

11.10.2016

Sampling: Kunstfreiheit gegen Urheberrecht

Philipp Guttmann

Hausarbeit über das Urteil des BVerfG vom 31.05.2016
im Rahmen der universitären Schwerpunktbereichsprüfung
im Medien- und Wirtschaftsrecht
im Wintersemester 2016/17
an der Universität Potsdam
bei PD Dr. Marcus Schladebach, LL.M.

Benotung: 6 Notenpunkte (ausreichend)

Inhaltsverzeichnis

A. Vorwort.....	1
B. Verhältnis von Kunstfreiheit und Eigentumsgarantie.....	2
I. Kunstfreiheit	2
II. Eigentumsgarantie	3
III. Konkurrenz.....	3
C. Einführung zum BVerfG-Urteil	4
I. Streitfrage und § 85 UrhG.....	4
II. Verfahrensgang.....	5
III. Meinungen aus der Literatur	6
1. Sampling.....	6
2. Analoge Anwendung des § 24 UrhG	7
IV. Argumente der Beschwerdeführer	9
V. Stellungnahmen.....	10
D. Urteilsbegründung.....	12
I. Kunstspezifische Betrachtung.....	12
II. Grundsätze von Germania 3.....	12
III. Interessenabwägung.....	13
1. Kein gleichwertiger Schutz durch Lizenzierungsmöglichkeiten.....	13
2. Kein gleichwertiger Schutz durch Nachspielen von Klängen	13
3. Geringfügiger Eingriff in das Tonträgerherstellerecht.....	14
IV. Unionsrechtliche Beurteilung.....	15
1. Umsetzungsspielräume im deutschen Recht vorhanden	15
2. Abschließende Regelung ohne Umsetzungsspielräume.....	15
E. Meinungen aus der Literatur	16
F. Eigene Stellungnahme	21
I. Kunstspezifische Betrachtung im Leistungsschutzrecht	21
II. Sampling als musikalisches Gestaltungsmittel.....	21
III. Analoge Anwendung des § 24 I UrhG	22
IV. Kriterium der gleichwertigen Nachspielbarkeit.....	23
V. Schutz der künstlerischen Betätigungsfreiheit	24
VI. Geringfügiger Eingriff und Sozialbindung.....	25
VII. Schutz kleinster Teile verfassungsrechtlich nicht geboten	26
G. Fazit.....	27

Literaturverzeichnis

Kommentare

Ahlberg, Hartwig / **Götting**, Horst-Peter: Urheberrecht – Kommentar, 3. Auflage, 2014, Verlag C. H. Beck. Zitiert als: Möhring/Nicolini / *[Bearbeiter]*, [§], [Rn.].

Dreier, Thomas / **Schulze**, Gernot: Urheberrechtsgesetz – Kommentar, 5. Auflage, 2015, Verlag C. H. Beck. Zitiert als: Dreier/Schulze / *[Bearbeiter]*, [§], [Rn.].

Dreyer, Grunda / **Kotthoff**, Jost / **Meckel**, Astrid: Heidelberger Kommentar – Urheberrecht, 3. Auflage, 2013, Verlag C. F. Müller. Zitiert als: Heidelberger Kommentar/*[Bearbeiter]*, [§], [Rn.].

Loewenheim, Ulrich: Urheberrecht – Kommentar, 4. Auflage, 2010, Verlag C. H. Beck. Zitiert als: Schricker/Loewenheim / *[Bearbeiter]*, [§], [Rn.].

Nordemann, Axel / **Nordemann**, Jan Bernd: Urheberrecht – Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 11. Auflage, 2014, Verlag W. Kohlhammer. Zitiert als: Fromm/Nordemann / *[Bearbeiter]*, [§], [Rn.].

Sachs, Michael: Grundgesetz – Kommentar, 7. Auflage, 2014, Verlag C. H. Beck. Zitiert als: Sachs/*[Bearbeiter]*, [Art.], [Rn.].

Schmidt-Bleibtreu, Bruno / **Hofmann**, Hans / **Henneke**, Hans-Günter: Grundgesetz – Kommentar, 13. Auflage, 2014, Carl Heymanns Verlag. Zitiert als: GG-Kommentar/*[Bearbeiter]*, [Art.], [Rn.].

Wandtke, Artur-Axel / **Bullinger**, Winfried: Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Auflage, 2014, Verlag C. H. Beck. Zitiert als: Wandtke/Bullinger / *[Bearbeiter]*, [§], [Rn.].

Aufsätze

Lecheler, Georg: BVerfG erlaubt Sampling – Kunstfreiheit schlägt Eigentum, 31.05.2016, auf: <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-1bvr158513-sampling-musik-kunstfreiheit-urheber-eigentum/>, abgerufen am 04.10.2016. Zitiert als: *Lecheler*, lto.de.

Leistner, Matthias: Die „Metall auf Metall“-Entscheidung des BVerfG – oder: Warum das Urheberrecht in Karlsruhe in guten Händen ist, in: GRUR 08/2016, 772. Zitiert als: *Leistner*, GRUR 08/2016, [Erste Seite], [Seite].

Möllmann, Sebastian: Pelham-Urteil – „Grundrecht auf Sampeln“, 01.06.2016, auf: <http://www.spiegel.de/kultur/musik/moses-pelham-erstreitet-recht-auf-sampeln-experteninterview-a-1095111.html>, abgerufen am 04.10.2016. Zitiert als: *Möllmann*, spiegel.de.

Podszun, Rupprecht: Postmoderne Kreativität im Konflikt mit dem Urheberrechtsgesetz und die Annäherung an „fair use“ – Besprechung zu BVerfG ZUM 2016, 626 – Sampling, in: ZUM 07/2016, 606. Zitiert als: *Podszun*, ZUM 07/2016, [Erste Seite], [Seite].

Wagner, Kristina: Sampling als Kunstform und die Interessen der Tonträgerhersteller - Auswirkungen der BVerfG-Rechtsprechung auf die Kunstfreiheit, in: MMR 08/2016, 513. Zitiert als: *Wagner*, MMR 08/2016, [Erste Seite], [Seite].

Wielsch, Dan: Kunst ist mehr als nur Investition: zum Sampling-Urteil des BVerfG, 01.06.2016, auf: <http://verfassungsblog.de/kunst-ist-mehr-als-nur-investition-zum-sampling-urteil-des-bverfg/>, abgerufen am 17.09.2016. Zitiert als: *Wielsch*, verfassungsblog.de.

Sonstige Quellen

Duden: Sampling – Rechtschreibung, Bedeutung, Definition, auf: <http://www.duden.de/rechtschreibung/Sampling>, abgerufen am 25.09.2016. Zitiert als: *Duden*, Sampling.

LTO: BVerfG verhandelt Zulässigkeit von Sampling – 20 Jahre für 2 Sekunden, 25.11.2015, auf: <http://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bverfg-sampling-kraftwerk-pelham-setlur-urheberrecht-musik/>, abgerufen am 25.09.2016. Zitiert als: *LTO*, 20 Jahre für 2 Sekunden.

A. Vorwort

Mit seinem Verfahren zur Verfassungsbeschwerde von Moses Pelham betrat das Bundesverfassungsgericht Neuland. Es befasste sich erstmals in einer mündlichen Verhandlung mit verfassungsrechtlichen Fragen des Urheberrechts.¹ Das höchste Gericht behandelte nichts weniger als den verfassungsmäßigen Ausgleich zwischen der Kunstfreiheit auf der einen und dem von der Eigentumsgarantie umfassten Urheberrecht auf der anderen Seite.

Konkret ging es darum, ob die Übernahme kurzer, leicht geänderter Klangfolgen aus einem anderen Musikstück von der Kunstfreiheit gedeckt ist. Dieses sogenannte Sampling, bei dem Teile von gespeicherten Tonaufnahmen zu etwas Neuem zusammengestellt werden,² ist ein übliches und häufig gebrauchtes musikalisches Gestaltungsmittel insbesondere des Hip-Hops. Sampling geschieht heutzutage bei digitalen Tonaufnahmen mithilfe eines Computers, wobei im Zuge der technologischen Entwicklung das Sampling erheblich an Bedeutung gewann.³

Wegen seiner weitreichenden Bedeutung für die Musikbranche wurde das Urteil bereits im Vorfeld mit Spannung erwartet. Es gingen zahlreiche Stellungnahmen ein; sogar die Bundesregierung erklärte ihre Position zur Streitfrage. Daher soll die Problematik im Zuge dieser Hausarbeit durch die vorherige Betrachtung der verfassungsrechtlichen Ausgangslage, der Analyse des Bundesverfassungsgerichtsurteils vom 31.05.2016, die Darstellung von Meinungen aus der Literatur und durch eine eigene kritische Auseinandersetzung mit dem Urteil näher betrachtet werden.

¹ LTO, 20 Jahre für 2 Sekunden.

² Duden, Sampling.

³ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 2, http://www.bverfg.de/e/rs20160531_1bvr158513.html (im Folgenden dieselbe Quelle für dieses Urteil bei Fußnoten).

B. Verhältnis von Kunstfreiheit und Eigentumsgarantie

I. Kunstfreiheit

Die Kunstfreiheit des Art. 5 III 1 GG ist ein komplexer und viel diskutierter Bereich, was vor allem von der Frage herrührt, was Kunst überhaupt ist und ob man sie definieren kann. Da der Schutzbereich der Kunstfreiheit, wie bei jedem anderen Grundrecht, jedoch bei der konkreten Rechtsanwendung bestimmt werden muss, hat die Rechtsprechung Kunst näherungsweise zu definieren versucht.⁴

Das Bundesverfassungsgericht hebt in seiner Definition die *freie schöpferische Gestaltung* hervor, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers „durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden.“⁵ Dabei wirkten bewusste und unbewusste Vorgänge ineinander, die rational nicht aufzulösen seien.⁶ Das künstlerische Schaffen, bei dem Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammenwirkten, sei vor allem „Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers.“⁷

Art. 5 III 1 GG schützt nicht nur den Schaffensvorgang zur Kreation der Kunst (*Werkbereich*), sondern gleichermaßen auch die Darbietung und Verbreitung der Kunst sowie die damit stattfindende Kommunikation zwischen dem Künstler und der Außenwelt (*Wirkbereich*).⁸

Die Kunstfreiheit wird vorbehaltlos gewährleistet. Aus systematischen Gründen schränkt Art. 5 II GG nur Art. 5 I GG, nicht jedoch Art. 5 III 1 GG ein. Ebenso scheidet ein Rückgriff auf die Schrankentrias des Art. 2 I GG wegen der Subsidiarität der allgemeinen Handlungsfreiheit aus. Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte unterliegen jedoch einem immanenten Schrankenvorbehalt (*Verfassungsvorbehalt*), können also nur durch kollidierende Grundrechte Dritter und Rechtsgüter mit Verfassungsrang begrenzt werden.⁹

⁴ Sachs/*Bethge*, Art. 5 GG, Rn. 183 ff.

⁵ BVerfG, Urt. v. 17.07.1984, Az.: 1 BvR 816/82, Rn. 71, openJur 2011, 118056.

⁶ Ebd.

⁷ Ebd.

⁸ BVerfG, Urt. v. 17.07.1984, Az.: 1 BvR 816/82, Rn. 65, openJur 2011, 118056; Sachs/*Bethge*, Art. 5 GG, Rn. 188.

⁹ BVerfG, Urt. v. 03.11.1987, Az.: 1 BvR 1257/84, Rn. 42, BVerfGE 77, 240; Sachs/*Bethge*, Art. 5 GG, Rn. 198.

Diese müssen jedoch ihrerseits im Lichte des Art. 5 III 1 GG ausgelegt werden, wobei sich das Bundesverfassungsgericht diesbezüglich gegen eine abgestufte Schrankenlösung mit unterschiedlicher Behandlung von Wirk- und Werkbereich ausspricht.¹⁰

II. Eigentumsgarantie

Die Eigentumsgarantie des Art. 14 I 1 GG schützt im Allgemeinen die rechtliche Zuordnung eines vermögenswerten Gutes an einen Rechtsträger.¹¹ Nach Art. 14 I 2 GG wird der Inhalt durch die Gesetze bestimmt. Geschützt werden insbesondere das Eigentum in der Ausformung des bürgerlichen Rechts an beweglichen Sachen sowie an Grund und Boden als auch alle vermögenswerten Befugnisse des geistigen Eigentums, insbesondere das Urheberrecht.¹² Dabei hat die Eigentumsgarantie eine freiheitssichernde und rechtsbewahrende Funktion.¹³

Durch die Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 I 2, II GG kann die Eigentumsgarantie des Art. 14 I 1 GG durch ein materielles Gesetz beschränkt werden.¹⁴ Dabei sind die Interessen der Allgemeinheit mit den eigentumsrechtlich geschützten Individualinteressen in ein ausgewogenes, zumutbares Verhältnis zu bringen.¹⁵ Hierbei kommt es auch entscheidend auf das Gewicht des Eigentumseingriffs an, wegen dem dann auch unterschiedliche Maßstäbe zur Rechtfertigung durch das öffentliche Interesse zu setzen sind.¹⁶

III. Konkurrenz

Zwischen der Kunstfreiheit nach Art. 5 III 1 GG und der Eigentumsgarantie nach Art. 14 I 1 GG besteht Idealkonkurrenz.¹⁷ Sie müssen im Zuge der praktischen Konkordanz unter Berücksichtigung des Einzelfalls gegeneinander abgewogen werden.¹⁸

¹⁰ BVerfG, Urt. v. 03.11.1987, Az.: 1 BvR 1257/84, Rn. 42, BVerfGE 77, 240.

¹¹ Sachs/Wendt, Art. 14 GG, Rn. 21.

¹² GG-Kommentar/Hofmann, Art. 14 GG, Rn. 11, 17;

Sachs/Wendt, Art. 14 GG, Rn. 61, 63.

¹³ Sachs/Wendt, Art. 14 GG, Rn. 4.

¹⁴ Sachs/Wendt, Art. 14 GG, Rn. 85.

¹⁵ Ebd.

¹⁶ Sachs/Wendt, Art. 14 GG, Rn. 87.

¹⁷ Sachs/Bethge, Art. 5 GG, Rn. 194.

¹⁸ Sachs/Bethge, Art. 5 GG, Rn. 198 ff.

C. Einführung zum BVerfG-Urteil

I. Streitfrage und § 85 UrhG

Das Bundesverfassungsgericht beschäftigte sich in seinem Urteil vom 31.05.2016 mit der Frage, ob sich Musikschafter beim Sampling auf die Kunstfreiheit berufen können.¹⁹ Hintergrund des dahinter stehenden Streits war die Übernahme einer zweisekündigen Rhythmussequenz aus dem Musikstück „Metall auf Metall“ (1977) der Band „Kraftwerk“, das in dem Musikstück „Nur mir“ (1997) des Produzenten Moses Pelham fünf Prozent verlangsamt und wiederholend (im sogenannten *Loop*) genutzt wurde.²⁰ Zur Lösung dieses Streits kam es entscheidend auf die Abwägung der widerstreitenden Interessen und die diese schützenden Grundrechte an. So standen die Kunstfreiheit aus Art. 5 III 1 GG und das Recht auf freie Benutzung aus § 24 I UrhG der Eigentumsfreiheit aus Art. 14 I GG und dem Verwertungsrecht des Tonträgerherstellers aus § 85 I 1 UrhG gegenüber.

§ 85 UrhG schützt als verwandtes Schutzrecht aus dem Urheberrecht (sog. Leistungsschutzrecht) die wirtschaftliche und organisatorische Leistung des Tonträgerherstellers.²¹ Ein Tonträger ist nach § 16 II UrhG eine Vorrichtung zur wiederholbaren Wiedergabe von Tonfolgen, die durch Aufnahme oder Übertragung auf einen anderen Tonträger entstanden sind. § 85 UrhG schützt außerdem die im Tonträger verkörperte Herstellerleistung als immaterielles Gut und unterliegt damit der Eigentumsgarantie des Art. 14 I GG.²² Der Tonträgerhersteller hat das in § 85 I 1 UrhG normierte ausschließliche Recht zur Vervielfältigung, Verbreitung und zur öffentlichen Zugänglichmachung. Das Vervielfältigungsrecht schützt vor der Übernahme der auf dem Tonträger befindlichen Aufnahme.²³ Wird eine Aufnahme verändert und vervielfältigt, so ist sie weiterhin eine Vervielfältigung der ursprünglichen Aufnahme, unterliegt damit dem § 85 UrhG und ist dadurch ebenfalls zustimmungsbedürftig.²⁴ Das Nachschaffen hingegen, bei welchem die Aufnahme selbst hergestellt wird, verletzt nicht das Recht des Tonträgerherstellers.²⁵

¹⁹ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 1.

²⁰ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 2.

²¹ Dreier/Schulze / Schulze, § 85 UrhG, Rn. 15.

²² Wandtke/Bullinger / Schaefer, § 85 UrhG, Rn. 2;

Dreier/Schulze / Schulze, § 85 UrhG, Rn. 15.

²³ Dreier/Schulze / Schulze, § 85 UrhG, Rn. 34.

²⁴ Dreier/Schulze / Schulze, § 85 UrhG, Rn. 33.

²⁵ Dreier/Schulze / Schulze, § 85 UrhG, Rn. 34.

II. Verfahrensgang

Das LG Hamburg urteilte 2004, dass durch die Nutzung der zweisekündigen Rhythmussequenz eine Verletzung des § 85 I UrhG vorliege und verurteilte die Klagegegner auf Unterlassung und Schadensersatz.²⁶ Daraufhin gingen die Klagegegner in Berufung. Diese wurde vom OLG Hamburg jedoch 2006 mit der Begründung zurückgewiesen, dass nur bei der Verwendung kleinster Tonpartikel eine Verletzung des § 85 I UrhG verneint werden könne.²⁷

Anschließend gingen die Klagegegner des Ausgangsverfahrens in Revision. Dieser hat der Bundesgerichtshof 2008 mit der Begründung stattgegeben, dass § 24 I UrhG bei § 85 I UrhG entsprechend anwendbar sei und geprüft werden müsse.²⁸ § 24 I UrhG sei dem BGH zufolge jedoch nur statthaft, wenn die Klagegegner nicht imstande seien, die zweisekündige Rhythmussequenz selbst herzustellen.²⁹ Darüber hinaus sei ein Eingriff in § 85 I UrhG bereits bei kleinsten Tonfetzen gegeben; auf einen wirtschaftlichen Nachteil des Tonträgerherstellers oder einen Vorteil des Nutzers komme es nicht an.³⁰

Daraufhin wurde das Verfahren zum OLG Hamburg zurückverwiesen, welches die Berufung der Klagegegner 2011 mit der Begründung zurückwies, dass sich auf § 24 I UrhG nicht berufen werden könne, da die Klagegegner in der Lage gewesen seien, die übernommene Sequenz in gleichwertiger Weise selbst herzustellen.³¹ Der erforderliche Abstand zum Originaltonträger liege hingegen vor und damit auch ein eigenständiges Werk im Sinne des § 24 I UrhG.³²

Die Revision gegen die erneut zurückgewiesene Berufung wies der Bundesgerichtshof 2012 mit der Begründung zurück, dass unterschiedliche Maßstäbe für die freie Benutzung von Musikwerken und Tonträgern vorlägen und Art. 5 III 1 GG nicht den Anwendungsbereich des § 24 I UrhG bei künstlerischen Werken erweitere.³³ Daraufhin legten die Klagegegner eine Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht gegen alle vorangegangenen Urteile ein.

²⁶ LG Hamburg, Urt. v. 08.10.2004, Az.: 308 O 90/99, JurionRS 2004, 37433.

²⁷ OLG Hamburg, Urt. v. 07.06.2006, Az.: U 5 48/05, GRUR-RR 2007, 3.

²⁸ BGH, Urt. v. 20.11.2008, Az.: I ZR 112/06, Rn. 24, openJur 2011, 4323.

²⁹ BGH, Urt. v. 20.11.2008, Az.: I ZR 112/06, Rn. 26, openJur 2011, 4323.

³⁰ BGH, Urt. v. 20.11.2008, Az.: I ZR 112/06, Rn. 14, 18, openJur 2011, 4323.

³¹ OLG Hamburg, Urt. v. 17.08.2011, Az.: 5 U 48/05, Rn. 54 f., openJur 2011, 98576.

³² OLG Hamburg, Urt. v. 17.08.2011, Az.: 5 U 48/05, Rn. 25, openJur 2011, 98576.

³³ BGH, Urt. v. 13.12.2012, Az.: I ZR 182/11, Rn. 17, 21, openJur 2013, 22476.

III. Meinungen aus der Literatur

1. Sampling

Eine Ansicht in der Literatur hielt vor dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich jedwede ausschnittweise Nutzung eines Tonträgers für zustimmungsbedürftig.³⁴ Demzufolge würde Sampling, bei welchem selbst nur kleinste Teile eines Musikstücks übernommen werden, gegen den § 85 I UrhG verstoßen und wäre rechtswidrig.³⁵ Die Übernahme kleinster Teile sei selbst ohne messbare Beeinträchtigung des Tonträgerherstellers nicht gerechtfertigt.³⁶ Es komme weder auf einen wirtschaftlichen Vorteil des Übernehmenden, noch auf einen wirtschaftlichen Nachteil des Rechteinhabers an.³⁷

Insbesondere, wenn die Quelle des in Frage stehenden Klangstückes, wie beim Sampling üblich, bewusst und gewollt erkennbar ist, sei es *Schaefer* zufolge nicht einsehbar, weshalb die Einwilligung des Tonträgerherstellers, dessen Leistung verwendet wurde, entbehrlich sein sollte.³⁸ Der damit weiterreichende Schutz des Tonträgerherstellers beim Sampling gegenüber den Künstlern und Urhebern resultiere dabei aus dem unterschiedlichen Schutzgegenstand.³⁹

Schulze begründet die Ansicht damit, dass die kleinen Teile keine eigenständigen winzigen Aufnahmen wären, sondern Teile einer umfassenderen Aufnahme, wodurch sich der wirtschaftliche, organisatorische und technische Aufwand der gesamten Aufnahme in gleicher Weise auf die einzelnen Teile dieser erstrecke.⁴⁰ Es sei jedem unbenommen, die übernommene fremde Leistung selbst zu erbringen.⁴¹ Zudem sei es Sinn und Zweck des Leistungsschutzes, „das Schmarotzen an fremder Leistung zu unterbinden.“⁴² Ferner sei es angesichts neuer Übernahmetechnologien eher angebracht, den Leistungsschutz zu erweitern, statt ihn zu beschränken.⁴³

³⁴ Wandtke/Bullinger / *Schaefer*, § 85 UrhG, Rn. 25; Dreier/Schulze / *Schulze*, § 85 UrhG, Rn. 25; Fromm/Nordemann / *Boddien*, § 85 UrhG, Rn. 49; Heidelberger Kommentar/*Meckel*, § 85 UrhG, Rn. 3; Möhring/Nicolini / *Stang*, § 85 UrhG, Rn. 18 f.

³⁵ Ebd.

³⁶ Wandtke/Bullinger / *Schaefer*, § 85 UrhG, Rn. 25.

³⁷ Fromm/Nordemann / *Boddien*, § 85 UrhG, Rn. 49.

³⁸ Wandtke/Bullinger / *Schaefer*, § 85 UrhG, Rn. 25.

³⁹ Ebd.

⁴⁰ Dreier/Schulze / *Schulze*, § 85 UrhG, Rn. 25.

⁴¹ Ebd.

⁴² Ebd.

⁴³ Ebd.

§ 85 UrhG könne *Boddien* zufolge allenfalls dann einschränkend angewendet werden, sofern das Original nach dem Sampling auf dem neuen Tonträger nicht oder nicht relevant erkennbar sei.⁴⁴ Insofern sei das Tonträgerherstellerrecht dann nicht spürbar beeinträchtigt.⁴⁵

Eine andere Ansicht steht der Verletzung des § 85 I UrhG bei der Entnahme nur kleinster Tonpartikel kritisch gegenüber.⁴⁶ So nahm ein Teil der Rechtsprechung kleinste Tonpartikel gänzlich aus.⁴⁷ *Vogel* hat Bedenken hinsichtlich der Bestimmbarkeit der Größe des noch geschützten Tonpartikels und spricht sich daher für eine nicht zu niedrige Untergrenze beim Schutz von Tonsequenzen aus.⁴⁸ Er begründet dies mit der Verhinderung der Ausuferung von Monopolrechten sowie dem Interesse der Allgemeinheit an der Nutzung des kulturellen Erbes.⁴⁹

2. Analoge Anwendung des § 24 UrhG

Die Schranken des Urheberrechts gemäß §§ 44a ff. UrhG gelten nach § 85 IV UrhG für das Tonträgerherstellerrecht entsprechend. Eine Verweisung auf die §§ 23 f. UrhG hinsichtlich Vervielfältigungen in veränderter Form durch Bearbeitung oder freie Nutzung existiert nicht. Insbesondere im Zuge der Entscheidung des Bundesgerichtshofes⁵⁰ vom 20.11.2008 wurde die analoge Anwendung des § 24 UrhG im Tonträgerherstellerrecht diskutiert.

Einer Ansicht in der Literatur nach könne § 24 UrhG nicht analog auf das Tonträgerherstellerrecht angewendet werden.⁵¹

§ 85 UrhG und § 24 UrhG seien „dogmatisch inkompatibel“, meint *Boddien*.⁵² Während § 24 UrhG im Rahmen des Urheberrechts an die schöpferische Leistung anknüpfe, komme es bei § 85 UrhG auf die technische, organisatorische und wirtschaftliche Leistung an.⁵³ Weitere Probleme ergäben sich hinsichtlich des geforderten Abstands

⁴⁴ Fromm/Nordemann / *Boddien*, § 85 UrhG, Rn. 49c.

⁴⁵ Ebd.

⁴⁶ OLG Hamburg, Urt. v. 07.06.2006, Az.: U 5 48/05, GRUR-RR 2007, 3; Schricker/Loewenheim / *Vogel*, § 85 UrhG, Rn. 43.

⁴⁷ OLG Hamburg, Urt. v. 07.06.2006, Az.: U 5 48/05, GRUR-RR 2007, 3.

⁴⁸ Schricker/Loewenheim / *Vogel*, § 85 UrhG, Rn. 43.

⁴⁹ Ebd.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 20.11.2008, Az.: I ZR 112/06, openJur 2011, 4323.

⁵¹ Fromm/Nordemann / *Boddien*, § 85 UrhG, Rn. 49b f.;

Wandtke/Bullinger / *Schaefer*, § 85 UrhG, Rn. 25.

⁵² Fromm/Nordemann / *Boddien*, § 85 UrhG, Rn. 49c.

⁵³ Fromm/Nordemann / *Boddien*, § 85 UrhG, Rn. 49b.

zum Original, der sich im Urheberrecht als Werkabstand, im Tonträgerherstellerrecht jedoch als „Klangabstand“ darstelle.⁵⁴ Im Falle des Sampling sei jedoch gerade hinsichtlich des Klangs eine Wiedererkennbarkeit oft bewusst gewünscht, weshalb § 24 UrhG unabhängig seiner Inkompatibilität ohnehin nicht eingreifen würde.⁵⁵ Darüber hinaus hält *Boddien* eine künstlerische Auseinandersetzung mit dem übernommenen Sample, um einen inneren Abstand zum Original zu schaffen, für selten einschlägig.⁵⁶ Das Kriterium der gleichwertigen Nachspielbarkeit des Bundesgerichtshofes wirke ihm zufolge wie ein „Fremdkörper“, da § 24 UrhG im Urheberrecht den Rückgriff auf Werke erlaube, ohne dass geprüft werden müsse, ob der Übernehmende das Werk auch selbst hätte schaffen können; es sei fraglich, wieso dies im Leistungsschutzrecht anders sein solle.⁵⁷

Der Bundesgerichtshof widerspreche *Schaefer* zufolge seiner eigenen Feststellung, dass sich die Schutzgegenstände des Urheberrechts und des Tonträgerherstellerrechts unterscheiden.⁵⁸ Deshalb sei es sehr wohl möglich, dass die Nutzung einer Tonträgeraufnahme zwar nicht Urheberrechte nach den §§ 11, 15 UrhG verletze, jedoch die Rechte des Tonträgerherstellers nach § 85 UrhG.⁵⁹ Der Gesetzgeber habe nicht ohne Grund darauf verzichtet, § 24 UrhG in die Verweisung des § 85 IV UrhG aufzunehmen.⁶⁰ Ferner zeige der absolute Melodienschutz aus § 24 II UrhG, dass die freie Benutzung dort ende, wo das Original trotz „musikalischer Verkleidung“ erkennbar bleibe.⁶¹ Diesbezüglich würde die analoge Anwendung des § 24 II UrhG im Tonträgerherstellerrecht auch den absoluten Schutz kleinster Teile gegen Entnahme bedeuten.⁶² Darüber hinaus kehre das Kriterium der gleichwertigen Nachspielbarkeit den Regelungsgehalt des § 24 UrhG um, denn nach diesem sei eine Zustimmung des Rechteinhabers zur Übernahme eines Teils im Umkehrschluss gerade dann nicht erforderlich, wenn er so individuell ist, dass er nicht selbstständig nachgeschaffen werden könne.⁶³

⁵⁴ Fromm/Nordemann / *Boddien*, § 85 UrhG, Rn. 49b.

⁵⁵ Ebd.

⁵⁶ Ebd.

⁵⁷ Ebd.

⁵⁸ Wandtke/Bullinger / *Schaefer*, § 85 UrhG, Rn. 25.

⁵⁹ Ebd.

⁶⁰ Ebd.

⁶¹ Ebd.

⁶² Ebd.

⁶³ Ebd.

Eine andere Ansicht in der Literatur hingegen unterstützt die Ansicht des Bundesgerichtshofes und hält eine analoge Anwendung des § 24 UrhG grundsätzlich für zulässig.⁶⁴ Dabei wird insbesondere auf den Sinn und Zweck des § 24 I UrhG verwiesen, eine kulturelle Fortentwicklung zu ermöglichen.⁶⁵ Wenn der Urheber eine freie Benutzung seines Werks hinnehmen müsse, so müsse der Tonträgerhersteller eine Benutzung des auf seinem Tonträger befindlichen Werkes ebenfalls hinnehmen.⁶⁶

IV. Argumente der Beschwerdeführer

Die Beschwerdeführer machten in ihrer Verfassungsbeschwerde eine Verletzung des Art. 5 III 1 GG geltend.⁶⁷ Es sei ihnen zufolge Teil der Musikkultur des Hip-Hops, auf phonografische Ursprungsdokumente zurückzugreifen, um sich mit Tonaufnahmen aus der Vergangenheit musikalisch auseinanderzusetzen.⁶⁸ So werde beim Sampling bewusst und gewollt auf bekannte Tonsequenzen zum Zwecke der künstlerischen Auseinandersetzung und Fortentwicklung Bezug genommen.⁶⁹ Insofern sei eine kunstspezifische Betrachtungsweise erforderlich.⁷⁰ § 85 I UrhG gewähre zudem keine Monopolisierung kurzer Tonausschnitte.⁷¹ Die vom BGH herangezogene Beschränkung des § 24 I UrhG auf nicht gleichwertig nachspielbare Tonsequenzen komme einem absoluten Entnahmeverbot gleich und greife in den Wirk- und Werkbereich der Kunstfreiheit ein.⁷² Ziel des § 24 I UrhG sei jedoch die kulturelle Fortentwicklung.⁷³

Darüber hinaus machten die Beschwerdeführer auch eine Verletzung des Art. 3 I GG geltend und begründeten dies damit, dass die Gerichte ohne sachlichen Grund für Leistungsschutzrechte neue ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzungen aufgestellt und angewandt hätten, die für Urheberrechte nicht gälten.⁷⁴

⁶⁴ Heidelberger Kommentar/*Meckel*, § 85 UrhG, Rn. 6;

Schricker/Loewenheim / *Vogel*, § 85 UrhG, Rn. 41;

Möhring/Nicolini / *Stang*, § 85 UrhG, Rn. 37 f.

⁶⁵ Möhring/Nicolini / *Stang*, § 85 UrhG, Rn. 37;

Schricker/Loewenheim / *Vogel*, § 85 UrhG, Rn. 41.

⁶⁶ Ebd.

⁶⁷ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 25 ff.

⁶⁸ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 26 f.

⁶⁹ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 28.

⁷⁰ Ebd.

⁷¹ Ebd.

⁷² BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 30.

⁷³ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 31.

⁷⁴ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 32.

V. Stellungnahmen

Aufgrund der Bedeutung der Streitfrage für Musikschaffende, insbesondere aus dem Hip-Hop-Bereich, sind vor und in der mündlichen Verhandlung zahlreiche Stellungnahmen eingegangen.

So sprachen sich die Bundesrechtsanwaltskammer, der Deutsche Rock & Pop Musikverband, die Digitale Gesellschaft, die Bundesregierung und ein Professor der Popakademie Baden-Württemberg für die Beschwerdeführer aus und sahen eine Verletzung der Kunstfreiheit.⁷⁵

Die Bundesrechtsanwaltskammer stellt dabei auf die Besonderheiten des Hip-Hops ab, bei dem es darum ginge, sich mit alten und bekannten Klängen auseinanderzusetzen, wobei die Verwendung des Originals beim Sampling ein wesentlicher Bestandteil des künstlerischen Ausdrucks sei.⁷⁶ Sampling sei selbst eine freie schöpferische Gestaltung und verlange eine kunstspezifische Betrachtung.⁷⁷ Ähnlich argumentiert der Professor der Popakademie Baden-Württemberg: ihm zufolge sei der Einsatz des Sampling für den Hop-Hop unerlässlich.⁷⁸ Der Digitalen Gesellschaft zufolge trage der Bundesgerichtshof der Entwicklung, dass in der digitalen Welt Kulturgüter häufig durch Laien entstünden und sich etwa der Remix oder das Mashup als selbstverständliche Kommunikations- und Ausdrucksmittel etabliert hätten, nicht Rechnung.⁷⁹ Der Deutsche Rock & Pop Musikverband meint, dass die Alternativen, es selbst nachzuspielen oder die Lizenzrechte zu klären, die musikalische Produktion zu sehr einschränkten.⁸⁰ Zudem ginge die Klärung der Lizenzrechte häufig mit hohen Transaktionskosten einher und sei zeitaufwändig.⁸¹ Die Bundesregierung hält den Schutz kleinster Tonfetzen für systemwidrig und hat diesbezüglich verfassungsrechtliche Bedenken.⁸²

Die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) findet die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mit § 24 UrhG zwar vertretbar, hält jedoch die Heranziehung des

⁷⁵ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 39, 43, 47 f., 53, 56 f.

⁷⁶ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 39.

⁷⁷ Ebd.

⁷⁸ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 56 f.

⁷⁹ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 47 f.

⁸⁰ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 43.

⁸¹ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 43, 48, 57.

⁸² BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 53.

Zitatrights für besser.⁸³ Sie lehnt das Kriterium der gleichwertigen Nachspielbarkeit mit der Begründung ab, dass durch dieses Kriterium kurioserweise komplexere Tonaufnahmen gegenüber Sampling weniger geschützt seien als einfache Tonaufnahmen.⁸⁴ Das Kriterium knüpfe fälschlicherweise an der Erzeugung der Musik selbst, nicht jedoch an dem Schutzbereich des Tonträgerherstellerrechts an.⁸⁵ Darüber hinaus merkt die GRUR an, dass die Rechtklärung bei Lizenzen für Laien kompliziert und kostenintensiv sei.⁸⁶

Der Deutsche Anwaltsverein, der Deutsche Musikrat, der Bundesverband Musikindustrie, der Verband unabhängiger Musikunternehmen und die Kläger des Ausgangsverfahrens sahen keine Verletzung der Kunstfreiheit.⁸⁷

Die Leistungen des Tonträgerherstellers seien den Deutschen Anwaltsverein zufolge angesichts des digitalen Fortschritts noch eher vor der Übernahme Dritter zu schützen.⁸⁸ Der Deutsche Musikrat ist der Ansicht, dass das Kriterium des Nachspielens einen Gewinn für die musikalische Produktion darstelle und eine Beteiligung der ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller an den durch Sampling generierten Erlösen verfassungsrechtlich zwingend geboten sei.⁸⁹ Vom Bundesverband Musikindustrie und dem Verband unabhängiger Musikunternehmen wird die Bedeutung des Verkaufes von Sample-Lizenzen als notwendiger Finanzierungsbaustein hervorgehoben.⁹⁰ Der Bundesverband Musikindustrie lehnt jedoch hinsichtlich der analogen Anwendung des § 24 UrhG das Kriterium der gleichwertigen Nachspielbarkeit des Bundesgerichtshofes ab.⁹¹ Dem Kläger des Ausgangsverfahrens zufolge habe das Sampling reine Materialfunktion gehabt, um zeitlichen und finanziellen Aufwand für die eigene Produktion zu vermeiden.⁹² Eine analoge Anwendung des § 24 UrhG auf § 85 UrhG stelle ihm zufolge eine unzulässige richterliche Rechtsfortbildung dar.⁹³

⁸³ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 35.

⁸⁴ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 36.

⁸⁵ Ebd.

⁸⁶ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 34.

⁸⁷ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 41 f., 44 ff., 49 ff.

⁸⁸ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 41.

⁸⁹ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 42.

⁹⁰ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 44 ff.

⁹¹ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 44.

⁹² BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 49.

⁹³ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 50.

D. Urteilsbegründung

Das Bundesverfassungsgericht stellte in seiner Urteilsbegründung zunächst grundsätzlich klar, dass die Zulässigkeit einer freien Benutzung von Tonträgern zu künstlerischen Zwecken nicht mit der generellen Zulässigkeit des Sampling gleichzusetzen sei; insofern bleibe die nichtkünstlerische Nutzung lizenzierungspflichtig.⁹⁴

I. Kunstspezifische Betrachtung

Der Titel „Nur mir“ sei dem Bundesverfassungsgericht nach ein Kunstwerk, dessen Wirkbereich (Vertrieb) und Werkbereich (Sampling) unmittelbar betroffen werde.⁹⁵ Das Sampling sei demnach als künstlerisches musikalisches Gestaltungsmittel eingesetzt worden.⁹⁶

Die Kunstfreiheit aus Art. 5 III 1 GG werde durch das Recht des Tonträgerherstellers nach § 85 I UrhG beschränkt, welches jedoch seinerseits bei der Auslegung und Anwendung kunstspezifisch betrachtet werden müsse.⁹⁷ Dabei bestehe kein prinzipieller Vorrang der Eigentumsgarantie aus Art. 14 I UrhG vor der Gewährleistung der Kunstfreiheit aus Art. 5 III 1 GG und umgekehrt.⁹⁸

II. Grundsätze von *Germania 3*

Hinsichtlich dieser kunstspezifischen Betrachtung bezieht sich das Bundesverfassungsgericht auf das *Germania 3* genannte Urteil des Ersten Senats vom 29.06.2000 und wendet dessen Grundsätze entsprechend auf Tonträgerherstellerrechte an.⁹⁹

So könnten Verwertungsinteressen zurückzutreten haben, wenn der künstlerischen Entfaltungsfreiheit ein nur geringfügiger Eingriff in das Tonträgerherstellerecht aus § 85 I UrhG gegenüberstehe.¹⁰⁰ Hierbei müsse es der Tonträgerhersteller hinnehmen, dass sich ein Werk mit der Zeit von der privatrechtlichen Verfügbarkeit löse und geistiges und kulturelles Allgemeingut werde, welches insbesondere auch einer künstlerischen Auseinandersetzung diene.¹⁰¹ Dadurch würde sich die Sozialbindung des geistigen Eigentums nach Art. 14 II GG äußern.¹⁰²

⁹⁴ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 80.

⁹⁵ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 90.

⁹⁶ Ebd.

⁹⁷ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 84 f.

⁹⁸ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 90.

⁹⁹ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 86 f.

¹⁰⁰ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 86.

¹⁰¹ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 87.

¹⁰² Ebd.

III. Interessenabwägung

Der Schutz der Kunstfreiheit finde seinen gesetzlichen Ausdruck in § 24 I UrhG, dessen analoge Anwendung bei § 85 I UrhG nicht die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung überschreite.¹⁰³ Jedoch erteilt das Bundesverfassungsgericht dem Bundesgerichtshof hinsichtlich des Kriteriums der Nachspielbarkeit eine Absage; die Nutzung von Samples müsse bei einer kunstspezifischen Betrachtung auch unabhängig von der Nachspielbarkeit grundsätzlich möglich sein.¹⁰⁴

Das Bundesverfassungsgericht kam in seiner vorgenommenen Interessenabwägung zu dem Ergebnis, dass die Behinderung der Freiheit des Künstlers durch § 85 I UrhG schwerer wiege als der Schutz von Eigentum und Kunstfreiheit des Tonträgerherstellers.¹⁰⁵ Hierbei würden die künstlerische Betätigungsfreiheit und damit die kulturelle Fortentwicklung durch die Alternativen Lizenzierung oder Nachspielen des Bundesgerichtshofs zu sehr eingeschränkt.¹⁰⁶

1. Kein gleichwertiger Schutz durch Lizenzierungsmöglichkeiten

Die Lizenzierungsmöglichkeit biete dem Bundesverfassungsgericht zufolge keinen gleichwertigen Schutz der Kunstfreiheit, weil es keinen Anspruch auf die Einräumung einer Lizenz gebe, eine Lizenzierung (Sampleclearing) mit erheblichen Transaktionskosten und großem Rechercheaufwand verbunden sei und der Verweis auf Sampledatenbanken die Möglichkeiten zur Nutzung von Samples wegen des jeweils begrenzten verfügbaren Angebots erheblich einschränke.¹⁰⁷

2. Kein gleichwertiger Schutz durch Nachspielen von Klängen

Auch das Nachspielen von Klängen biete keinen gleichwertigen Schutz der Kunstfreiheit, da der Einsatz von Samples ein stilprägendes Element des Hip-Hops sei und der Zugriff auf das Originaldokument ein „Mittel zur ästhetischen Reformulierung des kollektiven Gedächtnisses kultureller Gemeinschaften“ darstelle.¹⁰⁸ Insofern verlange eine kunstspezifische Betrachtung auch die Berücksichtigung genrespezifischer Aspekte des Hip-Hops.¹⁰⁹

¹⁰³ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 94 f.

¹⁰⁴ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 92.

¹⁰⁵ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 95.

¹⁰⁶ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 97.

¹⁰⁷ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 98.

¹⁰⁸ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 99.

¹⁰⁹ Ebd.

Das Nachspielen könne einerseits aufwendig sein und andererseits erhebliche Unsicherheit und eine abschreckende Wirkung hinsichtlich der Beurteilung der gleichwertigen Nachspielbarkeit entfalten.¹¹⁰ Deshalb sei das Kriterium der gleichwertigen Nachspielbarkeit insgesamt nicht geeignet, einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen der Kunstfreiheit und der Eigentumsfreiheit herzustellen.¹¹¹

3. Geringfügiger Eingriff in das Tonträgerherstellerecht

Daneben hält das Bundesverfassungsgericht den Eingriff ins Tonträgerherstellerecht für nur geringfügig und sieht keine erheblichen wirtschaftlichen Nachteile durch das vorgenommene Sampling.¹¹²

Dies begründet es insbesondere damit, dass das neue Werk nicht mit dem ursprünglichen Tonträger in Konkurrenz stehe und damit eine Gefahr von Absatzrückgängen nicht bestünde.¹¹³ Darüber hinaus bewirke die Möglichkeit einer Lizenzentnahme noch keinen erheblichen wirtschaftlichen Nachteil, da der Zweck des § 85 I UrhG auf den Schutz vor Gefährdung durch Tonträgerpiraterie abziele und nicht auf Einnahmen aus Lizenzen durch die Übernahme von Ausschnitten.¹¹⁴ Das Bundesverfassungsgericht weist diesbezüglich darauf hin, dass der Schutz kleiner und kleinster Teile durch das Leistungsschutzrecht von Verfassungen wegen nicht geboten sei, denn ein solcher Schutz würde die Nutzung des kulturellen Bestandes weiter erschweren oder unmöglich machen.¹¹⁵

Es entstehe auch kein erheblicher wirtschaftlicher Nachteil durch das Vermeiden eigener Aufwendungen (Nachspielen), da sich in der Verwendung des Samples in erster Linie ein wirtschaftlicher Vorteil des Nutzers ergebe, der jedoch nicht automatisch mit einem Nachteil des Herstellers des Originaltonträgers korrespondiere; hierfür fehle es an dem zugehörigen Wettbewerbsverhältnis.¹¹⁶ Zudem entstehe keine übermäßige Beschränkung der Verwertungsmöglichkeiten des Tonträgerherstellers, da die Vergabe von Lizenzen weiterhin möglich und etwa bei nichtkünstlerischer Nutzung auch erforderlich bleibe.¹¹⁷

¹¹⁰ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 100.

¹¹¹ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 108.

¹¹² BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 101.

¹¹³ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 102.

¹¹⁴ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 103 f.

¹¹⁵ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 104.

¹¹⁶ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 105.

¹¹⁷ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 108.

IV. Unionsrechtliche Beurteilung

Für Nutzungshandlungen ab dem 22.12.2002 ist die Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG gemäß Art. 10 II derselben anwendbar. Das Bundesverfassungsgericht beschäftigte sich daher auch mit der Anwendbarkeit dieser Richtlinie und dem Rangverhältnis zwischen deutschem Recht und Unionsrecht.

1. Umsetzungsspielräume im deutschen Recht vorhanden

Bei der Frage, ob die Urheberrechtsrichtlinie Eingriffe in das Tonträgerherstellerecht abschließend regelt oder Umsetzungsspielräume lässt, müsse jede einzelne Regelung für sich betrachtet werden.¹¹⁸ Dabei komme es insbesondere auf die Frage an, ob eine Vervielfältigung i. S. d. Art. 2 der Urheberrechtsrichtlinie vorliege. Lügen Umsetzungsspielräume vor, wie in den Art. 6, 7 und 8 der Urheberrechtsrichtlinie, so seien die Fachgerichte an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden.¹¹⁹

2. Abschließende Regelung ohne Umsetzungsspielräume

Überlässt die Urheberrechtsrichtlinie keinen Umsetzungsspielraum, so müssten für einen effektiven Grundrechtsschutz die Grundrechte der Europäischen Union (Grundrechtecharta) im Zuge einer richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts Anwendung finden.¹²⁰ Hierbei komme es dann insbesondere auf Art. 13 S. 1 (Kunstfreiheit) und Art. 17 II (Eigentumsrecht) der Grundrechtecharta an.¹²¹

Im Falle einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union, insbesondere wenn das Fachgericht Zweifel an europäischen Rechtsakten oder Entscheidungen des Gerichtshof habe, komme dem Bundesverfassungsgericht die Aufgabe zu, zu prüfen, ob das Fachgericht die drohende Grundrechtsverletzung durch Vorlage an den Gerichtshof abgewehrt habe und der unabdingbare Mindeststandard des Grundgesetzes gewahrt bleibe.¹²²

¹¹⁸ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 117 ff.

¹¹⁹ Ebd.

¹²⁰ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 120 ff.

¹²¹ Ebd.

¹²² BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 123 f.

E. Meinungen aus der Literatur

Prof. Dr. Dan Wielsch der Universität Köln unterstützt in einer Stellungnahme ausdrücklich das Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Insbesondere begrüßt er, dass das Gericht in seinem Urteil das Kriterium der gleichwertigen Nachspielbarkeit verwirft.¹²³ Durch ein Verbot des Sampling werde der Wirkbereich so beschränkt, dass es zu unzulässigen Rückwirkungen auf den Werkbereich komme, wodurch der „Nerv des konkreten ästhetischen Programms“ getroffen werde.¹²⁴ So sei es richtig, dass die Phase des kreativen Prozesses der Werkentstehung nicht dem „ökonomischen Kalkül“ unterworfen werden dürfe.¹²⁵ Außerdem unterstützt Wielsch, dass das Bundesverfassungsgericht die vom Bundesgerichtshof vorgeschlagene Alternative der Lizenzierung wegen privatrechtlicher Zugangsregeln zu Samples beim Tonträgerhersteller verwirft.¹²⁶ Zusammenfassend schreibt Wielsch in Hinblick auf die seiner Meinung nach von Fachgerichten praktizierte „Eigentumslogik“ leicht sarkastisch: „Nach dem Sampling-Urteil des BVerfG ist der Kunst nicht alles erlaubt, aber wieder einmal mehr, als die Gerichte außerhalb des Schlossbezirks in Karlsruhe sich vorstellen wollten.“¹²⁷

Auch Prof. Dr. Matthias Leistner der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn begrüßt das Urteil des Bundesverfassungsgerichts sehr und ist der Ansicht, dass das Urheberrecht in Karlsruhe „in guten Händen“ sei.¹²⁸ Er macht deutlich, dass die Entscheidung weit über den Einzelfall hinaus Bedeutung habe.¹²⁹ Das Urteil bilde ein stabiles Fundament, um insbesondere mit den Herausforderungen des Internets an das Urheberrecht, deren neue Nutzungsformen den Gesetzgeber in den vergangenen Jahren gelähmt hätten, in Zukunft ausgewogen umzugehen.¹³⁰ Leistner sieht in dem Urteil auch eine Einladung an den Gesetzgeber, für die Herstellung der praktischen Konkordanz zwischen den sich gegenüberstehenden Grundrechtspositionen im Urheberrecht vermehrt an reine Vergütungslösungen zu denken.¹³¹ Insgesamt habe das Bundesverfassungsgericht sowohl

¹²³ *Wielsch*, verfassungsblog.de.

¹²⁴ Ebd.

¹²⁵ Ebd.

¹²⁶ Ebd.

¹²⁷ Ebd.

¹²⁸ *Leistner*, GRUR 08/2016, 772, 777.

¹²⁹ Ebd.

¹³⁰ Ebd.

¹³¹ *Leistner*, GRUR 08/2016, 772, 773.

Lücken geschlossen, als auch notwendige Spielräume bewahrt und gebe so eine „ausgewogene Marschrichtung“ vor.¹³²

Rechtsanwältin Kristina Wagner findet, dass das Bundesverfassungsgericht mit seinem Urteil einen wichtigen Schritt in Richtung Kunstfreiheit gegangen sei.¹³³ Sie hält es insbesondere für wesentlich, dass das Bundesverfassungsgericht dem Kriterium der Nachspielbarkeit des Bundesgerichtshofs eine deutliche Absage erteilt und Sampling als musikalisches Stilmittel anerkannt habe.¹³⁴ Darüber hinaus begrüßt sie es auch ausdrücklich, dass das höchste Gericht die Entnahme und Verwendung des Originals als wesentlichen Bestandteil des Sampling anerkannt habe.¹³⁵

Gleichzeitig befürchtet Wagner jedoch, dass die vom Bundesverfassungsgericht aufgezeigten Grenzen der kunstspezifischen Betrachtung letztlich in vielen Fällen dazu führen könnten, dass die Kunstfreiheit hinter der Eigentumsgarantie zurücktrete.¹³⁶ Kritisch betrachtet sie, dass das Bundesverfassungsgericht bei einer nicht-künstlerischen Nutzung von einer Lizenzierungspflicht ausgehe, da die jeweilige Motivation des Sampelnden in der Praxis schwer festzustellen sein werde.¹³⁷ Darüber hinaus habe sie Zweifel an der gezogenen Grenze der Kunstfreiheit im Falle von nicht hinnehmbaren wirtschaftlichen Risiken aufgrund des Umfangs oder des zeitlichen und inhaltlichen Zusammenhangs der Tonfolge mit dem Originaltonträger; es sei unklar, wie die Begriffe „Umfang“ und „zeitlicher und inhaltlicher Zusammenhang“ zu verstehen seien.¹³⁸ Ihrer Meinung nach stehe die Begrenzung durch den Umfang im Widerspruch zur Eigenschaft des Sampling als Stilmittel, dessen Ziel eben gerade die Auseinandersetzung mit dem Original und seine Erkennbarkeit im neuen Werk sei, weshalb häufig auch die Entnahme und Verwendung längerer Tonsequenzen nötig sei.¹³⁹ Der Melodienschutz aus § 24 II UrhG würde daher dem Sampling oft entgegenstehen.¹⁴⁰

¹³² *Leistner*, GRUR 08/2016, 772, 777.

¹³³ *Wagner*, MMR 08/2016, 513, 516.

¹³⁴ *Wagner*, MMR 08/2016, 513, 517.

¹³⁵ Ebd.

¹³⁶ Ebd.

¹³⁷ Ebd.

¹³⁸ Ebd.

¹³⁹ Ebd.

¹⁴⁰ Ebd.

Ferner kritisiert Wagner, dass sich bei der analogen Anwendung des § 24 UrhG der Melodienschutz aus Absatz 2 nicht so einfach in das Tonträgerherstellerrecht übertragen lasse, da die Melodie vielfach das Ergebnis eines schöpferischen Prozesses sei, während § 85 UrhG lediglich den technischen, organisatorischen und finanziellen Aufwand schütze.¹⁴¹ Aus diesem Grund plädiert Wagner statt einer analogen Anwendung des § 24 UrhG für eine restriktive Auslegung des § 85 I UrhG oder eine Anwendung der Zitatfreiheit nach § 51 UrhG.¹⁴²

Rechtsanwalt Georg Lecheler findet es gut, dass das Bundesverfassungsgericht die Kritikpunkte an dem Kriterium der gleichwertigen Nachspielbarkeit aus dem Weg geschafft und der Kunstfreiheit mehr Gewicht verliehen habe.¹⁴³ Zugleich werfe das Urteil jedoch auch Fragen hinsichtlich des zu berücksichtigenden wirtschaftlichen Nachteils sowie hinsichtlich der Größe des noch zu schützenden Tonfolgenteils des Tonträgers auf.¹⁴⁴ Es sei zu begrüßen, dass dieser Rechtsstreit die Möglichkeit biete, das Urheberrecht der Digitalisierung und heutigen Lebenswirklichkeit anzupassen und weiterzuentwickeln.¹⁴⁵ „Kunst dient keinem Zweck, hilft aber trotzdem“, resümiert Lecheler.¹⁴⁶

Mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts habe die Kultur des Hip-Hops mit der Kunstform des Sampling verfassungsrechtliche Anerkennung verlangt, meint Rechtsanwalt Sebastian Möllmann; es gebe nun ein „Grundrecht auf Sampeln“.¹⁴⁷ Er begrüßt, dass die Kürze des verwendeten Samples eine Rolle spiele, kritisiert jedoch, dass das höchste Gericht keine konkreteren Angaben zur noch erlaubten Länge mache, wodurch es keine abschließende Rechtssicherheit gebe.¹⁴⁸ Möllmann zufolge habe das Urteil das Ansehen des Sampling, das bisher als Diebstahl oder Kopie angesehen worden sei, verbessert, indem das Gericht es offiziell zur künstlerischen Betätigung erklärte.¹⁴⁹

¹⁴¹ Wagner, MMR 08/2016, 513, 518.

¹⁴² Ebd.

¹⁴³ Lecheler, Ito.de.

¹⁴⁴ Ebd.

¹⁴⁵ Ebd.

¹⁴⁶ Ebd.

¹⁴⁷ Möllmann, spiegel.de

¹⁴⁸ Ebd.

¹⁴⁹ Ebd.

Prof. Dr. Rupprecht Podszun der Universität Bayreuth hält das Urteil für einen Meilenstein für das betreffende Musikgenre und für eine richtungsweisende Entscheidung für das Urheberrecht im digitalen Zeitalter.¹⁵⁰ Das Bundesverfassungsgericht habe sich bei seinem Urteil stärker an einem offenen Abwägungsprozess orientiert statt an einem starren Recht-Schranke-Schema.¹⁵¹

Er thematisiert im Zusammenhang mit der Entscheidung des Gerichts die Probleme, denen Kunstfreiheit und Urheberrecht hinsichtlich der Entstehung eines Werks in der heutigen Zeit gegenüberstehen. Kunstfreiheit und Urheberrecht müssten ihm zufolge die „Verschiebung von persönlich-originellem Schöpfungsakt zu transformierender Übernahme fremder Quellen“ in Zeiten der Überproduktion von Individualität und Originalität durch die kritische Auseinandersetzung in Form des Sampling – die neue *digitale Kulturtechnik* – nachvollziehen.¹⁵² Podszun begrüßt gerade in dieser Hinsicht die Absage des Bundesverfassungsgerichts an das Kriterium der gleichwertigen Nachspielbarkeit des BGH.¹⁵³ Er hält es für richtig, dass das höchste Gericht feststellt, dass weder das Nachspielen der Tonsequenz noch das Nachfragen nach einer Lizenz ein gleichwertiger Ersatz für die künstlerische Übernahme aus dem Originalwerk sei.¹⁵⁴ Darüber hinaus unterstützt Podszun es auch, dass das Bundesverfassungsgericht Sampling zu tongestalterischen Zwecken gleichermaßen schützt wie solches zur kritischen Auseinandersetzung mit dem Original.¹⁵⁵

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts habe den Hip Hop in die Mitte der Gesellschaft geholt – und andere postmodernen Kulturtechniken könnten von der Anerkennung des Sampling profitieren.¹⁵⁶ Podszun denkt, dass das Urteil auf andere Konstellationen, insbesondere auf Collagen, Mashups, Remixe, Fan-Fiction, Parodien und Formen des „user-generated content“ übertragbar sei.¹⁵⁷

¹⁵⁰ Podszun, ZUM 07/2016, 606, 606.

¹⁵¹ Podszun, ZUM 07/2016, 606, 607.

¹⁵² Podszun, ZUM 07/2016, 606, 607 f.

¹⁵³ Podszun, ZUM 07/2016, 606, 608.

¹⁵⁴ Ebd.

¹⁵⁵ Ebd.

¹⁵⁶ Podszun, ZUM 07/2016, 606, 609.

¹⁵⁷ Ebd.

Darüber hinaus konkretisiere das Urteil die Sozialbindung des Eigentums im digitalen Zeitalter, indem das Bundesverfassungsgericht ihm drei Punkte zuordne: Dass der Schutz des geistigen Eigentums lediglich ein angemessenes Entgelt sichern solle, dass sich ein Werk mit der Zeit von der privatrechtlichen Verfügbarkeit löse und Allgemeinut werde und dass dies auch für Tonträgerhersteller gelte.¹⁵⁸

Podszun begrüßt es zudem, dass sich das Bundesverfassungsgericht gegen eine weitreichende Ausdehnung der Urheber- und Leistungsschutzrechte positioniere, indem es diese auf ihren Kern begrenze, und sieht das Urteil als Appell an, bei der Auslegung immaterialgüterrechtlicher Positionen ihren ursprünglichen Sinn im Blick zu behalten.¹⁵⁹ Von den drei Lösungsvorschlägen, die das Bundesverfassungsgericht vorlegt, brächten alle drei Probleme mit sich: eine Eingrenzung des Schutzzumfanges des § 85 UrhG, um kleine Konsequenzen nicht zu umfassen, sei der gravierendste Eingriff in das geschützte Recht, während eine analoge Anwendung des § 24 UrhG mit dem Melodienschutz aus Absatz 2 problematisch sei und ein Rückgriff auf das Zitatrecht des § 51 UrhG das Sampling stark einschränkte.¹⁶⁰ Von einer gesetzgeberischen Lösung mit Vergütungspflicht solle Abstand genommen werden, um den Freiraum der digitalen Kulturtechnik nicht wieder einzuschränken.¹⁶¹

Zuletzt gibt Podszun zu bedenken, dass Bürgerinnen und Bürgern die lange Verfahrensdauer nicht vermittelbar sei, und Aufwand und Nutzen wohl nicht mehr in einem vertretbaren Verhältnis stünden, wenngleich der Streit wichtige Erkenntnisse für die Digitalisierungsdebatte im Urheberrecht entwickelt habe.¹⁶²

¹⁵⁸ Podszun, ZUM 07/2016, 606, 609.

¹⁵⁹ Podszun, ZUM 07/2016, 606, 610.

¹⁶⁰ Podszun, ZUM 07/2016, 606, 611.

¹⁶¹ Ebd.

¹⁶² Podszun, ZUM 07/2016, 606, 612.

F. Eigene Stellungnahme

Mit seinem Urteil vom 31.05.2016 hat das Bundesverfassungsgericht das Verhältnis zwischen der Kunstfreiheit und den durch das Urheberrecht geschützten Leistungsschutzrechten in Bezug auf das Tonträgerherstellerrecht aus § 85 UrhG konkretisiert sowie die Bedeutung der Kunstfreiheit und des Sampling als Kunstform hervorgehoben. Diesem Urteil gebührt viel Respekt. Es wirft jedoch auch neue Fragen auf und ist im Detail kritisch zu betrachten.

I. Kunstspezifische Betrachtung im Leistungsschutzrecht

Entgegen der Annahme des Bundesgerichtshofes in seinem Urteil vom 13.12.2012, dass die Kunstfreiheit den Anwendungsbereich des § 24 UrhG bei künstlerischen Werke nicht erweitere bzw. § 85 UrhG nicht einschränke,¹⁶³ machte das Bundesverfassungsgericht deutlich, dass die Kunstfreiheit durchaus in Form einer kunstspezifischen Betrachtung bei der Auslegung und Anwendung des § 85 UrhG Berücksichtigung finden müsse.¹⁶⁴

Dass diese Ansicht richtig ist, zeigt sich insbesondere im Verhältnis von Kunstfreiheit und Eigentumsgarantie. Da beide in Idealkonkurrenz zueinander stehen, ist, wie das Bundesverfassungsgericht auch noch einmal deutlich aufführt, kein prinzipieller Vorrang einer der beiden Grundrechte gegeben,¹⁶⁵ sondern muss immer ein Interessenausgleich durch praktische Konkordanz herbeigeführt werden.

Eben dieser grundrechtliche Gedanke spielte im bisherigen Verfahrensgang kaum eine Rolle, weshalb es umso bedeutsamer ist, dass das Bundesverfassungsgericht hier klare Worte gefunden hat. Es setzte seine Rechtsprechung zu den Schranken der Kunstfreiheit, wonach diese ihrerseits im Lichte der Kunstfreiheit auszulegen sind,¹⁶⁶ mit diesem Urteil fort.

II. Sampling als musikalisches Gestaltungsmittel

Das Bundesverfassungsgericht erkannte in dieser Hinsicht auch die künstlerische Funktion des Sampling als musikalisches Gestaltungsmittel an – dafür gebührt ihm Respekt.¹⁶⁷

¹⁶³ BGH, Urt. v. 13.12.2012, Az.: I ZR 182/11, Rn. 21, openJur 2013, 22476.

¹⁶⁴ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 84 f.

¹⁶⁵ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 90.

¹⁶⁶ BVerfG, Urt. v. 03.11.1987, Az.: 1 BvR 1257/84, Rn. 42, BVerfGE 77, 240.

¹⁶⁷ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 90.

Einige Stimmen aus der Literatur hielten Sampling schlicht für einen Verstoß gegen § 85 UrhG und ordneten ihm keinerlei künstlerischen Gehalt zu. Während *Schaefer* gerade die Eigenheit des Sampling, die Wiedererkennbarkeit der Quelle, als Unzulässigkeitsgrund aufführte, bezeichnete *Schulze* Sampling als „Schmarotzen an fremder Leistung“.¹⁶⁸ Dies zeigt, dass das vor allem im Bereich des Hip-Hops verbreitete Gestaltungsmittel des Sampling bis dahin in rechtlicher Hinsicht einen schlechten Ruf genoss.

Es ist sehr zu begrüßen, dass das Bundesverfassungsgericht nicht solchen Stimmen beipflichtete, sondern insbesondere auf die Stellungnahmen der Bundesrechtsanwaltskammer, der Popakademie Baden-Württemberg, der Digitalen Gesellschaft und des Deutschen Rock & Pop Musikverbandes einging und sich mit deren Erklärungen zum Sampling und dessen Bedeutung als musikalisches Gestaltungsmittel im Hip-Hop auseinandersetzte.

Dies begrüßten nach dem Urteil auch *Möllmann*, *Podszun* und *Wagner*, wobei letztere zugleich nachvollziehbar und richtig anmerkte, dass eine Unterscheidung zwischen künstlerischer und nichtkünstlerischer Nutzung des Sampling in der Praxis schwer sei.¹⁶⁹ Dies ist nicht von der Hand zu weisen und könnte zu Rechtsunsicherheiten führen.

III. Analoge Anwendung des § 24 I UrhG

Die vom Bundesgerichtshof in seinem Urteil¹⁷⁰ vom 20.11.2008 eingeführte analoge Anwendung des § 24 I UrhG im Tonträgerherstellerrecht sah sich vielfältiger Kritik ausgesetzt. Das Bundesverfassungsgericht erklärte jedoch die analoge Anwendung an sich für eine zulässige richterliche Rechtsfortbildung im Einklang mit vorherigen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs hinsichtlich des Leistungsschutzrechts von Film- und Laufbilderherstellern.¹⁷¹

Einerseits erscheint es einleuchtend, dass sich der Gesetzgeber zur Verabschiedung des Urheberrechtsgesetzes noch keine Gedanken über Sampling machte und daher eine planwidrige Regelungslücke

¹⁶⁸ Wandtke/Bullinger / *Schaefer*, § 85 UrhG, Rn. 25;

Dreier/Schulze / *Schulze*, § 85 UrhG, Rn. 25.

¹⁶⁹ *Wagner*, MMR 08/2016, 513, 517; *Möllmann*, spiegel.de;

Podszun, ZUM 07/2016, 606, 609.

¹⁷⁰ BGH, Urt. v. 20.11.2008, Az.: I ZR 112/06, openJur 2011, 4323.

¹⁷¹ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 94.

durchaus denkbar erscheint.¹⁷² Andererseits ergeben sich insbesondere, wie *Boddien* und *Schaefer* richtig ausführten, Probleme hinsichtlich der unterschiedlichen Schutzbereiche, des geforderten Abstandes zum Original in Hinblick auf die Wiedererkennbarkeit des Samples und hinsichtlich des Melodienschutzes nach § 24 II UrhG.¹⁷³ Dies kritisierten auch *Wagner* und *Podszun* nach dem Urteil, die insbesondere den Melodienschutz für schlecht ins Tonträgerherstellerecht übertragbar hielten und problematisch fanden.¹⁷⁴

Diese Bedenken gegen die analoge Anwendung können nur schwerlich mit einem Verweis auf den Sinn und Zweck des § 24 I UrhG, die kulturelle Fortentwicklung zu ermöglichen,¹⁷⁵ beseitigt werden. Inwiefern ein entsprechend gehaltener „Klangabstand“¹⁷⁶ zum ursprünglichen Tonträger beim Sampling Sinn ergibt und wie sich der Melodienschutz des § 24 II UrhG zum Sampling verhält, wurde vom Bundesverfassungsgericht nicht geklärt. Insofern bleibt es abzuwarten, wie die Fachgerichte nach diesem Urteil nun mit dem § 24 UrhG im Tonträgerherstellerecht umgehen und wie sie die genannten Bedenken und Probleme handhaben.

IV. Kriterium der gleichwertigen Nachspielbarkeit

Erfreulicherweise hat das Bundesverfassungsgericht jedoch dem Kriterium der gleichwertigen Nachspielbarkeit eine klare Absage erteilt.¹⁷⁷ Denn dieses Kriterium würde im Umkehrschluss bedeuten, dass eine Tonfolge eines Tonträgers gerade dann übernommen werden dürfte, wenn sie nicht in gleichwertiger Weise nachgespielt werden kann, wodurch besonders anspruchsvolle und individuelle Tonfolgen einen geringeren Schutz bekämen.

Diese absurd wirkende Konsequenz hoben auch der Bundesverband Musikindustrie und die GRUR in ihren Stellungnahmen sowie *Schaefer* zuvor kritisch hervor.¹⁷⁸ Zudem ist es richtig, wenn die GRUR ausführt, dass dieses Kriterium fälschlicherweise an die Musikerzeu-

¹⁷² BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 94.

¹⁷³ Fromm/Nordemann / *Boddien*, § 85 UrhG, Rn. 49b f.; Wandtke/Bullinger / *Schaefer*, § 85 UrhG, Rn. 25.

¹⁷⁴ *Wagner*, MMR 08/2016, 513, 517 f.; *Podszun*, ZUM 07/2016, 606, 611.

¹⁷⁵ Schricker/Loewenheim / *Vogel*, § 85 UrhG, Rn. 41.

¹⁷⁶ Fromm/Nordemann / *Boddien*, § 85 UrhG, Rn. 49b.

¹⁷⁷ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 92.

¹⁷⁸ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 36, 44; Wandtke/Bullinger / *Schaefer*, § 85 UrhG, Rn. 25.

gung, nicht jedoch an den Schutzbereich des Tonträgerherstellerrechts anknüpfe.¹⁷⁹

Darüber hinaus bietet das Kriterium der gleichwertigen Nachspielbarkeit erhebliche Rechtsunsicherheit in Bezug darauf, welche Tonfolgen letztendlich gleichwertig nachspielbar wären.¹⁸⁰ Diese Unsicherheit wiederum würde die Künstler zur Vermeidung des Sampling zwingen, was jedoch keine annehmbare Konsequenz hinsichtlich der künstlerischen Betätigungsfreiheit wäre.

Auch *Wielsch*, *Wagner*, *Lecheler* und *Podszun* begrüßten in ihren Stellungnahmen nach dem Urteil, dass das höchste Gericht das Kriterium der gleichwertigen Nachspielbarkeit verwarf.¹⁸¹

V. Schutz der künstlerischen Betätigungsfreiheit

Folgerichtig hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass vor dem Hintergrund der Besonderheiten des Sampling als Gestaltungsmittel weder die Lizenzierung von den gewünschten Tonfolgen noch das eigene Nachspielen derselben die künstlerische Betätigungsfreiheit ausreichend schützen und somit keine Alternativen darstellen.¹⁸² Dies hob auch *Podszun* deutlich hervor.¹⁸³

Neben den bereits in verschiedenen Stellungnahmen angeklungenen Problemen, dass die Klärung der Lizenzrechte mit hohen Transaktionskosten verbunden ist und viel Zeit in Anspruch nimmt,¹⁸⁴ spricht vor allem die Tatsache, dass der Künstler keinen Anspruch auf die Einräumung einer Lizenz hat,¹⁸⁵ gegen diese Alternative des Bundesgerichtshofes. Diesbezüglich hob *Wielsch* richtigerweise das Problem privatrechtlicher Zugangsregeln hervor.¹⁸⁶

Wenngleich der Verkauf von Lizenzen als notwendiger Finanzierungsbaustein angesehen wird,¹⁸⁷ so hingen durch diese Alternative der Lizenzierung die künstlerische Betätigungsfreiheit des Künstlers und die damit verbundene Auseinandersetzung im Zuge des Samp-

¹⁷⁹ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 36.

¹⁸⁰ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 100.

¹⁸¹ *Wielsch*, verfassungsblog.de; *Wagner*, MMR 08/2016, 513, 517; *Lecheler*, Ito.de; *Podszun*, ZUM 07/2016, 606, 608.

¹⁸² BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 97 ff.

¹⁸³ *Podszun*, ZUM 07/2016, 606, 608.

¹⁸⁴ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 34, 43, 48, 57.

¹⁸⁵ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 98.

¹⁸⁶ *Wielsch*, verfassungsblog.de.

¹⁸⁷ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 44 ff.

ling letztendlich faktisch vom Willen des Tonträgerherstellers ab. Diese Konsequenz ist jedoch in keinster Weise vertretbar und würde vor allem keinen angemessenen Interessenausgleich zwischen den betroffenen Grundrechtspositionen erreichen.

Vor dem Hintergrund der genrespezifischen Besonderheit des Hip-Hops, zu welcher die künstlerische Nutzung des Sampling als Gestaltungsmittel gehört, bei dem auf das Original zurückgegriffen wird, ist es auch richtig, dass das Bundesverfassungsgericht die Alternative des Nachspielens von Tonfolgen ablehnt. Anderenfalls würde Sampling der künstlerische Gehalt und seine Eigenart aberkannt werden, was der Kunstfreiheit unter Berücksichtigung ihrer offenen Definition des Kunstbegriffes jedoch in keinster Weise Rechnung tragen würde.

VI. Geringfügiger Eingriff und Sozialbindung

Während vor dem Urteil des Bundesverfassungsgericht etwa *Schaefer* und *Boddien* zusammen mit dem Bundesgerichtshof noch der Ansicht waren, dass die Übernahme kleinster Teile beim Sampling selbst ohne messbare Beeinträchtigung nicht gerechtfertigt sei und es auf wirtschaftliche Vor- und Nachteile nicht ankomme,¹⁸⁸ hob das höchste Gericht hinsichtlich des Leistungsschutzrechtes richtigerweise die Sozialbindung des Eigentums hervor, konkretisierte seine Bedeutung und die der Schwere des Eingriffs.¹⁸⁹ Dies unterstützte auch *Podszun* deutlich.¹⁹⁰

Mit diesem Urteil machte das Bundesverfassungsgericht erfreulicherweise eine deutliche Ansage an Stimmen, die allzu sehr auf den Schutz des Eigentums fixiert sind, ohne dabei dessen vom Grundgesetz vorgeschriebene gemeingesellschaftliche Bedeutung durch die Sozialbindung zu berücksichtigen. Es ist daher richtig davon auszugehen, dass sich ein Werk – oder Tonträger – nach gewissem zeitlichen Abstand von der privatrechtlichen Verfügbarkeit löst und geistiges und kulturelles Allgemeingut wird,¹⁹¹ denn dies trifft die durch die Sozialbindung berücksichtigten Interessen der Allgemeinheit. Dann ist es auch folgerichtig, die Schwere des Eigentumsingriffs in der Interessenabwägung zu berücksichtigen, um die

¹⁸⁸ BGH, Urt. v. 20.11.2008, Az.: I ZR 112/06, Rn. 18, openJur 2011, 4323; Wandtke/Bullinger / *Schaefer*, § 85 UrhG, Rn. 25; Fromm/Nordemann / *Boddien*, § 85 UrhG, Rn. 49.

¹⁸⁹ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 86 f.

¹⁹⁰ *Podszun*, ZUM 07/2016, 606, 609 f.

¹⁹¹ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 87.

Interessen der Allgemeinheit und die eigentumsrechtlichen Individualinteressen in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen. Dabei ist es, entgegen der Ansicht des Bundesgerichtshofes, auch richtig und unerlässlich, die wirtschaftlichen Vor- und Nachteile zu berücksichtigen, um diesen Interessenausgleich herzustellen.

Richtigerweise stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass das vorgenommene Sampling zu keinem erheblichen wirtschaftlichen Nachteil führt und der Eingriff ins Tonträgerherstellerrecht daher nur geringfügig ist.¹⁹² Diesbezüglich erscheint der Rückgriff auf das konkrete Wettbewerbsverhältnis und die Konkurrenzsituation sehr sachgerecht, um die durch die Eigentumsgarantie geschützten Interessen des Tonträgerherstellers angemessen zu berücksichtigen.

Leider hat diese Entscheidung zugleich den Nachteil, dass sie sehr einzelfallbezogen ist und dadurch weniger allgemeine Aussagen zum praktischen Gebrauch des Sampling macht. So muss sich der Nutzer von Samples weiterhin fragen, wie umfangreich die Tonsequenz sein darf und inwiefern er durch deren Nutzung dem ursprünglichen Tonträgerhersteller wirtschaftliche Nachteile zufügt, wie *Wagner*, *Lecheler* und *Möllmann* es auch kritisch anmerkten.¹⁹³

VII. Schutz kleinster Teile verfassungsrechtlich nicht geboten

Eine deutliche und sehr beachtenswerte Aussage traf das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich des Schutzes auch kleinster Teile durch das Leistungsschutzrecht. Ein solcher sei zugunsten der Nutzung des kulturellen Bestandes – also unter Berücksichtigung der Sozialbindung – von Verfassungs wegen nicht geboten.¹⁹⁴ Diese Aussage ist als begrüßenswerte Kritik sowohl am Bundesgerichtshof¹⁹⁵ als auch an viele Stimmen aus der Literatur¹⁹⁶ zu sehen. Darüber hinaus könnte sie auch als Einladung an den Gesetzgeber verstanden werden, dem Tonträgerherstellerrecht eine Ausnahme für die Übernahme kleinster Teile hinzuzufügen.

¹⁹² BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 101.

¹⁹³ *Wagner*, MMR 08/2016, 513, 517; *Lecheler*, Ito.de; *Möllmann*, spiegel.de.

¹⁹⁴ BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, Az.: 1 BvR 1585/13, Rn. 104.

¹⁹⁵ BGH, Urt. v. 20.11.2008, Az.: I ZR 112/06, Rn. 14, openJur 2011, 4323.

¹⁹⁶ Wandtke/Bullinger / *Schaefer*, § 85 UrhG, Rn. 25;

Dreier/Schulze / *Schulze*, § 85 UrhG, Rn. 25;

Fromm/Nordemann / *Boddien*, § 85 UrhG, Rn. 49;

Heidelberger Kommentar/*Meckel*, § 85 UrhG, Rn. 3;

Möhring/Nicolini / *Stang*, § 85 UrhG, Rn. 18 f.

G. Fazit

Trotz vereinzelter Kritikpunkte am Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 31.05.2016 ist es im Großen und Ganzen eine gelungene und begrüßenswerte Entscheidung zugunsten der Kunstfreiheit und des Musikgenre des Hip-Hops. Denn mit diesem Urteil wurde das Sampling, das bis dahin einen schlechten Ruf genoss, mit einem verfassungsrechtlichen Argument auf die Ebene einer Kunstform gehoben und erhielt damit von höchster Stelle Anerkennung. Sampling wurde – unter gewissen Voraussetzungen – mit diesem Urteil aus der Illegalität geführt. Und das ist nicht nur ein Erfolg für Moses Pelham, sondern auch einer für die gesamte Musikbranche. Werden jetzt auch noch die Weichen gestellt, um die bestehenden Bedenken und Kritikpunkte auszuräumen – etwa durch den Eingriff des Gesetzgebers –, dann könnte in Zukunft Sampling im gewissen Rahmen legal möglich sein und so eine bereits viel getätigte Praxis rechtlich unbedenklich werden. Damit verlöre das Urheberrecht auch seinen in der heutigen digitalen Welt manchmal etwas angestaubten Charakter. Dieses Urteil des Bundesverfassungsgerichts ist also der beste Weg hin zu einem modernen Urheberrecht, das die passenden Antworten für die vielen Fragen der digitalen Welt parat hält.