreitung der Musikwerke. Dennoch zeigen unterschiedliche Musiktraditionen Unterschiede in Bezug auf das, was als herkömmlich oder allgemein bekannt angesehen werden kann.²⁰⁴ Etwas, was etwa in der orientalischen Musik als musikalisches Allgemeingut angesehen wird, mag im Bereich westlicher Musik als völlig neu gelten.²⁰⁵ Aus musikethnologischer Perspektive stößt der Gedanke eines universellen musikalischen Allgemeingutes oder musikalischen Formenschatzes deshalb auf Probleme.

Aber auch außerhalb musikethnologischer Unterschiede können schon erhebliche Unterschiede in der persönlichen Bewertung eines musikalischen Allgemeinguts bestehen, je nach individueller Vorprägung. Was dem einen aus kultureller Perspektive als Allgemeingut gilt, als „einfachste“ Tonfolge oder „bekannter“ Rhythmus, mag dem anderen weniger bekannt sein. Das ist nicht anders im Bereich musikalischer Expertise, ist doch auch die musikalische Vorbildung nie frei von gewissen kulturellen Einflüssen. Es hängt dann letztlich von der Entscheidung des Sachverständigen ab, welche vorbekannten Werke als kanonisch herangezogen werden und welche Elemente daraus abstrahiert werden, die schließlich frei bleiben sollen.

204 Vgl. *Dahlhaus*, Musiktheorie im 18. und 19. Jh., 1984, 160, der aber zumindest die Beschreibung einer einheitlichen Musiktheorie für zukünftig möglich hält; *Zaminer*, in: *Zaminer* (Hrsg.), Geschichte der Musiktheorie, Bd. 1, Ideen zu einer Geschichte der Musiktheorie. Einleitung in das Gesamtwerk, 119.

205 Das Paradebeispiel liefert der BGH in *BGH GRUR* 1981, 267, 269 – *Dirlada* selbst mit der hier bereits mehrmals zitierten Gegenüberstellung von „fremdländischer Folklore“ und „uns vertraute[m] Volksliedgut“.

c. Formenschatz und das Vorbekannte

Der Gedanke eines nicht geschützten und feststellbaren Formenschatzes zeigt daher in der bislang ausdifferenzierten Form des BGH einige Inkonsistenzen. Zu der Annahme, dass ein musikalischer Formenschatz allgemein und objektiv festgestellt werden kann, steht im Widerspruch, dass sich aus kultureller Perspektive eine Vielzahl musikalischer Allgemeingüter ergeben können. Macht man hier einen Unterschied zwischen einem abstrakt feststellbaren Formenschatz und dem Vorbekannten, liegt der Feststellung stets eine subjektive Korpusauswahl und deren Abstraktion zugrunde.²⁰⁶ Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn man den musikalischen Formenschatz so offen hält, wie es der BGH tut. Eine derartige Beurteilung des Formenschatzes kann aber kaum sachdienlich zur Frage beitragen, wann ein Musikstück schutzwürdig ist.

Beschränkt man sich hingegen, wie der EuGH, auf Kleinstelemente und legt sonst einen subjektiven Formenschatz als Maßstab an, ist das Abgrenzungskriterium wenig relevant und im Wesentlichen völlig impraktikabel.²⁰⁷

Sowohl die wertende Betrachtung eines vermeintlichen Allgemeinguts, wie beim BGH, als auch die weitgehend bedeutungslose Einschränkung im Rahmen des EuGH-Verständnisses könnten aber dadurch umgangen werden, dass der objektive Formenschatz so verstanden wird, wie im Rahmen des ersten Kriteriums von *Kummer*: als objektiv feststellbarer Stand alles Dagewesenen.²⁰⁸ Ein regulärer Popsong, der praktisch stets aus bereits vorhandenen Einzelementen, teilweise sogar gesamten Melodien oder harmonischen Gestaltungen besteht, wäre damit nicht völlig schutzlos. Der Schutz bezöge sich jedoch lediglich auf die Kombinationen – etwa von Tempo, Klanggestaltung, Melodie und harmonischer Gestaltung – die dieses Werk von allem Bisherigen unterscheiden.

Ein solches Formenschatzverständnis hätte den Vorteil, dass so in rechtssicherer Weise und weitgehend objektiv nachvollziehbar festgestellt werden

206 So ist etwa im Fall *Goldrapper*-Entscheidung fraglich, inwiefern hier typische Elemente des Gothic festgestellt werden sollen – ist hierfür jede Band des Gothic relevant? Wann ist eine Band noch Gothic-Band, wann geht sie darüber hinaus? Ist all das, was bekannte und etablierte Gothic-Bands spielen auch Gothic?

207 Siehe A.III.3.a.

208 Vgl. A.II.3.a.

könnte, welche Elemente dem Formenschatz zugehörig sind – nämlich durch direkte Gegenüberstellung der fraglichen Elemente.²⁰⁹

Gegen eine solche Feststellung kann zwar angeführt werden, dass die Masse von bestehenden nachweisbaren Musikstücken unermesslich groß erscheint und ein Abgleich mit dem gesamten Fundus regelmäßig kaum möglich sein wird. Allerdings kann man sich durch den Einsatz technischer Hilfsmittel und mithilfe der Expertise von Sachverständigen zumindest dem Ziel eines weitreichenden Vergleiches annähern.²¹⁰ Zweitens erscheint die Aufgabe gegenüber den momentan präsenten Alternativen – einer Untersuchung des persönlichen Formenschatzes eines Komponisten im Zeitpunkt des Werkschaffens (vgl. unter a.) und einer Feststellung eines vermeintlich bestehenden überall gültigen musikalischen Allgemeinguts (vgl. unter b.) – noch eher leicht zu bewerkstelligen.²¹¹ Drittens wird es faktisch darauf ankommen, was im Prozess als objektiv vorbekannt nachgewiesen werden kann, womit die Aufgabe des Abgleichs vor allem den Parteien obliegt. Der Beklagte muss damit regelmäßig selbst nachweisen, dass ein potentiell geschütztes Werkelement, das er übernommen hat, bereits Teil der Musikgeschichte war.

Weiter könnte einem solchen Verständnis eines Formenschatzes zwar entgegengehalten werden, dass die Kreativität, deren Belohnung einen Anreiz für weitere Werkschöpfung schaffen soll,²¹² gerade nicht mehr im Zentrum der hier genannten Abgrenzungsmerkmale steht. Allerdings bleibt es in der Praxis ohnehin eine Fiktion, dass die Kreativität durch Ergründung der subjektiven Entscheidungsfreiheit feststellbar wird, und selbst wenn sie möglich wäre, stieße die subjektiv orientierte Feststellung auf einen Wertungswiderspruch: Ein ungebildeter Laie, der sich nicht mit musikalischer Theorie irgendeiner Art auseinandersetzt, erhielte für eine simple Tonfolge Schutz. Für ihn liegen der Tonfolge nämlich kreative Gedanken zugrunde, mögen diese im Vergleich mit dem Bekannten noch so banal erscheinen. Der vorgebildete

209 Siehe *Frieler/Müllensiefen*, in: *Schrör u.a.* (Hrsg.), *Tipping Points: Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts*, 115, 129.

210 *Frieler/Müllensiefen*, in: *Schrör u.a.* (Hrsg.), *Tipping Points: Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts*, 115, 129.

211 Vgl. in diesem Sinne auch *Hilty*, *Urheberrecht*, 2. Aufl., 2020, Rn. 155.

212 Vgl. *Loewenheim*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), *Handbuch des Urheberrechts*, 3. Aufl. 2021, § 1 Gegenstand, Zweck und Bedeutung des Urheberrechts Rn. 6: „Neben diesen naturrechtlich-individualistischen Begründungsmustern ist der Zweck des Urheberrechts aber auch darin zu sehen, durch die Belohnung der Kreativität des Urhebers einen Anreiz für Werkschöpfungen zu schaffen; ferner soll die Verwertungsindustrie ermutigt werden, Investitionen in die Produktion von Kulturgütern vorzunehmen.“

Musiker hingegen erföhre keinen Schutz für eine vergleichbare „Komposition“, entnimmt dieser die Elemente doch schlicht der Geschichte.²¹³

Das Beispiel zeigt auch, dass ein auf die Kreativität zielendes Allgemeininteresse weniger daran besteht, dass möglichst viele freie kreative Entscheidungen getroffen werden, sondern dass mit diesen Entscheidungen auch Neues geschaffen wird.²¹⁴ Vor dem Hintergrund des obigen Wertungswiderspruches kommt das *Kummer*'sche Verständnis von Formenschatz diesem Ziel näher als die alternativen Optionen.

4. Naheliegen und Einmaligkeit

Eine Schutzfähigkeit der Doppelschöpfung – zumindest in dem Sinne, dass einem zweiten Einfall wieder Schutz zukommt – wäre unter dem hier vertretenen Verständnis eines objektiven Formenschatzes ausgeschlossen. Ob darüber hinaus die Originalität wegen solcher Elemente auszuschließen ist, die nach dem bisher bekannten Formenschatz „naheliegen“, ist damit aber nicht beantwortet.

Verstände man ein Nichtnaheliegen so, dass es schon erfüllt wäre, wenn sich etwas jedem hätte aufdringen müssen,²¹⁵ gibt es kaum einen Grund, schon auf Ebene der generellen Schutzfähigkeit eine Wertung zu treffen.²¹⁶ Denn es wäre für einen potentiellen Verletzer ein Leichtes, sich darauf zu berufen, dass er selbst auf den vermeintlich übernommenen Kompositionsgedanken kam – dieser drängte sich ja ohnehin auf. War die Komposition es

213 Vgl. unabhängig vom musikalischen Schutzgegenstand: *Macciachini*, in: *Berger/Macciachini* (Hrsg.), FS Hilty, 25, 33; *Hilty*, Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 154.

In der rechtlichen Auswirkung ist der Unterschied indes nicht so groß. Denn regelmäßig wird der Wertungswiderspruch bei der Feststellung einer Rechtsverletzung wieder ausgeglichen: Da das Urheberrecht nur ein Ausschlussrecht der konkreten Werkverwendung statuiert und hierfür notwendig ist, dass auch das Werk tatsächlich „benutzt“ wird, wird es effektiv schwieriger sein, darzulegen, dass ein Dritter ein banales Werk benutzt hat, wenn er sich darauf beruft, es sei eine zufällige Nachschöpfung.

214 *Hilty*, Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 156: „Es geht darum, dass der Allgemeinheit an einer (ausreichend grossen) Bereicherung des vorhandenen allgemeinen Fundus gelegen ist, wofür in der Form der (zeitlich beschränkten) Rechtsgüterzuweisung an den Schöpfer Anreize geschaffen werden sollen, um Neues zu schaffen.“

215 So *Schulze*, Die kleine Münze, 1983, 156.

216 Siehe allgemein zur Erschütterung eines diesbezüglichen Anscheinsbeweises *Pimat*, Beweisprobleme, 2002, 89; ferner unten Kapitel 3 A.I.1.b.

aber wert, übernommen zu werden und sich eigene Mühen zu ersparen, dann geht das Schutzrecht auch nicht fehl.²¹⁷

Anders könnte das Nichtnaheliegen in einem *Kummer*'schen Sinne so verstanden werden, dass ein Werk auch in Zukunft einmalig bleiben muss, also die zufällige Nachschöpfung ausgeschlossen sein muss.²¹⁸ Im Bereich der Musik stieße eine Individualität, die nicht nur einmalig im Vergleich zur Vergangenheit, sondern auch zur Zukunft bleiben muss, allerdings auf zwei weitgehend ungelöste Probleme: Zum einen bedürfte es für einen solchen Vergleich einer halbwegs validen Prognose der zukünftigen Musikentwicklung. Diese Entwicklung lässt sich aber nur sehr begrenzt antizipieren. Sie kann nicht mit technischem Fortschritt, an dem sich etwa das Patentrecht orientiert, gleichgesetzt werden.²¹⁹ Gewisse Trends können spätere gleichartige Kompositionen wahrscheinlicher oder weniger wahrscheinlich erscheinen lassen. Was also ursprünglich noch als individuell und einmalig verstanden wurde, kann im Musikbereich wenige Jahre später schon als nicht mehr allzu fernliegend gelten. Ob das Werk dann Schutz erhält, ist rein zufällig vom Beurteilungszeitraum abhängig. Mag ein für E-Gitarre geschriebenes Solo in den 50er-Jahren mit halbwegs komplexer Tonfolge noch als einmalig und individuell erscheinen, wird es mit der Entwicklung der Rockmusik und den dazu gehörigen Trends in den 80er-Jahren nicht mehr unmöglich erscheinen, dass ein Zweiter exakt dieselbe Tonfolge für die E-Gitarre eigenständig entwickelt.

Zum anderen würde man durch ein so voraussetzungsstarkes Kriterium in letzter Konsequenz einen Großteil moderner Populärmusikkompositionen schutzlos stellen müssen. Es ist kaum auszuschließen, dass ein übliches Schlagerlied – rein auf die musikalische Komposition bezogen – ein weiteres Mal in den nächsten Jahrzehnten mit nur unwesentlichen Abweichungen komponiert würde, ohne dass dabei auf das ältere zurückgegriffen wird. Eine Nachschöpfung mag freilich auch in der populären Musik eher unwahrscheinlich sein, aber angesichts der Masse täglicher Musikproduktion und Musikkomposition erscheint es jedenfalls nicht unmöglich, dass der Fall eintritt. Das aber wäre dann Voraussetzung für den Schutz. Wäre also die Schutzlosigkeit von Werken und Werkteilen zu fordern, bei denen die realistische Möglichkeit der erneuten Komposition besteht, wären etwa

217 Vgl. *Schulze*, Die kleine Münze, 1983, 161 f.

218 Mit dieser Tendenz *Macciachini*, in: *Berger/Macciachini* (Hrsg.), FS Hilty, 25, 33 f.; vgl. *Hilty*, Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 157.

219 Siehe A.II.3.b.

einige der in der Vergangenheit als schutzfähig erachteten musikalischen Werkteile nicht schutzfähig.²²⁰

Selbst eine solche Schutzlosstellung eines Großteils des musikalischen Schaffens erscheint freilich nicht ganz abwegig, wenn sie weder ein Marktversagen zur Folge hätte noch in sonstiger Weise vor dem Hintergrund urheberrechtlicher Rechtfertigung unausgeglichen erscheint. Einer derart komplexen Frage wird angesichts der hierfür (noch) fehlenden Datenbasis allerdings im hier vorliegenden Rahmen nicht weiter nachgegangen werden können.

IV. Schlussbetrachtung

Die Originalitätsbestimmung eines Gegenstands ergibt sich aus einem diffizilen Gepräge von (teilweise positiv bestimmten) Grundvoraussetzungen und negativen Abgrenzungen von den Elementen, die nicht geschützt sein sollen. Noch komplexer wird die Situation dadurch, dass es im Kern mehrere unterschiedliche Konzepte dazu gibt, wie die Grenzen der Originalität bestimmt werden sollen und diese unterschiedlichen Konzepte nicht durchweg konsequent in Rechtsprechung und Literatur verfolgt werden.

In der Musik sind die Grenzen je nach Konzept auch unterschiedlich zu bewerten. Ein am Gestaltungsspielraum oder freien kreativen Entscheidungen orientiertes Verständnis, wie es der EuGH-Rechtsprechung zugrunde liegt, schließt im musikalischen Bereich zunächst einen großen Anteil des musikalischen Schaffens mit ein, da freie, kreative Entscheidungen die Regel sein dürften.²²¹ Einzelne Töne werden wohl dennoch nicht schutzfähig sein. Allerdings bleibt der ausgenommene objektive Formenschatz nach bisherigem Stand eher klein, der subjektive in der Praxis kaum feststellbar.²²² Nicht ausgeschlossen wird durch die Orientierung am Kriterium der freien kreativen Entscheidungen das Musikschaffen nach Kompositionsregeln, auch wenn der Begriff der „Regeln“ als Ausschlusskriterium für freie kreative Entscheidungen missverständlich sein könnte.²²³

220 Zu nennen sind hier wohl *BGH GRUR* 1981, 267 – *Dirlada*; *BGH GRUR* 1988, 812 – *Ein bißchen Frieden*; wohl auch das übernommene Element in *BGH GRUR* 2015, 1189 – *Goldrapper*.

221 Siehe A.II.1.b.

222 Siehe A.II.1.b., c. und A.III.3.

223 Siehe A.III.1.

Anders ist das Verständnis der deutschen Rechtsprechung, die im Ausgangspunkt von der individuellen ästhetischen Ausdruckskraft ausgeht, aber dann vor allem recht konkretisierte Bestimmungen trifft, welche Gestaltungselemente ausgeschlossen bleiben sollen.²²⁴ Im Gegensatz zum soeben genannten Verständnis von „Regeln“ fällt für die BGH-Rechtsprechung auch das Musikschaffen unter der Befolgung von Kompositionsregeln darunter. Der BGH verfolgt dabei eine juristisch fragwürdige oder zumindest hier missverständliche Vorstellung, dass das Musikschaffen klar in handwerkliches und künstlerisches Schaffen unterteilt werden könne.²²⁵ Auch werden die Erfordernisse in sonstiger Hinsicht etwas höher angelegt als ein Abstellen auf freie kreative Entscheidungen. Einfache kurze Tonfolgen sind zumindest nach der deutschen Rechtsprechung nicht geschützt, wobei gerade nicht darauf geachtet wird, ob sich dahinter wohl freie, kreative Entscheidungen verbergen, die der EuGH nach derzeitigem Stand als schutzfähig ansieht.²²⁶

Ob dieses Auseinanderklaffen der unterschiedlichen Ansätze auf unionsrechtlicher und deutscher Ebene bestehen bleibt oder der EuGH nicht doch in Zukunft auf einen höheren Schwellenwert abstellen wird, bleibt abzuwarten. Die genaue Auslegung der EuGH-Sichtweise lässt hinsichtlich der geforderten „persönlichen Note“ und „Kreativität“ noch den Raum offen, um auch hier dem BGH ähnlichere Einschränkungen zu treffen.²²⁷ Es wird aber deutlich, dass das gegenwärtige europäische Originalitätsverständnis und der bisherige Umgang mit schöpferischer Eigentümlichkeit in der deutschen Rechtsprechung nicht zwingend zu gleichen Ergebnissen kommen und sich im Falle der Anknüpfung an Kompositionsregeln auch voneinander unterscheiden.

Gerade hinsichtlich der einzelnen Kriterien, die bestimmen, welche der musikalischen Gestaltungselemente nicht als schutzfähig gelten sollen, erscheint es nach hier vertretener Auffassung aber ohnehin sinnvoller, sich stärker am objektiv Vorbekanntem zu orientieren und so die Lehre *Kummers* zu berücksichtigen.

Zwar kann über das zweite Kriterium der *Kummer*'schen Lehre – eine zukünftige Einmaligkeit – keine abschließende Beurteilung getroffen werden. Die Rechtsprechung täte aber jedenfalls gut daran, sich stärker an dem

224 Siehe A.II.2.

225 Siehe A.III.1. u. 3. Zu einem differenzierten Überblick über das Verhältnis von Handwerk und Komposition: *Jeßulat* (Hrsg.), *Mythos Handwerk? Zur Rolle der Musiktheorie in aktueller Komposition*, 2015.

226 Siehe A.III.3.

227 Vgl. A.II.1.c.

ersten Aspekt, der Abgrenzung vom Dagewesenen, zu orientieren, statt auf die bisherigen dehnbaren Oberbegriffe zu vertrauen. Denn die bisherige Begriffsbildung der Rechtsprechung birgt die Gefahr in sich, mit einer subjektiv-wertenden Konnotation verstanden zu werden, wie im Falle der Kriterien des BGH, oder im Ergebnis an fehlender Praktikabilität zu scheitern, wie im Falle des Abstellens auf freie kreative Entscheidungen.

B. Objektivität und Genauigkeit

Fernerhin ist im Rahmen des europäischen Werkbegriffs von Bedeutung, ob ein urheberrechtlicher Schutzgegenstand mit „Genauigkeit und Objektivität identifizierbar“ ist.²²⁸ Im Diskurs des deutschen Urheberrechts entspricht dieser Aspekt am ehesten der wahrnehmbaren Formgestaltung, die das Werk haben sollte.²²⁹ Was aber bezeichnet eine solche genaue und objektive Identifizierbarkeit im Detail und sind auch in der Musik Problemfälle der Objektivität und Genauigkeit denkbar?

I. Herleitung und Ausgangspunkt

Fundamental für die Einführung und das Verständnis des Objektivitätskriteriums auf EU-Ebene war die *Levola*-Entscheidung des EuGH.²³⁰ Die Entscheidung handelte vor allem von der Schutzfähigkeit des Geschmacks von Lebensmitteln. Der *Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden* legte wegen eines urheberrechtlichen Verfahrens um einen niederländischen Streichkäse dem EuGH die Frage vor, wie sich das EU-Recht zur Schutzfähigkeit von Geschmack verhält.

228 *EuGH*, Urt. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 39 f. – *Levola/Smilde*; *EuGH*, Urt. v. 12. September 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (= GRUR 2019, 1185), Rn. 32, 53 – *Cofemel/G-Star*; *EuGH*, Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736), Rn. 25, 28 – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get*.

229 Siehe *Leistner*, GRUR 2019, 1114, 1116.

230 *EuGH*, Urt. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73) – *Levola/Smilde*.

Rechtlicher Ausgangspunkt ist die notwendige Ausdrucksform eines Schutzgegenstandes.²³¹ Angeführte Grundlage dafür ist aber keine Regelung der InfoSoc-Richtlinie, sondern das Völkerrecht, namentlich Art. 2 WCT und Art. 9 Abs. 2 des TRIPS-Abkommens.²³² So schließt der EuGH aus der dortigen Notwendigkeit einer Ausdrucksform und der dort verorteten Unterscheidung von Idee und Ausdrucksform,²³³ dass die Objektivität und Genauigkeit der Feststellbarkeit notwendiger Bestandteil des urheberrechtlichen Werkes sei.²³⁴

Weiter begründet wird das Objektivitätskriterium vom EuGH mit den pragmatischen Erwägungen, dass nur so Behörden oder Wirtschaftsteilnehmer die schutzbegründenden Kriterien überhaupt nachvollziehen könnten.²³⁵ Außerdem müsse aus Rechtssicherheitserwägungen von subjektiven und veränderlichen Elementen Abstand genommen werden.²³⁶

II. Bewertung der *Levola*-Entscheidung

In der *Levola*-Entscheidung war diese Objektivität und Genauigkeit entscheidend dafür, dass die Schutzfähigkeit von Geschmack generell verneint wurde.²³⁷ In der Entscheidung wird sich darauf gestützt, dass Geschmack nicht technisch feststellbar sei und bei Menschen vom subjektiven Empfinden abhängen.²³⁸ In diesem Zusammenhang muss klar zwischen dem Geschmack

231 *EuGH*, UrT. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 39 f. – *Levola/Smilde*: „Der Begriff ‚Werk‘, auf den die Richtlinie 2001/29 abzielt, impliziert daher notwendigerweise eine Ausdrucksform des urheberrechtlichen Schutzobjekts, die es mit hinreichender Genauigkeit und Objektivität identifizierbar werden lässt, auch wenn diese Ausdrucksform nicht notwendigerweise dauerhaft sein sollte.“

232 *EuGH*, UrT. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 40 – *Levola/Smilde*.

233 Siehe C.

234 *EuGH*, UrT. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 40 – *Levola/Smilde*.

235 *EuGH*, UrT. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 41 – *Levola/Smilde*.

236 Ebd.

237 *EuGH*, UrT. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73) – *Levola/Smilde*.

238 *EuGH*, UrT. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 42 f. – *Levola/Smilde*; Belege führt der EuGH hier allerdings keine an.

als spezifischer Sinneswahrnehmung²³⁹ und der im allgemeinen Sprachgebrauch ebenso mit Geschmack bezeichneten subjektiven Bewertung von Sinnesindrücken²⁴⁰ unterschieden werden.²⁴¹

Es wird nicht ganz deutlich, wo der EuGH die notwendige Schwelle der Objektivierbarkeit ansetzt. Denn zumindest bis zu einem gewissen Grad ist der Geschmack durchaus objektivierbar, ist Zucker doch objektiv süß, die Zitrone wohl sauer und Salz stets salzig. Freilich kann bei diesen simplen Beispielen keine Originalität festgestellt werden. Sie zeigen aber, dass die kategorische Klassifizierung des Geschmacks als „nicht objektivierbar“ zumindest eine graduelle Schwelle der Objektivierbarkeit erfordert.

Aus dem Kontext der Entscheidung ist vorsichtig anzunehmen, dass diese Schwelle erreicht ist, wenn für Behörden oder Wirtschaftsteilnehmer der Schutzgegenstand nachvollziehbar darstellbar ist.²⁴² Hierzu gehört es wohl insbesondere, den Schutzgegenstand in Worten oder Abbildungen ausreichend genau zu beschreiben, um daran Schutzkriterien feststellen zu können.

Die Bewertung des Geschmacks in der *Levola*-Entscheidung als nicht schützbar könnte daher auch als Problem der fehlenden Feststellung oder Beschreibung eines (originellen) Schutzgegenstandes betrachtet werden und nicht als Problem der generellen Subjektivität von Geschmack an sich. Wäre der Geschmack nun in fernerer Zukunft mit technischen Mitteln darstellbar, müsste wohl auch das Schutzkriterium erfüllbar sein.²⁴³

Es ist insofern überraschend, dass die Objektivität der Feststellbarkeit vom EuGH wie ein eigenständiges Werkkriterium behandelt wird. Es erscheint

239 Das betrifft etwa Kategorien der Grundgeschmacksarten von süß, salzig, bitter, sauer oder umami. Vgl. zur Übersicht: *Grieco/Majchrzak*, Ernährung aktuell 2015, 12.

240 So etwa die geschmackliche Wertung als „gut“ oder „schlecht“.

241 Selbst in der Begründung des EuGH, insb. in *EuGH*, Urt. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 42 f. – *Levola/Smilde*, ist aber nicht eindeutig, ob hierbei sauber differenziert wird. Gerade die angeführten Einflussfaktoren „Alter, Ernährungsvorlieben und Konsumgewohnheiten“ oder „Umwelt“ und „Kontext“, deuten eigentlich eher auf einen hier ohnehin irrelevanten Geschmacksbegriff hin, bei dem es um die Bewertung eines Lebensmittels als schmackhaft oder nicht schmackhaft geht. Zumindest haben die genannten „Ernährungsvorlieben“ wohl hier ihren Haupteinfluss.

242 Vgl. *EuGH*, Urt. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 41 – *Levola/Smilde*.

243 Dies geht *e contrario* aus *EuGH*, Urt. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 43 – *Levola/Smilde* hervor. Ferner *Schopp*, GRUR-Prax 2018, 579.

doch der Logik einer Tatsachenfeststellung zu folgen, dass das, was nicht feststellbar ist, auch keine anknüpfenden Rechtsfolgen haben kann oder zumindest über die Beweislast im Zivilprozess bereits gelöst wird.²⁴⁴ Bis sich überhaupt die materiellrechtliche Frage stellen kann, ob die Kriterien im konkreten Fall für den Werkcharakter genügen, muss ohnehin ein objektiver Anhaltspunkt des in Frage stehenden Gegenstandes gegeben sein. Das Objektivierungskriterium ist daher sinnvollerweise nicht als typisches Kriterium der Schutzfähigkeit zu verstehen, wie etwa die vom EuGH danebengestellte²⁴⁵ Originalität. Vielmehr ist es ein Gebot, dass der Schutzgegenstand nach dem Stand der Forschung und Technik hinreichend objektiv und genau beschrieben können werden muss, um daran die entsprechenden Schutzkriterien – wie die Originalität – feststellen zu können.

III. Objektivität in der Musik

In diesem Sinne kann auch in der Musik die Frage gestellt werden, inwiefern der Schutzgegenstand für Gerichte, Behörden oder Wirtschaftsteilnehmer nachvollziehbar festgestellt werden kann. Denn auch wenn die akustischen Ereignisse objektiv vorliegen mögen, ist die Wahrnehmung von Musik als bestimmtem akustischem Sinnzusammenhang von (teils subjektiveren) wahrnehmungspsychologischen Effekten geprägt.²⁴⁶ In der Musik besteht die generelle juristische Annahme einer subjektiven Wahrnehmung zwar nicht.²⁴⁷ Gleichwohl mag für manche Bereiche eine Parallele zur Geschmacksfeststellung von Lebensmitteln bestehen; so etwa für den Schutz eines Klanges, der

244 Ähnlich GA *Wathelet*, Schlussantr. v. 25. Juli 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:618, Rn. 56 – *Levola/Smilde* („[d]arüber hinaus“); Vgl. auch *Dijkman*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2019, 85, 86.

245 Siehe etwa *EuGH*, Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736), Rn. 24 f. – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get*.

246 Siehe etwa *Schunke*, ZUM 2020, 447, 448; *LG Hamburg* ZUM 2015, 699, 703; *LG München I* ZUM-RD 2009, 101, 112.

247 Explizit *EuGH*, Urt. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 42 – *Levola/Smilde*: „Im Unterschied zu beispielsweise einem [...] musikalischen Werk, das eine präzise und objektive Ausdrucksform darstellt [...]“. Auch *Schack*, GRUR 2019, 75: „Die Gestalt muss nur mit den menschlichen Sinnen wahrnehmbar sein. Die Frage ist nur, mit welchen? Alle klassischen Werkarten in § 2 I UrhG und Art. 2 I RBÜ sind optische oder akustische Phänomene, die objektiv feststellbar und fixierbar sind. Das ist grundlegend anders bei den höchst subjektiven Geschmacks- und Geruchsempfindungen.“ Die Unterschiede der Subjektivität unterschiedlicher Sinneswahrnehmungen wird allerdings nicht weiter begründet.

auch von der akustischen Hörfähigkeit und wahrnehmungspsychologischen Komponenten abhängt.²⁴⁸ Auch solche musikalische Elemente, die sich vor allem durch kognitive Verarbeitung ergeben, wie etwa implizite Harmonien, können wohl subjektiv unterschiedlich wahrgenommen werden.²⁴⁹

Ebenso „subjektiv“ in diesem Sinne erscheinen manche Kriterien des Schutzes schon von sich aus angelegt zu sein, wie es etwa im Falle der Ästhetik oder des musikalischen Allgemeingutes oben diskutiert wurde.²⁵⁰ Objektivierung und Genauigkeit ist bei der Feststellung des Schutzes von musikalischen Werken in zweierlei Hinsicht relevant: Zum einen in Bezug auf die Kriterien der Schutzfähigkeit selbst, zum anderen hinsichtlich den für die Feststellung verwendeten Methoden.

1. Objektivität in den Methoden der Schutzgegenstandsfeststellung

Die hinreichend genaue und objektive Beschreibung von Musik bedarf regelmäßig des Schritts hin zur sprachlichen oder bildlichen Umschreibung.²⁵¹ Dort wird der Höreindruck, der sich nur kurz in der akustischen Wahrnehmung manifestiert, zeitlos einer Überprüfbarkeit und Kommunikation zugänglich gemacht. Um also die Kriterien am Schutzgegenstand verobjektiviert anknüpfen zu können und in der Urteilsbegründung schließlich begründet darstellen zu können, ist regelmäßig der Weg von einer akustisch-musikalischen Wahrnehmung hin zur sprachlichen, teils auch bildlich dargestellten Beschreibung des Hörbaren notwendig.

Im Falle der Musik ist aufgrund der spezifischen Materie, die schon die Beschreibbarkeit schwierig macht, der Einsatz von Personen mit einer besonderen Sachkunde üblich.²⁵² Dies findet teilweise auch ausdrücklich Niederschlag in der Beurteilung des BGH, der für die Feststellung von schöp-

248 Schunke, ZUM 2020, 447, 448.

249 Vgl. Holleran/Jones/Butler, Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition 1995, 737. Implizite Harmonien sind solche, die nicht durch simultane Zusammenklänge entstehen, sondern der sukzessiven Abfolge einer Tonfolge entnommen werden können.

250 Siehe insb. oben A.II. und III. Ästhetische Ausdruckskraft etwa in BGH GRUR 1981, 267, 269 – Dirlada; vgl. auch BGH GRUR 2015, 1189 – Goldrapper.

251 Zum Problem des Schreibens über Musik Seidel, in: Zaminer (Hrsg.), Geschichte der Musiktheorie, Bd. 1, Ideen zu einer Geschichte der Musiktheorie. Einleitung in das Gesamtwerk, 96.

252 Schulze, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 59.

ferischer Eigentümlichkeit „im Regelfall die Hilfe eines Sachverständigen“ für „unerlässlich“ hält.²⁵³

Die Bedeutung der besonderen Sachkunde in der urheberrechtlichen Beurteilung von Musikwerken ist also in Deutschland²⁵⁴ aber auch international²⁵⁵ nicht zu unterschätzen. Sie ist aber nicht völlig unumstritten. In der Kritik steht besonders die Möglichkeit der Einflussnahme solcher Sachverständiger durch eigene Werturteile.²⁵⁶ Durch die offene Formulierung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeitskriterien kann der Sachverständige deutlichen Einfluss auf die Beurteilung von Schutzfähigkeitskriterien nehmen. Die abschließende Beurteilung, ob das Kriterium erfüllt ist oder nicht, hat zwar der Richter als Rechtsfrage zu beurteilen,²⁵⁷ allerdings hängt die Grundlage dieser Entscheidung maßgeblich von Sachverständigengutachten ab, solange sie sich in vagen Konkretisierungen wie der Bestimmung musikalischen Allgemeinguts oder von Kompositionslehren verliert. Es wird auch angeführt, dass die subjektiven Wertungen einer bestimmten Bevölkerungsgruppe vor diesem Hintergrund eine normative Wirkung für den Werkbegriff haben.²⁵⁸

Die befürchtete Gefahr, dass gerade bei Kriterien, die wenig konkretisiert und von verschiedenen Musikexperten intuitiv unterschiedlich aufgefasst werden können, eine gewisse subjektive Wertung einfließen könnte ist allerdings in zweierlei Hinsicht zu relativieren: Zum einen wird die Entscheidung über das Schutzkriterium nicht dem Sachverständigen vollständig überlassen, da dieser weiterhin „nur“ nachvollziehbar darzulegen hat, wo die gestalterischen Eigenheiten des Werkes liegen.²⁵⁹ Die juristische Entscheidung des Richters darüber, ob die vom Sachverständigen gewählten Kriterien für die Erfüllung des Kriteriums entscheidend sind, stellt also eine Art

253 BGH GRUR 2015, 1189, Rn. 64 – *Goldrapper*.

254 Berger, Die wandernde Melodie, 2000, 47 ff.; Schulze, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 59; ferner: Saul, Überlegungen zum Immaterialgüterrecht für Werke der Musik mit Bezug auf deren schöpferisches Niveau und eine Abstufung des rechtlichen Schutzes, 98 ff.

255 Siehe etwa: *Mopas/Curran*, Canadian Journal of Law and Society 2016, 25; *Cadwell*, Santa Clara Law Review 2005, 137; *Bellido*, Social & Legal Studies 2016, 441; *Der Manuelian*, Fordham Law Review 1988, 127.

256 Berger, Die wandernde Melodie, 2000, 70 f. Zur parallelen US-amerikanischen Problematik: *Der Manuelian*, Fordham Law Review 1988, 127.

257 Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 5, 9 f.

258 Saul, Überlegungen zum Immaterialgüterrecht für Werke der Musik mit Bezug auf deren schöpferisches Niveau und eine Abstufung des rechtlichen Schutzes, 98, Fn. 422.

259 Vgl. Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 9 f.

Kontrollinstanz dar – auch wenn es nicht Hauptzweck dieses Vorgehens sein mag.

Zum anderen bringt die Alternative noch mehr Nachteile mit sich, wenn die Beurteilung nur auf solchen Erkenntnissen beruht, die laienhaft oder nur basierend auf der Freizeitbeschäftigung mit Musik zustandekamen.²⁶⁰ Dann wäre die Entscheidung gegenüber einer fachgerechten Anwendung musikanalytischer Methodik noch weniger objektiv. Die Methoden der Musikanalyse und dementsprechend auch – zumindest potentiell – der forensischen Musikwissenschaft sind gerade in neuerer Zeit vielfältig und beschränken sich nicht ausschließlich auf die klassische Musikanalyse anhand gängiger musiktheoretischer Konzepte.²⁶¹ Es haben auch neuere, insbesondere auch computergestützte Analysemethoden Eingang in die moderne Analysetechnik gefunden.²⁶² Das betrifft besonders die Untersuchung von Tonaufnahmen, aber auch die Untersuchung von musikalischen Verschriftlichungen.²⁶³ Gerade das über lange Zeit entwickelte und wissenschaftlich fundiert etablierte methodische Vorgehen bei der Musikanalyse kann zur Vermeidung subjektiver Wertungen beitragen.²⁶⁴

Die Hinzuziehung musikalischer Sachverständiger kann also dazu beitragen, die Prüfung in der Praxis zu verobjektivieren. Gleichzeitig ist es aber notwendig, dass die Beurteilung des Sachverständigen schon auf Kriterien basiert, die möglichst objektiv nachvollziehbar und in der Zielsetzung einheitlich sind. Hierzu ist es bedeutsam, dass die Konkretisierung von Begriffen

260 Kritisch insofern gegenüber den hobbymäßigen Musikkenntnissen von Richtern als Sachkunde *OLG Zweibrücken* GRUR-RR 2016, 141, Rn. 37 – *Piano-Lehrbuch*.

261 Siehe *Frieler/Müllensiefen*, in: *Schrör u.a.* (Hrsg.), *Tipping Points: Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts*, 115, 129; *Zum Computational Turn im Allgemeinen: Berry*, *Culture Machine* 2011, 1–22. Vgl. auch *Burghardt*, *Bibliothek – Forschung und Praxis* 2018, 324.

262 Vgl. insbesondere zu *Optical Music Recognition (OMR)* und *MIR* in Verbindung mit neueren Methoden im Bereich „*Melodic Similarity*“ *Burghardt*, *Bibliothek – Forschung und Praxis* 2018, 324.

263 Zur Klanganalyse etwa *Schneider*, in: *Rösing/Schneider/Pfleiderer* (Hrsg.), *Musikwissenschaft und populäre Musik. Versuch einer Bestandsaufnahme*, 107; zur Untersuchung musikalischer Verschriftlichungen *Burghardt*, *Bibliothek – Forschung und Praxis* 2018, 324.

264 *Peifer*, *LMK* 2016, 376107: „Das Sachverständigengutachten bewahrt den Richter aber auch vor dem begreiflichen Zaudern bei der Feststellung der Schöpfungshöhe. Bei ihr droht immer die Gefahr, dass Juristen diletieren und letztlich eine unzulässige Geschmackseinschätzung treffen.“ Dort wird aber ebenso auf die höheren Prozesskosten durch ein solches Vorgehen hingewiesen.

wie der schöpferischen Eigentümlichkeit oder Originalität nicht vom Sachverständigen, sondern bereits aus juristischer Perspektive vorbestimmt wird.

2. Objektivität der juristischen Kriterien

Bereits im Rahmen der Originalität wurde für einige Kriterien hinterfragt, ob sie der Voraussetzung der Objektivierbarkeit entsprechen.²⁶⁵ Objektivität und Genauigkeit folgen nicht nur aus einem unionsrechtlich explizit genannten Kriterium, sondern leiten sich schon logisch daraus ab, dass juristische Kriterien rechtssichere Ergebnisse liefern sollten. So soll es gerade nicht dem Geschmack des diensthabenden Richters überlassen werden, ob ein Werk Schutz erfährt und ob ein anderes Werk nun als dessen Bearbeitung erscheint. Die Kriterien haben also eine ästhetische Neutralität bzw. Objektivität zu berücksichtigen.²⁶⁶

Hinsichtlich der Frage, inwiefern Ästhetik *per se* eine Rolle in der Beurteilung des Schutzes bilden sollte, wurde die Bedeutung der Neutralität bereits oben erörtert (s. o. A.II.2.c.bb.). Im Hinblick auf den eher von subjektiv unterschiedlichen Wertungen durchzogenen Ästhetikbegriff einer Schönheitsempfindung, entspricht die Ästhetik nicht dem Gebot der Objektivierbarkeit. Versteht man Ästhetik hingegen allgemeiner im Sinne der Wahrnehmung, spielt der subjektive Geschmack eine untergeordnete Rolle. Jedenfalls ist das dann der Fall, wenn die ästhetischen Eindrücke (im weiten Sinne) so verallgemeinerungsfähig beschrieben werden können, dass sie für unterschiedliche Behörden, Gerichte oder Wirtschaftsteilnehmer nachvollziehbar sind.

Teils wird in ähnlicher Weise postuliert, das Urheberrecht müsse die „künstlerische Qualität“ eines Werkes außer Acht lassen.²⁶⁷ Hier bleibt allerdings eine ähnliche Interpretationsmöglichkeit offen wie im Falle der Ästhetik. Denn misst man „künstlerische Qualität“ lediglich an der geschmacklichen Entscheidung, ob ein Werk „gut“ oder „gefällig“ sei, hat diese künstlerische Qualität angesichts einer objektiven Kriterienfindung keine Berechtigung.²⁶⁸

265 Siehe insb. A.II.2.c.bb sowie III.1. und 3.

266 Vgl. im Rahmen der Schutzfähigkeit: *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 5. Allerdings ist das nicht mit völliger Wertungsfreiheit zu verwechseln, was urheberrechtlich notwendige Wertungskriterien (etwa die Originalität) angeht, siehe ähnlich *Hilty*, Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn 165.

267 *Wild*, sic! 2004, 61.

268 Vgl. ebd.

Teilweise wird aber verkannt, dass künstlerische Qualität auch an der Frage von kreativer Leistung und Originalität gemessen wird.²⁶⁹ Versteht man Originalität, Neuheit oder Kreativität als künstlerische Leistung oder Wertung im Recht, dann wertet das Urheberrecht durchaus, aber in einer akzeptierten oder gar gewünschten Art und Weise. Eine solche Bestimmung der Qualität oder Wertung ist gerade notwendig, um der urheberrechtlichen Zielbestimmung gerecht zu werden, Kreativität oder Originalität überhaupt schutzrechtlich zu privilegieren. Wichtig ist für Schutzfähigkeitskriterien deshalb nicht, dass sie nicht „werten“, sondern dass sie nur solche Wertungen zulassen, die den erstrebten Interessenausgleich leisten können und in ihrer Wertung ein nachvollziehbares Ergebnis anstreben.²⁷⁰ Die pauschale Hervorhebung einer Irrelevanz von Ästhetik, künstlerischer Qualität oder Wertung ist angesichts eines breiten Begriffsspektrums hierzu nur bedingt zielführend.

Von größerer Bedeutung ist es aus diesen Gründen, auch die im rechtlichen Kontext noch für subjektiv stark divergierende Entscheidungen offenen Kriterien konkretisiert zu bestimmen. Nur so kann sichergestellt werden, dass schließlich keine vor allem durch subjektive Wahrnehmung geprägten Aspekte entscheidungsrelevant werden.²⁷¹ Aus dem Objektivitätsgebot folgt daher gleichermaßen, dass sich die Rechtsprechung nicht damit begnügen kann, unkonkretisierte Schutzfähigkeitskriterien zur Feststellung an musikalische Sachverständige weiterzugeben, aber auch, dass Konkretisierungen der Kriterien, sofern sie vom Gericht getroffen werden, keine subjektiven Wertungen zulassen.²⁷²

IV. Zusammenfassung

Die inzwischen in ständiger Rechtsprechung des EuGH statuierte Bedingung des Werkbegriffs, dass der Schutzgegenstand mit Genauigkeit und Objektivität erfasst werden kann, spielt auch in der Musik eine Rolle. Die

269 Originalität als ästhetische Kategorie behandelt etwa *Kawohl*, in: *Schwab-Felisch/Thorau/Polth* (Hrsg.), *Individualität in der Musik*, 295.

270 Siehe *Hilty*, *Urheberrecht*, 2. Aufl., 2020, Rn. 165.

271 Eine solche subjektive Schutzkategorie könnte es etwa sein, wenn die Schutzfähigkeit von *feel* oder *groove* eines Musikstückes befürwortet wird, wie es insbesondere der medial bekannt gewordenen US-amerikanischen Entscheidung *Williams v. Gaye*, 885 F.3d 1150 (9th Cir. 2018) vorgeworfen wird, vgl. etwa *Lattanza*, *Touro Law Review* 2019, 723.

272 Siehe insofern den bereits oben unter diesem Aspekt kritisch untersuchten musikalischen Formenschatz A.III.3.

Vorgaben von Genauigkeit und Objektivität führen dort zwar nicht zu einem umfassenden Zweifel an einer gesamten Kategorie von Schutzgegenständen, wie etwa im Falle von Lebensmitteln. Sie sollten aber punktuell zur Vorsicht mahnen, wie im Bereich von Wahrnehmungsunterschieden ästhetischer Wirkungen. Das wirkt sich zum einen auf die Methoden der Schutzgegenstandsfeststellung aus. Dort kann die Beteiligung von Expertenmeinungen zu einer Verschriftlichung und dementsprechend auch gewissen Verobjektivierung des Schutzgegenstands beitragen. Zum anderen zeigt es aber auch eine Zielbestimmung für die vor allem richterrechtlich herauszuarbeitenden Kriterien der Schutzfähigkeit auf. So müssen die Konkretisierungen der Originalität etwa möglichst frei von subjektiven Wertungsmöglichkeiten gehalten werden, die nur den persönlichen Geschmack betreffen. Gewisse Wertungen sind hingegen dann notwendiger Bestandteil des Urheberrechts, sofern die dahinterstehende Wertungsgrundlage den Zielen des Urheberrechts entspricht.

C. Freiheit der Idee und des Inhalts

Dem Ziel des Originalitätskriteriums ähnelnd, soll mit der Freiheit der Idee und der Freiheit des Inhalts das urheberrechtlich Schutzlose vom Schutzwürdigen geschieden werden. Die beiden Konzepte lassen sich im Gegensatz zu den obigen Kriterien unter A.III. aber nicht in Abgrenzung zur Originalität erklären. Vielmehr sind Idee und Inhalt Gegenbegriffe zu Form oder Ausdrucksform. Damit können sie entweder als Ergänzung oder als Alternative zur Orientierung an der Originalität verstanden werden.²⁷³

Die rechtliche Unterscheidung von Ideen und Ausdrucksformen in der Musik ist gerade in der englischsprachigen Literatur stärker verbreitet und wird dort auch für Funktionen der Schutzfähigkeitsabgrenzung herangezogen.

273 Während *Ulmer* noch die Dichotomie von Form und Inhalt als Alternative diskutiert (*Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 122) geht in neuerer Literatur die Tendenz eher dazu, sie als ergänzendes oder zumindest gleichzeitig bestehendes Konzept zu verstehen (*Berking*, Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 115 ff.; *Kopp*, Freiheit der Idee, 2014, 179 ff.). Letzteres erscheint auch in Verbindung mit der Bedeutung im europäischen und internationalen Kontext geboten (näher hierzu unter C.II.2.). Indessen bestehen freilich Querverbindungen zur Individualität, *Kopp*, Freiheit der Idee, 2014, 259 ff.

gen.²⁷⁴ In der deutschen Literatur spielt die Form-Inhalt-Dichotomie oder die Dichotomie von Idee und Ausdrucksform in der Praxis musikurheberrechtlicher Argumentationen bislang eine untergeordnete Rolle. Wird sich mit den Begriffen detaillierter auseinandergesetzt, bleibt die Anwendung auf Musikwerke oft eine Randbemerkung.²⁷⁵ Das mag auch an der schwierigen Frage liegen, worin überhaupt eine Idee oder ein Inhalt der Musik bestehen könnte.²⁷⁶

Doch nicht erst in Anwendung auf Musik, sondern schon im Allgemeinen begegnet die Begriffsbestimmung der Idee und des Inhalts großen gegenwärtigen Problemen. Trotz einer längeren Tradition der Dichotomien ist es bislang kaum gelungen, die Begriffe von Form, Ausdrucksform, Inhalt und Idee klar zu definieren und somit allgemein akzeptierte begriffliche Grenzen auszumachen.²⁷⁷ Zumindest eine grobe Vorstellung des juristischen Bedeutungsgehalts von Idee oder Inhalt ist aber notwendig, um überhaupt die Frage stellen zu können, ob die Musik diese Auftrennung zulässt. Teilweise wird versucht, die Dichotomien anhand von Beispielen zu verdeutlichen,²⁷⁸ teilweise wird auf weitere Formeln verwiesen, die ebenso auslegungsbedürftig sind wie die Dichotomien selbst,²⁷⁹ teilweise wird sogar jeglicher Definitionsversuch abgelehnt und als Grundlage für eine Interessenabwägung verstanden.²⁸⁰

274 Vgl. etwa *Rahmatian*, in: *Rahmatian* (Hrsg.), *Concepts of Music and Copyright. How Music Perceives Itself and How Copyright Perceives Music*, 78, 111 ff.; *Grinvalsky*, *California Western Law Review* 1992, 395. Dagegen aber für das US-amerikanische Rechtssystem im Rechtsvergleich *Liebscher*, *Schutz der Melodie*, 2007, 127.

275 *Berking*, *Inhalt und Form im Urheberrecht*, 2002, 29 ff., 95 ff.; *Kopp*, *Freiheit der Idee*, 2014, 6, 11 ff.; *Handle*, *Schutz der Idee*, 2013, 17.

276 Zu dieser Schwierigkeit im Gegensatz zur Ideenfeststellung in der Literatur schon *Rahmatian*, in: *Rahmatian* (Hrsg.), *Concepts of Music and Copyright. How Music Perceives Itself and How Copyright Perceives Music*, 78, 111.

277 Zur Abgrenzung von Form und Inhalt etwa: *Loewenheim/Leistner*, in: *Schricker/Loewenheim*, 6. Aufl. 2020, *UrhG*, § 2 Rn 76: „Abgrenzungsschwierigkeiten und Überschneidungen sind freilich die Regel, eine brauchbare Grenzziehung ist – soweit sie überhaupt möglich ist – bislang nicht gelungen.“

278 Siehe *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, 7. Aufl. 2022, *UrhG*, § 2 Rn. 37 f.

279 Vgl. *Berking*, *Inhalt und Form im Urheberrecht*, 2002, 34 f.; siehe ferner C.I.

280 Für die Interessenabwägung bei Form und Inhalt: *Berking*, *Inhalt und Form im Urheberrecht*, 2002, 19, 242; für eine Interessenabwägung im Bereich der Ideenfreiheit: *Kopp*, *Freiheit der Idee*, 2014, 179 ff.: *Kopp* versteht indes zwar die Bestimmung des Ideenbegriffs als „eigentliche Problematik“ (137), erklärt aber gleichzeitig Inhalt und Idee für nicht definierbar (138); ebenfalls zu einer Interessenabwägungsfunktion *Haberstumpf*, *UFITA* 2020, 36, 90 ff.

Dabei wird häufig die Idee als Teil des Inhalts²⁸¹ oder der Inhalt als eine Spielart der Idee angesehen.²⁸² Eine klare Begriffsgrundlage hat sich nicht gebildet. Die folgenden Ausführungen haben daher nicht zum Ziel, den bisherigen Definitionsversuchen einen weiteren hinzuzufügen. Es soll vielmehr mit den bisherigen Definitionsversuchen und Abgrenzungen das Konzept hinter der dichotomen Betrachtung von Form und Inhalt sowie von Ausdrucksform und Idee ergründet und sodann auf Basis dieses Konzepts die Bedeutung und Sinnhaftigkeit für die Abgrenzung von Schutzzähigem in der Musik überprüft werden.

Hierzu muss sich zunächst dem rechtlichen Verständnis von Form, Ausdrucksform, Inhalt und Idee gewidmet werden, das in drei Dimensionen zutage tritt: Zum einen betrifft das den groben begrifflichen Rahmen, der sich Inhalt und Idee entnehmen lässt, zum zweiten wird die Bedeutung in Gesetzen und Rechtsprechung untersucht, zum dritten soll ein Blick auf die historische Genese und die größtenteils aus der historischen Entwicklung abgeleitete Begründung geworfen werden. Schließlich werden die Anwendungsmöglichkeiten in Bezug auf die Musik diskutiert und damit die hier entscheidende Frage gestellt: Ergibt das Konzept der Ideen- und Inhaltsfreiheit für die urheberrechtliche Beurteilung von Musik überhaupt Sinn?

I. Begriffliche Reflexionen

Wie bereits oben beschrieben gibt es keine vorherrschende, werkübergreifend klare oder gar gesetzlich vorgegebene Definition zu den Begriffen Idee oder Inhalt.²⁸³ Deshalb ist auch deren Verhältnis zueinander kaum geklärt. Der Diskurs um die Begriffe schwankt zwischen synonyme Verwendung, rein formeller Unterscheidung und dem Vorwurf der Oberflächlichkeit bei fehlender Differenzierung.

1. Inhalt

Betrachtet man die meisten Schriftwerke, erscheint es intuitiv klar zu sein, worin der Inhalt des Romans oder des Zeitungsartikels besteht. Das reine

281 So etwa *Stamer*, Schutz der Idee, 2007, 54.

282 Vgl. *BGH GRUR* 2011, 134, Rn. 36 – *Perlentaucher*.

283 *Berking*, Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 35; *Stamer*, Schutz der Idee, 2007, 36; *Kopp*, Freiheit der Idee, 2014, 38 f.

Textbild ist nur Form, doch die Romangeschichte oder die Information des Zeitungsartikels ist der Inhalt. Dementsprechend könnte die Form auch als „Art und Weise einer Mitteilung“, der Inhalt hingegen als „das Mitgeteilte“ verstanden werden.²⁸⁴ Als Definition würde sich das aber erst dort bewähren, wo auch die Inhalt-Form-Abgrenzung für sich genommen unklar ist: beispielsweise im Falle eines Kunstwerkes oder eben eines Musikstückes. Dort erscheint eine Unterscheidung von Mitteilung und Mitgeteiltem nur wenig klarer als es die Unterscheidung von Form und Inhalt schon aus sich heraus ist.

Eine andere häufig vorzufindende Erklärung geht dahin, den Inhalt als das zu definieren, „was gleichbleibt, wenn sich das äußere Erscheinungsbild ändert“.²⁸⁵ Auch der Inhalt ist aber offensichtlich veränderlich:²⁸⁶ Schreibt man etwa einen Roman so um, dass sich auch die Handlung ändert, bleibt der Inhalt gerade nicht gleich. Regelmäßig werden sich auch bei der Verwendung von Synonymen nuancierte Unterschiede ergeben. Wird der Text, das äußere Erscheinungsbild eines Romans, also verändert, kann sich durchaus auch der Inhalt ändern. Für den hier genannten Erklärungsversuch dazu, worin der Inhalt bestehe, muss daher schon im Vorhinein klar sein, was „das äußere Erscheinungsbild“ im konkreten Fall ist. Nur so kann das „was gleichbleibt“, also der Inhalt, davon abgegrenzt werden. Das Gedankenexperiment setzt also schon die eigentliche Unterscheidung voraus, die es beschreiben möchte. Der Erklärungsversuch geht mithin ebenfalls fehl, wenn er als Definition verstanden werden wollte.

Durch die abstrakten Näherungsversuche ist also wenig gewonnen, wenn es um die Eingrenzung des Inhaltsbegriffs im konkreten Anwendungsfall geht. Sie bleiben genauso konkretisierungsbedürftig wie die Dichotomiebegriffe selbst. Trotzdem besteht bei gewissen Elementen Einigkeit darüber, dass sie – auch nach den eben genannten Näherungsversuchen – als Inhalt

284 So etwa *de Boor*, Urheberrecht und Verlagsrecht, 1917, 73. Siehe ferner kritisch *Berking*, Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 34, die diese Definition die „gängigste“ nennt.

285 Siehe kritisch *Berking*, Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 34, wobei die dort zitierten Quellen bei *Hubmann*, UFITA 24/1957, I, 4 und *Kummer*, Das urheberrechtlich schützbares Werk, 1968, 8 f. diese Erklärung kaum definitorisch heranziehen.

286 Siehe *Berking*, Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 34, die sogar noch weitergeht und in jeder Änderung der Form eine notwendige Änderung des Inhalts sieht: „Es beginnt damit, daß man in Begriffen und Bildern denkt, so daß Inhalte schon in den Gedanken eine Form angenommen haben. Die Inhalte beeinflussen die Formgebung und die Formgebung die Inhalte. Wird die Form ausgetauscht, ändert sich damit auch der Inhalt.“

gelten. So zählt die Fabel, also etwa das Geschehen, die Geschichte eines Romans, jedenfalls zum Inhalt eines Werkes.²⁸⁷ Auch Figuren einer Erzählung – etwa Romanfiguren – werden weithin zum Inhalt gezählt.²⁸⁸ Ebenso verhält es sich mit der Handlung eines Bühnenwerkes.²⁸⁹ Ferner besteht weitgehend Einigkeit, dass wissenschaftliche Theorien, die in einem wissenschaftlichen Aufsatz festgehalten wurden, zum Inhalt eines solchen Aufsatzes zählen.²⁹⁰

Zumindest ist all diesen Fällen und Definitionsversuchen gemeinsam, dass ein Interpretationsprozess und oft auch ein Abstraktionsprozess vorgeschaltet ist, durch den der Inhalt „verstanden“ oder in sonstiger Weise geistig verarbeitet wird. Der Inhalt wird seinem Wortsinn entsprechend von der Form „beinhaltet“ und ergibt sich nicht unmittelbar aus dem, was durch die Sinne wahrgenommen wird, sondern erst durch den kognitiven oder emotionalen Prozess, der durch die Wahrnehmung ausgelöst wird. Teilweise kann diese Hermeneutik eher oberflächlich, also auf das reine Sprachverständnis, ausgelegt sein, wie im Falle eines einfachen journalistischen Textes. Sie kann auch einen komplexeren Vorgang erfordern wie bei der Interpretation eines Bühnenwerkes oder eines Textes der klassischen Literatur. In allen Fällen besteht aber regelmäßig eine semantische Ebene oder zumindest eine Abstraktionsebene. Der Inhalt ist also das, was mit den Buchstaben oder Wörtern, mit den Pinselstrichen und – auf die Musik gewandt – mit den Tönen oder Geräuschen semantisch verknüpft wird.

2. Idee

Anders ist die Idee intuitiv zu verstehen. Denn während der Inhalt stets ein nachgeschalteter hermeneutischer Prozess ist, scheinen Ideen eher die Vorstufe zum Werk und entsprechend auch die „Vorstufe zu Inhalt und Form“ zu sein.²⁹¹ So ist es etwa möglich, die Idee *zu* einem bestimmten Werk zu haben. Der Begriff der Idee beschreibt nach dieser Vorstellung einen Zustand, der zeitlich noch vor dem Schöpfungsprozess liegt. Idee, Form und Inhalt stehen damit in der folgenden Relation zueinander:

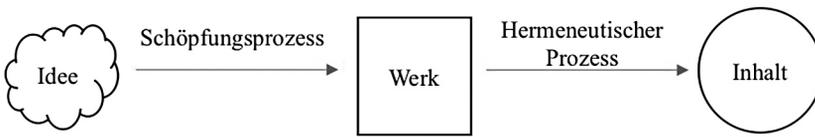
287 *Loewenheim/Leistner*, in: Schrickler/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 2 Rn. 78. Davon unabhängig ist natürlich die Frage, ob diese dann auch Schutz erfahren kann.

288 *Götting*, LMK 2014, 361723.

289 *BGH GRUR* 1959, 379 – *Gasparone*.

290 *Berking*, Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 31.

291 *Kopp*, Freiheit der Idee, 2014, 139; vgl. in ähnlicher Weise auch *Handle*, Schutz der Idee, 2013, 59.



(Abbildung 1)

Die Idee verfestigt sich also durch den Schöpfungsprozess, etwa das musikalische Schaffen, zur Form. Dieser Form kann dann ein Inhalt vom Betrachter oder Hörer entnommen werden.

Mit der Freiheit der Idee wird nach diesem oberflächlichen Wortsinn augenscheinlich auf einen Moment abgehoben, der schon gar nicht der Wahrnehmung zugänglich ist.

Hierfür einen Bedarf der urheberrechtlichen Freistellung zu sehen, erweist sich eigentlich schon bei praktischer Betrachtung als Fehlschluss, denn wenn der fragliche Schutzgegenstand schon nicht wahrgenommen werden kann, bedarf es keines urheberrechtlichen Grundsatzes, um die Idee freizustellen.²⁹² Hätte man etwa einen genialen Einfall zu einer Symphonie, schreibt diese aber nicht auf und äußert sie nicht in sonstiger Weise gegenüber anderen, dann ist die „Vorstufe“ oder „bloße Idee“ nicht wahrnehmbar und deshalb urheberrechtlich irrelevant.

Soll dem Grundsatz der Ideenfreiheit somit überhaupt ein sinnvoller Zweck zukommen, ist zu berücksichtigen, dass sich die Idee im Werk selbst niederschlagen muss.²⁹³ Die Idee ergibt sich dann zumindest als Rekonstruktion aus dem Werk in seiner abschließenden Form:



(Abbildung 2)

²⁹² Dazu aber auch schon *Kopp*, Freiheit der Idee, 2014, 31.

²⁹³ Vgl. *Haberstumpf*, UFITA 2020, 36, 85, der die Idee insofern auch als dem Einzelwerk entnehmbare Abstraktion versteht.

In diesem Sinne ist die Idee eher der dahinterstehende, jedenfalls aber dem Werk selbst immanente Gedanke eines Werkes.²⁹⁴ Da die Rekonstruktion der Idee eines Werkes regelmäßig nur kognitiv-hermeneutisch festgestellt werden kann, entspringt die juristisch relevante Idee damit letztlich derselben Sphäre wie der Inhalt. Sie wird in diesem Sinne zumeist als eine besonders abstrakte Art des Inhalts zu verstehen sein, die mit der vermuteten Intention des Urhebers eines Werks im Einklang steht.²⁹⁵

Insofern könnte die Idee auch als ein Bestandteil von Inhalten betrachtet werden.²⁹⁶ Beispielsweise könnte etwa die einzelne Idee zu einem Werk darin bestehen, dass eine literarische „Figur ein Kobold ist“, während aber der Gesamtzusammenhang der Pumuckl-Geschichte den Inhalt bezeichnet.²⁹⁷ In anderen Fällen kann aber die Idee in vielerlei Hinsicht als synonyme Begriff zum Inhalt Verwendung finden.²⁹⁸

3. Zwischenfazit

Während scharfe Definitionen und klare Begriffsbestimmungen also ein Desiderat bleiben, kann zumindest aus dem begrifflichen Rahmen und dem bisherigen juristischen Diskurs geschlossen werden, dass Ideen und Inhalte in ihrer juristischen Bedeutung insofern eng verwandt sind, als dass sich beiden durch eine gewisse Hermeneutik oder durch Abstraktion angenähert werden kann. Die Unterschiede – sofern überhaupt welche bestehen – sind aber vom juristischen begrifflichen Ausgangspunkt eher auf gradueller oder quantitativer Ebene zu suchen.

294 Vgl. *Handle*, Schutz der Idee, 2013, 109; *Haberstumpf*, UFITA 2020, 36, 85; für den Begriff im Kontext des US-Rechts besonders anschaulich in diesem Verständnis: *Nichols v. Universal Pictures Corporation et al.*, 45 F.2d 119 (2nd Cir. 1930), 121 f.

295 In diesem Sinne wohl *Handle*, Schutz der Idee, 2013, 110.

296 *Kitz*, GRUR-RR 2007, 217, 218: Inhalt als „Ansammlung von Ideen“.

297 Dieses Beispiel zieht etwa auch *Kitz*, GRUR-RR 2007, 217, 218 in seiner Anmerkung zu LG München I, GRUR-RR 2007, 226 – *Eine Freundin für Pumuckl* heran.

Versteht man den Ideenbegriff so, ist allerdings zumindest bei gleichzeitigem Originalitätserfordernis nicht schlüssig, dass es eines Grundsatzes der Ideenfreiheit bedarf. Denn wenn es letztlich auf die Kombination der Einzelideen ankommt, ist gerade nicht die Ideenfreiheit entscheidend, sondern die Individualität oder die Komplexität der Ideenzusammensetzung.

298 Dass eine Gleichsetzung der Begriffe von manchen pauschal als „oberflächlich“ abgetan wird, während gleichzeitig die undefinierbarkeit von genauen Unterschieden erklärt wird, ist daher nicht überzeugend, vgl. insofern aber *Kopp*, Freiheit der Idee, 2014, 137–139; ferner *Henkenborg*, Schutz von Spielen, 1995, 103.

II. Inhalt und Idee in Rechtsprechung, Gesetzen und Gesetzesmaterialien

Auch wenn nicht selten eine Bedeutung des Inhalts und der Idee als nicht explizite sondern „immanente“ Schranke im Urheberrecht betont oder die Rolle der Dichotomien als „ungeschriebene“ Prinzipien der Schutzfähigkeit hervorgehoben wird,²⁹⁹ gibt es zumindest auf Ebene der Rechtsprechung aber auch auf Ebene von Gesetzen und deren Materialien inzwischen mehrere explizite Auseinandersetzungen mit der Bedeutung von Idee und Inhalt für das Urheberrecht. Zum einen betrifft das deutsche urheberrechtliche Normen und deren Auslegung, zum anderen wird gerade in den letzten Jahren immer wieder auf internationaler Ebene auf den Ideenbegriff zurückgegriffen, insbesondere in völkerrechtlichen Verträgen und auch im unionsrechtlichen Kontext.

1. Nationale Ebene

Im Hinblick auf Gesetzgebungsmaterialien zum Urheberrechtsgesetz sticht zur Dichotomie von Form und Inhalt besonders die Begründung der Bundesregierung zum Gesetzesentwurf aus dem Jahre 1962 hervor. Sie kann natürlich nicht als Primärquelle des gesetzgeberischen Willens mit Bindungswirkung für die Judikative gelten.³⁰⁰ Dennoch gibt die Begründung zumindest Aufschluss über die Intention der Bundesregierung bei Entstehung des UrhG und ist insoweit auch für die Interpretation der *lex lata* nicht bedeutungslos.

Besonders schwer wiegt es, wenn die Bewertung der Schutzfähigkeit hinsichtlich Form und Inhalt derart unmissverständlich formuliert wurde wie in der Begründung zu § 2 des Gesetzesentwurfes von 1962:

„In Absatz 2 [gemeint ist § 2 Abs. 2 des Entwurfs; entspricht im Wortlaut § 2 Abs. 2 UrhG] bringt der Entwurf zum Ausdruck, daß unter ‚Werken‘ im Sinne des Gesetzes nur persönliche geistige Schöpfungen zu verstehen sind. [...] Als ‚persönliche geistige Schöpfungen‘ sind Erzeugnisse anzuse-

299 Für Ersteres: *Götting*, LMK 2014, 361723; allgemein, aber differenzierend zur Ungeschriebenheit der Grundsätze: *Berking*, Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 32 f.; *Kopp*, Freiheit der Idee, 2014, 137.

300 Vgl. allgemein zur Schwierigkeit aus Gesetzesmaterialien einen gesetzgeberischen Willen abzuleiten: *Baldus*, in: *Baldus/Theisen/Vogel* (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung. Entstehung und Auslegungsfähigkeit von Normen, 5, 26. Siehe auch *Schneider*, in: *Baldus/Theisen/Vogel* (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, III.

hen, die durch ihren Inhalt oder durch ihre Form oder durch die Verbindung von Inhalt und Form etwas Neues und Eigentümliches darstellen.³⁰¹

Im Fokus steht das Merkmal der Neuheit oder Eigentümlichkeit. Letzteres entspricht den bereits erwähnten Kriterien der Individualität oder Originalität.³⁰²

Die Entwurfsbegründung zeigt aber auch in seltener Klarheit die Optionen auf, woran die entscheidenden Kriterien von Neuheit und Eigentümlichkeit festgemacht werden können: Nämlich nicht nur an der Form, sondern umfassend an Inhalt, Form oder einer Verbindung von Inhalt und Form. Auch der Inhalt kann also für sich genommen hiernach schutzfähig sein.

Die Freiheit des Inhalts bereits im Werkbegriff angelegt zu sehen, widerspricht somit der mutmaßlichen Intention, die 1962 hinter dem Entwurf des § 2 Abs. 2 UrhG stand.

Umso erstaunlicher ist es daher, dass der Ansatz von Form und Inhalt in der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung ambivalent verfolgt wird. Vor allem in älterer Rechtsprechung wurde der Werkbegriff noch im Einklang zur obigen gesetzlichen Begründung ausgelegt. Eine grundlegende Unterscheidung einer geschützten Form und eines ungeschützten Inhalts wurde sogar bereits in Entscheidungen des Reichsgesichts abgelehnt.³⁰³

Der BGH setzte diese Ablehnung dem Grunde nach fort. Das wurde zunächst im sogenannten *Gasparone*-Urteil sichtbar.³⁰⁴ Denn bei „einem Bühnenwerk [sei] [...] nicht nur die konkrete Textfassung oder die unmittelbare Formgebung eines Gedankens gegen Entlehnungen geschützt“.³⁰⁵ Während die „bloße Idee als allgemeine Anregung“ nach einer vom BGH so bezeichneten „herrschenden Ansicht“ nicht schutzfähig sei, könne die Idee dann Schutz erlangen, wenn sie in den Handlungsablauf eingefügt wird.³⁰⁶ Der BGH verlagert den Blick von Form-Inhalt-Überlegungen auf die nach ihm entscheidende „eigenpersönliche Prägung“ bzw. die „eigentümliche Wirkung“.

Die im *Gasparone*-Urteil manifestierte Ablehnung einer Unterscheidung von Form und Inhalt setzte sich auch nach der Verabschiedung des UrhG,

301 Begründung RegE, BT-Drs. IV/270, 38.

302 Vgl. unter A.

303 RG RGZ 121, 65, 70 f.; siehe im Übrigen auch KG GRUR 1926, 441 – *Alt-Heidelberg/Jung-Heidelberg*.

304 BGH GRUR 1959, 379 – *Gasparone*.

305 BGH GRUR 1959, 379, 381 – *Gasparone*.

306 Ebd.

also nach 1965, in der Rechtsprechung des BGH zunächst durch. So wurde etwa im vielbeachteten Urteil zu „Laras Tochter“ darauf Bezug genommen.³⁰⁷

Eine andere Note haben dagegen die Ausführungen des BGH im sogenannten *Perlentaucher*-Urteil. War die Klassifizierung als Inhalt oder Idee im *Gasparone*-Urteil noch unbedeutend für die Feststellung der Schutzfähigkeit, wird hier im *Perlentaucher*-Urteil ein Freihaltebedürfnis für den „gedankliche[n] Inhalt eines Schriftwerkes“ benannt.³⁰⁸ Konzeptionell scheint dabei Inhalt und Idee vom BGH weitgehend synonym gebraucht zu werden:

„Soweit die schöpferische Kraft eines Schriftwerkes dagegen allein im innovativen Charakter seines Inhalts liegt, kommt ein Urheberrechtsschutz nicht in Betracht (BGH, Urteil vom 11. April 2002, GRUR 2002, 958, 959 = WRP 2002, 1177 - Technische Lieferbedingungen). Der gedankliche Inhalt eines Schriftwerkes muss einer freien geistigen Auseinandersetzung zugänglich sein (Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl., § 2 UrhG Rn. 59 und 84). Die einem Schriftwerk zugrunde liegende Idee ist daher urheberrechtlich grundsätzlich nicht geschützt (Schricker/Loewenheim aaO § 24 UrhG Rn. 19; Schulze in Dreier/Schulze, UrhG, 3. Aufl., § 24 Rn. 22, jeweils mwN).“³⁰⁹

Ein innovativer Charakter des Inhalts oder der Idee ist diesen Ausführungen zufolge also nicht geschützt – und zwar unabhängig davon, ob der Inhalt schöpferisch ist oder nicht („schöpferische Kraft“).³¹⁰ Die deutliche Konzentration auf die „einem Schriftwerk zugrunde liegende Idee“ und den „gedanklichen Inhalt“ spricht aber zumindest dafür, dass seitens des BGH keine klare Position dazu herrscht, das Prinzip der Ideenfreiheit und Inhaltsfreiheit auch auf andere Werkkategorien auszudehnen.

Auffällig ist aber dennoch ein dogmatisch kaum erklärbarer Widerspruch zu der oben wiedergegebenen Entwurfsbegründung von § 2 UrhG. Es zeichnet sich damit ein uneinheitliches Bild, was die Rechtsprechung des BGH angeht. Einerseits wurde ein umfassender Grundsatz der Ideen- bzw. Inhaltsfreiheit zunächst abgelehnt. Im *Perlentaucher*-Urteil wird aber durchaus mit der Freiheit von Idee bzw. Inhalt argumentiert. Zumindest bei Sachtexten befürwortet der BGH damit wohl eine Ideenfreiheit als Schutzfähigkeitsprinzip und spricht sich dabei auch für dieses Prinzip im gesamten Bereich

307 BGH GRUR 1999, 984 – *Laras Tochter*.

308 BGH GRUR 2011, 134, Rn. 36 – *Perlentaucher*.

309 Ebd.

310 Ebd.

der Schriftwerke aus. In anderen Fällen hingegen scheint das Prinzip – *Gasparone* folgend – gar nicht zu gelten.

2. Internationale und unionsrechtliche Ebene

Die Freiheit der Idee wurde auch in internationale Verträge aufgenommen: etwa in das TRIPS-Abkommen oder den WIPO-Urheberrechtsvertrag.³¹¹ Die Hintergründe für eine Zustimmung der beteiligten Länder können natürlich vielfältig sein und kaum auf einen einzelnen Ursprung zurückgeführt werden. Die Nähe der Formulierung in den internationalen Verträgen zur Formulierung der *idea-expression-dichotomy* in der anglo-amerikanischen Rechtstradition deutet jedoch auf eine Verwandtschaft hin.³¹²

In europäischen Richtlinien ist eine Unterscheidung von *idea* und *expression* mit Ausnahme von Art. 1 Abs. 2 Computerprogramm-Richtlinie nicht kodifiziert. In dieser Computerprogramm-Richtlinie von 2009 ist jedoch eine Regelung zu finden, die wiederum den Regelungen im TRIPS-Abkommen sowie der des WIPO-Urheberrechtsvertrages sehr ähnelt.³¹³

Für andere WerkGattungen besteht keine vergleichbare Norm in EU-Richtlinien. Einerseits könnte man nun schlussfolgern, dass die Ideenfreiheit, da sie eben nur in diesem Spezialfall normiert ist, gerade nicht in den übrigen Fällen gelten soll. Aus den Erwägungsgründen ergibt sich aber, dass auf unionsrechtlicher Ebene die Schutzlosigkeit der Idee als „Urheberrechtsgrundsatz“ verstanden wurde.³¹⁴

311 Art. 9 Abs. 2 TRIPS-Abkommen: „*Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.*“

Art. 2 WCT: „*Copyright protection extends to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.*“

312 Kopp, Freiheit der Idee, 2014, 55. Vgl. die Sprachfassung des 17 U.S. Code § 102(b): „*In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.*“

313 Zum Vergleich mit den obigen Normen die englische Sprachfassung von Art. 1 Abs. 2 Computerprogramm-Richtlinie: „*Protection in accordance with this Directive shall apply to the expression in any form of a computer program. Ideas and principles which underlie any element of a computer program, including those which underlie its interfaces, are not protected by copyright under this Directive.*“ Dafür, dass dies dem US-amerikanischen Recht nachempfunden wurde: Spindler, in: Schrickler/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 69a Rn. 8.

314 ErwG II und Art. 1 Abs. 2 Computerprogramm-Richtlinie; vgl. auch ErwG 14 der Vorgängerrichtlinie RL 91/250/EWG.

Dass die Dichotomie von Idee und Ausdrucksform auch ohne die Computerprogramm-Richtlinie ihren Weg über das Völkerrecht in den Werkbegriff des EuGH fand, wurde bereits in der oben genannten *Levola*-Entscheidung ansatzweise erkennbar.³¹⁵ Auch wenn der EuGH bereits dort deutlich machte, dass die Regelung den unionsrechtlichen Werkbegriff beeinflusst, entsprach die Fokussierung auf die Objektivierung noch einer eher zurückhaltenden Auslegungsvariante der Dichotomie. Der EuGH rückte mit der Ableitung des Objektivitätskriteriums die Idee-Ausdrucksform-Dichotomie dort noch in die Nähe des Erfordernisses der Wahrnehmbarkeit eines Werkes.³¹⁶ Dabei wirkte die Dichotomie in der *Levola*-Entscheidung in erster Linie als Argumentationshilfe, um die Bewertung der Schutzfähigkeit von Geschmack in irgendeiner Weise dogmatisch zu fundieren, weniger konnte hieraus bereits ein grundsätzliches Werkkriterium abgeleitet werden. Anders ist das in der jüngeren und teils darauf aufbauenden Rechtsprechung des EuGH in der *Brompton Bicycle*-Entscheidung.³¹⁷ Wesentlich expliziter verknüpft der EuGH dort das Vorliegen eines Werkes mit der Prüfung der Ideenfreiheit. Er begründet es damit, dass „Gedanken bzw. Ideen urheberrechtlich zu schützen“ darauf hinauslaufe, diese „Ideen zu monopolisieren“, was etwa einen Schaden für den technischen Fortschritt und die industrielle Entwicklung bedeute.³¹⁸ Den Anknüpfungspunkt bietet abermals Art. 2 Art. 2 WCT.

Der EuGH grenzt die Idee damit nicht von der Originalität ab, sondern möchte Ideen und Gedanken basierend auf der Monopolisierungsgefahr *per se* ungeschützt sehen. Spätestens mit der Entscheidung in Sachen *Brompton Bicycle* ist daher deutlich, dass nach Ansicht des EuGH eine weiter verstandene *idea-expression*-Unterscheidung und so auch die Ideenfreiheit ein wesentlicher Bestandteil des unionsrechtlichen Werkbegriffes ist.

3. Zusammenfassung

Die Freiheit der Idee ist also kaum noch als rein ungeschriebenes dogmatisches Gedankenspiel zu verstehen, sondern hat durch internationale

315 Siehe B.

316 Vgl. B. Siehe auch *Leistner*, GRUR 2019, 1114, 1116.

317 *EuGH*, Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736) – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get*.

318 *EuGH*, Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736), Rn. 27 – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get*.

Kodifizierungen der Dichotomie von Idee und Ausdrucksform auch aus positivistischer und aus justizieller Sicht inzwischen rechtliche Anknüpfungspunkte.³¹⁹ Zum einen zeigt sich das in der Computerprogramm-Richtlinie, ferner in völkerrechtlichen Verträgen und schließlich auch in der EuGH-Rechtsprechung.³²⁰

Die Freiheit des Inhalts spielt begrifflich auf der unionsrechtlichen Ebene aber keine Rolle. Anders ist das bezüglich des gedanklichen Inhalts auf nationaler Ebene, wo der BGH entgegen dem, was aus den Materialien des Regierungsentwurfs von 1962 zum Urheberrechtsgesetz hervorgeht, zumindest bezüglich Schriftwerken eine Freistellung des gedanklichen Inhalts und, in synonymem Verwendung, der Idee statuiert.

III. Begründung und Genese

Im Zusammenhang mit der Unterscheidung von Idee und Ausdruck sowie von Inhalt und Form kommen vor allem zwei Entwicklungsstränge als historische Ursprünge in Betracht.³²¹ Beide sind für das heutige europäische und deutsche Urheberrecht von besonderer Relevanz.

1. Anglo-amerikanische Genese

Vor allem der Rechtspraxis entnommen sind die mutmaßlichen Ursprünge der *idea-expression-dichotomy*, die in den internationalen Verträgen und dem Unionsrecht hervortritt. Eine erste dichotome Argumentation ist im Urteil des US-amerikanischen *Supreme Court Baker v. Selden* aus dem Jahr 1879 zu finden.³²² Das Urteil gilt daher oft als die Geburtsstunde der rechtlichen Unterscheidung von *idea* und *expression* im Urheberrecht – zumindest in den USA.³²³

Charles Selden verfasste 1859 ein Buch, das an Buchhalter gerichtet war und diesen die Buchhaltung erleichtern sollte, indem etwa auch Formulare und

319 Zu einer anderen Wertung, in der Sache aber ähnlich: *Berking*, Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 32 f.

320 Siehe zu alledem C.II.2.

321 Siehe: *Leistner*, GRUR 2011, 761, 763 Fn. 30, 765 Fn. 50. Vgl. für eine getrennte Behandlung etwa *Loewenheim/Leistner*, in: Schrickler/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 2 Rn. 73 ff., 76 ff.

322 *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 (1879); *Samuels*, Tennessee Law Review 1989, 321, 326.

323 *Samuels*, Tennessee Law Review 1989, 321.

Tabellen für die Buchhaltung zur Verfügung gestellt wurden. 1867 verfasste *Baker* ein Buch, das dem von *Selden* sehr ähnlich war. Der *Supreme Court* verneinte trotz der Ähnlichkeiten eine Urheberrechtsverletzung durch *Baker*. Die Übernahme hätte sich vor allem auf die empfohlene Art und Weise der Buchhaltertätigkeit bezogen. Wissen und Methoden sollen aber frei bleiben und könnten nicht Gegenstand des Urheberrechts werden.³²⁴

Die Legitimation dieser Unterscheidung wurde und wird in den USA insbesondere aus der Meinungs- und Informationsfreiheit gezogen,³²⁵ wie es der *Supreme Court* im Urteil auch selbst darlegte:

„The very object of publishing a book on science or the useful arts is to communicate to the world the useful knowledge which it contains. But this object would be frustrated if the knowledge could not be used without incurring the guilt of piracy of the book.”³²⁶

Hiernach soll die später aus den Maßstäben des Urteils entwickelte Freiheit der Idee vor allem die Freiheit des Ideenaustausches gewährleisten. Der *Supreme Court* argumentiert hierbei mit der Zweckbestimmung, dass etwa ein wissenschaftliches Buch Wissen vermitteln soll, das frei bleibt. Die Zweckbestimmung scheint das Gericht dabei aus einem objektiven Ansatz heraus vorzunehmen: wissenschaftliche Bücher sind zur Wissensvermittlung bestimmt, unabhängig davon was der Autor konkret wollte.³²⁷

Anders als die oben genannten Gegenstände bewertete das Gericht hingegen ästhetische Objekte:

„Of course, these observations are not intended to apply to ornamental designs, or pictorial illustrations addressed to the taste. Of these it may be said, that their form is their essence, and their object, the production of pleasure in their contemplation. This is their final end.”³²⁸

Hier wird deutlich, dass die Abhängigkeit von der objektiven Zweckbestimmung auch andere Konsequenzen haben kann. Auf die Musik geht der *Supreme Court* zwar nicht explizit ein. Wenn aber der fragliche Schutzge-

324 Zu alledem die Schilderungen in *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 (1879).

325 Siehe *Nimmer*, *UCLA Law Review* 1969, 1180, 1192 f. *Nimmer* weist dabei ferner explizit darauf hin, dass die *idea-expression-dichotomy* alleine nicht genüge, um ein ausreichendes Maß an *freedom of speech* zu gewährleisten. Siehe auch *Sid & Marty Krofft Television Prods., Inc. v. McDonald's Corp.*, 562 F.2d 1157, 1170 (9th Cir. 1977).

326 *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 (1879), 103.

327 *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 (1879), 103 f.

328 Ebd.

genstand auf eine ästhetische Wahrnehmung abzielt, wie bei Musik wohl regelmäßig, wird die zugrundeliegende Idee den Ausführungen des *Supreme Court* zufolge nicht freigestellt.

Basierend auf diesem Urteil und auf einer Reihe folgender Einzelurteile etablierte sich die Unterscheidung einer schutzfähigen Ausdrucksform (*expression*) und einer schutzlosen Idee (*idea*) im Urheberrecht der USA.³²⁹ Daneben wurde sie auch außerhalb der USA gerichtlich rezipiert, parallel entwickelt oder zumindest erwähnt.³³⁰ Schließlich fand die Dichotomie später ihren – nun auf das gesamte US-amerikanische Urheberrecht bezogenen – Niederschlag in 17 U.S. Code § 102(b).³³¹

Daneben ist diese Entwicklung im US-amerikanischen Raum wohl auch die Grundlage für die internationalen Verträge, in denen die Dichotomie erwähnt wird.³³² Jedenfalls zeigen, wie bereits erwähnt, die entsprechenden Regelungen im TRIPS-Abkommen und im WCT eine erhebliche Ähnlichkeit im Wortlaut zur *idea-expression-dichotomy* des 17 U.S. Code § 102(b).³³³

2. Genese in der deutschsprachigen Literatur

Daneben besteht eine Entwicklungslinie, die vor allem im deutschsprachigen Raum stattfand und weniger durch klar nachvollziehbare richterrechtliche Bezüge, sondern eher durch Überlegungen im Schrifttum Ausdruck fand. Das Aufzeigen dieser Entwicklungen ist – wie jede historische Linienbildung – eine Vereinfachung. Obwohl die älteren Quellen nur selten aufeinander verweisen, können unerkannte historische Umstände und auch eine gegenseitige Beeinflussung zur obigen Entwicklungslinie kaum ausgeschlossen werden.³³⁴

a. Der vermeintliche philosophische Ursprung

Bei der Erforschung des Ursprungs der Abgrenzung von Form und Inhalt werden Ursprünge bis in philosophische Grundpositionen weit vor der Ent-

329 Instruktiv zur weiteren Rechtsprechung *Jones*, *Pace Law Review* 1990, 551, 553 ff.

330 *Samuels*, *Tennessee Law Review* 1989, 321, 326 ff.; *Jones*, *Pace Law Review* 1990, 551, 555 f.

331 Vgl. *Kopp*, *Freiheit der Idee*, 2014, 55; *Hilty*, *Urheberrecht*, 2. Aufl., 2020, Rn. 227, 235.

332 *Kopp*, *Freiheit der Idee*, 2014, 55.

333 Siehe *Reinbothe*, *GRUR Int.* 1992, 707, 710; *Katzenberger*, *GRUR Int.* 1995, 447, 464; *Berking*, *Inhalt und Form im Urheberrecht*, 2002, 37.

334 Vgl. etwa bereits die internationalen Bezüge in *Kohler*, *Das Autorrecht*, 1880, 166 ff.

stehung des UrhG behauptet.³³⁵ So lässt sich etwa eine frühe Unterscheidung in Bezug auf den Büchernachdruck bei *Fichte* finden:

„Da man jedoch ein Buch selten auch darum, am seltensten bloß darum kauft, um mit seinem Papier und Drucke Staat zu machen, und damit die Wände zu tapeziren; so muß man durch den Ankauf doch auch ein Recht auf sein Geistiges zu überkommen meinen. Dieses Geistige ist nemlich wieder einzutheilen: in das *Materielle*, den Inhalt des Buchs, die Gedanken die es vorträgt; und in die *Form* dieser Gedanken, die Art wie, die Verbindung in welcher, die Wendungen und die Worte, mit denen es sie vorträgt.“³³⁶

Den Ausführungen von *Fichte* sind Anklänge an den aristotelischen Hylemorphismus kaum abzusprechen. Beide referieren auf den Grundgedanken eines formlosen materiellen Inhalts, der stets von der konkreten Form unterschieden werden kann.³³⁷ Beides, sowohl Inhalt als auch Form, versteht er dabei aber als Geistiges, während das Körperliche (in *Fichtes* Beispiel: das Buch) etwas Drittes darstellt.³³⁸ Im Verlauf der Schrift legt *Fichte* ferner dar, dass der Leser sich zwar den Inhalt zu eigen machen könne und er so gemeinschaftliches Eigentum an den Gedanken mit dem Autor und allen übrigen Lesern habe, die Form der Gedanken verbleibe allerdings notwendigerweise im Eigentum des Autors.³³⁹ Daraus schlussfolgert er, der Autor dürfe stets über die Form bestimmen und müsse das Recht haben, Eingriffe zu unterbinden.³⁴⁰ Der Nachdruck eines Buches sei ein solcher Eingriff und der Verleger könne sich vertraglich nur eine Art „Nießbrauch“ sichern.³⁴¹

335 Bspw. *Handle*, Schutz der Idee, 2013, 14; *Kopp*, Freiheit der Idee, 2014, 33.

336 *Fichte*, Berlinische Monatschrift 1793, 443, 447 (erneut abgedruckt in: UFITA 106/1987, 155–172).

337 Alternativ könnte man hingegen ebenso vertreten, jeder Gedanke bedürfe einer gewissen Form, um überhaupt Gedanke zu sein. Dies widerspräche einer völlig dualistischen Betrachtungsweise. Vgl. *Berking*, Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 34.

338 *Fichte*, Berlinische Monatschrift 1793, 443, 447.

339 *Fichte*, Berlinische Monatschrift 1793, 443, 450. Abgeleitet wird dieser Gedanke aus folgendem Axiom (von *Fichte* selbst als Grundsatz bezeichnet): „Wir behalten nothwendig das Eigenthum eines Dinges, dessen Zueignung durch einen Andern physisch unmöglich ist.“ (*Fichte*, Berlinische Monatschrift 1793, 443, 447).

340 *Fichte*, Berlinische Monatschrift 1793, 443, 446 ff.

341 Siehe *Fichte*, Berlinische Monatschrift 1793, 443, 452 f.

Nun kann man diese häufig rezipierte³⁴² philosophische Herleitung als bedeutenden und kausalen Ursprung einer ersten Idee für eine prinzipielle Unterscheidung im Urheberrecht ansehen.³⁴³ Die kausale historische Kette von *Fichte* zur späteren urheberrechtsdogmatischen Unterscheidung von Form und Idee oder Inhalt ist allerdings in diesem Fall schwerlich eindeutig rekonstruierbar.

Eine gelegentlich in der Literatur aufgegriffene philosophische Ideengeschichte, die klare Zusammenhänge behauptet, findet sich etwa in der Zeitschrift UFITA von 1942 bei *Georg Müller*; der Beitrag ist jedoch massiv von nationalsozialistischem Gedankengut geprägt und insbesondere wegen dieser nationalsozialistischen Ideologisierung für die Betrachtung einer rechtshistorischen Kontinuität weitgehend unbrauchbar.³⁴⁴

Teile neuerer Literatur verweisen aber – unabhängig von *Müller* – auf eine auffällige heutige Vertrautheit mit der Unterscheidung von Form und Inhalt bei *Fichte* sowie deren vermuteten Einfluss auf die Gesetzgebung im 19. Jahrhundert.³⁴⁵ Ob es tatsächlich *Fichtes* Werk war, das *Kohler* und andere Rechtswissenschaftler des späten 19. Jahrhunderts dazu motivierte, die Unterscheidung aufzugreifen, lässt sich aber kaum zweifelsfrei feststellen und liegt zumindest angesichts der im Folgenden zu erörternden anderen Argumentationslinie *Kohlers* kaum auf der Hand.

b. Inhalt, Idee und Form bei *Kohler*

In *Kohlers* Werken wird die Unterscheidungsmöglichkeit von Form und Inhalt eines Werkes zum ersten Mal 1880 im Autorrecht postuliert und dabei mit einer Differenzierung von „innerer Form“ und „äußerer Form“ betrachtet.³⁴⁶

342 Siehe etwa bei: *Berking*, Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 23; *Oechsler*, GRUR 2009, 1101; bezüglich eines Ursprungs des urheberrechtlichen Ideenbegriffes in der Philosophie von *Platon* auch: *Kopp*, Freiheit der Idee, 2014, 33.

343 In diesem Sinne wohl: *Kopp*, Freiheit der Idee, 2014, 33; *Berking*, Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 23; *Oechsler*, GRUR 2009, 1101; *Handle*, Schutz der Idee, 2013, 14.

344 Vgl. *Müller*, UFITA 15/1942, 328. Dennoch teilweise zitiert für einen „Überblick über die philosophischen Grundlagen“ bei *Berking*, Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 23 oder „[a]usführlich zur philosophischen Begriffsgeschichte“ auch bei *Kopp*, Freiheit der Idee, 2014, 33.

345 *Oechsler*, GRUR 2009, 1101, 1102 f. Einen Zusammenhang von *Fichtes* Lehre und *Kohlers* Überlegungen sieht etwa *Hubmann*, Recht des schöpferischen Geistes, 1954, 102.

346 *Kohler*, Das Autorrecht, 1880, 166 ff. (auch hier: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 18 = N.F Bd. 6, 1880, 294 ff.); vgl.

Während die äußere Form den konkreten Text in seinem äußeren Erscheinungsbild erfasse, sei die innere Form die „Form der Ideenfolge, Ideeengruppierung und Ideenbewegung“.³⁴⁷

Ausgehend von den Begriffen äußere Form, innere Form, Inhalt bzw. Idee unterscheidet *Kohler* je nach Lesart drei oder vier Stufen der Schutzfähigkeit im Urheberrecht: Auf einer ersten Stufe sei lediglich die „äußere Form“ geschützt. So könnten sich Übersetzer und Nachbildner lediglich auf einen solchen Schutz der äußeren Form berufen, da der Inhalt und die von *Kohler* unterschiedene innere Form nicht auf das Schaffen eines Übersetzers oder Nachbildners zurückzuführen seien.³⁴⁸ Die Einordnung wirkt nicht dogmatisch, sondern vielmehr wie eine Art Leitfaden, wie über Schutzbedürftigkeit nachzudenken ist.

Eine zweite Stufe sei der Schutz von äußerer und innerer Form wie es für *Kohler* insbesondere bei wissenschaftlichen oder pädagogischen Werken der Fall sei. Hier blieben die dahinterstehenden Ergebnisse als Entdeckungen frei.³⁴⁹ Das umfasst wohl auch wissenschaftliche Theorien als solche. Besonders interessant ist in diesem Kontext, dass *Kohler* auch die Begründung für die urheberrechtliche Freiheit der hier freien Inhalte nicht als Abstraktum im Raum stehen lässt: Die Freiheit des Inhalts und – von *Kohler* weitgehend synonym gebraucht – der „Idee“ des wissenschaftlichen oder pädagogischen Werkes gründet für *Kohler* nicht in einem grundlegenden Prinzip der Ideenfreiheit. Er begründet es aus der Freiheit von Entdeckungen, wie sie im Bereich wissenschaftlicher Werke als Idee oder Inhalt des Werkes bezeichnet werden können.³⁵⁰

Als dritte Stufe sieht *Kohler* den Kunstbereich, wo nicht lediglich Form, sondern seines Erachtens eben auch der Inhalt geschützt sei.³⁵¹ Weniger juristisch und eher theologisch-philosophisch muten *Kohlers* Ausführungen zur Musik als „höchste[r] Stufe der Autorthätigkeit“ an, die *Kohler* aber selbst nicht für zwingend hält.³⁵² Die dritte und vierte Stufe, also der Kunstbereich einschließlich der Musik, scheinen urheberrechtlich nicht weiter

auch *Berking*, Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 24; *Oechsler*, GRUR 2009, 1101, 1103 f.

347 *Kohler*, Das Autorrecht, 1880, 169.

348 *Kohler*, Das Autorrecht, 1880, 175 f.

349 *Kohler*, Das Autorrecht, 1880, 176.

350 Ebd.; vgl. ferner die späteren Werke: *Kohler*, Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz, 1892, 11 f., wo ebenfalls der „wissenschaftliche Inhalt“ behandelt wird; *Kohler*, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, 1907, 128.

351 *Kohler*, Das Autorrecht, 1880, 176 f.

352 *Kohler*, Das Autorrecht, 1880, 177: „Will man noch eine Stufe höher steigen [...]“.

unterscheidbar zu sein, wenngleich sie nach *Kohler* als zwei unterschiedliche „Stufe[n] der Autorthätigkeit“ dargestellt werden. Einer urheberrechtlich relevanten Unterscheidung von Form und Inhalt bedarf es in beiden Fällen auch nach *Kohler* nicht.

In einer Tabelle zusammengefasst sieht das *Kohler*'sche Schutzmodell so aus:

	äußere Form	innere Form/Form der Ideenentwicklung	Inhalt/Idee selbst
Niedrigste Schutzstufe: Übersetzer und Nachbildner	schutzfähig	nicht geschützt	nicht geschützt
Höhere Schutzstufe: Autoren, die ihre Ideenentwicklung selbst gestalten (z.B. Wissenschaftler)	schutzfähig	schutzfähig	nicht geschützt
Höchste Schutzstufe: Kunst, wobei Musik je nach Lesart eine eigene Stufe bildet	alles ist schutzfähig		

Damit folgt der urheberrechtliche Schutz nach *Kohler* effektiv einem einfachen Prinzip: Der Anteil, der vom Autor Kreativität erfordert, ist schutzfähig, der Anteil, der das nicht tut, ist nicht geschützt. Das ist beim Übersetzer die genaue Wortwahl, beim Wissenschaftler auch die Darstellungsweise seiner Ideen und beim Kunstschaffenden alles.

Die *Kohler* teils unterstellte Grundunterscheidung, den Inhalt generell freistellen zu wollen, die Form aber als geschützt anzusehen, besteht demnach nicht. Es ist für *Kohler* nicht die Ausnahme, in einem großen Bereich des Urheberrechts den Inhalt in den Schutzgegenstand miteinzubeziehen, sondern die Regel.³⁵³ Die Ausnahmen sind eher die genannten WerkGattungen der ersten beiden Stufen, auf die *Kohler* konkreter eingeht.

Kohler ging also gerade nicht von einem generellen Prinzip aus, dass nur die äußere oder innere Form eines Werkes geschützt sei, sondern vertrat dies nur in Bezug auf die WerkGattungen, bei denen er ein spezifisches Freihaltebedürfnis sah.³⁵⁴

353 Anderer Auffassung ist wohl *Handle*, Schutz der Idee, 2013, 16.

354 Insofern widersprechend: *de Boor*, Urheberrecht und Verlagsrecht, 1917, 72 ff.; *Loewenheim/Leistner*, in: *Schricker/Loewenheim*, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 2 Rn. 77. Ebenfalls das Ausnahmeverhältnis widersprechend darstellend, aber differenzierter: *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 120; *Handle*, Schutz der Idee, 2013, 16 Fn. 56.

c. Weitere Entwicklung der Lehre von Form und Inhalt

Die Ausführungen *Kohlers* wurden mehrfach aufgegriffen. In seiner Tradition verstand sich auch *de Boor*, der Überlegungen zu Form und Inhalt vereinfachte, verallgemeinerte und zentral als Schutzkriterien verstand: Nach *de Boor* trifft der Satz, dass „das Urheberrecht nur die Form, nicht den Inhalt schütze“, zu und zwar nicht nur hinsichtlich sehr spezifischer Aspekte wie es bei *Kohler* der Fall war, sondern uneingeschränkt.³⁵⁵ Zwar behandelt *de Boor* im entsprechenden Kapitel vor allem das Schriftwerk³⁵⁶ und verwendet in der Begründung auch vor allem mit Sprachwerken assoziierte Überlegungen, die Darstellung bleibt allerdings allgemein.

Gleichwohl finden sich auch bei *de Boor* klare Relativierungen. Zum einen fordert er die Individualität als zusätzliches Kriterium zur Form-Inhalt-Unterscheidung ein.³⁵⁷ Die von *Ulmer* in späteren Jahren gegenübergestellte Individualität-Gemeingut-Abgrenzung³⁵⁸ ist bei *de Boor* keine Frage der Alternativität, sondern auch ergänzend möglich.

Ferner scheint auch *de Boor* nicht sicher zu sein, ob eine Trennbarkeit von Form und Inhalt stets möglich ist:

„Ob Inhalt und Form im Geiste des Urhebers getrennt sind, oder ob nicht namentlich abstraktere Gedanken von vornherein in einiger Verbindung mit Worten vorgestellt werden, das zu untersuchen können wir wiederum den Philosophen überlassen.“³⁵⁹

Hiermit zeigt *de Boor* letztlich, dass er sich von einer zugrundeliegenden philosophisch begründeten Unterscheidung, wie sie bei *Fichte* deutlich war und auch später wieder relevant wurde, faktisch abgrenzte.

De Boor war sich also hinsichtlich der philosophisch-geisteswissenschaftlichen Unterscheidung von Inhalt und Form nicht sicher, hielt aber zumindest eine juristische Unterscheidung für relevant. Genau gegenteilig wurde die Unterscheidung dann von *Hubmann* später aufgegriffen.³⁶⁰ Im vielrezipiert Werk „Das Recht des schöpferischen Geistes“ legte *Hubmann* zwar die Unterscheidung von Form und Inhalt detailreich aus philosophisch-geistes-

355 *de Boor*, Urheberrecht und Verlagsrecht, 1917, 76.

356 *de Boor*, Urheberrecht und Verlagsrecht, 1917, 72: „§ 8 Das Schriftwerk als Sprachform“.

357 *de Boor*, Urheberrecht und Verlagsrecht, 1917, 80.

358 *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 119 f.

359 *de Boor*, Urheberrecht und Verlagsrecht, 1917, 74.

360 *Hubmann*, Recht des schöpferischen Geistes, 1954, 102.

wissenschaftlicher Perspektive dar, geriet aber zu der Erkenntnis, dass die Unterscheidung für das Urheberrecht gar nicht zielführend sei.³⁶¹ *Hubmann* knüpfte zumindest im Kontext der Ausführungen von 1954 an die Kritiken zur Unterscheidung im Urheberrecht von *Eugen Ulmer* an, der stattdessen die Unterscheidung von Individualität und Gemeingut vorantrieb und diese der Form-Inhalt-Abgrenzung entgegensetzte.³⁶²

3. Zwischenfazit

Der Überblick zu den Ursprüngen der Überlegung zeigt, dass die rechtliche Rezeption der Unterscheidung zu keinem Zeitpunkt juristisch unumstritten oder alternativlos war.

Im Kontext der deutschsprachigen Entwicklungslinie der dichotomen Betrachtung gab es nur wenige, die der Dichotomie eine werkstattungsübergreifende Bedeutung zumaßen. Klare Fürsprache für eine solche Unterscheidung kam letztlich vor allem von *de Boor* und sonst zuvörderst aus philosophischen Betrachtungen. Diese Sichtweise und das philosophische Narrativ prägen auch heute noch die Betrachtung von Form und Inhalt im Urheberrecht. Die Wurzeln hin zu philosophischen Grundunterscheidungen gibt der Abgrenzung von Form und Inhalt nicht nur den Anstrich eines grundsätzlichen Prinzips des Urheberrechts, sondern eines Prinzips des Werkes als solchem.³⁶³ Sie suggerieren, dass die Dichotomie von Form und Inhalt eine ontologische Notwendigkeit ist. Dass diese Dichotomie aber selbst bei philosophisch geprägten Fürsprachen der Unterscheidung gar keine Rolle für die urheberrechtliche Schutzfähigkeit spielen muss, wird teilweise übersehen.³⁶⁴

Aus rechtshistorischer Sicht viel bedeutender für die dichotome Betrachtung von Inhalt und Form bzw. Idee und Ausdrucksform waren die prak-

361 *Hubmann*, Recht des schöpferischen Geistes, 1954, 102. Daher mag *Hoeren*, MMR 2000, 3 mit der Behauptung „die Hubmannsche Differenzierung von innerer und äußerer Form“ sei „nur neoplatonische Salbaderei“ zwar in der Sache einen Punkt treffen, allerdings erscheint die Bezeichnung „Hubmannsche Differenzierung“ nicht präzise.

362 *Hubmann*, Recht des schöpferischen Geistes, 1954, 102; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 120.

363 Wobei freilich weiter hinterfragt werden kann, ob es schon das Werk an sich überhaupt gibt, inwiefern es fiktionalen Charakter hat, inwiefern eine vollständige Abtrennbarkeit vom verkörperten Werk möglich ist und welches Sein dem Werk entspricht, wenn es als selbständiges Immaterialgut betrachtet werden kann. Hierzu eingängig *Peukert*, Kritik der Ontologie, 2018.

364 Vgl. etwa *Hoeren*, MMR 2000, 3, der allerdings die Unterscheidung als solche ablehnt.

tischen Notwendigkeiten, einzelne Aspekte freizustellen, auf die sich etwa Kohler und auch der US-amerikanische *Supreme Court* stützten.

Beide entsprechen auch der noch heute meist vorzufindenden Begründung der Unterscheidungen. Denn dort steht im Vordergrund, dass gewisse Informationen und Ideen aus einem Interesse der Allgemeinheit heraus frei bleiben müssen.³⁶⁵ Die Monopolisierung von Ideen soll verhindert werden.³⁶⁶ Der freie Informationsfluss ist das zentrale Ziel, das der Unterscheidung von Form und Inhalt und von *idea* und *expression* beigemessen wird.³⁶⁷

Teilweise wird in der dichotomen Betrachtung sogar eines der entscheidenden Mittel für einen Interessenausgleich von Urheber und Allgemeinheit in dieser Hinsicht gesehen.³⁶⁸ Die Interessen des Urhebers betreffen ihn in der wirtschaftlichen Sicherung der Existenz durch Verwertungsrechte und im Bereich seines Persönlichkeitsrechts, während die Allgemeinheit dem Interesse des Urhebers das Bedürfnis nach geistiger Befriedigung und Information entgegensetzt.³⁶⁹

IV. Anwendung auf Musik

Inhalt und Idee im urheberrechtlichen Sinne sind zusammenfassend auf einer hinter dem Werk stehenden hermeneutisch erkennbaren oder gar semantischen Ebene zu suchen, die einem Freihaltebedürfnis gerecht werden soll und sich nach zwei im Kern unterschiedlichen Entstehungsgeschichten zu einem nicht unumstrittenen urheberrechtlichen Grundsatz des Werkbegriffs entwickelte.

365 Kitz, GRUR-RR 2007, 217, 218; in diesem Sinne wohl auch Dreier, in: Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG, § 69a Rn. 20.

366 Kitz, GRUR-RR 2007, 217, 218; *EuGH*, Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736), Rn. 27 – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2-Get*; für die amerikanische Literatur: *Berking*, Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 41 Fn. 100; *Liebscher*, Schutz der Melodie, 2007, 127.

367 *Hilty*, Urheberrecht, 2. Aufl., 2020, Rn. 227 aber kritisch zum Gesamtkonzept der Unterscheidungen; ferner *Kopp*, Freiheit der Idee, 2014, 175 ff.; *Berking*, Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 19; *Liebscher*, Schutz der Melodie, 2007, 127.

368 *Berking*, Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 18.

369 *Berking*, Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 18 f. Die Parallelen zur Begründung der freien Benutzung in § 24 UrhG a.F. sind in dieser Hinsicht augenfällig (vgl. Kapitel I A.). Es verwundert daher kaum, dass die Dichotomie teils sogar als Bestandteil der freien Benutzung in § 24 Abs. 1 UrhG a.F. verstanden wurde, etwa bei *Brunner*, Melodienschutz, 2013, 81 ff.

Dementsprechend ist für die Frage nach Inhalt und Idee in der Musik nach solchen Elementen Ausschau zu halten, die in der Musik durch einen hermeneutischen Vorgang erkannt werden können. Im Sprachvergleich bedeutet das vereinfacht: wenn Wörter Klänge wären, was wäre dann ihre dahinterstehende Bedeutung?

Auf einer zweiten Ebene stellt sich dann ferner die Frage, ob für solche Elemente der historischen und heutigen Zielsetzung entsprechend ein Freihaltebedürfnis besteht. Insbesondere müsste dafür im Rahmen des Allgemeininteresses davon auszugehen sein, dass die generelle Schutzlosigkeit einer solchen musikalischen Idee oder eines musikalischen Inhalts im Gegensatz zu formalen Elementen interessengerecht ist.

1. Mögliche musikalische Inhalte und Ideen

In der juristischen Literatur finden sich mehrere Vorschläge dazu, wo in der Musik Inhalte oder Ideen im juristischen Sinne gesehen werden können. Zweifelsohne besteht aber auch in der musikwissenschaftlichen, insbesondere auf Musikästhetik bezogenen Literatur ein Begriff von „musikalischer Idee“ und zeitweise wurde auch sehr lebhaft diskutiert, was den Inhalt der Musik aus musikästhetischer Sicht ausmacht.³⁷⁰

Die dortige Auffassung von der begrifflichen Bedeutung des Inhalts oder der Idee ist freilich nicht maßgeblich für den juristischen Werkbegriff, geschweige denn für das juristische Prinzip der Ideenfreiheit an sich. Die musikwissenschaftliche oder künstlerische Auffassung dessen, was dort als Idee oder als Inhalt gilt, muss nicht dem juristischen Begriffsverständnis entsprechen.³⁷¹ Ob die Musik überhaupt eine juristisch verstandene Idee oder einen Inhalt aufweist, ist daher trotz eines musikwissenschaftlichen Begriffes von musikalischer Idee oder musikalischem Inhalt nicht evident.³⁷² Die Anwendung grober musikanalytischer Überlegungen vor dem Hintergrund

370 Siehe etwa *Faltin*, *International Review of the Aesthetics and Sociology of Music* 1978, 5.

371 Dies erwägend *Schlingloff*, *Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit*, 1990, 23 ff. mit Bezug auf den Inhaltsbegriff von *Hanslick*, *Vom Musikalisch-Schönen*, 1854, 95.

372 Eine einheitliche Begriffsverwendung ist in der Musikwissenschaft auch kaum zu finden. Zum einen gibt es eine große Basis, die auch hier eine Untrennbarkeit von formalen und inhaltlichen Aspekten in der Musik annimmt. Insbesondere *Hanslick*, *Vom Musikalisch-Schönen*, 1854, 99: „In der Musik aber sehen wir Inhalt und Form, Stoff und Gestaltung, Bild und Idee in dunkler, untrennbarer Einheit verschmolzen.“ Siehe auch *Kühn*, Art. „Form“, in: *Lütteken* (Hrsg.), *MGG online*, 2016 (Version 1995); andererseits wird Form und Technik aber durchaus von Idee und Ästhetik unter-

des juristischen Ideen- oder Inhaltsbegriffs ist jedoch angesichts des schwer beschreibbaren musikalischen Schutzgegenstands unabdingbar.

a. Inhalt als musikalische Themen, Motive oder Melodien

Teilweise werden Themen beziehungsweise Motive als Inhalt im juristischen Sinne verstanden. *Ahlberg* weist etwa darauf hin (ohne indes den Grundsatz der Inhaltsfreiheit zu verfolgen), dass nach „traditionellem Musikverständnis“ dies bei tonalen Werken der Fall sei:³⁷³ So seien „[b]ei einer rein formalen Betrachtungsweise“ die Themen der „Gedankeninhalt und ihre Verarbeitungsweise die Form“.³⁷⁴ Die Form könne dann beispielsweise offen, geschlossen, symmetrisch oder asymmetrisch sein.³⁷⁵

Die genaue Bedeutung ist je nach Verwendungskontext sehr unterschiedlich, da der Begriff parallel zur Kompositionsgeschichte auch selbst einem Bedeutungswandel unterlag.³⁷⁶ Der Begriff des Themas bezeichnet in der Musik ein für ein Werk charakteristisches musikalisches Element, auf dem das Werk aufbaut oder aus dem es sich entwickelt. Es kann je nach Gattung im Einzelnen etwas Unterschiedliches bezeichnen – ein Fugenthema mag also etwas anderes sein als ein Sonatenthema. In der Regel bezeichnet das Thema aber eine Tonfolge.³⁷⁷ Man müsste wohl konsequenterweise bei dieser Vorstellung auch die Melodien eines zeitgenössischen populären Stückes

schieden. Vgl. *Kühn*, a.a.O. Außerdem kennt die Musik ferner auch einen Formbegriff, der weniger mit der Ausdrucksform als vielmehr mit der Gliederung von Musikstücken zu tun hat.

373 *Ahlberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 94 zeigt auf, dass nach diesem Verständnis im Gegensatz zu tonalen Werken „[b]ei der atonalen Musik [...] dagegen grundsätzlich nur die Form Schutzgegenstand [wäre], weil dort der Tonsatz keine Beziehung auf einen tonalen Mittelpunkt hat und alle harmonischen Funktionsbeziehungen ausgeschaltet sind.“ Dass sich der tonale Mittelpunkt und die Beschreibbarkeit mit Harmonie- bzw. Funktionsbezeichnungen direkt darauf auswirken kann, ob ein Werk ein Thema haben kann, ist allerdings nicht schlüssig. Gleichwohl ist zumindest ein Rückgang der Bedeutung von Themen mit der *freien* Atonalität im 20. Jahrhundert einhergegangen. Vgl. hierzu eingängiger: *Kühn/Schilling-Wang*, Art. „Thema und Motiv“, in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1998).

374 *Ahlberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 94.

375 Ebd.

376 *Kühn/Schilling-Wang*, Art. „Thema und Motiv“, in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1998).

377 *Canaris*, *Melodie, Klangfarbe und Rhythmus*, 2012, 58; vgl. auch *Kühn/Schilling-Wang*, Art. „Thema und Motiv“, in: *Lütteken* (Hrsg.), MGG online, 2016 (Version 1998).

und zumindest charakteristische Motive in das Inhaltsverständnis miteinbeziehen.

Wie oben festgestellt geht es bei der Feststellung des Inhaltes wie bei der Idee um die hermeneutische Annäherung an einen dahinterstehenden Gehalt des Werkes. Themen, Motive oder Melodien sind aber in der Regel klar abgrenzbare formale Elemente, die direkt der Wahrnehmung zugänglich sind. Zieht man abermals den Vergleich der Musik als eine Art sprachliche Ausdrucksform mit eigener Syntax heran, dann mag zwar das Thema als „Hauptaussage“ gelten. Es wäre aber eben eine bereits in konkrete Form – einen bestimmten Wortlaut – gegossene Hauptaussage, jedoch kein dahinterstehender, hermeneutisch herzuleitender Inhalt und keine Idee. Das Thema ist konkrete Form im klassischen Sinne. Es ist daher nicht passend ein musikalisches Thema, ein Motiv oder auch die Melodie juristisch betrachtet als Inhalt oder Idee zu bezeichnen.

b. Inhalt als Gefühl

Teilweise wird auch vorgeschlagen, dass die gefühlsmäßige Rezeption den Inhalt der Musik bildet.³⁷⁸ Die „inhaltliche Aussage“ werde bei Werken der Musik „gefühlsmäßig“ aufgenommen, während dies bei anderen Werken durch eine intellektuelle Aufnahme geschehe.³⁷⁹ Eine intellektuelle Aufnahme stehe bei der Musik nicht im Vordergrund.³⁸⁰ Das „Gefühlserleben“ sei „dem Inhalt zuzuordnen“.³⁸¹

Diesen Ausführungen folgend, wird der Begriff des Inhaltes also vor allem als Bestandteil der emotionalen Rezeption verstanden.³⁸² Problematisch an diesem Inhaltsverständnis ist allerdings, dass der Bereich von Gefühlen und Emotionen in den übrigen Kunstgattungen typischerweise nicht als

378 *Hubmann*, Recht des schöpferischen Geistes, 1954, 44; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, 4. Aufl. 2018, UrhG, § 2 Rn. 234. Auch wiederum *Ahlberg*, in: *BeckOK-UrhR*, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 94, der jedoch auch hier dem Grundsatz eines stets freien Inhalts in Bezug auf die Schutzfähigkeit nicht zustimmt.

379 *Ahlberg*, in: *BeckOK-UrhR*, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 58; siehe inhaltlich übereinstimmend auch schon *Hubmann*, Recht des schöpferischen Geistes, 1954, 44.

380 *Köhn*, ZUM 1994, 278; *Ahlberg*, in: *BeckOK-UrhR*, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 94.

381 *Ahlberg*, in: *BeckOK-UrhR*, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 94.

382 Insofern könnte in diesem Zusammenhang bereits ein Konflikt mit der Objektivierbarkeit bestehen. Vgl. *EuGH*, Urt. v. 13. November 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (= GRUR 2019, 73), Rn. 40 – *Levola/Smilde*.

Inhalt betrachtet wird.³⁸³ So erscheint es etwa fragwürdig, den Inhalt eines Kriminalromans in dessen Spannung oder den Inhalt von *Leonardo da Vincis* Mona Lisa in der Entzückung zu sehen, die sie beim Betrachter hervorruft.

Das Begriffsverständnis ist auch insofern problematisch, als dass Gefühle keinen hermeneutischen Verständnisprozess oder eine semantische Ebene voraussetzen, sondern letztlich eine vom Werkgenuss abhängige Wirkung auf den Betrachter bzw. Zuhörer beschreiben.³⁸⁴ Während der Inhalts- und Ideenbegriff darauf ausgerichtet ist, sich mit hermeneutischen Mitteln dem anzunähern, was intendiert war,³⁸⁵ ist dieses Verständnis darauf ausgerichtet, welchen Effekt das Werk entfalten soll. Insofern trifft auch diese Überlegung eines musikalischen Inhalts- oder Ideenbegriffs den juristischen Bedeutungsgehalt unzureichend.

c. Inhalt in Assoziation und Leitmotivik

Ebenfalls kommen kognitive Assoziationen als Inhalt oder Idee der Musik in Frage.³⁸⁶ Als solche könnte man etwa Vertonungen, die Semantik der Leitmotivik oder aber auch die Semantik in programmatischen Werken sehen.

Als historische Illustration soll das berühmte Thema der „Moldau“ von *Bedřich Smetana* dienen, das sich als Notentext folgendermaßen darstellen lässt:



(Abbildung 3)

Die programmatische Anlage des Werkes als Teil eines musikalischen Zyklus zu *Smetanas* „Vaterland“ Tschechien (daher der Titel des Zyklus: *Má vlast*) ist in gewisser Hinsicht beschreibend und geht von *Smetanas* Inspiration aus, mit musikalischen Mitteln einen nicht-musikalischen Gedankeninhalt

383 Vgl. insofern *Ahlberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 58; a.A. aber etwa *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, 4. Aufl. 2018, UrhG, § 2 Rn. 279 f. bezüglich Filmwerken.

384 *Hanslick*, *Vom Musikalisch-Schönen*, 1854, 12 ff.

385 Vgl. oben C.I.

386 A.A. wohl *Ahlberg*, in: BeckOK-UrhR, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 58.

auszudrücken.³⁸⁷ Als Inhalt des Themas könnte also etwa das Fließen der Moldau durch Prag angesehen werden.³⁸⁸

Weitere Beispiele wäre etwa die Verknüpfung der Musik mit gedanklichen Inhalten im Rahmen der Leitmotivik,³⁸⁹ also etwa das Speermotiv in Wagneroperen, das sodann eine motivisch-thematische Entwicklung mit semantischem Bedeutungsgehalt durchläuft.³⁹⁰

Bei der Vertonung von Texten könnte der Inhalt der Musik darin liegen, den zugrundeliegenden Text mit musikalischen Mitteln auszudrücken – ein Aspekt der auch in der populären Musik viele Fallkonstellationen betraf.

Gegen eine Betrachtung solcher Aspekte als Inhalt oder Idee wird angeführt, dass der dortige „Stoff“ nicht dem Musikalischen, sondern dem „Außermusikalischen“ entnommen worden sei.³⁹¹ Das verkennt aber, dass die Inhalte eines wissenschaftlichen Werkes ebenfalls außerhalb der Buchstaben liegen und die Informationen eines journalistischen Textes auch nicht dem schriftlichen Bereich selbst entnommen sind.³⁹² Zwar mag im Zusammenhang mit der musikwissenschaftlichen Diskussion um den Inhalt der Musik eine solche Argumentation überzeugen,³⁹³ für das juristische Verständnis ist es aber unter Berücksichtigung der Parallele zu übrigen Inhaltsverständnissen nicht hinderlich, dass der potentielle Inhalt dem Außermusikalischen entnommen wurde.

Allerdings ist die praktische Bedeutung solcher außermusikalischer Assoziationen begrenzt, sind doch derartige Vertonungen oder sonstige kognitive Assoziationen nur in einem spezifischen Teil des Musikschaffens feststellbar.³⁹⁴ Will man Parallelen zwischen dem weitgehend angenommenen Inhalt eines Schriftwerkes zur Musik suchen, so ist in assoziativen Elementen aber wohl die schlüssigste Entsprechung zu finden. Fasst man die Musik

387 Siehe insgesamt aus interpretativer Sicht zum Zyklus: *Koldau*, Moldau, 2007.

388 *Koldau*, Moldau, 2007, 48 ff.

389 Siehe etwa *Canaris*, Melodie, Klangfarbe und Rhythmus, 2012, 28: „Die dort eingesetzten Leitmotive sind thematische, melodische oder motivische Gebilde, die Ideen, Personen und Gegenständen zugeordnet sind.“

390 Vgl. für mehrere derartige Motive: *Riedlbauer*, The Musical Quarterly 1990, 18.

391 *Schlingloff*, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 23 f.

392 Siehe etwa *Berking*, Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 96 ff.

393 Vgl. insofern die Ausführungen bei *Schlingloff*, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, 1990, 23 f. im Kontext des Inhaltsverständnisses der musikästhetischen Diskussion.

394 Die gedankliche Trennung von Musik mit Bedeutungsgehalt und ohne ist nicht neu. Gewissermaßen kann auch hier der oft missverstandene ästhetische Streitpunkt um „absolute“ Musik und vertonende Musik im 19. Jahrhundert herangezogen werden. Vgl. insofern mit Präferenz für die „reine, absolute Tonkunst“: *Hanslick*, Vom Musikalisch-Schönen, 1854, 20.

wieder als Sprache bzw. sprachähnliches Ausdrucksmittel auf, dann stellt die Vertonung durchaus die semantische Verknüpfung mit dahinterstehenden Inhalten dar und wird – wie etwa im Falle des wissenschaftlichen Aufsatzes – kognitiv erfasst.

d. Ästhetischer Gehalt

Eine weitere Option, worin der Inhalt oder die Idee der Musik liegen könnte, stammt im Ergebnis aus der Feder des Bundesgerichtshofs selbst. In Fällen, die Musikwerke zum Gegenstand haben, ist die höchstrichterliche Rechtsprechung mit der direkten Verwendung der Begriffe Form und Inhalt oder Idee zwar zurückhaltend. Der oben (siehe A.II.2.) behandelte Begriff des „ästhetischen Gehalt[s]“ oder der „ästhetischen Ausdruckskraft“ zeigt aber schon begrifflich eine deutliche Nähe zum Inhalt eines künstlerischen Werks.³⁹⁵ Die Begriffe der „Ausdruckskraft“ und des „Gehalt[s]“ weisen darauf hin, dass sie nicht Teil der Form selbst sind, sondern sich gleich dem Inhalt aus der Form ergeben bzw. interpretiert werden können – die Form *enthält* den Gehalt.

Dass der BGH nicht die Form selbst meint, kann auch mehreren Urteilen entnommen werden, in denen der BGH immer wieder auf den Begriff des ästhetischen Gehalts zurückgreift: Im *Dirlada*-Urteil von 1980 ist zwar zunächst noch unklar, ob der BGH die ästhetische Ausdruckskraft als Teil der Form oder des Inhalts begreift.³⁹⁶ Gleichwohl wird aber schließlich statuiert „daß sich die schöpferische Eigenart eines Werkes“ auch nach einem in der „Formgebung zum Ausdruck gelangten individuell-ästhetischen Gesamteindruck“ bestimmt.³⁹⁷ Es geht also nicht um die Formgebung selbst, sondern den darin *zum Ausdruck* gelangten *individuell-ästhetischen* Gesamteindruck. Der BGH

395 Vgl. die Verwendung in BGH GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*; BGH GRUR 2015, 1189 – *Goldrapper*.

396 BGH GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*. Er stellt zunächst fest, dass die Anforderungen an den individuellen ästhetischen Gehalt nicht zu hoch sein dürften und führt dann fort, es genüge, „daß die formgebende Tätigkeit des Komponisten wie bei der Schlagermusik regelmäßig – nur einen geringen Schöpfungsgrad aufweist (vgl. BGH in GRUR 1968, 321, 324 Haselnuß)“. Damit kann entweder gemeint sein, dass die ästhetische Ausdruckskraft in der formgebenden Tätigkeit liegt oder sich aus ihr ergibt; zumindest besteht aber ein Zusammenhang.

397 BGH GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*. Inwiefern ein Gesamteindruck überhaupt zum *Ausdruck* gelangen kann, könnte wohl schon aus sprachlogischen Gründen hinterfragt werden.

scheint also auch etwas über die Formgebung Hinausgehendes in seinen Begriff des Gehalts miteinzuschließen. Bekräftigt wird das auch dadurch, dass der BGH moniert, eine durch einen der Gutachter festgestellte „ästhetische Wirkung, die an fremdländische Folklore erinnere“, sei im vorinstanzlichen Urteil unberücksichtigt geblieben. Die ästhetische Wirkung bezeichnet genau das, was noch eben unter dem Aspekt der Assoziationen oder auch der Gefühle erwogen wurde: die semantische Verknüpfung („fremdländische Folklore“) des Hörers.

Aus dem – nicht musikbezogenen – *Geburtstagszug*-Urteil geht ferner hervor, dass der ästhetische Gehalt nach dem Verständnis des BGH wohl dafür maßgeblich ist, ob ein Werk künstlerisch ist oder nicht.³⁹⁸ Angesichts dessen, dass ein Werk wohl vor allem dann als „künstlerisch“ betrachtet werden wird, wenn es über reine, schöne Formen hinaus eine Interpretationsebene bietet, liegt es auch nach dieser Konkretisierung nahe, dass der BGH das oben benannte Konzept von Idee oder Inhalt meinte.

Sähe man in der ästhetischen Wirkung oder dem ästhetischen Gehalt den Inhalt oder die Idee der Musik, stünde das im offenen Widerspruch zu einer behaupteten Ideenfreiheit. Denn bei Werken der Musik liege dem BGH folgend auch die schöpferische Eigentümlichkeit gerade in der individuellen ästhetischen Ausdruckskraft.³⁹⁹ Möglicherweise mied der BGH auch deshalb bewusst den Begriff der Idee oder des Inhalts. Die in weiten Teilen wenig konkret werdenden Ausführungen des BGH legen aber wie gezeigt nahe, dass er konzeptuell auf den Gehalt hinauswollte, der durch Interpretation dem Werk semantisch entnommen werden kann – den Inhalt oder die Idee des Werks.

e. Ideenbetrachtung durch Musikanalyse

Der weitgehend ablehnenden Haltung des deutschen Schrifttums gegenüber einer Form-Inhalt-Trennung in der Musik stehen gerade in anderen Rechtssystemen in Bezug auf *idea* und *expression* einige Trennungsversuche

398 BGH GRUR 2014, 175, Rn. 15 – *Geburtstagszug*: „Eine persönliche geistige Schöpfung ist eine Schöpfung individueller Prägung, deren ästhetischer Gehalt einen solchen Grad erreicht hat, dass nach Auffassung der für Kunst empfänglichen und mit Kunstanschauungen einigermaßen vertrauten Kreise von einer ‚künstlerischen‘ Leistung gesprochen werden kann (st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 1983, 377, 378 - Brombeer-Muster; BGH GRUR 1987, 903, 904 - Le-Corbusier-Möbel; BGH, a.a.O., Rdnr. 31 - Lernspiele; BGH GRUR 2012, 58 Rdnr. 17 - Seilzirkus).“

399 BGH GRUR 2015, 1189 – *Golddrapper*.

gegenüber.⁴⁰⁰ Nicht selten werden dabei *idea* und *expression* mit musiktheoretischen Konzepten analysiert und dabei ein Begriff der Idee angenommen, der weniger auf außermusikalische Bezüge setzt (wie unter b. und c.), sondern eher auf abstrakte innermusikalische Elemente.⁴⁰¹

Dabei geht es letztlich darum, sich der Musik so zu nähern, dass ihre Kernelemente herausgefiltert werden, die den jeweiligen dahinterstehenden Charakter des Werks oder Werkteils ausmachen. Dafür bestehen mehrere Analysemöglichkeiten, wie etwa die in diesem Bereich besonders hervorgehobene, auf *Heinrich Schenker* basierende Reduktionsanalyse.⁴⁰²

Hiermit kann der Versuch unternommen werden, eine Tonfolge auf das Wesentliche – sofern es ein solches in harmonischer oder melodischer Hinsicht gibt – zu reduzieren. Eben dies wird dann von Befürwortern als Idee der Musik bezeichnet.⁴⁰³ Aus einer solchen abstrakten Reduktion kann wiederum eine andere Tonfolge kreiert werden, welche die erste noch deutlich erkennen lässt, obwohl sie nur an rudimentären Stellen Überschneidungen aufweist.

Auch ohne musikanalytische Fertigkeit, kann sich etwa anhand von Variationenwerken grob erschlossen werden, wie eine solche Reduktion möglich ist. Denn dort schlägt sich eine Reduktion bzw. Abstraktion des musikalischen Materials manchmal deutlich im Höreindruck nieder. Betrachtet man beispielsweise die Variationen 5 (*Abb. 4a*) und 11 (*Abb. 4b*) der (vermutlich) von Mozart stammenden Variationen zu „Ah, vous dirai-je, Maman“⁴⁰⁴ (KV 265), so fällt zunächst ein sehr unterschiedliches Notenbild ins Auge:⁴⁰⁵

400 Großbritannien: *Rahmatian*, in: *Rahmatian* (Hrsg.), *Concepts of Music and Copyright. How Music Perceives Itself and How Copyright Perceives Music*, 78, 111 ff.; USA: *Grinvalsky*, *California Western Law Review* 1992, 395. Auch im Bereich US-amerikanischer Urteile zur Beurteilung von Musik: *Krofft*, 562 F.2d at 1165; *Seth Swirsky v. Mariah Carey* 376 F.3d 841 (9th Cir. 2004); zuletzt auch *Williams v. Gaye*, 885 F.3d 1150 (9th Cir. 2018), insbesondere detailreich zu diesem Themenkomplex, die abweichende Meinung von Richterin *Nguyen*, 58 ff.

401 *Grinvalsky*, *California Western Law Review* 1992, 395; *Rahmatian*, in: *Rahmatian* (Hrsg.), *Concepts of Music and Copyright. How Music Perceives Itself and How Copyright Perceives Music*, 78, 111 ff.

402 *Grinvalsky*, *California Western Law Review* 1992, 395, 416 ff.

403 *Rahmatian*, in: *Rahmatian* (Hrsg.), *Concepts of Music and Copyright. How Music Perceives Itself and How Copyright Perceives Music*, 78, 91 ff., 111.

404 Die grundlegende Melodie ist im deutschen Sprachraum besonders für „Morgen kommt der Weihnachtsmann“ im englischen Sprachraum für „Tinkle, Tinkle, Little Star“ bekannt.

405 Der Satz der *Abbildungen 4a* und *4b* basiert auf der Edition von Breitkopf & Härtel, 1878: *Wolfgang Amadeus Mozarts Werke, Serie XXI: Variationen für das Pianoforte, No.6*, Leipzig 1878, 38 f., 42.

(Abbildung 4a)

In Variation 5 (*Abb. 4a*) findet sich ein von Pausen geprägtes Notenbild, das vom Wechsel der beiden Stimmen (rechte und linke Hand) geprägt ist, sodass beinahe durchgängig nur jeweils ein Ton simultan erklingt.

Ganz anders ist das schon auf den ersten Blick in der folgenden Variation 11 (*Abb. 4b*).

Adagio.

The musical score is written for piano in 2/4 time, marked Adagio. It consists of six systems of music. The right hand (RH) and left hand (LH) are both present. The RH part is melodic, starting with a half note G4, followed by quarter notes A4, B4, and C5. The LH part provides accompaniment with chords and rhythmic patterns. The score includes various dynamics such as *p*, *fp*, *f*, *cresc.*, and *p*. There are also articulation marks like accents and slurs. The piece concludes with a double bar line and repeat dots.

(Abbildung 4b)

Die augenfälligen Unterschiede sind auch deutlich hörbar: Während Variation 5 von Pausen, einem gleichbleibenden rhythmischen Element und damit recht sprunghaften Gestus geprägt ist, zeichnet sich Variation II eher durch eine abwechslungsreichere Begleitung in der linken Hand, teilweise kleinere gebundene Läufe und eine insgesamt lyrische Gestaltung aus. Die Ähnlichkeit

der Werke ist dennoch auch ohne musikalische Vorbildung klar hörbar. Insbesondere ist das dann der Fall, wenn alle 12 Variationen im Zusammenhang gehört oder betrachtet werden. Basierend auf einer melodischen Grundidee werden hier viele unterschiedliche Gestaltungsformen gestrickt. Alle in ihrer konkreten Form mit deutlichen Unterschieden, aber unter Bezugnahme auf dieselbe Reduktion des melodischen Materials.⁴⁰⁶

Ob derartige Abstraktionen tatsächlich den juristischen Ideenbegriff treffen, bleibt jedoch kritisch zu betrachten. Zum einen schon deshalb, weil unklar ist, ab welcher Abstraktionsstufe denn nun eine Idee vorliegt.⁴⁰⁷ Zwar ist es möglich mit den oben genannten Analysemethoden ein Musikwerk auf wesentliche Punkte zu reduzieren, allerdings ist die Frage, wie weit diese Reduktion betrieben werden kann, nicht vorbestimmt.

Aber auch hinsichtlich des semantischen Elements, das etwa für den Inhalt in vielen Schriftwerken typisch ist, bleibt ein Vergleich mit der musikalischen Abstraktion nebulös: Die in der Form erklingenden Töne weisen semantisch gerade nicht auf den dahinterstehenden abstrakten oder reduzierten Gehalt der Musikanalyse hin. An einem semantischen Element fehlt es also im Bereich musikalischer Abstraktionen, will man nicht den Begriff der Semantik enorm weit verstehen.⁴⁰⁸

Hieraus folgt auch, dass die musikalische Reduktion stets vollständig von der Form abhängig bleibt. Selbst eine gemeinsame Stilistik oder ein gleicher „groove“ ist letztlich immer auf einzelne erklingende und beschreibbare Parameter zurückführbar.⁴⁰⁹ Auf das Beispiel des Variationenwerkes gewandt bedeutet dies: die Form (etwa im Falle des oben dargestellten Notenbildes) scheint nur dann enorm unterschiedlich zu sein, wenn nicht klar ist, worauf geachtet werden muss: Bedenkt man etwa die besondere Stellung der ersten erklingenden oberen Töne eines jeweiligen Taktes, wird auch an den einzelnen Variationen sichtbar, dass die Ähnlichkeit aus formal

406 Eine zumindest hinsichtlich der Verzierungen relativ reduzierte Form, an der die Abstraktion wohl am einfachsten durchführbar ist, ist die am Anfang der Variationen von KV 265 erklingende Grundform.

407 Siehe zu dieser Problematik schon anschaulich im nicht-musikalischen Kontext die Ausführungen durch Judge *Learned Hand* in *Nichols v. Universal Pictures Corporation et al.*, 45 F.2d 119 (2nd Cir. 1930).

408 Einen eher weiten Semantikbegriff scheint etwa *Rösing*, in: *Helms/Phleps* (Hrsg.), *Black Box Pop. Analysen populärer Musik*, 257, 259 anzunehmen: „Aus musikstrukturellen >Kleinigkeiten< kann eine Motivsemantik erwachsen, die für geistiges Eigentum kennzeichnend ist.“

409 Insbesondere detailreich zu diesem Themenkomplex *Williams v. Gaye*, 885 F.3d 1150 (9th Cir. 2018) – *Dissenting Opinion*, RichterIn *Nguyen*, 62.

begründbarer Gleichheit musikalischer Elemente resultiert. Ferner zeigt sich die Abhängigkeit der Abstraktion von der Form auch darin, dass bei einem strukturell basierten Ideenverständnis in der Musik eine Unterscheidung der Idee von der „inneren Form“ praktisch nicht möglich ist. Insgesamt zeigt sich daher, dass auch die Abstraktion oder Reduktion letztlich nur ein Rekurs auf einzelne wichtige formale Parameter ist, die sich klar in einer Ausdrucksform niederschlagen.

f. Zusammenfassung

Wenngleich die Bestimmung des Inhalts oder der Idee in der Musik insgesamt nicht so offenkundig durchführbar ist wie es etwa im Bereich von Sprachwerken der Fall sein mag, bestehen gewisse Bestandteile in der Musik, die als Inhalt oder Idee klassifiziert werden könnten.

Vor allem in Bezug auf den Inhalt betrifft das die Begriffe der außermusikalischen Bereiche, die aber semantisch oder in sonstiger Weise mit der Musik verknüpft sind, wie Gefühle und Assoziationen (b. und c.). Ähnlichkeiten zeigen sich insofern auch zum Begriff des BGH vom ästhetischen Gehalt des Musikwerkes (d.). Weniger überzeugend ist die Bezeichnung von typischen Formelementen als Inhalt (a.).

Mit stärkerem Bezug auf den Ideenbegriff kann auch erwogen werden, die hinter dem Musikwerk stehende Struktur der Inhalts- oder Ideensphäre zuzuordnen – zumindest wird das im Rahmen der Unterscheidung von *idea* und *expression* vorgeschlagen. Allerdings scheint hierbei kein Konzept verfolgt zu werden, das auf eine tatsächliche Abgrenzbarkeit von Ausdrucksform und Idee hinausläuft, sondern eher mit fließenden Grenzen auf eine ausreichende Konkretisierung und Unterscheidbarkeit – ähnlich dem Originalitätskriterium – abzielt.

2. Untrennbarkeit

Die gerade gezeigten Überlegungen einer auf Interpretation und Semantik basierenden Inhalts- oder Ideenbeschreibung legen nahe, dass die Idee oder der Inhalt im juristischen Sinne zumindest nicht undenkbar sind. Es kann zwar basierend auf den angeführten Argumenten angenommen werden, dass der musikanalytische Zugang unter C.IV.I.e. mangels Semantik nicht die Idee oder den Inhalt der Musik im juristischen Sinne bezeichnet. Jedenfalls

erschließt sich aber nicht, warum etwa Assoziationen in der Musik nicht unter den juristischen Inhalts- bzw. Ideenbegriff fallen.

Die in der deutschen juristischen Literatur vorherrschende Meinung ist, dass die Dichotomie im Musikbereich schon deshalb keine Anwendung finde, weil Inhalt und Form in der Musik „untrennbar“ miteinander verbunden seien.⁴¹⁰ Inhalt und Form fielen in der Musik letztlich zusammen oder seien eine „Einheit“.⁴¹¹ Auch im Bereich der musikwissenschaftlichen Literatur wird der dort verwendete Begriff des Inhalts und der Idee von vielen als mit der Form zusammenfallend und daher untrennbar betrachtet.⁴¹²

Das suggeriert auf den ersten Blick, dass in anderen Bereichen die vollständige Trennung ohne Weiteres möglich sei. Es gibt also vor, etwa Inhalte in Sprachtexten seien vollständig ohne Sprache denkbar.⁴¹³ Ein Nachweis für den wesensgemäßen Unterschied von Musik- und Schriftwerken bleibt seitens rechtswissenschaftlicher Literatur aber aus.⁴¹⁴

Auch eine Begründung der fehlenden Trennbarkeit wird eher selten angeführt, obwohl die oben genannten möglichen Inhalte oder Idee der Musik zeigen, dass eine Untrennbarkeit zumindest nicht auf der Hand liegt.⁴¹⁵ Argumentativ wird teilweise vorgebracht, dass die besonders enge Verbindung von Inhalt und Form in der Musik zumindest daran zu erkennen

410 *Troller*, CR 1987, 213, 217; *Schwenzer*, ZUM 1996, 584, 586; *Loewenheim/Leistner*, in: *Schricker/Loewenheim*, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 2 Rn. 76; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 120; *Ahlberg*, in: *BeckOK-UrhR*, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 94; *Berking*, Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 34 Fn. 70; für *idea* und *expression* in den USA: *Jones*, *Pace Law Review* 1990, 551, 571.

411 *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 120; *Schwenzer*, ZUM 1996, 584, 586; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, 6. Aufl. 2022, UrhG, § 2 Rn. 37. So auch 1901 der Abgeordnete Dr. Müller in der zweiten Beratung des LUG am 19. April 1901: „Wir müssen daran festhalten, daß, während auf literarischem Gebiet es vor allem darauf ankommt, daß dem Gedanken, der literarischen Idee erst die Form gegeben wird, es bei der Musik ganz anders liegt. Hier ist nicht der Inhalt, sondern vor allem die Form vollständig von Anfang [gegeben]; die Musik ist der bereits geformte Gedanke.“; anders aber *Ahlberg*, in: *BeckOK-UrhR*, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 94, der trotz angennommener Untrennbarkeit einen Unterschied zwischen Inhalt und Form in der Musik sieht und auch näher beschreibt, was er unter dem Inhalt der Musik versteht.

412 *Hanslick*, *Vom Musikalisch-Schönen*, 1854, 99; *Kühn*, Art. „Form“, in: *Lütteken* (Hrsg.), *MGG online*, 2016 (Version 1995).

413 Kritisch insofern *Troller*, CR 1987, 213, 217.

414 Wohl daher relativierend und nur graduell unterscheidend: *Loewenheim/Leistner*, in: *Schricker/Loewenheim*, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 2 Rn. 76.

415 Vgl. exemplarisch etwa *Ahlberg*, in: *BeckOK-UrhR*, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 94: „Nun ist zwar Musik auch intellektuelles Verständnis, sie wendet sich jedoch in erster Linie an die Gefühlswelt (Köhn ZUM 1994, 278). Das Gefühlserleben ist aber

sei, dass dort kleine Änderungen der äußeren Form schon zu freier Benutzung führen würden.⁴¹⁶ Dieses Argument wirft aber weitere Fragen auf. Entweder begreift man die Ideenfreiheit als Teil der Prüfung einer freien Benutzung. Dann wäre es ein Zirkelschluss, dass kleine Änderungen der Form zur freien Benutzung führten. Begreift man aber die Ideenfreiheit als Teil der Schutzfähigkeit, ist die Aussage schon deshalb fragwürdig, weil auch in der Musik kleinste Änderungen nicht dazu führen, dass der Bereich der Vielfältigung oder der Bearbeitung verlassen wird (siehe noch näher unter Kapitel 3 A. und B.).

Plausibler ist das Untrennbarkeitsdogma aber zumindest hinsichtlich der Inhalte oder Ideen, die nach einer Reduktionsanalyse der musikalischen Form entnommen werden sollen. Wie oben dargestellt zeigt sich hier in der Tat eine enge Verbindung der musikalischen Abstraktion und der tatsächlich erklingenden Form.

Doch auch die Konsequenz der behaupteten Untrennbarkeit dieser Sphären in der Musik ist problematisch. Versteht man Inhalt oder Idee in der Musik im genannten Sinne als nicht abtrennbar von der Form, müsste wohl auch die Anwendung der *idea-expression-dichotomy* als Bestandteil des europäischen Werkbegriffs konsistent zu anderen Fällen auszulegen sein, in denen Idee und Ausdrucksform zusammenfallen. In der Musik wird basierend auf dem Zusammenfallen der Sphären argumentiert, die dichotome Unterscheidung sei nicht mehr anwendbar.⁴¹⁷ Allerdings argumentiert der EuGH gerade im Zusammenhang mit einem Zusammenfallen von Idee und Ausdrucksform bei technischen Erwägungen, dass dann kein Schutz möglich sei.⁴¹⁸

Das würde übertragen auf den musikalischen Bereich bedeuten, dass der gesamte musikalische Bereich nicht vom Urheberrechtsschutz erfasst wäre – ein fragwürdiges Ergebnis, das wohl weder der EuGH noch die Vertreter der Untrennbarkeit von Form und Inhalt oder Idee und Ausdrucksform in der Musik intendieren.

dem Inhalt zuzuordnen. Daher bilden bei allen Werken der Musik Inhalt und Form stets eine untrennbare Einheit (vgl. auch HK-UrhR/Dreyer Rn. 206).“

416 *Berking*, Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 34.

417 Vgl. vor allem mit Bezug zum Inhaltsbegriff *Troller*, CR1987, 213, 217; *Schwenzer*, ZUM 1996, 584, 586; *Loewenheim/Leistner*, in: *Schricker/Loewenheim*, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 2 Rn. 76; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 120; i.E. auch *Ahlberg*, in: *BeckOK-UrhR*, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG, § 2 Rn. 94; *Berking*, Inhalt und Form im Urheberrecht, 2002, 34 Fn. 70.

418 *EuGH*, Urt. v. 11. Juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (= GRUR 2020, 736), Rn. 27 ff. – *Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get*.

Fasst man die Dichotomie als grundlegend für das Urheberrecht auf, erscheint es damit inkonsistent, wann nun bei einem Zusammenfallen ausnahmsweise die Form nicht geschützt ist und wann ausnahmsweise der Inhalt geschützt sein kann.

3. Freihaltebedürfnisse

Fraglich ist außerdem, ob es in der Musik überhaupt ein Freihaltebedürfnis für die oben identifizierten Anknüpfungspunkte für Inhalt oder Idee gibt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob dieses Freihaltebedürfnis über die bereits oben dargestellten freigestellten Aspekte im Rahmen der Originalität hinausgeht oder sich in sonstiger Weise als interessengerechtes Kriterium der Schutzzfähigkeit zeigt.⁴¹⁹ Denn nur dann könnte die Dichotomie als sinnvoller Maßstab im Musikbereich angewandt werden.

Versteht man den Bereich der musikalischen Themen, Motive oder Melodien als Inhalt, lässt sich diese Frage recht eindeutig beantworten. Themen, Motive oder Melodien sind genauso schutzbedürftig wie übrige musikalische Elemente auch, es erschließt sich nicht, warum gerade für diese Werkteile ein Freihaltebedürfnis bestehen soll. § 24 Abs. 2 UrhG a.F. gründete sogar auf der Annahme einer besonderen Schutzbedürftigkeit für Melodien und stand einem Freihaltebedürfnis damit diametral entgegen.⁴²⁰

Ebenso fernliegend wäre ein Freihaltebedürfnis für die von Musik beinhaltenen Emotionen oder Assoziationen. Diese müssten überhaupt erst am Schutzgegenstand spezifisch dargelegt werden können. Das macht es für einen Großteil interpretierter assoziativer Verknüpfungen nicht möglich, Schutz zu erfahren. Ist eine spezifische Assoziation hingegen so deutlich und gewollt, dass sie dem Werk eindeutig entnommen werden kann, ist es nicht plausibel sie urheberrechtlich freizustellen. Man nehme etwa ein Leitmotiv aus einer Oper, das nachweisbar mit der inhaltlichen Ebene verbunden ist. Würde dieses Motiv nun in einer anderen Oper ebenfalls semantisch mit etwas Ähnlichem verknüpft, ist es unplausibel, warum dieser Parameter nicht ebenfalls für eine Vervielfältigung sprechen soll. Liegt die Originalität gerade in dieser Verbindung, dann erscheint es kaum interessengerecht, sie urheberrechtlich frei zu stellen nur weil sie Idee und nicht Form ist.

419 Schon *Kopp*, Freiheit der Idee, 2014, 278 bemerkte allerdings zur praktischen Bedeutung der dichotomen Unterscheidung im Allgemeinen: „Über die Fälle der fehlenden Formgebung und Individualität einzelner Elemente hinaus gewinnt der Grundsatz der Ideenfreiheit nur selten eigenständige Bedeutung.“

420 Noch näher zum Inhalt des § 24 Abs. 2 UrhG a.F. unter Kapitel 3 A.II.

Im vom BGH genannten ästhetischen Gehalt drückt sich das aus, was nach verbreiteter Ansicht durch das Urheberrecht gerade geschützt werden soll, die schöpferische Eigentümlichkeit.⁴²¹ Auch hier erscheint die Freistellung daher unangebracht.

Übrig bleibt daher die Frage, inwiefern musikalische Strukturen oder Abstraktionen einem Freihaltebedürfnis unterliegen. Dem Grunde nach ist das insofern zu bejahen, als dass gewisse abstrakte Bausteine oder Strukturen der Musik frei bleiben müssen, um das künstlerische Schaffen späterer Kompositionen nicht unangemessen einzuschränken.⁴²²

Wie schon oben ausgeführt, muss in diesem Bereich eine Grenze der Abstraktion gefunden werden, ab der eine Abstraktion als Idee oder Inhalt bezeichnet werden kann. In der Prüfung entspricht das wohl in weiten Teilen der Individualitätsfeststellung.⁴²³ Denn auch bei der Abgrenzung des oben diskutierten Allgemeingutes oder Formenschatzes – wie auch immer man dies im Detail bestimmen möge⁴²⁴ – kommt es letztlich darauf an, dass allgemein bekannte Konzepte und Bausteine vom Schutz ausgeschlossen werden. Während sich aber im Rahmen der Individualitätsfeststellung weitgehend differenzierte Erwägungen ergeben haben, ab wann in der Musik Elemente und Parameter als individuell gelten können, kann mit der Absonderung einer musikalischen schutzunfähigen Idee oder eines schutzunfähigen Inhalts kaum etwas zur Frage beigetragen werden, wo hier eine interessengerechte Grenze zu finden ist. Letztlich würde dann nur die Frage, welchen Originalitätsgrad ein Werk erreichen muss, um geschützt zu sein, auf eine scheinbar dichotome Form-Inhalt- oder Ausdruck-Idee-Abgrenzung übertragen.⁴²⁵ Dass die Ideenfreiheit oder Inhaltsfreiheit neben einer Individualitätsbestimmung oder als deren Alternative eine bessere Ausgangslage bietet, ist daher zu bezweifeln.

Im Rahmen der aktuellen Schutzvoraussetzungen ergibt sich somit ebenfalls kein Bedürfnis einer expliziten Freistellung von Ideen oder Inhalten in der Musik, sofern sie lediglich als Abstraktionen des Musikwerkes verstanden

421 Siehe BGH GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*. Vgl. aber zumindest in Teilen zur kritischen Betrachtung: A.II.2.

422 *Rahmatian*, in: *Rahmatian* (Hrsg.), *Concepts of Music and Copyright. How Music Perceives Itself and How Copyright Perceives Music*, 78, III.

423 Vgl. *Kopp*, *Freiheit der Idee*, 2014, 259 ff. und *Berking*, *Inhalt und Form im Urheberrecht*, 2002, 55 ff.

424 Siehe insofern den obigen Vorschlag einer objektiv-historischen Bestimmung des Formenschatzes A.III.3.

425 Vgl. insofern auch *Berking*, *Inhalt und Form im Urheberrecht*, 2002, 55.

werden. Es kann also von keiner der oben genannten Interpretationsmöglichkeiten *per se* ein Freihaltebedürfnis spezifischer Inhalte oder Ideen in der Musik abgeleitet werden.

V. Geeignetheit als Kriterium der Schutzfähigkeit in der Musik

Vor dem Hintergrund dieser Erkenntnisse erscheint es zweifelhaft, dass ein Konzept der Ideenfreiheit oder der Inhaltsfreiheit für den musikalischen Bereich etwas dazu beitragen kann, die Grenzen der Schutzfähigkeit und auch der unfreien Benutzung sinnvoll zu bestimmen.

Dort, wo sie mögliche Hinweise auf die Schutzwürdigkeit von musikalischen Elementen gibt, versteckt sich dahinter eigentlich eine Art der Individualitätsabgrenzung, die aber unklare Maßstäbe liefert. Wenn aus sich heraus schlicht jeder Aspekt frei bleiben soll, der als Idee oder Inhalt verstanden werden kann, führt das möglicherweise in Einzelfällen sogar zur undifferenzierten Freistellung schützenswerter Parameter. Die Behauptung, dass Inhalts- oder Ideenfreiheit in der Musik wegen fehlender Abtrennbarkeit ausnahmsweise nicht anwendbar seien, überzeugt dabei, wie gezeigt, nur wenig.

Warum sich die Ausgangslage dieser dichotomen Abgrenzungen in der Musik so fruchtlos zeigt, ist kaum zweifelsfrei feststellbar. Eine übergeordnete Begründung könnte man aber wohl darin sehen, dass der *free flow of information* und das Allgemeininteresse in der Musik schlicht nicht die gleiche Rolle wie in journalistischer oder wissenschaftlicher Literatur einnimmt. Während im Falle der sachbezogenen Literatur auf Basis von äußeren Informationen, also Erkenntnissen, eine geistige Schöpfung erst in der konkreten Darstellung dieser Erkenntnisse liegt, ist es im musikalisch-künstlerischen Bereich anders: dort wird nicht nach äußeren Informationen gehandelt, sondern schon die Idee ist Teil des kreativen Schaffensprozesses. Verkürzt könnte also gesagt werden: Im Bereich der Kunst ist der Inhalt und die Idee kreative Schöpfung. In wissenschaftlicher Literatur, technischer Entwicklung und journalistischen Texten sind Inhalt und Idee das wohl regelmäßige nicht.

Warum also die Ideenfreiheit oder Inhaltsfreiheit gleichermaßen künstlerische oder musikalische wie wissenschaftliche oder technische Idee erfassen soll, erschließt sich daher nicht. Entsprechend beziehen sich die Quellen von *Kohler* (und auch schon die Begründungen von *Fichte*), hinsichtlich der Inhalts- oder Ideenfreiheit auf nicht-künstlerische Schriftwerke. Die

Ursprünge der *idea-expression-dichotomy* in den USA zeigen im Urteil *Baker v. Selden* einen ähnlichen Bezug auf nicht-künstlerische Werke. In beiden Fällen bestand keine sämtliche Urheberrechtsbereiche umfassende Dichotomie am Anfang der Entwicklung. Es stand eine nach Interessen ausgewogene Entscheidung für bestimmte Inhalte einer bestimmten Werkgattung. Der Versuch, das Prinzip zum Grundsatz des Urheberrechts zu erheben, entwickelte sich in beiden Fällen erst später.⁴²⁶ Ob die Generalisierung einer Ideenfreiheit oder Inhaltsfreiheit auch in anderen Kunstbereichen scheitert, kann aber aus Perspektive der hier vorgenommenen Untersuchung, die sich auf die Musik fokussierte, kaum abschließend beurteilt werden.

Nach den hier dargelegten Ergebnissen erscheint es jedenfalls für die Musik sinnvoller, wenn eine solche Generalisierung nie stattgefunden hätte, führt sie doch im besten Fall zu Verwirrung der Schutzfähigkeitskriterien und im schlechtesten Fall sogar zu inkonsequenten oder nicht interessengerechten Ergebnissen. Selbst die neueren Vorschläge einer Neuinterpretation der Ideenfreiheit als Grundlage für eine Interessenabwägung können insofern die Zweifel an der Sinnhaftigkeit des Kriteriums nur bedingt ausräumen.⁴²⁷ Wenn die begriffliche Bestimmbarkeit der Idee so unklar ist, dass sie nur noch als vager Ausgangspunkt einer Interessenabwägung gilt, dann steht infrage, wozu es überhaupt eines Rückgriffs auf den Ideenbegriff bedarf. Es bleibt daher zu bezweifeln, dass die dichotomen Unterscheidungen von Inhalt und Form oder Idee und Ausdrucksform der Bedeutung eines urheberrechtlichen werkübergreifenden Grundsatzes gerecht werden können.

426 Vgl. hierfür die Darstellungen unter C.III.

427 Siehe zu diesen neuen Vorschlägen insb.: *Kopp*, Freiheit der Idee, 2014, 179 ff.; *Haberstumpf*, UFITA 2020, 36, 90 ff.

