

Vorab per E-Mail:  
[bverfg@bundesverfassungsgericht.de](mailto:bverfg@bundesverfassungsgericht.de)

An  
**Bundesverfassungsgericht**  
**Schlossbezirk 3**  
**76131 Karlsruhe**

Berlin, den 15. Juli 2015

## **Stellungnahme des Digitale Gesellschaft e.V. zur Verfassungsbeschwerde 1 BVR 1585/13**

### **1. Vorbemerkungen:**

Der Einfluss digitaler Technologien auf den Alltag und die Lebensführung vieler Menschen rund um den Globus hat in den vergangenen 20 Jahren stetig zugenommen. War die Beschäftigung mit Computern noch in den frühen 90er Jahren einem überschaubaren Kreis von interessierten Laien und Fachleuten vorbehalten, so führt heute fast jeder Mensch nahezu ständig einen leistungsfähigen Kleincomputer in Gestalt eines Smartphones mit sich. Auch Laptop und Tablet sind mittlerweile zu Alltagsgegenständen geworden.

Digitale Technologien verdanken ihre breite Popularität maßgeblich dem Internet und der Möglichkeit der Vernetzung. Einhergehend mit der Verbreitung des Internet vollzieht sich seit Ende der 90er Jahre ein digitaler Wandel in der Gesellschaft, der fast alle Lebensbereiche berührt und in der Folge transformiert. Wie wir uns informieren, wie wir sozial interagieren, wie wir politisch partizipieren, wie wir kommunizieren, wie wir produzieren und wie wir konsumieren – all das hat sich durch digitale Technologie und digitale Vernetzung bereits fundamental verändert. Und doch befindet sich die Entwicklung hin zu einer digitalen Gesellschaft noch immer in einem Anfangsstadium. Als nächstes werden Technologie und

Vernetzung so unterschiedliche Bereiche wie Straßenverkehr, Medizin, Industrie und Haushalte durchdringen und umgestalten.

Besonders deutlich tritt die transformierende Kraft digitaler Technologien und der Vernetzung auf dem Gebiet der Produktion und Verbreitung kultureller, insbesondere medialer Inhalte zutage. Ein wesentliches Kennzeichen des Digitalen ist die Möglichkeit, Inhalte verlustfrei zu kopieren, umzugestalten, zu rekontextualisieren und mit anderen Menschen zu teilen. In der Folge bewegt sich unsere Gesellschaft immer weiter weg von einer reinen „Read Only“-Kultur, in der Inhalte von professionellen Produzenten geschaffen und vom Publikum vorwiegend passiv rezipiert werden. Die Entwicklung geht hin zu einer „Read/Write“-Kultur, in der ein reziprokes Verhältnis zwischen Produzenten und Publikum vorherrscht: Jeder ist potentiell zugleich Sender und Empfänger, Kulturschaffender und Kulturkonsument.

Daher entstehen Kulturgüter heute nicht mehr allein oder auch nur vorwiegend im Rahmen eines professionellen, letztlich auf Gewinnerzielung gerichteten Prozesses. Gerade im Bereich der Netzkultur sind es häufig Laien, die – oft unter Rückgriff auf bestehende Werke und Aufnahmen - lediglich mittels eines Laptops, Tablets oder Smartphones Inhalte produzieren, bearbeiten und mit anderen Menschen teilen.

Diese Entwicklung hat soziokulturelle Phänomene wie beispielsweise Remix, Mash-Up und Mem hervorgebracht, welche sich in der digitalen Generation mittlerweile als selbstverständliche Kommunikations- und Ausdrucksmittel etabliert haben. Diese Kulturtechniken dienen häufig der Unterhaltung, aber auch der kollektiven Verarbeitung aktueller Ereignisse, der Information sowie der Meinungsbildung und -kundgabe. Gemein ist diesen Phänomenen, dass bei ihnen stets die kreative Kopie, die Bearbeitung und Abwandlung bereits existierender Inhalte im Mittelpunkt stehen. Während beim Remix Altbekanntes durch das Hinzufügen neuer Bestandteile rekontextualisiert und reinterpretiert wird, erwächst beim Mash-Up etwas Neues gerade aus der Verbindung bereits bestehender Elemente. Beim Mem wiederum wird ein Inhalt (z.B. ein Bild, Video oder Audioschnipsel) im Zuge der Verbreitung von mehr und mehr Menschen immer wieder neu bearbeitet und verändert. Obwohl der ursprüngliche Inhalt dabei stets erkennbar bleibt, werden ihm ständig neue Bedeutungsfacetten, Perspektiven und Interpretationen beigelegt.

## **2. Zur vorliegenden Verfassungsbeschwerde**

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) zum Recht des Tonträgerherstellers i.S.d. § 85 Urheberrechtsgesetz (UrhG) und dem Verhältnis zur freien Benutzung i.S.d. § 24 UrhG trägt der in den Vorbemerkungen beschriebenen Entwicklung in keiner Hinsicht Rechnung.

Aufgrund der durch das Gericht vorgenommenen Auslegung des § 24 UrhG ist es insbesondere für Laien rechtlich unmöglich, im Rahmen eigenen künstlerischen Schaffens auf bestehende Tonaufnahmen zurückzugreifen oder darauf Bezug zu nehmen. In der Netzkultur etablierte Praktiken wie Remix, Mash-Up und Mem, die auf dem elektronischen Kopieren der von Anderen produzierten Inhalte basieren, werden dadurch weitestgehend illegalisiert. Damit verfehlt die BGH-Rechtsprechung das gesetzgeberische Ziel des § 24 UrhG, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen der Rechteinhaber einerseits und der Möglichkeit einer kulturellen, insbesondere soziokulturellen Fortentwicklung andererseits herzustellen.

Die durch den BGH gefundene Auslegung des § 24 UrhG stellt nach unserer Auffassung daher einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht der Kunstfreiheit i.S.d. Artikels 5 Absatz 3 Grundgesetz (GG) dar.

### **a. Auswirkung der BGH-Rechtsprechung auf soziokulturelle Fortentwicklung:**

Der Maßstab des BGH für die Zulässigkeit des elektronischen Kopierens eines Klangpartikels aus einer bestehenden Aufnahme behindert in erheblichem Maß die soziokulturelle Fortentwicklung.

Ein Klangpartikel darf nach Auffassung des BGH nur dann aus einer existierenden Aufnahme elektronisch kopiert werden, wenn es einem durchschnittlich befähigten und ausgestatteten Musikproduzenten nicht möglich wäre, den betreffenden Klangpartikel selbst einzuspielen und aufzunehmen<sup>1</sup>. Der BGH stellt für die Beurteilung der Zulässigkeit also nicht auf die konkrete Person ab, welche die elektronische Kopie einer Originalaufnahme entlehnt, sondern legt stattdessen einen verobjektivierten Maßstab zugrunde, bei dem die Möglichkeiten eines fiktiven Musikproduzenten „mittlerer Art und Güte“ ausschlaggebend sind.

---

<sup>1</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 13. 12. 2012, I ZR 182/11, Rn 25 ff.

Damit verwehrt das Gericht im Ergebnis regelmäßig einer Vielzahl von Personen die Verwendung elektronischer Kopien einzelner Klangpartikel aus existierenden Aufnahmen im Rahmen von Remixen, Memen und MashUps. Wer kein professioneller Musikproduzent ist, verfügt im Allgemeinen weder über die Kenntnisse noch über die technische Ausstattung, um einen bestimmten Klangpartikel selbst einzuspielen und aufzunehmen. Diese Art der Bezugnahme auf existierende Aufnahmen ist Laien daher typischerweise faktisch verwehrt. Gleichwohl wäre es nach dem abstrahierten Maßstab des BGH für diese Personen nicht zulässig, Klangpartikel aus bestehenden Aufnahmen elektronisch zu kopieren, falls ein durchschnittlich befähigter und ausgestatteter Musikproduzent dazu in der Lage wäre, diese Klangpartikel selbst einzuspielen. Nur in dem eher seltenen Fall, dass das Einspielen eines Klangpartikels die Möglichkeiten eines durchschnittlichen professionellen Musikproduzenten übersteigt, wäre es auch für Laien zulässig, im Wege einer elektronischen Kopie auf eine existierende Aufnahme zurückzugreifen.

Wer kein professioneller Musikproduzent ist, ist aufgrund der Rechtsprechung des BGH daher regelmäßig ebenso faktisch wie rechtlich außer Stande, im Rahmen einer kreativen Auseinandersetzung auf Inhalte, die in einer Tonaufnahme verkörpert sind, zurück zu greifen oder Bezug zu nehmen. Die Nutzung von Ausdrucksformen und Kulturtechniken wie Remix, Mash-Up und Mem, die gerade im Netz wesentlich zur soziokulturellen Fortentwicklung beitragen, wird breiten Bevölkerungsteilen durch die BGH-Rechtsprechung daher erheblich erschwert oder sogar gänzlich unmöglich gemacht.

#### **b. Nicht sachgerechter Maßstab**

Der vom BGH angelegte verobjektivierte Maßstab für die Beurteilung der Zulässigkeit einer elektronischen Kopie ist im Übrigen bereits im Hinblick auf seine Herleitung logisch unstimmig und im Ergebnis nicht sachgerecht.

So betont der BGH zunächst, dass das Recht des Tonträgerherstellers i.S.d. § 85 UrhG nur den unternehmerischen, organisatorischen und technischen Aufwand zur Herstellung einer Aufnahme schützt und daher vollkommen unabhängig vom konkreten Inhalt der Aufnahme ist,<sup>2</sup> Wie der BGH beispielhaft anführt, besteht ein Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers auch an Tonträgern, auf denen Tierstimmen aufgenommen sind.<sup>3</sup> Obwohl das Recht des

---

<sup>2</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 13. 12. 2012, I ZR 182/11, Rn 18; BGH, Urt. v. 20. 11. 2008, I ZR 112/06, Rn 13.

<sup>3</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 20. 11. 2008, I ZR 112/06, Rn 13.

Tonträgerherstellers mithin an Aufnahmen beliebigen Inhalts besteht, stellt der BGH im Hinblick auf die Zulässigkeit der Entnahme einzelner Klangpartikel aus einer solchen Aufnahme ausschließlich auf die Möglichkeiten eines durchschnittlich befähigten und ausgestatteten Musikproduzenten ab. Warum gerade ein verobjektivierter Musikproduzent und nicht etwa ein durchschnittlich befähigter und ausgestatteter Toningenieur, Sounddesigner oder Tontechniker als Maßstab herhalten muss, bleibt angesichts der „Inhaltsblindheit“ des Tonträgerherstellerrechts unverständlich. Eine Begründung für die spezifische Bezugnahme auf einen Musikproduzenten liefert der BGH nicht.

Einen fiktiven durchschnittlichen Musikproduzenten zum Maßstab für die Zulässigkeit des elektronischen Kopierens eines Klangpartikels aus einer bestehenden Aufnahme zu machen, ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt sachgerecht, dass es in dem verfahrensgegenständlichen Fall ein Musikproduzent war, der einen Teil aus einer Originalaufnahme entnommen und in eine eigene Produktion eingebaut hat. Sollte dies der gedankliche Ansatzpunkt des BGH für die Entwicklung des Maßstabs gewesen sein, so ließe eine derartige Herleitung den Umstand außer Acht, dass – wie in den Vorbemerkungen erläutert – nicht nur Musikproduzenten ein Interesse an der Verwendung von Samples haben können.

Wenn die Entnahme einzelner Klangpartikel aus einer existierenden Tonaufnahme überhaupt an einen verobjektivierten Maßstab gekoppelt werden soll, so wäre es logisch konsequent, darauf abzustellen, ob eine fiktive verständige und vernünftige Durchschnittsperson mit den Fähigkeiten und der technischen Ausstattung des konkret Betroffenen in der Lage wäre, den Klangpartikel selbst einzuspielen und aufzunehmen.

Abgesehen von den logischen Fehlern des vom BGH angelegten Maßstabs führt das Kriterium der Nachspielbarkeit eines Klangpartikels auch zu widersinnigen Ergebnissen: gerade Aufnahmen mit besonders einzigartigen und aufwändig produzierten Sequenzen wären vor der Übernahme im Wege des Samplings nicht geschützt, während generische, einfach zu erstellende Sequenzen nicht elektronisch kopiert werden dürften.

### **c. Schutzzumfang muss die Lebenswirklichkeit widerspiegeln**

Höchstrichterliche Rechtsprechung im Bereich der Urheber- und Leistungsschutzrechte hat die Aufgabe, den Schutzzumfang der verschiedenen Ausschließlichkeitsrechte im Lichte der

jeweiligen Lebenswirklichkeit zu interpretieren. Gerade im Hinblick auf die freie Benutzung müssen dabei auch die Implikationen einer Zunahme der Remix-Möglichkeiten für diese Lebenswirklichkeit in den Blick genommen werden. Das tut der BGH vorliegend nicht. Mit seiner Betrachtungsweise scheint er vielmehr in einer Welt verhaftet zu sein, in der Ausschließlichkeitsrechte die Spielregeln einzig zwischen professionellen Akteuren (hier: der Musikindustrie) darstellen. Damit verkennt das Gericht, dass aufgrund der Verbreitung des Internet und der „Demokratisierung“ digitaler Produktionstechnologien auch Personen außerhalb der klassischen Verwertungsindustrien täglich und millionenfach von den Auswirkungen höchstrichterlicher Rechtsprechung zum UrhG betroffen sind.

Indem der BGH für die erlaubnisfreie Übernahme einzelner Klangpartikel aus existierenden Aufnahmen weder eine Untergrenze herleitet, noch einen für Laien praktikablen flexiblen Faktor für den Schutzzumfang des Tonträgerherstellerrechts herausbildet, führt seine Rechtsprechung in den beiden Entscheidungen zu „Metall auf Metall“ im Ergebnis zudem zu einem wesentlich kleinteiligeren Schutz nach dem Tonträgerherstellerrecht als nach dem Urheberrecht. Dies wird der Hierarchie der Schutzrechte nicht gerecht. Wenn und soweit kleinste Teile von Musikwerken mangels eigenen Werkcharakters erlaubnisfrei nutzbar sind, besteht keinerlei Rechtfertigung für einen dennoch bestehenden Schutz nach dem verwandten Schutzrecht aus § 85 UrhG. Dies hätte der BGH im Rahmen der Auslegung des § 24 UrhG mit anderem Ergebnis berücksichtigen müssen.