

SONDERDRUCK AUS  
FESTSCHRIFT FÜR  
PAUL W. HERTIN  
ZUM 60. GEBURTSTAG

AM 15. NOVEMBER 2000

HERAUSGEGEBEN  
VON

CHRISTIAN SCHERTZ  
HERMANN-JOSEF OMSELS



VERLAG C. H. BECK MÜNCHEN 2000

THOMAS HOEREN

## Sounds von der Datenbank – zum Schutz des Tonträgerherstellers gegen Sampling

„Your battles inspired me – not the obvious material battles but those that were fought and won behind your forehead“, so schrieb *James Joyce* an *Henrik Ibsen* im März 1901. Wie den norwegischen Literaten Ibsen schätze ich den Jubilar wegen seines Ideenreichtums und seiner Innovativität. „Behind his forehead“ fand ich einen fachlich und menschlich integren Denker mit einer breiten juristischen Ausrichtung und der für Urheberrechtler typischen Emphatie für die Kultur. Kennen- und schätzenlernen durfte ich den Jubilar jedoch durch eine – wie *Joyce* sagen würde – „obvious material battle“, eine jener Meinungsstreite, die unvermeidlich zur Wissenschaft dazugehören und diese gerade reizvoll machen. Der Streit liegt mehr als zehn Jahre zurück. Diese lange Zeitspanne und die hiesige Festschrift geben Anlass zu dem Versuch, unter die Fehde einen endgültigen Schlussstrich zu setzen.

### I. Der Auslöser: Sampling und das UrhG

Es war Mitte der Achtziger, als ich zum ersten Mal auf das Phänomen des Sound-Samplings stieß. In einem WDR-Fernsehbeitrag wurden Berichte über die „Justified Ancients of Mumu“ gebracht, eine Anarcho-band, die die Stimmen der schwedischen Popgruppe *ABBA* digitalisiert und zu Schweinequieken verfremdet hatten. Der Beitrag war für Urheberrechtler alarmierend. Lang vor der Multimediadiskussion wurde erstmals deutlich, welche technischen Möglichkeiten in der Digitalisierung stecken. Zwar waren schon zuvor Texte in größerem Umfang eingescannt und zum elektronischen Abruf genutzt worden. Für Musik war „DDD“ jedoch noch ein Fremdwort. Noch hatten Vinylpressungen die Oberhand; eine CD erwarben nur wenige. Und doch gingen sehr schnell Gerüchte über neue wirtschaftliche Verwertungsformen für digitale Musik um. Freaks erwarben Synthesizer und erprobten die Möglichkeiten, Töne im MIDI-Format zu generieren, zu kopieren und

zu verändern. Zur Anreicherung des Tonmaterials griff man bald auf Bestehendes zurück. *James Brown, Roland Kaiser, Wynton Marsalis* – vor nichts und niemanden schreckten die Sampling-Gurus zurück, um ihre Stücke anzureichern. Hinzu kam noch die aufkommende HipHop-Bewegung; schwarze Rapper bedienten sich frech der Versatzstücke aller Musikrichtungen, um ihre Botschaften zu untermauern. Hielten sich die großen Musikcompanies erst noch zurück, sahen sie jedoch zunehmend die Übernahme der Tonfetzen als bedrohlich an. Es kam zu ersten Gerichtsauseinandersetzungen, bis die Diskussion dann einige Jahre später zum Erliegen kam. Erst nach dem Siegeszug des Internet taucht die Frage wieder auf: Darf man eigentlich Klangmaterial, sog. Licks, aus vorbestehenden Labels herausfiltern, kopieren und digital bearbeiten?

Die urheberrechtliche Literatur reagierte zwiegespalten.<sup>1</sup> Einige Traditionalisten lehnten einen Schutz von Sounds a priori ab.<sup>2</sup> Im Musikbereich sei die Melodie werkprägend. Wenn nicht ein in sich schutzfähiger Teil der Melodie übernehmen werde, bleibe es bei der Gemeinfreiheit. Vorsichtiger plädierten jüngere Autoren, insbesondere wenn sie sich a posteriori einen Eindruck von der Varianten-Fülle des Sound-Samplings gemacht hatten.<sup>3</sup> Ein Schutz von Sounds sei nicht ausgeschlossen; der Bezug auf die Melodie entspreche dem überkommenen Musikverständnis des 19. Jahrhunderts. Je nach Einzelfall sei es durchaus denkbar, Bassfiguren, Rhythmen oder sonstige charakteristische Musikelemente urheberrechtlich zu schützen. Letztere Ansicht dürfte inzwischen gängig sein, auch wenn sich meines Wissens kein Gericht bislang dieser

<sup>1</sup> Zur Literatur s. *Bindhardt*, Der Schutz von in der Populärmusik elektronisch erzeugten Einzelsounds nach dem Urheberrechtsgesetz und dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 1998; *Fromm*, Urheberrechtliche Bewertung des Sampling in der Musik, 1994; *Münker*, urheberrechtliche Zustimmungserfordernisse beim Digital Sampling, Frankfurt 1995; *Schramm*, Sample-Computer und das Recht der Musik, Münster 1992; *Weßling*, Der zivilrechtliche Schutz gegen Sound-Sampling, Baden-Baden 1995; *Jörger*, Das Plagiat in der Popmusik, Baden-Baden 1992; *Bortloff* ZUM 1993, 476 ff.; *Müller* ZUM 1999, 555 ff.; *Schneider* GRUR 1992, 82 ff.; *G. Schulze* GRUR 1994, 855 ff.; *Schwenzler* ZUM 1996, 584 ff.; *Spieß* ZUM 1991, 524 ff.; *Tenschert* ZUM 1987, 612 ff. Zur Rechtslage in den USA siehe *Arn*, Entertainment & Sports L. Rev. 6 (1989), 61 ff.; *Davies* GRUR Int. 1996, 888 ff.; *Newton*, COMM/ENT 11 (1989), 671 ff. mwN.

<sup>2</sup> *Fromm/Nordemann-Vinck*, Urheberrecht, 9. Aufl. Stuttgart 1998, § 2 Rdn. 26 und 46 ff.; *Schricker-Loewenbeim*, Urheberrecht, 2. Aufl. München 1999, § 2 Rdn. 122 und 126; *Fromm*, Sampling (Fn. 1), 50; *Weßling*, Schutz (Fn. 1), 74.

<sup>3</sup> Siehe etwa *Bindhardt*, Schutz (Fn. 1), 102; *Münker*, Zustimmungserfordernisse (Fn. 1), 61 ff.; *Bortloff* ZUM 1993, 476, 477; *Müller* ZUM 1999, 555, 556 f.; *Spieß* ZUM 1991, 524, 533; *Tenschert* ZUM 1987, 612, 621. S. zum Schutz von kleinen Musikstücken auch *Hertin* GRUR 1997, 799, 802 und *ders.* GRUR 1989, 159, 160 f.

Thematik angenommen hat. Damit aber des Streites nicht genug. Denn die Frage nach der Rechtsstellung der ausübenden Künstler und der Tonträgerhersteller blieb ungeklärt: Wäre es nicht möglich, dass diese beiden Gruppen Leistungsschutzberechtigter gegen den Sound-Klau vorgehen könnten? Ich hatte bei meinen Überlegungen<sup>4</sup> diese Fragestellung als abwegig abgetan: Natürlich können ausübende Künstler oder Tonträgerhersteller gegen die Übernahme schutzfähiger Musikelemente vorgehen, die sie selbst vorgeführt bzw. aufgenommen haben. Aber es erschien mir undenkbar, dass die Leistungsschutzberechtigten Rechte auch dann geltend machen können, wenn das übernommene Material nicht urheberrechtsfähig ist. Denn wieso sollte ein Leistungsschutzberechtigter Rechte haben, wenn kein Urheber betroffen ist? Wäre es es nicht ein Systembruch, wenn der Musiker oder Tonträgerhersteller mehr Rechte hat als der Komponist?

In dieser Situation trat nun der Jubilar, der sich schon seit Jahrzehnten mit dem Schutz der ausübenden Künstler beschäftigt hatte,<sup>5</sup> auf den Plan.<sup>6</sup> Mit Vehemenz und Verve kritisierte er das Schweigen eines Lammes der Unschuld, als das ich mich damals ansah. Wieso sagt Hoeren nichts über Leistungsschutzberechtigte, haben diese doch auf jeden Fall Rechte gegen den Sound-Klau? Ähnliches dachte auch *Schorn*,<sup>7</sup> und schon schuf die Redaktion der GRUR mit der Veröffentlichung eines entsprechenden Schlagabtausches den Grundstein für einen Meinungsstreit, der zumindest die urheberrechtlichen Kommentare elementar anreicherte.

## II. Leistungsschutzrechte – ein Appendix zum Urheberrecht?

Eine Lösung der Streitfrage lässt sich nur durch Trennung verschiedener Fragen erreichen: Wie hängen Urheber- und Leistungsschutzrecht zusammen? Wie ist der Schutzgegenstand des jeweiligen Rechtekatalogs? In welche Rechte greift Sound-Sampling ein?

Zunächst ist also der Schutzzumfang des jeweiligen Leistungsschutzrechtes zu bestimmen. Es geht um die Frage, ob der ausübende Künstler ein Werk darbieten muss oder ob auch Sounds ausreichen. In bezug auf

<sup>4</sup> S. *Hoeren* GRUR 1989, 11 ff.

<sup>5</sup> S. etwa *Hertin* UFITA 81 (1978), 39 ff. und GRUR 1991, 722 ff. sowie dessen profunde Kommentierungen im *Fromm/Nordemann* zu §§ 83 ff. und §§ 85 f.

<sup>6</sup> *Hertin* GRUR 1989, 578 f.; s. auch *ders.* GRUR 1991, 722 ff.

<sup>7</sup> GRUR 1989, 579 f.

Tonträgerhersteller ist zu klären, ob die Aufnahme jedes Musikfetzens ein Tonträgerrecht legitimiert oder es hierzu einer besonderen Herstellerleistung bedarf.

### 1. Wortlaut und Systematik

Zunächst ist der Wortlaut des Urheberrechtsgesetzes zu analysieren, wobei der Bezug dieses Gesetzes zu den völkerrechtlichen Bestimmungen, insbesondere des Rom-Abkommens (RA), zu beachten ist.

#### a) Ausübender Künstler

Nach § 73 ist ausübender Künstler nur derjenige, der „ein Werk“ vorträgt oder aufführt oder bei dem Vortrag oder der Aufführung „eines Werkes“ künstlerisch mitwirkt. Somit ist nur der Vortrag oder die Aufführung eines Werkes geschützt, nicht aber die Darbietung von Clowns<sup>8</sup> oder die Dressur eines Elefanten.<sup>9</sup> Die Rechtslage entspricht insofern den völkerrechtlichen Vorgaben, insbesondere nach dem Rom-Abkommen. Nach Art. 3 lit. a) RA erstreckt sich der Schutz ausübender Künstler international nur auf diejenigen, die Werke der Literatur und Kunst darbieten. Den Vertragsstaaten des Rom-Abkommens bleibt es zwar nach Art. 9 RA unbenommen, den Schutz auch auf Künstler ohne Urheberbezug auszudehnen. Von dieser Möglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber jedoch – trotz rechtspolitischer Befürworter<sup>10</sup> – keinen Gebrauch gemacht.

Soweit gut und konsentiert. Doch die Schwierigkeiten fangen da ein, wo ein Werk bei der Darbietung einen Werkcharakter nicht (oder nicht mehr) hat. Darunter fallen u. a. Darbietungen gemeinfreier Werke und nicht schutzfähiger Werkelemente. Die sich selbst zur herrschenden erklärende Meinung der Traditionalisten<sup>11</sup> geht dahin, auch diese Fälle unter § 73 UrhG zu subsumieren. Der Wortlaut des § 73 scheint mir allerdings eindeutig. Er setzt „ein Werk“ voraus. Der Begriff des Werkes ist seinerseits in § 2 Abs. 2 UrhG legaldefiniert. Hiernach sind Werke „im Sinne dieses Gesetzes ... nur persönliche geistige Schöpfun-

<sup>8</sup> S. LG Berlin, AfP 1988, 168 – Trickkünstler.

<sup>9</sup> LG München, UFITA 54 (1969), 320 ff.

<sup>10</sup> So etwa Gotzen GRUR Int. 1980, 471, 489; Schorn GRUR Int. 1983, 167, 169 gegen Flechsig GRUR Int. 1985, 287, 290 f. Weitere Nachweise bei Schrickler-Krüger (Fn. 2), § 73 Rdn. 11.

<sup>11</sup> Schrickler-Krüger (Fn. 2), § 73 Rdn. 12. Ähnlich Fromm/Nordemann-Hertin (Fn. 2), § 73 Rdn. 2; v. Gamm, Urheberrechtsgesetz, München 1968, § 73 Rdn. 5; Möhring/Nicolini, Urheberrechtsgesetz, Berlin 1970, § 73 Anm. 2.

gen“. Das Erfüllen der Schutzkriterien ist daher zumindest nach dem Wortlaut des Gesetzes notwendiges Element des Werkbegriffs. Gemeinfreie Werke oder nicht schutzfähige Werkelemente sind keine „Werke im Sinne dieses Gesetzes“. Dabei ist der Hinweis „nur“ in § 2 Abs. 2 UrhG besonders deutlich: Es gibt im Rahmen der grammatikalischen Auslegung keine Chance, den Werkbegriff auszudehnen. Dass dies aber dennoch von der herrschenden Meinung, ja vom Gesetzgeber selbst (siehe unten) anders gesehen wird, verweist eine Grundschwäche des Rechts der ausübenden Künstler: Es ist nicht Fisch noch Fleisch. Es ist zwar nicht richtig mit dem Werkbegriff verknüpft, verzichtet aber auf die urheberrechtliche Anknüpfung auch nicht. Voraussetzung ist schon die Darbietung eines urheberrechtsfähigen Werkes, auch wenn es eigentlich gar nicht oder nicht mehr urheberrechtsfähig ist. Von daher ist es nur konsequent, wenn Lewinski<sup>12</sup> die gänzliche Aufhebung des Urheberrechtsbezugs *de ferenda* fordert und insofern auch die Darbietung nicht schutzfähigen Materials über § 73 schützen will.

#### b) Tonträgerhersteller

Anders ist hingegen der Wortlaut von § 85 Abs. 1 UrhG hinsichtlich der Rechtsstellung der Tonträgerhersteller. Hiernach hat dieser das ausschließliche Recht, „den Tonträger zu vervielfältigen und zu verbreiten“. Einen Hinweis auf „das Werk“, vergleichbar § 73 UrhG, sucht man vergebens. Daraus zieht die „herrschende Meinung“ die Schlussfolgerung, dass § 85 Tonaufnahmen jedweder Art schütze, unabhängig von der Urheberrechtsfähigkeit des aufgenommenen Inhalts.<sup>13</sup> Art. 3 lit. c) RA verweist dementsprechend darauf, dass als Hersteller von Tonträgern die Person anzusehen sei, die erstmals die Töne einer Darbietung „oder andere Töne“ festlegt. Es scheint also, als habe der Tonträgerhersteller – anders als der ausübende Künstler – unzweifelhaft schon nach dem Wortlaut des UrhG ein Recht gegen Sound-Sampling.

## 2. Die Historie

Aufschlussreich ist auf jeden Fall die Entstehungsgeschichte des UrhG. Dabei soll der Blick auf die Vorarbeiten zum UrhG ausreichen;

<sup>12</sup> Schrickler-Lewinski, Urheberrecht auf dem Weg in die Informationsgesellschaft, Baden-Baden 1998, 229 und 285. S. a. die Überlegungen bei Weßling, Sampling (Fn. 1), 203 ff.

<sup>13</sup> Schrickler-Vogel (Fn. 2), § 85 Rdn. 16; v. Gamm (Fn. 11), § 85 Rdn. 4.

der allgemeine historische Kontext für die Entastehung der leistungsschutzrechte kann hier als bekannt vorausgesetzt werden.<sup>14</sup>

#### a) Ausübende Künstler

In bezug auf die ausübenden Künstler findet sich der Bezug zur „Werk“-Darbietung bereits im UrhG-Entwurf vom 23. März 1962 (§ 83).<sup>15</sup> In der Begründung zum Entwurf heißt es – ebenso wie in den späteren Kommentaren:

„Nicht vorausgesetzt wird, dass das Werk Urheberrechtsschutz genießt; der ausübende Künstler soll auch dann geschützt sein, wenn das Urheberrecht an dem vorgetragenen Werk infolge Ablaufs der Schutzfrist schon erloschen ist oder es sich um das Werk eines Ausländers handelt, das im Inland nicht geschützt ist.“<sup>16</sup>

Offensichtlich sah man den Bezug des späteren § 73 auf den Werkbegriff in einem allgemeineren Sinn, als es der Wortlaut suggeriert. Es soll schon ausreichen, dass das Dargebotene irgendwann einmal ein Werk gewesen war. Ja, man war seitens des Gesetzgebers offensichtlich bereit, selbst dann eine Darbietung zu schützen, wenn das Dargebotene niemals ein Werk gewesen war; denn im Falle einer im Inland nicht geschützten Schöpfung liegt eben kein Werk im Sinne von § 2 UrhG vor. Damit ist die gesamte Konzeption in sich unstimmg. So soll auf der einen Seite nur der Vortrag oder die Aufführung eines nach § 2 Abs. 2 UrhG geschützten Werkes geschützt sein. Auf der anderen Seite muss das Dargebotene nicht im Geltungsbereich des UrhG Schutz genießen. Dieser Widerspruch ist unauflöslich. Er verweist auf ein grundlegendes Paradox des Leistungsschutzrechts, auf das später noch einzugehen sein wird.

#### b) Tonträgerhersteller

Sehr schnell stand bei den Vorberatungen zum UrhG auch der Wortlaut des Tonträgerherstellerrechts fest. Der Entwurf von 1962 sieht in § 95 eine dem heutigen Recht identische Regelung vor. In der Begründung wird ausführlich der fehlende Werkbezug des Tonträgerherstellerrechts begründet.

<sup>14</sup> Zum Nachlesen sei verwiesen auf *Rauscher auf Weeg*, Das Aufführungsrecht der Interpreten und Schallplattenhersteller nach geltendem deutschen Recht, 1960, 24 ff.; *Haensel UFITA* 19 (1955), 15 ff.; *Straus GRUR Int.* 1985, 19 ff.; *Ulmer UFITA* 26 (1958), 257, 268 ff.

<sup>15</sup> Entwurf der Bundesregierung zu einem neuen Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 23. März 1962 (BT-Drucks. IV/270); im weiteren zitiert nach *M. Schulze*, Materialien zum Urheberrechtsgesetz, Weinheim 1993.

<sup>16</sup> Zit. n. *Schulze* (Fn. 15), S. 202.

„Außerdem wirken bei der Herstellung eines Tonträgers nicht immer ausübende Künstler mit, z. B. dann nicht, wenn Tierstimmen oder andere Naturgeräusche, die keine Werke sind, auf Tonträger übertragen werden.“<sup>17</sup>

Dies rechtfertigt es, „mit Rücksicht auf die hochwertige technische Leistung und die großen wirtschaftlichen Aufwendungen, die die Herstellung eines zum Vertrieb geeignete Tonträgers erfordert“,<sup>18</sup> ein eigenes Leistungsschutzrecht des Herstellers vorzusehen. Mit Bezug auf das Rom-Abkommen wird darauf verwiesen:

„Da es sich um den Schutz einer technischen, nicht einer künstlerischen Leistung handelt, kann es auf den Werkcharakter des aufgenommenen Charakters nicht entscheidend ankommen.“<sup>19</sup>

Allerdings widerspricht diese Konzeption anderen Teilen der Entwurfsbegründung von 1962. So wird dort darauf verwiesen, dass sich die Schallplattenindustrie derzeit damit behelfe, „dass sie sich die Rechte der ausübenden Künstler an Schallplatten abtreten lässt“.<sup>20</sup> Insofern wird hier ein Zusammenhang zwischen den Rechten der ausübenden Künstler und derer der Tonträgerhersteller hergestellt. Noch deutlicher ist die allgemeine Begründung zur Einführung verwandter Schutzrechte:

„Unter den im Zweiten Teil des Entwurfs behandelten verwandten Schutzrechten versteht der Entwurf Rechte, die nicht wie das Urheberrecht die schöpferische Leistung schützen, sondern Leistungen anderer Art, die der schöpferischen Leistung des Urhebers ähnlich sind oder in Zusammenhang mit den Werken der Urheber erbracht werden.“ (Unterstr. durch Verf.)<sup>21</sup>

Die Entwurfsbegründung sieht die Tonträgerrechte insofern als Annex zu den Rechten der Urheber an, betont aber auch die Unabhängigkeit dieses Leistungsschutzrechts von dem Werkcharakter der Aufnahme.

Die Historie vermittelt somit kein klares Bild der beiden Leistungsschutzrechte. Für die ausübenden Künstler wird zwar noch auf den Werkbezug abgestellt, dieser aber konturenlos ausgeweitet. Für den Tonträgerhersteller wird auf den Werkbezug gänzlich verzichtet, gleichzeitig aber der „Zusammenhang mit den Werken der Urheber“ betont. Offensichtlich fehlte ein eindeutiges dogmatisches Modell der Leistungsschutzrechte.

<sup>17</sup> Zit. n. *Schulze* (Fn. 15), S. 213.

<sup>18</sup> Zit. n. *Schulze* (Fn. 15), S. 214.

<sup>19</sup> Zit. n. *Schulze* (Fn. 15), S. 214.

<sup>20</sup> Zit. n. *Schulze* (Fn. 15), S. 79.

<sup>21</sup> Zit. n. *Schulze* (Fn. 15), S. 75 f.

### 3. Sinn und Zweck

Damit komme ich zur Rechtsdogmatik, insbesondere zur unklaren Rechtsnatur der Rechte von ausübenden Künstlern und Tonträgerherstellern.

#### a) Ausübende Künstler

Schon für den ausübenden Künstler ist die Rechtsnatur der ihm zugeordneten Rechte unklar. Eigentlich handelt es sich bei diesen Rechten nicht um ein Leistungsschutzrecht, sondern um ein Bündel verschiedenster Rechte.<sup>22</sup> In diesem Bouquet finden sich persönlichkeitsrechtliche Elemente ebenso wie Verwertungsrechte.<sup>23</sup> Eine einheitliche Linie ist nicht zu erkennen. Selbst wenn man aus steuerrechtlichen Gründen noch für eine monistische Lösung plädiert,<sup>24</sup> reicht dies nicht für eine Vereinheitlichung des Schutzsystems aus. So haben die verwertungs- und persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse schon von der Schutzdauer her wegen §§ 82, 83 Abs. 3 ein unterschiedliches Schicksal.<sup>25</sup> Auch ist nicht ein „Gesamtrecht“ des ausübenden Künstlers übertrag- und vererbbar, sondern nur die jeweiligen Einzelansprüche der §§ 73 ff.<sup>26</sup> Dieses Konglomerat von Ausschließlichkeits-, Einwilligungs- und Vergütungsansprüche lässt sich dogmatisch nicht strukturieren. Wer hier eine einheitliche Wurzel vermutet, muss in die Irre laufen. Denn hier entlädt sich das alte Problem des sog. Bearbeiterurheberrechts. Noch nach § 2 Abs. 2 LUG hat man das „Künstlerrecht“ als Bearbeitungsrecht an dem dargebotenen Werk angesehen. Damit korrespondiert die französische Doktrin, die – zumindest früher – die Rechte ausübender Künstler als vom Urheberrecht abgeleitete Annexbefugnisse verstanden hat. Der Gesetzgeber hat durch den Bezug in § 73 zum Werkbegriff diesem Zusammenhang gehuldigt, ihn gleichzeitig aber in der Entwurfsbegründung relativiert. Durch weitere Gesetzesänderungen bedingt wurde dann ein dogmatischer Anakoluth geschaffen, der weder Hand noch Fuß hat. Die Suche nach der dogmatischen Wurzel des Rechts der aus-

<sup>22</sup> So auch *Fromm/Nordemann-Hertin* (Fn. 2), Vor § 73 Rdn. 2; *Möhring/Nicolini* (Fn. 11), § 73 Anm. 2; *Schack*, Urheberrecht, Tübingen 1998, Rdn. 606; *ders.* GRUR 1985, 352, 354. A. A. *Schricker-Krüger* (Fn. 2), Vor §§ 73 ff. Rdn. 10 mwN.

<sup>23</sup> *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl. Berlin 1980, § 120 II 1.

<sup>24</sup> So der BFH GRUR 1980, 49, 50 – Teilaktivierung.

<sup>25</sup> Siehe dazu *Schricker-Vogel* (Fn. 2), § 83 Rdn. 35; *Flehsig* FuR 1976, 208, 209; *Hunzicker* FuR 1983, 591, 592.

<sup>26</sup> *Nordemann* FuR 1969, 15; *Schmieder* FuR 1968, 315 ff.; *ders.* FuR 1969, 15 f.

übenden Künstler muss in der Dekonstruktion enden, im Verweis auf das Nichts.

#### b) Tonträgerhersteller

Klarer ist da schon der Schutz der Tonträgerhersteller konzipiert. Hier wurde von vornherein auf jede Vermengung mit dem Urheberrecht verzichtet. Wie die Gesetzesbegründung zum UrhG bei allen *Lacunae* deutlich macht, ist mit §§ 85 ff. UrhG erstmals das Tor zu einem urheberrechtsautarken Schutzsystem geöffnet worden. Allerdings stellt sich dann die Frage, warum man das Tonträgerrecht überhaupt im Urheberrechtsgesetz geregelt hat. Diese Frage stellt sich insbesondere bei einem Blick in das Genfer Tonträgerübereinkommen vom 29. Oktober 1971 (GTA).<sup>27</sup> Nach Art. 3 dieses Abkommens ist es den Mitgliedsstaaten unbenommen, zur Gewährleistung eines effektiven Tonträgerschutzes urheber-, wettbewerbs- oder strafrechtlich vorzugehen. Der deutsche Gesetzgeber hat sich im und mit dem UrhG sehr früh für einen urheberrechtlichen Schutz entschieden, wobei es sich hierbei nicht um eine besonders reflektierte Entscheidung handelte. Er konnte auf einige Vorbilder während der urheberrechtlichen Diskussion des sog. Dritten Reichs zurückgreifen.<sup>28</sup> Ansonsten musste sich der Tonträgerhersteller die Bearbeiterurheberrechte der ausübenden Künstler vertraglich sichern und ansonsten über § 1 UWG vorgehen. Die Entscheidung für ein originäres Schutzrecht auch gegenüber privat oder betriebsintern genutzten „Raubkopien“ verdankt die Tonträgerindustrie wohl eher einem effektiven Lobbyismus als einer dogmatischen Überlegung des damaligen Gesetzgebers. Insofern ähnelt die Situation der bei der Einführung des Datenbankrechts in § 87a. Damit bleibt aber offen, ob das Tonträgerrecht eher urheber- oder wettbewerbsrechtlich zu verstehen ist.<sup>29</sup> Wie im weiteren zu zeigen sein wird, haben die Lobbyisten einen Pyrrhussieg errungen, als sie durch die erstmalige Einführung eines *Sui-Generis*-Schutzes für Tonträgerhersteller einen „troublemaker“ in das UrhG integrierten. Der Gesamteindruck deckt sich auf jeden Fall mit Überlegungen des Jubilars, der in der ihm eigenen Klarheit deutlich formuliert hat:

<sup>27</sup> Übereinkommen zum Schutz der Hersteller von Tonträgern gegen die unerlaubte Vervielfältigung ihrer Tonträger (GTA) vom 29. 10. 1971.

<sup>28</sup> Vgl. *Schricker-Vogel* (Fn. 2), § 85 Rdn. 4; *Münker*, Zustimmungserfordernisse (Fn. 1), 227 f.; *Hoffmann* GRUR 1939, 96 ff.

<sup>29</sup> S. hierzu *Münker*, Zustimmungserfordernisse (Fn. 1), 230 ff.; *Gentz* UFITA 70 (1974), 25 ff.; *Schmieder* UFITA 73 (1975), 65 ff.; *Schulze* FuR 1977, 822 ff.; *Windisch* UFITA 66 (1973), 75 ff.

„Die Bestimmung des Kreises der Leistungsschutzberechtigten erscheint in gewisser Weise willkürlich vorgenommen. Ein einheitliches Kriterium der Schutzbegründung ist nicht erkennbar.“<sup>30</sup>

### III. Das Proprium der Leistungsschutzrechte

Diese Unsicherheit überträgt sich auch auf die Frage, was denn nun das Proprium eines ausübenden Künstlers oder eines Tonträgerherstellers sei. Was ist eigentlich die schutzwürdige Leistung eines solchen Rechteinhabers?

#### 1. Wortlaut und Systematik

Die unterschiedliche Konzeption von Tonträgerrecht und Recht der Werkinterpretation lässt sich schon beim Blick in den Wortlaut von §§ 73, 85 feststellen.

##### a) Ausübende Künstler

Das Spezifikum eines ausübenden Künstlers scheint einfach festzustellen, enthält § 73 doch eine relativ klare Definition schutzfähiger Leistungen. Geschützt ist nur, wer ein Werk vorträgt oder aufführt oder bei dem Vortrag oder der Aufführung eines Werkes künstlerisch mitwirkt. Auffällig ist hierbei das Merkmal der „künstlerischen Mitwirkung“, das zum Beispiel in der Legdefinition des Art. 3 lit. a) des Rom-Abkommens fehlt. Nach dem Wortlaut von § 73 wäre das Merkmal der künstlerischen Mitwirkung nicht für die Varianten des Vortrag oder der Aufführung eines Werkes durch den ausübenden Künstler zu prüfen. Daraus hat der Jubilar<sup>31</sup> einmal den Schluss gezogen, dass im Vordergrund des Leistungsschutzrechts auch nicht das Moment des Künstlerischen stehe, sondern der persönlichen Vortrag eines Sprechers. Die herrschende Meinung<sup>32</sup> hat diese Interpretation jedoch abgelehnt und darauf abgestellt, dass eine bestimmte künstlerische Eigenart dem Begriff des ausübenden Künstlers wesensimmanent sei. Dieser Streit hat

<sup>30</sup> *Fromm/Nordemann-Hertin* (Fn. 2), Vor § 70 Rdn. 4.

<sup>31</sup> UFITA 81 (1978), 39, 48 f.; ähnlich auch *Fromm/Nordemann-Hertin* (Fn. 2), § 73 Rdn. 5; *Möhring/Nicolini*, § 73 Anm. 2; v. *Gamm*, § 73 Rdn. 5 und 7; *Ekrutt* GRUR 1976, 193.

<sup>32</sup> BGH GRUR 1981, 419, 420 – Quizmaster; LG Hamburg GRUR 1976, 151 – Rundfunksprecher; LG Hamburg ZUM 1995, 340 – Moderatorentätigkeit für Musiksendungen; *Schricker-Krüger* (Fn. 2), § 73 Rdn. 21; *Dünnwald* UFITA 52 (1969), 49, 76 f.; *ders.* UFITA 65 (1972), 99, 108; *Gentz* GRUR 1974, 328, 331.

seine Wurzeln darin, dass die Rechtsnatur des Leistungsschutzrechts unklar ist. Insbesondere wurden die Begriffe Vortrag, Aufführung oder künstlerische Mitwirkung nicht leistungsschutzspezifisch legaldefiniert. Die herrschende Meinung verweist statt dessen auf § 19 Abs. 1 und 2. Dort finden sich zwar Definitionen für das Vortrags- und Aufführungsrecht, die übrigens keine künstlerische Rolle des Darbietenden voraussetzen.<sup>33</sup> Allerdings muss der Begriff der „künstlerischen Mitwirkung“ schon nach dem Wortlaut als Oberbegriff gesehen werden. Im weitesten Sinne ist jeder als ausübender Künstler anzusehen, der an dem Vortrag oder der Aufführung eines Werkes künstlerisch mitwirkt. Wer sogar selber vorträgt oder aufführt, ist auf jeden Fall künstlerisch. Diese unwiderlegliche Vermutung ändert aber nichts daran, dass es bei § 73 letztendlich um den Schutz einer künstlerischen Leistung geht und insofern eine besondere Nähe zum Schutz der Urheber besteht.

In bezug auf das Ausmaß der „künstlerischen Mitwirkung“ enthält das Gesetz allerdings keine Definition. Hier zeigt sich ein weiteres Merkmal das Dilemma der §§ 73 ff. UrhG, die zwar ein urheberrechtsähnliches Schutzregime enthalten, zum Teil jedoch ohne konkreten Inhalt darüber hinaus gehen. Die Versuche, die Begriffe zu integrieren, sind angesichts dieser dogmatischen Untiefe von vornherein zum Scheitern verurteilt. So dürfte der Tatsache, dass ein Sprecher mit einer „inneren Anteilnahme ... bei abgestufter Lebhaftigkeit seines Vortrags und dadurch bedingter besonderer Ausstrahlung“<sup>34</sup> einen Text vorliest, wohl kaum eine besondere Bedeutung für die Schutzfähigkeit zukommen.<sup>35</sup> Interessant und wirklichkeitsnäher ist statt dessen die heute herrschende Auffassung, die auf ein Minimum eigenpersönlicher Prägung abstellt und insofern – allerdings kaum reflektiert – auf die klassischen Grundsätze der kleinen Münze zurückgreift.<sup>36</sup> Dann allerdings ist die Abgrenzung zwischen Leistungsschutzrecht und Urheberrecht fast unmöglich. Ähnlich wie etwa im Recht der Fotografie verwischen die

<sup>33</sup> So auch *Schricker-v. Ungern-Sternberg* (Fn. 2), § 19 Rdn. 7; *Gentz* GRUR 1974, 328, 329.

<sup>34</sup> BGH GRUR 1981, 419, 421 – Quizmaster. Ähnlich etwa auch *Dünnwald*, 65 (1972), 112, 113.

<sup>35</sup> Blass und wenig hilfreich ist auch die Formulierung *Münkers*, der darauf abstellen will, „ob sich der Künstler auf interpretatorische Weise der in der Kunst gebräuchlichen oder von ihm neu kreierte Ausdrucksformen bedient“; siehe *ders.*, Zustimmungserfordernisse (Fn. 1), 190.

<sup>36</sup> LG Hamburg GRUR 1976, 151, 153 – Rundfunksprecher; *Ulmer* (Fn. 20), § 122 II; *Schack* (Fn. 20), Urheberrecht, Rdn. 588; *Schricker-Krüger* (Fn. 2), § 73 Rdn. 25.

Grenzen zwischen den Schutzformen bei den ausübenden Künstler. Diese sind bei hinreichender Eigenart nicht nur Leistungsschutzberechtigte, sondern auch und prioritär Urheber. Vielleicht war denn doch die Entscheidung des LUG für ein Bearbeiterurheberrecht der Künstler nicht „fiktiv“, sondern die einzige dogmatisch saubere Form des Schutzes der Künstler.

### b) Tonträgerhersteller

Bei den Tonträgerherstellern ist die Problematik anders gelagert. Dies hängt vor allem mit dem primär wettbewerbsrechtlichen Ansatz zusammen, der dem Gesetz insoweit zugrunde liegt. Geschützt sind eben alle „Hersteller von Tonträgern“; weitere Voraussetzungen enthält das Gesetz nicht. Damit bleibt allerdings unklar, ob schon jedwede Aufnahme über §§ 85, 86 geschützt ist. In der Literatur finden sich Stimmen, die das Proprium des Tonträgerrechts in jedem Akt der Festlegung sehen. In der Tat gilt nach Art. 3 lit. b) des Rom-Abkommens „jede ... Festlegung der Töne einer Darbietung oder anderer Töne“ als Tonträger. Es kommt für die Anwendung von § 85 somit nicht darauf an, dass der aufgezeichnete Inhalt selbst Werkcharakter hat oder die Darbietung eines ausübenden Künstlers beinhaltet (siehe oben). Dies ändert allerdings nichts daran, dass Schutzgegenstand des § 85 der Tonträger und nicht die darauf fixierte Tonfolge ist.<sup>37</sup>

Für die Fixierungsleistung selbst allerdings wird man nicht jede Leistung ausreichen lassen können. Dem widerspricht die besondere Nähe der §§ 85, 86 UrhG zum Wettbewerbsrecht. Erforderlich ist eine besondere wettbewerbliche Herstellerleistung.<sup>38</sup> Auch wenn § 85 ein Plus gegenüber dem Schutz nach § 1 UWG ist, gilt doch als Minimum für die Gewährung eines ergänzenden Leistungsschutzes eine hinreichende Investition. Insofern kann man durchaus die Parallele zum Datenbankrecht (§ 87 a) ziehen, das ebenfalls als Instrumentarium für den Investitionsschutz gedacht ist. Insofern käme dann darauf an, dass die Herstellung des Tonträgers mit einem quantitativ oder qualitativ wesentlichen Investition verbunden ist. Die Doppelung von Qualität und Quantität verweist auch auf die doppelte Stoßrichtung des Tonträgerherstellerrechts, das ja sowohl die technisch anspruchsvolle Leistung der Fixierung auf Tonträger als auch die damit verbundene wirtschaftliche

<sup>37</sup> Insofern geht die Annahme *Schorns* fehl, § 85 schütze die Tonfolge; *Schorn* GRUR 1982, 644; ähnlich *ders.* GRUR 1978, 230, 232.

<sup>38</sup> *Schricker-Vogel* (Fn. 2), § 85 Rdn. 10.

Investition schützen will. Der Hersteller hätten folglich einen besonderen unternehmerischen Aufwand nachzuweisen, um in den Schutzbereich des § 85 zu kommen. Dieser Aufwand kann zum einen in einer besonderen technischen Innovation liegen. Zum anderen ist der eigene Aufwand an Zeit, Arbeit und Energie zu berücksichtigen.

### 2. Entstehungsgeschichte

Diese unterschiedliche Konzeptionen der beiden Leistungsschutzrechte hängen auch eng mit der Entstehungsgeschichte der Vorschriften zusammen.

#### a) Ausübende Künstler

Im Entwurf von 1962 werden zwar für den ausübenden Künstler keine näheren Erläuterungen zu dem Erfordernis der künstlerischen Mitwirkung gemacht. Verwiesen wird jedoch darauf, dass das technische Personal wegen des Erfordernisses der künstlerischen Mitwirkung nicht umfasst sei.<sup>39</sup> Geschützt seien nur die „Werkinterpreten“.<sup>40</sup> Auch hier klingt durch, dass es sich bei dem Leistungsschutzrecht eigentlich um eine urheberrechtliche Konstruktion. Dafür spricht auch die Nähe des Wortlauts von § 2 Abs. 2 LUG mit § 73.<sup>41</sup> Die Vorschrift als Gewinn für die ausübenden Künstler zu feiern, dürfte daher zweifelhaft sein. Rückblickend stand der Werkinterpret mit dem Bearbeiterurheberrecht des § 2 Abs. 2 LUG besser da als heute mit seinen eingeschränkten Leistungsschutzrechten. Es ging mit §§ 73 ff. UrhG von vornherein darum, die Rechte der Künstler zu beschneiden, wie auch die Begründung zum Entwurf von 1962 mehrfach ausdrücklich betont.<sup>42</sup>

#### b) Tonträgerhersteller

Auch beim Tonträgerhersteller wird sehr schnell der wettbewerbsrechtliche Bezug beim Blick in die Materialien des UrhG deutlich. Der Entwurf von 1962 betont, dass der Schutz „mit Rücksicht auf die hochwertige technische Leistung und die großen wirtschaftlichen Aufwendungen, die die Herstellung eines zum Vertrieb geeigneten Tonträgers

<sup>39</sup> Zit. n. *Schulze* (Fn. 15), 202.

<sup>40</sup> Zit. n. *Schulze* (Fn. 15), S. 202.

<sup>41</sup> So auch der Jubilar in UFITA 81 (1978), 38, 41, 49. Kritisch gegen diesen Gedankenansatz *Schricker-Krüger* (Fn. 2), § 73 Rdn. 6.

<sup>42</sup> Zit. n. *Schulze* (Fn. 15), S. 200 ff.



erfordert“, gerechtfertigt sei.<sup>43</sup> Ferner wird darauf verwiesen, dass das Schutzrecht „für das technische Können und die wirtschaftlichen Aufwendungen gewährt“ werde, „die für die erstmalige Aufnahme einer Werkdarbietung oder einer sonstigen Tonfolge auf einen Tonträger erforderlich sind“.<sup>44</sup> Dem Tonträgerhersteller wurde auf der Basis des UWG ein Geschenk gemacht, indem die wettbewerbliche Leistung der Aufnahme mit zusätzlichen Rechten „vergolde“ wurde. Dementsprechend wird im Entwurf von 1962 darauf verwiesen, dass der „Schutz auf Grund des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb... wegen der besonderen rein wettbewerblichen Voraussetzungen in § 1 UWG nicht immer durchgreifen“ werde, „zumal insoweit Beweisschwierigkeiten bestehen werden“.<sup>45</sup> Eine Begründung dafür, warum ein Tonträgerhersteller auch gegen die private oder unternehmensinterne Nutzung vorgehen können soll, lässt das Gesetz vermissen.

### 3. Sinn und Zweck

Das Priorium des Schutzes ausübender Künstler ist folglich in einer urheberrechtsähnlichen Leistung zu sehen, während für den Tonträgerhersteller die wettbewerbsrechtliche Wurzel zu beachten ist. §§ 73 ff. setzen somit den – bis dahin hohen – Schutz der ausübenden Künstler herab, während §§ 85 f. den – bis dahin niedrigen – Schutz der Tonträgerhersteller erweitert. Die Wurzeln bleiben aber trotz dieser Verschiebungen bestehen. Für ausübende Künstler ist demnach ein Minimum individueller Ausdrucksformen wichtig, während es beim Tonträgerhersteller auf die besonderen Investitionen im Zusammenhang mit der Tonaufnahme ankommt. Im Umkehrschluss gibt es weite Bereiche, in denen die Leistungen beider Gruppen nicht schutzfähig sind. Schwierig dürfte die Lage vor allem für die Tonträgerhersteller werden, wenn durch die Digitalisierung die Erstellung der Tonträger keine besondere Leistung mehr darstellt. Doch dazu mehr am Ende.

## IV. Konsequenzen für das Sound-Sampling

Nun, am Ende einer langen Kette von Überlegungen, komme ich wieder auf das Sound-Sampling zurück. Bislang steht nur fest, dass sich

<sup>43</sup> Zit. n. Schulze (Fn. 15), S. 214.

<sup>44</sup> Zit. n. Schulze (Fn. 15), S. 214 f.

<sup>45</sup> Zit. n. Schulze (Fn. 15), S. 213.

ein Künstler nicht dagegen zur Wehr setzen kann, wenn nicht geschützte Musik oder eine „Performance“ ohne künstlerischen Eigenwert gesampelt wird. Beim Tonträgerhersteller kommen Schutzmechanismen gegen Sampling nicht in Betracht, wenn es ausnahmsweise einmal an einer hinreichenden Investition in die Erstellung der Erstaufnahme fehlt. Abgesehen von diesem Negativkatalog bleiben jedoch noch Fragen offen. Insbesondere ist ungeklärt, wann in die Verwertungsrechte der Leistungsschutzberechtigten durch Sound-Sampling eingegriffen wird.

### 1. Ausübende Künstler

Für ausübende Künstler sieht § 75 Abs. 1 vor, dass dessen Darbietung nur mit seiner Einwilligung auf Bild- oder Tonträger aufgenommen werden darf. Ist die Darbietung einmal aufgenommen, steht dem Künstler nach § 75 Abs. 2 UrhG auch das ausschließliche Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht an dem Bild-/Tonträger zu. Das Aufnahme-recht ist gegenüber den klassischen Verwertungsrechten ein Novum; dies soll hier aber nicht vertieft werden, da sich das Sampling regelmäßig auf bereits fixierte Darbietungen bezieht. Interessanter ist daher die Regelung zum Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht. Werden längere Tonsequenzen digital übernommen, ist eine Rechtsverletzung einfach zu bejahen. Zu klären ist aber, ob es für die Sanktionierung des Samplings ausreicht, wenn kleinste Musikketten kopiert und verbreitet werden. Hier kommen nun die bisherigen Überlegungen zur Hilfe. Wenn das Leistungsschutzrecht der ausübenden Künstler urheberrechtsähnliche Züge aufweist, kann auch zur Interpretation des § 75 auf die Rechtsprechung zum Vervielfältigungs und Verbreitungsrecht des Urhebers zurückgegriffen werden. In bezug auf § 16 ist jedoch eindeutig geklärt, dass die Vervielfältigung von Teilen eines Werkes nicht rechtsverletzend ist. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der vervielfältigte Teil urheberrechtlich geschützt ist.<sup>46</sup> Dann geht es aber nicht mehr um die Frage der Vervielfältigung von Werkteilen. Vielmehr ist das kopierte Werkteil dann seinerseits ein Werk. Im übrigen bleibt es beim Grundsatz der Kopierfreiheit bei Werkteilen. Überträgt man diese Argumentation auf die Rolle der ausübenden Künstler, wird man auch fordern müssen, dass die gesampelte Partie die Schutzvoraussetzungen der §§ 73 ff. erfüllt. Es ist folglich erforderlich, dass der Lick seinerseits eine

<sup>46</sup> So auch Fromm/Nordemann (Fn. 2), § 16 Rdn. 1; Schricker-Loewenbeim (Fn. 2), § 16 Rdn. 14 u. a.

künstlerische Eigenart aufweist.<sup>47</sup> Diese kann sich im Vortrag oder der Aufführung selbst oder in sonstiger Weise zeigen. Ist der Lick jedoch nur alltäglich und banal, fehlt ihm die künstlerische Eigentümlichkeit. Es kann dann auch nicht von Rechtsverletzung durch das Sampling gesprochen werden. Entscheidend dürfte hier die Testfigur eines unbedarften und unvoreingenommenen Musikhörers sein. Wenn dieser einen Musikeil wiedererkennt und auf den jeweiligen Werkinterpreten zurückführen kann, sind die Grenzen der Rechtsverletzung überschritten.

## 2. Tonträgerhersteller

Schwieriger ist die Rechtsfrage bei den Tonträgerherstellern. § 85 sieht zwar ein Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht vor und verwendet insofern die urheberrechtliche Terminologie. Fraglich ist aber, ob der Vervielfältigungsbegriff nicht wegen der Nähe des Tonträgerrechts zum Wettbewerbsrecht urheberrechtsautonom zu interpretieren ist. Wie § 87a zeigt, ist es ein typisch deutscher Fehler, alle Leistungsschutzrechte über einen Kamm zu scheren und in ein einheitliches urheberrechtliches Raster zu pressen. Vielmehr sollte das Proprium jedes Rechts berücksichtigt werden. Bei den Tonträgern geht es um ein einen urheberrechtlich überhöhten Wettbewerbschutz, vergleichbar dem jüngst geschaffenen Datenbankrecht. Erforderlich ist eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition in die Herstellung des Tonträgers. Nur dann, wenn diese Leistung durch Dritte tangiert wird, ist Schutz geboten.

Ein solcher Schutz muss sich vor allem gegen die samplingmäßige Übernahme des gesamten Tonträgers oder wesentlicher Teile richten. Bedauerlicherweise ist durch meine damaligen Überlegungen der Eindruck entstanden, ich würde dem Tonträgerhersteller gänzlich Schutzrechte gegen Spund-Sampling absprechen.<sup>48</sup> Mir ging es bei meinen damaligen Ausführungen darum, den Hauptanwendungsfall des Samplings – die Übernahme der Licks – zu untersuchen. Bei diesen allerdings ist die Anwendbarkeit von § 85 aber dubios. Dies verkennen viele, die sich mit der Frage des Sound-Samplings auseinandersetzen. So findet sich in der Literatur eine weite Auslegung, kraft derer die Übernahme kleinster Musikfetzen in das Tonträgerrecht eingreift.<sup>49</sup> Andere wollen

<sup>47</sup> So im wesentlichen auch der Hinweis des Jubilars in *Fromm/Nordemann* (Fn. 2), § 73 Rdn. 2.

<sup>48</sup> So etwa der Eindruck des Jubilars, GRUR 1989, 578, aber auch anderer Autoren; s. etwa *Münker*, Zustimmungserfordernisse (Fn. 1), 240.

<sup>49</sup> So eben der Jubilar selbst; siehe *Hertin* GRUR 1989, 578; *ders.* GRUR 1991, 722, 730; *ders.* in *Fromm/Nordemann* (Fn. 2), § 85 Rdn. 8. Ähnlich auch *Münker*, Zustim-

es ausreichen lassen, dass ein substantieller Teil des Tonträgers kopiert wird, wobei für die Substanz bereits die Individualisierbarkeit ausreichen soll.<sup>50</sup> Beide Auffassungen gehen an der Konzeption des Tonträgerrechts vorbei. Dieses Recht kann sich nur durchsetzen, wenn der Tonträger selbst oder quantitativ oder qualitativ wesentliche Teile der fixierten Musik kopiert worden sind. Insofern teile ich die Auffassung, die auf eine Substanzübernahme abstellt. Allerdings ist Substanz nicht mit der Individualisierbarkeit gleichzusetzen. Individualität ist ein Kriterium für urheberrechtliche oder urheberrechtsähnliche Leistungen. Musik kann aus der Sicht des unbefangenen Konsumenten auf einen individuellen Komponisten oder einen individuellen Werkinterpreten zurückgeführt werden. Ein Tonträger ist jedoch nicht individualisierbar. Die Leistungen eines Tonträgerherstellers sind industriell und erschöpfen sich in der Serienfertigung. Geschützt wird ja bei § 85 auch nicht die Eigenart, sondern die Investition. Daher kommt es entscheidend darauf an, ob das Sampling im jeweiligen Einzelfall einer normalen Auswertung des Tonträgers zuwiderlaufen oder die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigt. Für beides sehe ich beim Sound-Sampling keine Gefahr. Die Übernahme selbst längerer Melodieteile gefährdet nicht die Interessen der Tonträger. Vielmehr geht gerade von der Nutzung solcher Licks seinerseits eine Nachfrage nach dem Originalsound aus. Gerade weil der Musikhörer nicht weiß, woher ein ihm zusagender Sound kommt, stellt er die Frage nach der Quelle und kann gezielt für den Kauf des Originaltonträgers geworben werden.

Insofern ist denn auch dem OLG Hamburg zuzustimmen, das sich bislang als einziges Gericht<sup>51</sup> mit dieser Frage auseinandergesetzt hat.<sup>52</sup> Hier hatte der Beklagte in den USA kleine Tonfetzen der *Rolling Stones* für ein Livekonzert gesampelt und dann auf den Keyboard-Computer überspielt. Unter anderem ging es um die sog. Cowbell-Einleitung, die

mungserfordernisse (Fn. 1), 240 und 245 f.; *Schack*, Urheberrecht (Fn. 20), Rdn. 624; *Schramm*, Sampling (Fn. 1), 138; *Wefling*, Sampling (Fn. 1), 159 ff.; *Müller* ZUM 1999, 555, 558; *G. Schulze* ZUM 1994, 15, 20; *Schorn* GRUR 1989, 579, 580; *Spieß* ZUM 1991, 524, 534.

<sup>50</sup> *Schricker-Vogel* (Fn. 2), § 85 Rdn. 580 f.

<sup>51</sup> Dass es nicht mehr Entscheidungen gibt, mag damit zusammenhängen, dass Tonträgerhersteller wegen der allgemeinen Üblichkeit des Sound-Samplings nicht dagegen vorgehen wollen; s. insofern zu Recht *Wefling*, Sampling (Fn. 1), 162 f. und 205 f.

<sup>52</sup> GRUR Int. 1992, 390, 391 = ZUM 1991, 545, 548 – Tonträgersampling. Ähnlich auch OLG München, ZUM 1991, 540, 541 – U2. Ein vergleichbarer Ansatz findet sich bei *Münker*, Zustimmungserfordernisse (Fn. 19), 251 ff. Der Jubilar hat die Entscheidung des OLG Hamburg allerdings – aus seiner Sicht konsequent – sehr kritisch besprochen, siehe GRUR 1991, 722, 730, 731.

in den Liedern Honky Tonk Women und Sympathy for the Devil benutzt worden ist, sowie um die Begleitstimme „Woo Woo“ in der zuletzt genannten Nummer. Der Senat sah darin kein Angriff in das Tonträgerrecht. Nach einem Hinweis auf die kontroverse Diskussion in der Literatur schloss sich der Senat der hier vertretenen Auffassung an. Jedenfalls bei winzigen Tonartikeln folge aus dem Gesetzeszweck des § 85, dass eine Verletzung aufgrund des eingeschränkten Umfangs des Tonträgerrechts ausgeschlossen sei. Schutzgegenstand des Gesetzes sei die in dem Tonträger verkörperte besondere Herstellerleistung als immaterielles Gut. Durch diese Zielsetzung sei der Schutzbereich des Gesetzes begrenzt. Der Tonträgerhersteller erleide keine messbare Beeinträchtigung der durch das Gesetz geschützten Position, wenn so kurze Teile der Klangwiedergabe entnommen werden. Gegen diese Entscheidung ist jüngst eingewendet worden, dass es sich bei der Spürbarkeit der Beeinträchtigung um eine Frage der Schadenshöhe handle.<sup>53</sup> Wer so denkt, vermennt jedoch zwei völlig unterschiedliche Themen. Die Frage der Spürbarkeit kann sowohl ein Thema für den Schutzzumfang von § 85 als auch für die Schadenshöhe sein.

#### V. Schluss: Einige ketzerische Thesen zum System der Leistungsschutzrechte

Die bisherigen Überlegungen verführen geradezu zu einigen ketzerischen Thesen. Dieser Verführung kann ich nicht widerstehen, zumal ich weiß, dass der Jubilar unorthodoxe Gedanken abseits des Forschungs-Mainstreams mag.

##### 1. Wo bleibt die Forschung?

Zunächst hoffe ich, mit meinen kurzen Überlegungen deutlich gemacht zu haben, wie wenig bislang über das System der Leistungsschutzrechte nachgedacht wurde. Denn der Streit über Sampling tobt eben nicht nur um die eher marginale Frage der Leistungsschutzrechte in bezug auf Sounds. Vielmehr ging und geht es um hier um eine Grundsatzfrage: Wie eng ist eigentlich die Verbindung von Leistungsschutzberechtigten und Urhebern? Schützt der Leistungsschutz nur Hilfs- und Annex-tätigkeiten, die zum Gelingen des Kreativitätsprozesses beitragen? Oder sind Leistungsschutzberechtigte mehr als die Parias

<sup>53</sup> Müller ZUM 1999, 555, 558.

des Urheberrecht, indem deren Leistung auch ohne Konnex zur persönlich-geistigen Schöpfung als schützenswert angesehen wird? Doch in Deutschland, dem angeblichen Mutterland der Leistungsschutzrechte, fehlt es an grundsätzlichen Forschungsarbeiten, die nicht nur den herrschenden Konsens wiederholen, sondern innovativ und unter Berücksichtigung der wechselseitigen Bezüge von BGB, UWG und UrhG eine Dogmatik der Leistungsschutzrechte konzipieren.

##### 2. Wo bleibt die Struktur?

Auffällig ist ferner das Fehlen jedweder Systematik der Leistungsschutzrechte. Die Leistungsschutzrechte sind ein Kriegsschauplatz der lobbyistischen Vereinsmeierei. Dabei ist man noch nicht einmal bereit, manche Kriegsleichen zu beseitigen. So ist durch die Schutzdauerlinie der urheberrechtliche Schutzbereich für Fotografien dermaßen ausgeweitet, ja überdehnt worden, dass für den Leistungsschutz nach § 72 kein Bedürfnis mehr besteht. Gleiches gilt für den Laufbildschutz nach § 95, der allenfalls noch als Gnadenbrot für Sexfilmproduzenten von Bedeutung ist. Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass sowohl urheber- wie auch wettbewerbsrechtliche Schutzgedanken unvermischt und ungetrennt in das Urheberrechtsgesetz eingeflossen sind und einen chaotischen Reigen divergierender Leistungsschutzrechte geschaffen haben.

##### 3. Der schleichende Tod der Leistungsschutzrechte

Und ein letzter Gedanke: Des Deutschen Lieblingskind liegt unerkannt im Sterben. Bedingt durch die Digitalisierung spielen Leistungsschutzberechtigte eine immer geringer werdende Rolle. Schauspieler können durch virtuelle Figuren ersetzt werden. Im Zeitalter von MP3 erstellt sich der Kunde die Tonträger selbst; ein Tonträgerhersteller ist nicht mehr vonnöten. Die Intermediäre werden ersetzt durch den direkten Kontakt zwischen Musiker und User über das Internet. Sendeanstalten verlieren durch die Konvergenz ihr klassisches Rundfunkterrain; auch wird die Abgrenzung von Filmherstellung zu modernen Formen der Multimidiaproduktion zunehmend konturenlos. An die Stelle der veralteten Leistungsträger treten neue Akteure, wie der Datenbankhersteller, wobei die Anknüpfung an die wesentliche Investition noch viel Kopferbrechen bereiten wird. Auch den Softwareprogrammierer wird man hier aufführen können, sind doch die Regelungen zum Softwareschutz nicht anderes als ein Leistungsschutzrecht mit urheber-

rechtlichem Schutzzumfang. Hier erweist es sich eben als fatal, dass das System der Regelungen zum Leistungsschutzrecht so unreflektiert und unausgegoren ist. Wer natürlich nur in blindem Ein-Tages-Lobbyismus agiert, wer als Politiker nur auf die nächste Wahl schießt, kann keinen Blick für langfristige Ziele des Urheberrechts entwickeln. Auch rächt sich es, dass bestimmte selbstreferentielle Zirkel über Jahrzehnte die Urheberrechtsdoktrin zu fixieren suchten. Inzucht macht blind; Vetternwirtschaft versperrt schnell den Blick für neue Handlungsperspektiven und alternative Denkmodelle. Insofern wird mit der vorliegenden Festschrift auch einer der großen lebenswürdigen und weitsichtigen Querdenker des Urheberrechts geehrt, der – von der fernen Berliner Uhlandstraße aus – gegen den Strich schrieb, schreibt und hoffentlich noch lange schreiben wird: Happy birthday to you!