



**BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER**

**Stellungnahme Nr. 39/2015  
Oktober 2015**

**Zur Verfassungsbeschwerde F. GmbH, P und H u.a.  
gegen BGH Urt. v. 13.12.2012 – I ZR 182/11 wegen „Sampling“  
1 BvR 1585/13**

**Mitglieder des Verfassungsrechtsausschusses**

RA Prof. Dr. Christian Kirchberg, Vorsitzender  
RA Dr. Christian-Dietrich Bracher  
RAuN Prof. Dr. Wolfgang Kuhla  
RA Prof. Dr. Christofer Lenz  
RA Dr. Michael Moeskes  
RA Prof. Dr. Michael Quaas (Berichterstatter)  
RA Dr. iur. h.c. Gerhard Strate  
RA und Notar Prof. Dr. Bernhard Stürer  
RA Prof. Dr. Michael Uechtritz

RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

**Bundesrechtsanwaltskammer**

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

**Büro Berlin – Hans Litten Haus**

Littenstraße 9    Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
10179 Berlin    Fax +49.30.28 49 39 -11  
Deutschland    Mail [zentrale@brak.de](mailto:zentrale@brak.de)

**Büro Brüssel**

Avenue des Nerviens 85/9    Tel. +32.2.743 86 46  
1040 Brüssel    Fax +32.2.743 86 56  
Belgien    Mail [brak.bxl@brak.eu](mailto:brak.bxl@brak.eu)

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## Inhaltsverzeichnis

|           |  |          |
|-----------|--|----------|
| <b>A.</b> | <b>Sachverhalt.....</b>                                    | <b>3</b> |
| I.        | Vorbemerkung .....   | 3        |
| II.       | Ausgangssachverhalt .....                                  | 3        |
| 1.        | Kraftwerk ./ Moses Pelham .....                            | 3        |
| 2.        | Sabrina Setlur: „Nur mir“ .....                            | 3        |
| 3.        | Klage .....  | 4        |
| III.      | Die Gerichtsentscheidungen.....                            | 4        |
| 1.        | LG Hamburg .....   | 4        |
| 2.        | OLG Hamburg („Metall auf Metall I“) .....                  | 4        |
| 3.        | BGH („Metall auf Metall I“) .....                          | 4        |
| 4.        | OLG Hamburg („Metall auf Metall II“) .....                 | 4        |
| 5.        | BGH („Metall auf Metall II“) .....                         | 5        |
| IV.       | Sampling als künstlerische Ausdrucksform .....             | 5        |
| 1.        | Der technische Vorgang .....                               | 5        |
| 2.        | Der „musikalische“ Vorgang .....                           | 6        |
| <b>B.</b> | <b>Rechtslage.....</b>                                     | <b>8</b> |
| I.        | Prüfungsmaßstab .....                                      | 8        |
| 1.        | Vorrang der Fachgerichtsbarkeit .....                      | 8        |
| 2.        | Grundrecht der Kunstfreiheit .....                         | 9        |
| 3.        | Kunstfreiheit und Urheberrecht .....                       | 10       |
| II.       | Anwendung .....  | 12       |
| 1.        | Auffassung des BGH (BGH II: „Metall auf Metall“ II) .....  | 12       |
| 2.        | Sachlicher Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ..... | 14       |
| 3.        | Schrankenbereich.....                                      | 15       |
| III.      | Ergebnis .....   | 18       |

Die Verfassungsbeschwerde (VB) ist begründet. Die Auffassung des BGH, die Anfertigung und Einfügung einer elektronischen Kopie einer etwa zwei Sekunden langen – zwei Takte umfassenden – Rhythmussequenz aus einem fremden Werk („sampeln“) stelle eine Verletzung der Rechte eines Tonträgerherstellers aus § 85 Urhebergesetz (UrhG) dar, verletzt die Rechte der Beschwerdeführer (Bf.) aus der Kunstfreiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG:

## A. Sachverhalt

### I. Vorbemerkung

Die VB richtet sich gegen insgesamt fünf zivilgerichtliche Verurteilungen, die im vorangegangenen Verfahren gegen einige der Bf. („Gruppe I“) ergangen sind und die denselben Ausgangssachverhalt betreffen. Die nachfolgende Stellungnahme beschränkt sich auf die Rügen dieser Bf. im Zusammenhang mit dem geltend gemachten Grundrecht der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG. Weitere Rügen und Zulässigkeitsfragen der VB werden nicht behandelt.

Darüber hinaus sieht sich die Bundesrechtsanwaltskammer außer Stande, insbesondere zu den wirtschaftlichen Fragen des Samplings, die in der Verfügung des Vorsitzenden und Vizepräsidenten des BVerfG vom 11.05.2015 angesprochen werden, Stellung zu nehmen. Das obliegt im Wesentlichen den – ebenfalls angeschriebenen – Musikerverbänden. Das Thema „Sampling“ wird daher ausschließlich aus rechtlicher Sicht behandelt. Das schließt ein, Sampling nicht nur als „technisches“ Gestaltungsmittel, sondern auch als künstlerische Ausdrucksform einzubeziehen, um so seinen Stellenwert im Rahmen des Grundrechts der Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG bestimmen zu können. Die Bundesrechtsanwaltskammer ist sich bewusst, hierbei Wertungen vorzunehmen, (S. 7 ff. der Stellungnahme), die auch anders gesehen und so zu einer veränderten rechtlichen Bewertung führen können.

## II. Ausgangssachverhalt

### 1. Kraftwerk ./I. Moses Pelham

Die Bf. (u. a. der Musikproduzent *Pelham*) haben einen zwei Sekunden und zwei Takte umfassenden Tonpartikel aus dem 42:45 Minuten langen – 1977 erschienenen – Album „TransEuropaExpress“ der Künstlergruppe *Kraftwerk* entnommen. Konkret betroffen war das Musikstück „Metall auf Metall“.

Die Künstlergruppe *Kraftwerk* gilt international als Pionier elektronischer Musik und beeinflusste zahlreiche Musikstile in diesem Bereich. Sie wirkt damit stilbildend auf zahlreiche Formen heutiger (Pop-)Musik.

### 2. Sabrina Setlur: „Nur mir“

Diesen so entnommenen Tonpartikel hat der Bf. und Musikproduzent *Moses Pelham* in der 1997 erschienenen LP „Die neue S-Klasse“ als rhythmisches Element in dem Track „Nur mir“ der Künstlerin *Sabrina Setlur* verwendet. Dabei wird die entnommene Tonsequenz (zwei Takte, zwei Sekunden) dem neuen Musikstück rhythmisch in fortlaufender Wiederholung unterlegt.

### 3. Klage

Die Entnahme und Verwendung des Tonpartikels („Sample“) nahmen zwei Mitglieder der Künstlergruppe *Kraftwerk* zum Anlass, Klage gegen die Bf. vor dem LG Hamburg auf Unterlassung, Feststellung der Schadensersatzpflicht, Auskunfterteilung und Herausgabe der Tonträger sowie deren Vernichtung zu erheben.

## III. Die Gerichtsentscheidungen

### 1. LG Hamburg

Das LG Hamburg hat der Klage mit Urteil vom 08.10.2004 – 308 O 90/99 – stattgegeben.

### 2. OLG Hamburg („Metall auf Metall I“)

Das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg (OLG Hamburg) hat mit Urteil vom 07.06.2006 – 5 U 48/05 – die Berufung zurückgewiesen.<sup>1</sup>

### 3. BGH („Metall auf Metall I“)

Auf die vom OLG Hamburg zugelassene Revision wurde das **Berufungsurteil** („Metall auf Metall I“) durch Urteil des BGH vom 20.11.2008<sup>2</sup> **aufgehoben** und an das OLG Hamburg zurückverwiesen. Der BGH stellte fest, auch die **Übernahme kleinster Tonfetzen** aus einem fremden Tonträger **berühre die Rechte** des Produzenten (**Tonträgerherstellers**). Allerdings schränkte der BGH dies in entsprechender Anwendung von § 24 UrhG ein: Im Interesse der freien musikalischen Entwicklung sei eine direkte Übernahme von Sequenzen zulässig, wenn die Tonfolge nicht selbst eingespielt werden könne und nicht selbst Melodienschutz genieße. Die Frage, ob die Bf. die Sequenz hätten selbst einspielen können, unterlag damit der erneuten tatrichterlichen Klärung durch das OLG.

### 4. OLG Hamburg („Metall auf Metall II“)

Das OLG Hamburg **wies** mit Urteil vom 17.08.2011 – 5 U 48/05 – die **Berufung** der Bf. **erneut zurück**. Auf der Grundlage einer Beweisaufnahme kam der Senat zu dem Ergebnis, die Bf. wären in der Lage gewesen, die **Sequenz** durch **Einspielen selbst herzustellen**. Allerdings sah das OLG weiteren höchstrichterlichen Klärungsbedarf zu der Frage, welche Maßstäbe für die Möglichkeit der Eigenherstellung von Tonaufnahmen gelten, bevor auf fremde Tonaufnahmen ohne Einwilligung des Rechtsinhabers zurückgegriffen werden könne. Mit Rücksicht darauf ließ es die Revision erneut zu.

---

<sup>1</sup> OLG Hamburg, GRUR-RR 2007, 3 – („Metall auf Metall I“).

<sup>2</sup> BGH, GRUR 2009, 403

## 5. BGH („Metall auf Metall II“)

Die Revision wies der BGH mit Urteil vom 13.12.2012 – I ZR 182/11 – zurück.<sup>3</sup>

Eine entsprechende Anwendung des § 24 Abs. 1 UrhG sei bei der Benutzung fremder Tonaufnahmen ausgeschlossen, wenn es einem durchschnittlich ausgestatteten und befähigten Musikproduzenten zum Zeitpunkt der Benutzung der fremden Tonaufnahme möglich sei, eine **eigene Tonaufnahme herzustellen**, die dem **Original** bei einer Verwendung im selben musikalischen Zusammenhang aus Sicht des angesprochenen **Verkehrs gleichwertig** sei.

### IV. Sampling als künstlerische Ausdrucksform

Den **Kern** des **Urheberrechtsstreits** bildete die Frage, ob **Tonträger-Sampling zustimmungsfrei** (in entsprechender Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG) **zulässig** ist. Der BGH hat dies verneint. Daraus folgt für die VB die Grundsatzfrage, ob die vom BGH vorgenommene Auslegung des § 24 Abs. 1 UrhG mit dem **Grundrecht** der **Kunstfreiheit** nach Art. 5 Abs. 3 GG **vereinbar** ist.

Bevor auf diese Frage rechtlich einzugehen ist, soll zum besseren Verständnis kurz dargestellt werden, worum es – **künstlerisch** – beim sog. **Tonträger-Sampling** geht:

#### 1. Der technische Vorgang

##### a) Digitalisierung von Audiomaterial

Der **technische Vorgang** von Sampling betrifft die **Digitalisierung** von **Audiomaterial**. Insoweit bezeichnet Sampling in der Musik den Vorgang, einen Teil einer – bereits fertigen – Ton- oder Musikaufnahme („Sample“) in einem neuen, häufig musikalischen Kontext zu verwenden. Das geschieht in der Regel mit einem Hardware- oder Software-Sampler, d. h., das **ausgewählte Klangstück** wird **digitalisiert** und gespeichert, so dass es mit Audioprogrammen (z. B. mit einem Sequenzer) weiterverarbeitet werden kann.<sup>4</sup>

##### b) Elektronische Kopie und Musikrichtungen

Da es sich um beliebig lange oder kurze Tonaufnahmen handeln kann, die **„elektronisch kopiert“** werden, werden nicht nur Ausschnitte aus einem Musikstück, sondern auch einzelne Töne oder Geräusche gesampelt. Die Technik des digitalen Samplings findet inzwischen in vielen Musikrichtungen, vor allem auch in der **Popmusik** Verwendung: Insbesondere im **Hip-Hop** und in **elektronischen Musikrichtungen** wie Trip-Hop, **Drum and Bass**, Big Beat und House finden sich häufig Samples, die bestehenden Musikaufnahmen entnommen wurden. Sampling wird aber auch von vielen Musikern, vor allem Keyboardern, in fast allen Musikstilen verwendet, da hiermit u.a. die fast originalgetreue Nachahmung von Naturinstrumenten möglich ist.

---

<sup>3</sup> BGH, GRUR 2013, 614.

<sup>4</sup> Poschardt, DJ-Culture, 1995, 228 ff.; Wikipedia: „Sampling (Musik)“.

## 2. Der „musikalische“ Vorgang

Um **Sampling** als „musikalischen“ Vorgang – und damit als künstlerisches Verfahren – zu verstehen, die in der These der VB mündet, Sampling sei eine „postmoderne Kultur- und Kunstschöpfungstechnik“,<sup>5</sup> darf nicht nur der technische, sondern muss der **künstlerische Aspekt** von **Sampling** herausgestellt werden:

### a) Digitalisierung von Musik

Er hat seinen Ausgangspunkt in der eigentlichen **Innovation** des **Samplings** aufgrund der „**Digitalisierung von Musik**“.<sup>6</sup>

Sampling greift das Prinzip der Pop-Art mit ihren Ikonen *Roy Lichtenstein*, *Claes Oldenburg* und *Andy Warhol* auf, „**Gebrauchsgegenstände** des **alltäglichen Konsums**“ zu **ästhetischen Objekten** zu erheben und bedient sich hier aus einem schier **unendlichen Klangarchiv**. Die massive Verbreitung des MP3-Formats und die zunehmende Herausbildung von Download-Portalen haben den Austausch von Musik verstärkt auf die digitale Ebene verlagert. Mit dem Sampler und den Möglichkeiten moderner Audiosoftware wird das neue Material durch die unendlichen Speicher- und Bearbeitungsmöglichkeiten relativ einfach für musikalische Zwecke nutzbar gemacht und ermöglicht so alle Optionen für die Einpassung des Signals in die musikalische Umgebung:

„Die Geräusche dienen dazu, ein verändertes Verhältnis von Kunst und Realität zu definieren. Die Kunst sollte das Leben einschließen.“<sup>7</sup>

### b) Musikalisches Instrument

Für **Sampling** als „**künstlerische Ausdrucksform**“ ist nun entscheidend, dass es nicht lediglich darum geht, die technischen Möglichkeiten der „elektronischen Kopie“ zu nutzen und sie im Wege der **Collage**, des **Zitats** oder auch der **Montage**

– eine eindeutige Trennung dieser Begriffe ist nicht möglich und unterstreicht die eigene künstlerische Dimension von Sampling, vgl. *Vogel*, a.a.O., S. 19 –

zu nutzen. Es geht nicht nur darum, vorhandene Kompositionen oder Teile derselben zu übernehmen und in ein neues Werk einzufügen. Sampling selbst stellt ein „**musikalisches**“ **Instrument** (im doppelten Sinne) dar, um durch das **Zusammenspiel** des so gesampelten Tonpartikels mit zahlreichen **anderen** – größtenteils eigenen – Tonpartikeln eine **neue Tonaufnahme** entstehen zu lassen, die mit der alten „Quell-Tonaufnahme“ nicht oder nur sehr wenig zu tun hat:

<sup>5</sup> VB, Rdnr. 35 u. Verw. auf Jacke/Kimminich/Schmidt/Bonz, 2006, 333

<sup>6</sup> *Vogel*, Sampling als künstlerisches Verfahren – Ästhetische Betrachtungen einer populären Praxis in den Stilen Hip-Hop und Electronica/Dance –, schriftliche Hausarbeit im Rahmen der ersten Staatsprüfung für das Lehramt an Gymnasien und Gesamtschulen, 19.03.2007, Hochschule für Musik Köln (Quelle: Internet), S. 5.

<sup>7</sup> *Vogel*, a.a.O., S. 12 unter Verw. auf de la Motte, Soundsampling: Eine ästhetische Herausforderung, 1995, 51.

„Sampling als ästhetisches Verfahren betrifft die Gestaltung von Samples, und nicht von aufgezeichneter Musik“<sup>8</sup>

### c) **Künstlerisches Verfahren: Gestaltung von (vergangenheitsbezogener) ästhetischer Realität**

Sampling als Digitalisierung von Musik verstanden ist zu einem künstlerischen Verfahren geworden, das **unterschiedlichste ästhetische Ansatzpunkte** bietet. Es geht vor allem um die **Gestaltung mit bereits Vorhandenem**, welches die Verfahren eint und derartige Vergleiche nahelegt. Dadurch wird (auch) „die durch technische Entwicklungen geschaffene Veränderung der menschlichen Realität ästhetisch“ reflektiert.<sup>9</sup>

Soweit auf Vorhandenes zurückgegriffen wird, ist das **Finden** einzigartiger, **unverbraucher Originale** aus dem unbegrenzten Medienarchiv ein **zentraler Teil** der **künstlerischen Arbeit**. Im Bereich der Hip-Hop-Musik geht es darum, sich mit alten und bekannten Sounds „auseinanderzusetzen“ und diese in einen neuen, aktuellen musikalischen Kontext zu stellen. Sampling ist damit eine Methode, die es ermöglicht, die Vergangenheit und deren musikalische Kultur referentiell „zu verarbeiten“ und damit in die aktuelle Zeit zu transzendieren.

### d) **Sound-Design**

**Sampling** ist also **Ausdrucksform, Instrument, künstlerisches Gestaltungs- und Kommunikationsmittel** zugleich. Durch die zunehmende Verwendung von Technologie offenbart sich ein komplett anderer künstlerischer Fokus, der die unkonventionelle **Gebrauchsweise** von **Maschinen** in den **Mittelpunkt** rückt und die individuellen Entscheidungen angesichts der Fülle der technischen Möglichkeiten nur in „digitaler Form“ erkennbar werden lässt. Dabei scheint sich musikalisch gesehen das **instrumentale Spielen** weg auf die **Maschinen zu übertragen**. Die Suche nach neuen Klängen und einem eigenen Gesamtsound wurde deshalb als neuere Errungenschaft des Samplings beschrieben. „**Sound-Design**“ ist dabei sowohl als klangliche wie auch stilistische Kategorie zu verstehen.<sup>10</sup>

Aus einer **Technologie**, die anfangs nur zur Simulation akustischer Instrumente entwickelt wurde, ist ein **künstlerisches Verfahren geworden**, das zielübergreifend verwendet wird und inzwischen selbst als Inspirationsquelle für eine moderne Musikergeneration dient – ein Ende dieser Entwicklung ist nicht abzusehen.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> – vgl. *Vogel* unter Verw. auf Großmann, Collage, Montage, Sampling, 2005, 308 (321).

<sup>9</sup> *Vogel* unter Verweis auf de la Motte, a.a.O., S. 64.

<sup>10</sup> *Vogel*, a.a.O., S. 66.

<sup>11</sup> *Vogel*, a.a.O., S. 69.

## B. Rechtslage

Nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer ist die - unzweifelhaft zulässige – VB begründet. Die Annahme des BGH, die Bf. könnten sich hinsichtlich des Eingriffs in das Tonträgerherstellerrecht der Kläger nicht mit Erfolg auf das Recht zur freien Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG berufen, weil es ihnen möglich gewesen wäre, die übernommene Rhythmussequenz selbst herzustellen, verletzt das Grundrecht der Bf. aus der Kunstfreiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG:

### I. Prüfungsmaßstab

#### 1. Vorrang der Fachgerichtsbarkeit

Die Auslegung und Anwendung einfachen Rechtes ist Aufgabe der Fachgerichte:

##### a) Urteilsverfassungsbeschwerde

Es gilt der sog. Vorrang der Fachgerichtsbarkeit, der sowohl bei der Feststellung von Tatsachen als auch bei der Auslegung des einfachen Rechts, bei denen die Fachgerichte auch die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung umstrittener Normen im Blick haben müssen, als Prüfungsmaßstab fachgerichtlicher Entscheidung im Rahmen einer „Urteilsverfassungsbeschwerde“ die Judikatur des BVerfG bestimmt.<sup>12</sup>

Daraus folgt, dass eine Urteilsverfassungsbeschwerde – abgesehen von Verstößen gegen das in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte Willkürverbot<sup>13</sup> nur dann Erfolg haben kann, wenn die angegriffene Entscheidung Auslegungsfehler erkennen lässt, die auf eine grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts beruhen und in ihrer materiellen Bedeutung für den Rechtsfall von einiger Bedeutung sind.<sup>14</sup>

##### b) Grundrechtsabwägung

Die Prüfungstiefe vergrößert sich allerdings, wenn die **wertsetzende Bedeutung** spezifischer Grundrechte schon bei der Anwendung und Auslegung des einfachen Rechts zu beachten ist.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Zum Verhältnis von Urheberschutz und Kunstfreiheit BVerfG, B. v. 25.09.2000 – 1 BvR 1520/00 in NJW 2001, 600; zur verfassungskonformen Auslegung durch Fachgerichte BVerfGE 125, 175 (220); s. a. *Lenz/Hansel*, BVerfG, Kommentar, 2. Auflage 2015, § 33 Rdnr. 8; § 90 Rdnr. 251 ff. m. w. Nw.

<sup>13</sup> BVerfG, B. v. 15.12.2011 – 1 BvR 2490/10 Rdnr. 18 – juris; *Lenz/Hansel*, a.a.O., § 90 Rdnr. 255

<sup>14</sup> BVerfGE 89, 1 (9 f.); *Lenz/Hansel*, a.a.O.

<sup>15</sup> Zur Rundfunkfreiheit BVerfGE 117, 244 (260).



Nimmt das Fachgericht eine Grundrechtsabwägung vor, liegt ein Verfassungsverstoß nicht vor, wenn die widerstreitenden grundrechtlichen Schutzgüter hinreichend berücksichtigt wurden.<sup>16</sup>

Insbesondere ist dem BVerfG untersagt, die fachgerichtliche Wertung durch eine eigene zu ersetzen. Das BVerfG prüft nur, ob das Fachgericht in vertretbarer Weise eine einfach-gesetzliche Lücke angenommen und geschlossen hat, indem es die gesetzgeberische Grundentscheidung respektiert und von den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung in vertretbarer Weise Gebrauch gemacht hat.<sup>17</sup>

## 2. Grundrecht der Kunstfreiheit

### a) Schutzbereich

Das Grundrecht auf Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantiert die Freiheit der **Betätigung** im Kunstbereich **umfassend**. Insoweit schützt die Kunstfreiheit neben der eigentlichen künstlerischen Tätigkeit, dem sog. „**Werkbereich**“, auch die Vermittlung des Kunstwerks an Dritte, den sog. „**Wirkbereich**“.<sup>18</sup>

Sinn und Aufgabe dieses Grundrechts ist es dabei vor allem, die **freie Entwicklung** des **künstlerischen Schaffensprozesses** ohne Eingriffe durch die öffentliche Gewalt zu **garantieren**. Das wird insbesondere durch einen „**offenen Kunstbegriff**“ erreicht, der nach der Diktion des BVerfG die „freie schöpferische Gestaltung“ zum Gegenstand hat,

„in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbaren Anschauung gebracht werden“<sup>19</sup>

### b) Schrankenbereich

Die Kunstfreiheit ist **zwar vorbehaltlos**, aber **nicht schrankenlos** gewährleistet:

aa) Die – grundrechtsimmanenten – Schranken ergeben sich aus den Grundrechten anderer Rechtsträger,<sup>20</sup> aber auch aus **sonstigen Rechtsgütern mit Verfassungsrang**.<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> BVerfG, B. v. 07.09.2010 – 1 BvR 2160/09, juris, Rdnr. 39.

<sup>17</sup> BVerfG, B. v. 19.06.2012 – 1 BvR 3017/09, juris Rdnr. 62; *Lenz/Hansen*, a.a.O., § 90 Rdnr. 257.

<sup>18</sup> BVerfGE 30, 173 (189) [„Mephisto“]; 67, 213 (248); B. v. 29.06.2000 – 1 BvR 825/98 – juris Rdnr. 18 („Germania 3“).

<sup>19</sup> (BVerfGE 30, 173 (188 f.) („Mephisto“); s. a. *Wandtke* (Hrsg.), Urheberrecht, 4. Auflage 2012, Rdnr. 59; *Jarass/Pieroth*, GG, 11. Auflage 2011, Art. 5 Rdnr. 106.

<sup>20</sup> z. B. dem Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG: BVerfGE 133, 173 (193) [„Mephisto“]

<sup>21</sup> z. B. dem Jugendschutz: BVerfGE 83, 130 (139); B. v. 29.06.2000 – 1 BvR 825/98 – juris Rdnr. 19 („Germania 3“).

Diese **Grundrechtsschranken** müssen allerdings ihrerseits wieder im Lichte des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ausgelegt werden, damit ein den Wertvorstellungen des GG entsprechender Ausgleich der widerstreitenden, verfassungsrechtlich geschützten Interessen gefunden werden kann.<sup>22</sup>

Erforderlich ist daher eine die Umstände des Einzelfalls berücksichtigende **Abwägung** der **kollidierenden Güter**.<sup>23</sup> Auch der Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** ist zu beachten.<sup>24</sup>

bb) Im Hinblick auf den angesprochenen **„Werk- und Wirkungsbereich“** ist zwar **grundsätzlich** von einem **einheitlichen Schutzgut** auszugehen, der die künstlerische Betätigung insgesamt umfasst. Das BVerfG hat bereits in der „Mephisto“-Entscheidung klargestellt, dass die Kunstfreiheitsgarantie in gleicher Weise den Werkbereich und den Wirkungsbereich betrifft und beide Bereiche eine unlösbare Einheit bilden.<sup>25</sup>

Gleichwohl sind **Beschränkungen im Werkbereich** – was sich aus der Natur der künstlerischen Tätigkeit und der Freiheitsverbürgung in Art. 5 Abs. 3 GG ergibt – nur in **Ausnahmefällen** möglich. Die Kunstfreiheit wird um des künstlerischen Schaffens willen gewährleistet, während die Vermittlung des Kunstwerks „dienende Funktion“ hat.<sup>26</sup>

Es entspricht damit den Wertvorstellungen des Verfassungsgebers, den **Werkbereich** – die eigentliche Kunstschöpfung – grundsätzlich für **weniger einschränkbar** zu halten als die ebenfalls notwendige Kommunikation zwischen dem Künstler und der Außenwelt.<sup>27</sup>

### 3. Kunstfreiheit und Urheberrecht

Da in der Literatur- und Kunstproduktion Kunstwerke hergestellt werden, die Werkcharakter im Sinne des Urheberrechts (§ 2 Abs. 2 UrhG) annehmen können, sind Konflikte und **Konfliktfelder mit der Kunstfreiheitsgarantie vorprogrammiert**. Das betrifft insbesondere den Konflikt mit den Schrankenregelungen des UrhG (§§ 44 a ff. UrhG), zu denen die Rechtsprechung des BGH auch die Bestimmung des § 24 Abs. 1 UrhG zählt.<sup>28</sup>

#### a) Schranke: Geistiges Eigentum nach Art. 14 Abs. 1 GG

Der eine Konfliktfall besteht darin, dass das Grundrecht auf **Kunstfreiheit** nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG **Vorrang** vor dem **geistigen Eigentum** und den sonstigen, durch das UrhG geschützten Rechten, die ebenfalls nach Art. 14 Abs. 1 GG Verfassungsrang haben, beanspruchen kann. Art. 5 Abs. 3 Satz

<sup>22</sup> Grundlegend BVerfGE 30, 173, 191 ff. („Mephisto“).

<sup>23</sup> BVerfGE 30, 73 (93 ff.); 77, 240, 253; 81, 278 (292).

<sup>24</sup> BVerfGE 83, 130 (143); Jarass/Piero, a.a.O., Art. 5 Rdnr. 114.

<sup>25</sup> BVerfGE 30, 173 (189); ebenso 77, 240 (254).

<sup>26</sup> BVerfGE 77, 240 (253).

<sup>27</sup> BVerfGE 77, 240 (253).

<sup>28</sup> BGH, U. v. 13.12.2012 – I ZR 182/11 – („Metall auf Metall II“), GRUR 2013, 614.

1 GG garantiert als Verfassungsnorm die Freiheit der Betätigung im Kunstbereich, d. h. die öffentliche Gewalt garantiert ohne Eingriffe die freie Entwicklung des künstlerischen Schaffensprozesses.<sup>29</sup>

aa) Die Kunstfreiheit erfasst damit auch **Beschränkungen** der **verwertungsrechtlichen Befugnisse** der **Urheber** als Künstler **einschließlich** der Rechte der **Tonträgerhersteller**.<sup>30</sup>

bb) Der Gesetzgeber hat deshalb im Rahmen des Urheberrechts sachgerechte Maßstäbe zu entwickeln, um die unterschiedlichen Interessen der Beteiligten auszugleichen. Treffen grundrechtlich geschützte Positionen aus der Kunstfreiheit und dem Urheberrecht aufeinander, ist es **Aufgabe des Richters**, die **Schrankenregelungen eng auszulegen**. Jedoch kann ein besonders schützenswertes Interesse dazu führen, dass bei der Auslegung ein großzügiger Maßstab anzulegen ist.<sup>31</sup>

cc) Insbesondere kann der Eingriff in die Kunstfreiheit – bei Abwägung der Interessen – dann gerechtfertigt sein, wenn dem **Urheber** oder einem sonstigen Inhaber von Rechten (Tonträgerhersteller) **„kein merklicher wirtschaftlicher Nachteil“** daraus erwächst. Deren Interessen treten dann gegenüber der künstlerischen Auseinandersetzung in den Hintergrund.<sup>32</sup> Insoweit hat sich das BVerfG in seiner Rechtsprechung zur Anwendung im Privatrecht (Urhebergesetz UrhG) dem Gebot einer **unmittelbaren Drittwirkung** angenähert.<sup>33</sup>

dd) Da das **Urheberrecht** als Teil des geistigen Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 GG lediglich die grundsätzliche Zuordnung der Vermögenswerte erfasst,<sup>34</sup> sind damit mit Rücksicht auf die Kunstfreiheitsgarantie „lediglich“ privatrechtliche urheberrechtliche Beziehungen betroffen. Sie müssen ggf. zurückstehen.

## b) Benutzung fremder Werke

Ein weiterer Konfliktfall betrifft Kunstformen, wenn es um die **Benutzung fremder Werke** geht:

aa) So hat nach der Rechtsprechung des BVerfG der **Urheber älterer Werke** Eingriffe hinzunehmen, wenn es sich um die **künstlerische Auseinandersetzung** in Form der Schöpfung einer **Parodie**, Satire und Karikatur handelt. Kennzeichnend für die Parodie ist die „antithematische“ Auseinandersetzung mit dem Ausgangswerk.<sup>35</sup>

Solche Auseinandersetzungen sind nur im Rahmen der Kunstfreiheit möglich.<sup>36</sup>

---

<sup>29</sup> BVerfGE 30, 173 (188 f.) („Mephisto“).

<sup>30</sup> BGH, GRUR 2013, 614 (616) („Metall auf Metall II“); *Wandtke*, a.a.O., Rdnr. 60.

<sup>31</sup> BVerfG, B. v. 29.06.2000 – 1 BvR 825/98 – juris („Germania 3“).

<sup>32</sup> BVerfG, a.a.O. („Germania 3“).

<sup>33</sup> *Wandtke*, a.a.O., Rdnr. 61.

<sup>34</sup> BVerfGE 49, 382 (392); GRUR 2001, 149 (151), („Germania 3“)

<sup>35</sup> *Schack*, Kunst und Recht, 2. Auflage 2009, Rdnr. 361.

<sup>36</sup> *Wandtke*, a.a.O., Rdnr. 62.

## II. Anwendung

Nach Maßgabe dieser Grundsätze hat die **VB Erfolg**:

### 1. Auffassung des BGH (BGH II: „Metall auf Metall“ II)

#### a) § 85 UrhG erfasst auch Klangfetzen

Nach der – mit der VB angegriffenen – Rechtsauffassung des BGH **umfasst** das (Leistungs-)Schutzrecht des Herstellers von Tonträgern nach **§ 85 UrhG** (Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht) auch **Klein- und Kleinstteile** („Licks“) der Tonträgeraufnahme. Der Schutzzumfang umfasst damit nicht nur Teile einer Schallplatte oder einer CD (das einzelne Musikstück), sondern auch einzelne Versatzstücke, kurze Sequenzen oder auch nur **Tonfetzen**. Damit greift **Sampling** als digitalisierte Übernahme der „gesampelten“ Sounds als **Klangquelle** für eine neue musikalische Gestaltung in das **absolute Schutzrecht** des Herstellers eines Tonträgers nach § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG ein, wobei es nach Auffassung des BGH auf einen **wirtschaftlichen Vorteil** des Übernehmenden oder einen messbaren **wirtschaftlichen Nachteil** des Rechtsinhabers **nicht ankommt**.<sup>37</sup>

#### b) Keine freie Benutzung

Der Eingriff in das Schutzrecht des Herstellers wird durch die Grundsätze der **freien Benutzung** nach § 24 Abs. 1 UrhG **nicht gerechtfertigt**:

aa) Insoweit komme für § 24 Abs. 1 UrhG – da es nicht um die (freie) Benutzung eines fremden Werkes, sondern eines Tonträgers gehe – nur eine **analoge Anwendung** der Bestimmung in Betracht. Dafür sei in zwei Fällen **kein Raum**:

(1) Zum einen, wenn einem Musikwerk erkennbar eine Melodie entnommen und diese dem neuen Werk zugrunde gelegt werde (Rechtsgedanke des § 24 Abs. 2 UrhG).<sup>38</sup>

(2) Darüber hinaus scheide eine zulässige freie Benutzung – im Rahmen des Sampling – dann aus, wenn es dem **Übernehmenden möglich** sei, die Töne, Klänge oder **Tonfolgen** auch **selbst einzuspielen**.<sup>39</sup>

bb) Insoweit bestätigt der BGH in der zweiten Metall auf Metall-Entscheidung die ergänzenden Ausführungen des OLG Hamburg,<sup>40</sup> wonach für die Möglichkeit des Nachbaus einer fremden Tonaufnahme auf die Fähigkeiten und technischen Möglichkeiten eines durchschnittlich ausgestatteten Musikproduzenten zum Zeitpunkt der Entnahme der fremden Tonaufnahme

<sup>37</sup> BGH GRUR 2009, 403, 404 (Rdnr. 11 ff.).

<sup>38</sup> BGH, GRUR 2009, 403 Rdnr. 24 („Metall auf Metall I“).

<sup>39</sup> BGH, GRUR 2009, 403 (Rdnr. 23) – „Metall auf Metall I“; GRUR 2013, 614 (Rdnr. 13) – „Metall auf Metall II“.

<sup>40</sup> GRUR-RR 2011, 396

abzustellen sei. Unerheblich sei, ob und in wieweit dem Produzenten die Herstellung einer eigenen Tonaufnahme „zumutbar“ ist.<sup>41</sup>

### c) **Kein Widerspruch zur Kunstfreiheitsgarantie**

In dieser **Auslegung** des § 24 Abs. 1 UrhG sieht der BGH **keine Verletzung** der **Kunstfreiheitsgarantie** des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG:

„Entgegen der Ansicht der Revision ist es auch im Blick darauf, dass das Sampling von Musiksequenzen als Mittel künstlerischen Ausdrucks und künstlerischer Gestaltung anzuerkennen ist, nicht nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geboten, der Bestimmung des § 24 Abs. 1 UrhG bei durch Sampling von Tonfolgen geschaffenen Kunstwerken zu einem weiteren Anwendungsbereich zu verhelfen als bei nichtkünstlerischen Musikwerken. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantiert die Freiheit der Betätigung im Kunstbereich umfassend. Die Kunstfreiheit ist dabei zwar vorbehaltlos, aber nicht schrankenlos gewährleistet. Die Schranken ergeben sich aus den Grundrechten anderer Rechtsträger wie der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG, die den Schutz des geistigen Eigentums und hier insbesondere des Leistungsschutzrechts des Tonträgerherstellers erfasst. Auch das Eigentum ist allerdings nicht schrankenlos gewährleistet, sondern gebietet im Bereich des Urheberrechts lediglich die grundsätzliche Zuordnung der vermögenswerten Seite dieses Rechts an den Rechtsinhaber. Sachgerechte Maßstäbe für die Grenzen ergeben sich beispielsweise aus den Schrankenbestimmungen der §§ 44a ff. UrhG und der Vorschrift des § 24 UrhG. Bei der Anwendung dieser Regelungen sind die Schranken des Grundrechtsbereichs der einen Partei gegenüber dem der anderen Partei zu konkretisieren. Dabei kann die durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geforderte kunstspezifische Betrachtung es verlangen, solchen Bestimmungen im Wege der Auslegung zu einem Anwendungsbereich zu verhelfen, der für Kunstwerke weiter ist als bei nichtkünstlerischen Werken (vgl. zu § 51 Nr. 2 UrhG aF BVerfG, Beschluss vom 29. Juni 2000 – 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 151 f. – Germania 3).

Bei der danach vorzunehmenden Interessenabwägung kann zugunsten der Beklagten unterstellt werden, dass die Verwendung von Samples in der Musikbranche mittlerweile weit verbreitet ist und sich die entlehrende Bezugnahme zu einer eigenen Stilrichtung entwickelt hat. Diese tatsächliche Entwicklung gebietet es jedoch - entgegen der Auffassung der Revision – auch bei einer kunstspezifischen Betrachtung nicht, dass Musikproduzenten bei ihrem künstlerischen Schaffen sich die durch § 85 Abs. 1 UrhG geschützte wirtschaftliche (organisatorisch-unternehmerische) Leistung der Tonträgerhersteller ohne deren Einwilligung und damit ohne Vergütung zu eigen machen dürfen, wenn es ihnen möglich ist, die begehrte Tonfolge ohne Eingriff in deren Rechte selbst herzustellen. Zum einen ist in diesem Fall keine unangemessene Behinderung der kulturellen Fortentwicklung zu befürchten. Zum anderen lässt sich der Kunstfreiheit kein Schutz des – unter Umständen auch von eigenen wirtschaftlichen Interessen geprägten – künstlerischen Schaffens zu denkbar günstigsten wirtschaftlichen Konditionen auf Kosten unternehmerischer Leistungen Dritter entnehmen.

dd) Soweit für die Beteiligten – wie die Revision geltend macht – Unsicherheit bei der Beurteilung besteht, ob die Übernahme einer Tonfolge in entsprechender Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG gestattet ist, ist dies hinzunehmen. Diese Unsicherheit können entlehrende Musikproduzenten dadurch vermeiden, dass sie die entsprechenden Rechte von den

---

<sup>41</sup> BGH, GRUR 2013, 614, 615 (Rdr. 40) – „Metall auf Metall II“.

Tonträgerherstellern der Originalaufnahme erwerben, die Tonaufnahme selbst herstellen oder aber wenn ihnen dieser Aufwand als zu hoch und wirtschaftlich nicht tragbar erscheint – von einer Übernahme ganz absehen (BGH, GRUR 2009, 403 Rn. 17 Metall auf Metall I).“

## 2. Sachlicher Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG

Die **Zubilligung** eines **absoluten Schutzrechtes** des **Tonträgerherstellers** mit der Folge, dass selbst die **Übernahme** von **Tonfetzen** (hier eines zweitaktigen/zwei Sekunden langen Tonpartikels aus einer deutlich längeren Tonaufnahme) untersagt ist, **greift** in den **Schutzbereich** des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ein:

### a) Werkbereich

Betroffen ist – in erster Linie – der **Werkbereich**. Es wird den Bf. durch die vom BGH vorgenommene Auslegung zu § 24 Abs. 1 UrhG untersagt, einen zwei Sekunden langen Tonpartikel aus einer deutlich längeren Tonaufnahme „frei“ zu entnehmen und diesen Tonpartikel bei der Herstellung einer neuen Tonaufnahme eines völlig anderen Werkes zu verwenden. Sie bedürfen dazu der Zustimmung des Tonträgerherstellers und müssen eine entsprechende Vergütung für die Erteilung der Lizenz leisten. Damit wird **Sampling** unter den Bedingungen der BGH-Rechtsprechung **de facto verboten**.

### b) Eingriff

Allerdings würde es an einem **Eingriff** in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG **fehlen**, wenn sich **Sampling** seiner Natur nach auf die „**technische**“ **Seite** der digitalen Entnahme und Verwendung von Tonpartikeln **beschränken** würde (aa) oder sich die Verletzung des durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten geistigen Eigentums als **missbräuchliche Nutzung fremden Eigentums** erweist (bb):

aa) Wie oben gezeigt, **erschöpft sich Sampling nicht** in der **Anfertigung** einer **elektronischen Kopie** von **gesampelten Tonpartikeln**:

(1) Es handelt sich um eine **freie schöpferische Gestaltung**, die bei der Suche und Auswahl der gesampelten Klangquelle beginnt und sich in der Einfügung in das neue künstlerische Werk fortsetzt. Zentraler Bestandteil der künstlerischen Arbeit ist bereits das Finden „**einzigartiger, unverbrauchter Originale aus dem unbegrenzten Medienarchiv**“.<sup>42</sup>

(2) Insoweit lässt sich der künstlerische Vorgang wie folgt umschreiben:

„Das Original wird im Sampling meist vor der Bedeutung, d. h. aus dem bedeutungstiftenden Kontext gelöst. Die kulturellen Konfigurationen, die das entkoppelte Original mit sich führt, sind mit dem Adressaten und dessen Auslegung verbunden. Der jeweilige Horizont des Konsumenten rückt ins Blickfeld, und dieser schafft jedes Mal ein neues Original, das eine eigene Bedeutung in einem

---

<sup>42</sup> Vogel, a.a.O., S. 40.

anderen Umfeld produziert, oder die Übernahme von Samples wird erkannt und mit Bedeutungen verknüpft“.<sup>43</sup>

(3) Damit ist **Sampling** als „**Digitalisierung von Musik**“ ein **künstlerisches Verfahren**, das – über die technische Seite hinaus – dem **Schutzbereich** des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG **unterliegt**.

bb) **Sampling** ist in der Auslegung des BGH ein **rechtswidriger Vorgang** und damit – vereinfacht ausgedrückt – „**geistiger Diebstahl**“ oder die **Anfertigung** von „**Raubkopien**“:

(1) Insoweit ließe sich argumentieren, auf die Kunstfreiheit könne sich nicht berufen, wer bei der Herstellung des Kunstwerks „**verbotene Materialien**“ benutze, insbesondere fremdes Eigentum zu Hilfe nähme. Niemand muss sich gefallen lassen, dass ein Künstler sich auf Kosten seines Eigentums selbst verwirklicht.<sup>44</sup>

(2) Davon ist hier **nicht auszugehen**. **Ob** die **Benutzung** fremden Eigentums „**frei**“ im Sinne des § 24 Abs. 1 UrhG erfolgt oder das geistige Eigentum des Herstellers von Tonträgern aus § 85 UrhG mit Rücksicht auf die Schutzgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG verletzt, ist die – **entscheidende** – **Frage**, die es im Rahmen der Anwendung der Kunstfreiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG zu beantworten gilt. Damit ist nicht die Schutzbereichs-, sondern die **Schrankenebene betroffen**.<sup>45</sup>

### 3. Schrankenbereich

Der BGH hat – wie ausgeführt – eine Abwägung der verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter, hier die Rechte des Herstellers von Tonträgern aus Art. 14 GG mit Rücksicht auf die Kunstfreiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG, vorgenommen. Die VB kann deshalb nur Erfolg haben, wenn der BGH im Rahmen der Anwendung und Auslegung von § 24 Abs. 1 UrhG die widerstreitenden grundrechtlichen **Schutzgüter nicht hinreichend berücksichtigt**.<sup>46</sup>

Das ist hier der Fall:

#### a) BGH: Keine Verletzung der Kunstfreiheit bei Eingreifen der Substitutions-Alternative

Im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung **unterstellt** der **BGH**, dass die **Verwendung** von **Samples** in der Musikbranche mittlerweile **weit verbreitet** sei und sich die entlehrende Bezugnahme zu einer „**eigenen Stilrichtung**“ entwickelt habe. Das rechtfertige indessen nicht den Vorrang der Kunst, wenn es dem Produzenten möglich sei, die begehrte Tonfolge selbst herzustellen („**Substitutions-Alternative**“):

„Diese tatsächliche Entwicklung (sic. des Samplings) gebietet es jedoch ... auch bei einer kunstspezifischen Betrachtung nicht, dass Musikproduzenten bei ihrem künstlerischen Schaffen sich die durch § 85 Abs. 1 UrhG geschützt wirtschaftliche (organisatorisch-unternehmerische) Leistung der Tonträgerhersteller ohne deren Einwilligung und damit ohne

<sup>43</sup> Vogel, a.a.O.

<sup>44</sup> BVerfG, B. v. 19.03.1984 – 2 BvR 1/84 – NJW 1984, 1293 („Sprayer von Zürich“); s. a. von Arnould, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Auflage, Band VII, 2009, § 167 Rdnr. 64 m. w. Nw.

<sup>45</sup> So zu Recht BGH, GRUR 2013, 614, 615 („Metall auf Metall II“).

<sup>46</sup> Lenz/Hansen, a.a.O., § 90 Rdnr. 256 m. w. Nw.

Vergütung zu eigen machen dürfen, wenn es ihnen möglich ist, die begehrte Tonfolge ohne Eingriff in deren Rechte selbst herzustellen“ (BGH II, a.a.O., Rdnr. 21).

## b) Stellungnahme

Ginge es beim Sampling **nur** um eine **kommerzielle Pop-Produktion** und um das Aufeinandersetzen bzw. **Zusammenfügen** von **klanglichen Bausteinen**, hätte der BGH mit seiner „Substitutionsthese“ (keine freie Benutzung bei Möglichkeit eigener Einspielung) sicher Recht. Das **verbietet** sich aber im Hinblick auf die – von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geforderte – **kunstspezifische Betrachtung**:

aa) **Wesentlicher Bestandteil** des **künstlerischen Ausdrucks** von **Sampling** ist die **Verwendung** des **Originals**, hier der Original-Tonträgerplatte, bei der häufig auf Jahrzehnte alte Schall(platten)aufnahmen zurückgegriffen wird. Das vorgefundene **musikalische Material** der **Vergangenheit** ist Teil des „**kollektiven Gedächtnisses** kultureller Gemeinschaften“, so dass mit Hilfe des Samplings eine Verbindung von der Vergangenheit zur Gegenwart geschaffen werden soll. Die Verwendung von zwei Sekunden/zwei Takten einer Tonaufnahme der Künstlergruppe *Kraftwerk* stellt sich im Titel „Nur mir“ als „**Hommage**“ an diese **Künstlergruppe** dar.

bb) Dieser „**Werkbereich**“ der mit Sampling geschaffenen Musikprodukte kann **nicht** durch „**Einspielen**“ entsprechender Tonfolgen **ersetzt** werden. **Ersetzt** würde der **Klang** als **Tonfolge**, **nicht** aber das **Original**. Die Herstellungsalternative des BGH betrifft ein *aliud*.

Mit Rücksicht auf die Freiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG kommt gemäß der vom BGH als ausreichend angesehenen Substitutions-Alternative hinzu:

(1) Für den „**Normalfall**“ ist **Sampling** – entsprechend den Vorgaben des BGH („Metall auf Metall II“) – **unzulässig**, weil der **Künstler** in aller Regel von der **Einholung** einer **Zustimmung** des Tonträgerherstellers **absehen** wird.

(2) Ohne Zustimmung des Rechtsinhabers dürfen aber nach BGH II – mangels Eingreifen der Substitutions-Alternative – Tonstücke nur gesampelt werden, wenn es sich um

- **überdurchschnittliche, komplexe, einzigartige Samples** bzw.
- **besonders hochwertige und außergewöhnliche Sounds**

handelt, die sich nicht im Studio durch einen „Durchschnittsproduzenten“ herstellen lassen. Auf die **Zumutbarkeit** eigener **Einspielung** soll es gerade **nicht ankommen**. Wer nur Aufwand oder Kosten für reproduzierbares Material scheut, handelt rechtswidrig.

cc) Die damit an die **Zulässigkeit** von „**Sampling**“ **gestellten Anforderungen** erweisen sich vor dem Hintergrund des auch im Rahmen von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG anwendbaren Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und im Rahmen der Abwägung der Interessen des Tonträgerherstellers nach Art. 14 Abs. 1 GG und des (ausübenden) Künstlers nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG als **verfassungswidrig**:



(1) Der vom BGH („Metall auf Metall II“) vorgenommenen Auslegung des § 24 Abs. 1 UrhG im Verhältnis zu den absoluten Schutzrechten aus § 85 Abs. 1 UrhG liegt ein **Wertungswiderspruch** zugrunde, der verfassungsrechtlich zu Gunsten der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG aufzulösen ist.

Vgl. zur „dogmatischen Inkompatibilität“ zwischen §§ 85 und 24 UrhG, die „nur schwer“ über eine Analogie des § 24 UrhG überwunden werden kann, Fromm/Nordemann/Boddin, Urheberrecht, 11. Auflage 2014, § 85 Rdnr. 49c.

(2) Das folgt daraus, dass vom **absoluten Schutz** des § 85 Abs. 1 UrhG **selbst kleinste Tonpartikel umfasst** werden, **ohne** dass es auf einen **messbaren wirtschaftlichen Nachteil** des **Rechteinhabers** ankommt. Bestehen aber nur geringfügige – wirtschaftliche – Nachteile des Tongeräteherstellers aufgrund von Sampling oder ist es sogar **möglich**, dass aufgrund der Verwertung der gesampelten Originaltonträger **Vorteile** aufgrund von **Absatzsteigerungen** für den Tonträgerhersteller **entstehen**, kann ein völliger **Entzug** der **Rechte** aus der Verwertung von **Sampling** auf der Grundlage der prinzipiell freien Benutzung fremder Werke gemäß § 24 Abs. 1 UrhG **nicht gerechtfertigt sein**.

(3) Nach den Erwägungen des Gesetzgebers war vornehmlicher **Zweck** des **§ 85 UrhG**, den **Tonträgerhersteller** gegen um sich greifende „**Tonträgerpiraterie**“ zu **schützen**. Die organisatorischen, technischen und wirtschaftlichen Leistungen, die die Herstellung eines zum Vertrieb geeigneten Tonträgers erfordern, waren in hohem Maße der Gefahr ausgesetzt, von unbefugten Dritten durch technisch leicht zu bewerkstellendes Nachpressen oder Überspielen des Tonträgers ausgebeutet zu werden.<sup>47</sup>

(4) Hätte man bereits damals daran gedacht, selbst kleinste Tonträgerschnipsel in den Schutzbereich des § 85 UrhG einzubeziehen, spricht das Gesetzgebungsverfahren zum **Leistungsschutzrecht** der **Presseverleger** nach § 87 Abs. 1 Satz 1 UrhG (eingefügt durch das 8. Gesetz zur Änderung des UrhG vom 07.05.2013 – BGBl. I S. 1161) dafür, „**Tonfetzen**“ aus dem **Schutzbereich** des § 85 Abs. 1 UrhG **auszunehmen**. Nach § 87 f. Abs. 1 UrhG sind „**einzelne Wörter oder kleinste Textausschnitte**“ vom Leistungsschutzrecht der Presseverleger nicht erfasst.

dd) Es gibt danach in der Regel **keine hinreichend gewichtigen Interessen** und **Schutzrechte** der **Hersteller** von **Tonträgern** aus § 85 UrhG, die sich im Rahmen der von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG im Verhältnis zu Art. 14 Abs. 1 GG geforderten **Abwägung** und des **Interessenausgleichs** mit den **Rechten** der **Musikproduzenten** bei Herstellung und Verwertung von **Samples** in einem neuen Musikstück gegen das im **Werkbereich nahezu absolut** geschützte **Grundrecht** der Kunstfreiheit durchsetzen können. Damit wird allerdings **keine Aussage** zu den **Grenzen** und der ggf. erforderlichen **Abgrenzung** vorgenommen, ab wann die Übernahme und **Verwendung fremder Tonaufnahmen** einen **unzumutbaren Eingriff** in die Rechte der jeweils betroffenen Künstler oder Produzenten darstellt, wenn etwa nicht lediglich „Klangfetzen“, sondern separate Abschnitte eines Musikstücks ohne Zustimmung der Berechtigten entnommen wurden. Ob unter solchen Voraussetzungen Sampling zustimmungsfrei zulässig ist, mag zweifelhaft sein, ist aber hier nicht zu entscheiden.

---

<sup>47</sup>

Amtliche Begründung in BT-Drs. IV/270, S. 34.

### **III. Ergebnis**

Die Verfassungsbeschwerde ist nach allem begründet.

- - -