

DER PASTICHE IM URHEBERRECHT

GUTACHTEN ÜBER EINE
URHEBERRECHTSSPEZIFISCHE DEFINITION DES
PASTICHE-BEGRIFFS NACH §51A UrhG

von Dr. jur Till Kreutzer
5. September 2022

Impressum

Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V.

Boyenstr. 41
10115 Berlin
Telefon 030 549 08 10 – 0
Fax 030 549 08 10 – 99
info@freiheitsrechte.org
PGP/GPG Key ID FA2C23A8

Kontoverbindung

IBAN: DE 88 4306 0967 1182 9121 00
BIC: GENODEM1GLS
GLS Gemeinschaftsbank eG

Vertreten durch den Vorstand des Vereins

Dr. Ulf Buermeyer, LL.M. (Columbia)
Prof. Dr. Nora Markard
Prof. Dr. Boris Burghardt
Eingetragen in das Vereinsregister des Amtsgerichts
Berlin-Charlottenburg unter VR 34505 B (Satzung)

V.i.S.d.P.

Malte Spitz
Boyenstr. 41
10115 Berlin

Autor

Dr. jur Till Kreuzer, [iRights.Law Rechtsanwälte](#)

Social Media

twitter.com/freiheitsrechte
facebook.com/freiheitsrechte
instagram.com/freiheitsrechte
youtube.com/gesellschaft-fur-freiheitsrechte

Grafik und Layout

Berty Luyeye-Mbuka
Bernhard Leitner

Diese Studie fällt unter die CC-BY Lizenz

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



INHALT

I. Executive Summary	4
II. Einführung	7
1) Entstehungsgeschichte und Wortlaut	7
2) Generelle Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 51a	7
3) Untersuchungsgegenstand und Gang der Darstellung.....	8
4) Vorbemerkung zur Herangehensweise.....	9
III. Normzweck	10
IV. Auslegung der Pastiche-Schranke	13
1) Anlehnung.....	14
2) Eigenständigkeit.....	15
a) Vorgabe der Gesetzesbegründung	15
b) Merkmale der Eigenständigkeit	16
c) Erforderliches Maß an Eigenständigkeit.....	17
d) Beurteilungsmaßstab und Feststellung im Prozess.....	18
e) Zusammenfassung zum Begriff der Eigenständigkeit	18
3. Innerer Zusammenhang	20
4. Veröffentlichte Werke	21
5. Definition des Pastiche	21
V. Interessenabwägung.....	22
1) EuGH und BGH: Obligatorische Interessenabwägung im Einzelfall bei Parodien	22
2) BVerfG und BGH: Grundsätzlich keine „freischwebende“ Interessen- oder Grundrechtsabwägung	24
3) Lösungsvorschlag.....	26
a) Funktion und Wortlaut des Drei-Stufen-Tests	27
b) 1. Stufe: Sonderfall	28
d) 3. Stufe: Ungebührliche Verletzung der Interessen des Rechteinhabers.....	30
VI. Abgrenzung zu anderen Tatbeständen	32
1) Abgrenzung zu Karikatur und Parodie.....	32
2) Abgrenzung zum Zitat gem. § 51	32
3) Abgrenzung zur freien Benutzung gem. § 23 Abs. 1 Satz 2 und zur Bearbeitung gem. § 23 Abs. 1 Satz 1.....	33
VII. Beweislastfragen.....	34
VIII. Schlussbemerkung	35

I. EXECUTIVE SUMMARY

Das Gutachten geht der Frage nach, wie der Begriff „Pastiche“ in § 51a des deutschen Urheberrechtsgesetzes (UrhG) zu definieren ist. Andere Untersuchungen, z. B. aus kulturhistorischer oder musikwissenschaftlicher Sicht, haben ergeben, dass der Begriff in verschiedenen Disziplinen und Sprachen zwar seit langer Zeit gebräuchlich ist, aber sehr unterschiedlich verstanden wird. Angesichts dessen ist ein allgemeiner Sprachgebrauch nicht festzustellen. Wesentlich für eine rechtliche – urheberrechtsspezifische – Auslegung sind daher die Intentionen, die der deutsche und europäische Gesetzgeber bei Einführung der Pastiche-Schranke verfolgt haben.

Die Pastiche-Schranke dient hiernach dem Schutz der Meinungs- und Kunstfreiheit sowie der sozialen Kommunikation. Sie gleicht die Interessen von Urheber:innen und Nutzer:innen aus und soll zudem – da die Erstellenden von Pastiche häufig selbst Kreativschaffende sein werden – die Belange verschiedener Kreativer in Einklang bringen.

Der deutsche Gesetzgeber hat den Pastiche-Begriff bewusst offen formuliert. Er gibt in den Gesetzesmaterialien deutlich zu verstehen, dass § 51a UrhG einen weiten und dynamischen Anwendungsbereich haben soll. Die Pastiche-Schranke dient dazu, übliche Kultur- und Kommunikationspraktiken im Netz zu legitimieren, v. a. User-Generated-Content und die Kommunikation in sozialen Netzwerken. Sie soll u. a. auf Remixes, Memes, GIFs, Mashups, Fan Art, Fan Fiction und Sampling angewendet werden.

Die Untersuchung der Gesetzesmaterialien ergibt weiterhin, dass der Gesetzgeber von einer Reihe von Tatbestandsmerkmalen ausgeht, die für die Erfüllung des Begriffs Pastiche und damit die Anwendung von § 51a UrhG konstitutiv sein sollen. Auf diesen basiert der hier unterbreitete Vorschlag für eine urheberrechtsspezifische Definition von „Pastiche“: „Ein Pastiche ist ein eigenständiges kulturelles und/oder kommunikatives Artefakt, das sich an die eigenschöpferischen Elemente veröffentlichter Werke Dritter anlehnt und sie erkennbar übernimmt.“

Zur Erklärung: Als Artefakt wird hier ein von Menschen erstelltes Erzeugnis in Form eines immateriellen Gegenstands verstanden. Ein solches kann ein Pastiche sein, wenn hierin bereits veröffentlichte fremde Werke oder Werkteile „übernommen“ bzw. entlehnt, also kopiert werden.¹ Auch Stilimitationen oder ähnlich abstrakte Anlehnungen werden zwar mitunter als Pastiche bezeichnet. Sie sind jedoch aus urheberrechtlicher Sicht – und damit für eine urheberrechtsspezifische Definition – nicht relevant.

Zentrales Merkmal der Definition ist die Eigenständigkeit. Ein kulturelles oder kommunikatives Artefakt ist eigenständig, wenn es trotz der Entlehnung(en) im Vergleich zum Quellmaterial eine eigene geistig-ästhetische Wirkung aufweist.² Diese kann sich in einem eigenen Sinngehalt (innerer Abstand) manifestieren, der sich von dem der Quellen unterscheidet, und/oder durch einen vom Quellmaterial sich unterscheidenden äußeren Gesamteindruck (äußerer Abstand). Vereinfacht ausgedrückt: Der Pastiche muss auf die Betrachterin anders wirken als die entlehnten Werke.

1 Siehe zu diesem Merkmal Abschnitt IV. 1).

2 Siehe zu diesem Merkmal Abschnitt IV. 2).

Zu innerem Abstand kommt es dabei beispielsweise bei Änderungen der Aussage (antithematische, z. B. satirische Nutzungen), durch Einfügung in einen anderen Sinnzusammenhang (z. B. bei Mash-ups) oder durch Rekontextualisierung (wie beim Meme). Äußerer Abstand liegt dagegen in der Formgebung also darin, dass das entlehnte Material mehr oder weniger stark bearbeitet wird. Er entsteht beispielsweise bei Transformationen in einen anderen Stil- oder eine andere Werkart (z. B. bei Remix oder Fan Fiction), bei der Zusammenstellung einer Mehrzahl unterschiedlicher Elemente (wie bei Collagen oder Mash-Ups) oder bei Übernahmen sehr kleiner Elemente in deutlich umfangreichere Eigenleistungen (wie beispielsweise beim Sampling).

Aus dem europarechtlichen Drei-Stufen-Test in Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-Richtlinie ergibt sich, dass die Anwendung der Pastiche-Schranke nicht zu unangemessenen, vom Gesetzgeber nicht intendierten, Einschränkungen der Interessen des Rechteinhaber führen darf.³ Konkret bedeutet dies zum einen, dass die Primärverwertung des Quellmaterials durch die Veröffentlichung und Verwertung eines Pastiche nicht eingeschränkt werden darf. Dies ist bei sinngemäßer Anwendung der vorgeschlagenen Pastiche-Definition in aller Regel gegeben.⁴ Zum anderen sind „Entstellungen“ des Quellmaterials unzulässig, die der Rechteinhaber aus urheberpersönlichen Gründen nicht hinnehmen muss. Ob dies der Fall ist, muss in relevanten (Sonder-)Fällen im Rahmen einer Interessenabwägung untersucht werden.

Die konkrete Anwendung der Pastiche-Schranke und der o. g. Definition orientiert sich am Einzelfall. Der urheberrechtsspezifische Pastiche-Begriff wird erwartungsgemäß auf viele (aber nicht alle) Publikationen der Genres zutreffen, die in der deutschen Gesetzesbegründung genannt werden (Remixes, Memes, GIFs, Mashups, Fan Art, Fan Fiction und Sampling). Hierfür oder hiergegen sprechen (abstrakt betrachtet) die folgenden Argumente:

- Durch die Kombination von fremdem Bild und eigenem Text zu einem Meme oder GIF wird häufig ein antithematischer Bezug hergestellt, der Eigenart begründet. Die Primärverwertung des Bildes wird aufgrund des inneren Abstands in aller Regel nicht beeinträchtigt, sondern eher befördert werden.
- Remixes bei denen lediglich ein Musikstück vollständig in einen anderen Stil oder eine andere Tonart überführt wird, wird es in der Regel an einer hinreichenden Eigenart fehlen. Auch ein innerer Abstand (z. B. eine antithematische Auseinandersetzung) wird hier zumeist nicht vorliegen. Gleiches gilt – umso mehr – für Coverversionen.
- Mash-ups werden als Video- oder Musikcollagen jedenfalls dann hinreichende Eigenständigkeit aufweisen, wenn sie aus einer Mehrzahl von Quellen zusammengesetzt sind. Gleiches wird in der Regel auch für sog. Bastard Pop gelten, bei dem zwei oder mehr – in der Regel sehr unterschiedliche – Musikstücke zusammengeschnitten und synchronisiert werden. Umso größer wird die Eigenständigkeit im Zweifel, wenn dem gemashten Quellmaterial noch eigene Leistungen (z. B. Video- oder Tonmaterial) hinzugefügt werden. Diese Formen transformativer Nutzung ersetzen in aller Regel nicht den Genuss des Quellmaterials und greifen nicht in die Primärverwertung ein, sondern regen eher zu dessen Nutzung an.
- Besteht eine Bildcollage lediglich aus einer Kombination vollständiger Werke derselben Künstlerin, wird sie im Zweifel von den eigenschöpferischen Merkmalen der Quellen vorrangig geprägt. Es fehlt ihr dann an „Eigenständigkeit“, wodurch die Gefahr von Eingriffen in die Primärverwertung entsteht. Dagegen kann bei einer Kombination vieler kleiner Auszüge aus Werken derselben Künstlerin ein sehr eigenständiger Gesamt-

3 Siehe zu diesem Aspekt Abschnitt V. 3).

4 Siehe hierzu Abschnitt V. 3) c).

eindruck erzeugt werden. Gravierende Eingriffe in dessen wirtschaftliche Interessen (Verringerung der Absatzmöglichkeiten etc.) sind hier nicht zu erwarten.

- Von Nutzer:innen gestaltete Fan Art oder Fan Fiction wird als solche häufig deutlich erkennbar sein, weil hier aus der Zusammensetzung vorbestehender Elemente eigenständige Inhalte geschaffen werden. Dies wird sich in der Regel wirtschaftlich eher positiv auf die Erwerbsmöglichkeiten am Quellmaterial auswirken.
- Lip-Sync-, Karaoke- oder Fan-Videos, bei denen vollständige Musikstücke oder Filmsequenzen lediglich neu synchronisiert, mit eigenen Untertiteln versehen oder vom Nutzer intoniert werden, wird es in der Regel an der für einen Pastiche erforderlichen Eigenständigkeit fehlen. Gleiches gilt für Home-Videos, in denen geschützte Musik im Hintergrund läuft.
- Sampling wird in aller Regel unter den Pastiche-Begriff fallen. Samples sind zumeist sehr kurze Auszüge, die in Musikstücke mit einem eigenständigen Ausdruck integriert werden. Sie schmälern die Absatzmöglichkeiten am Quellmaterial nicht.

II. EINFÜHRUNG

1) ENTSTEHUNGSGESCHICHTE UND WORTLAUT

Im Zuge der Umsetzung der DSM-Richtlinie⁵ hat der deutsche Gesetzgeber mit Wirkung vom 7. Juni 2021 den neuen § 51a UrhG⁶ eingeführt. Er ist Teil des sog. „DSM-UrhR-AnpG“⁷ und basiert auf Art. 5 Abs. 3 (k) der InfoSoc-Richtlinie.⁸ Die neue Regelung lautet wie folgt:

§ 51a Karikatur, Parodie und Pastiche

Zulässig ist die Vervielfältigung, die Verbreitung und die öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes zum Zweck der Karikatur, der Parodie und des Pastiches. Die Befugnis nach Satz 1 umfasst die Nutzung einer Abbildung oder sonstigen Vervielfältigung des genutzten Werkes, auch wenn diese selbst durch ein Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht geschützt ist.

Die wesentliche Neuerung dieser Regelung liegt in der Einführung einer Schrankenbestimmung für den Pastiche. Gesetzliche Nutzungsfreiheiten in Bezug auf Karikaturen und Parodien hatte die Rechtsprechung schon zuvor anerkannt. Sie wurden aus dem alten § 24 UrhG abgeleitet.⁹ Der BGH hatte jedoch abgelehnt, der alten Rechtslage eine Pastiche-Schranke zu entnehmen.¹⁰ Da der alte § 24 aufgrund der Rechtsprechung des EuGH gestrichen werden musste, war eine neue Schranke für Karikatur, Parodie und Pastiche einzuführen. Eine solche ist nunmehr, aufgrund der Vorgabe in Art. 17 Abs. 7 Unterabsatz 2 lit. b der DSM-Richtlinie, zwingend im nationalen Recht vorzusehen.¹¹

2) GENERELLE VORAUSSETZUNGEN UND RECHTSFOLGEN DES § 51A

Greift § 51a, werden sehr weit reichende Nutzungsmöglichkeiten eröffnet. Karikaturen, Parodien und Pastiches können von der Erstellerin auf jede Weise und zu jedem Zweck genutzt werden. Es darf jede Art von Werk nachgenutzt werden, gleich ob in Teilen oder vollständig.¹² Welche Intention mit der Nachnutzung verfolgt wird, ist grundsätzlich unerheblich. Den Pasticheur können Humor oder Anerkennung leiten oder

5 Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG.

6 Sämtliche Paragrafenangaben beziehen sich auf das Urheberrechtsgesetz (UrhG), soweit nicht anders angegeben.

7 Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes vom 31. Mai 2021 (BGBl. 2021 I S. 1204).

8 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

9 Da dieser durch das DSM-UrhR-AnpG gestrichen wurde, bedurfte es verschiedener Neuregelungen, s. Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/27426, S. 89.

10 BGH GRUR 2020, 843, Rn. 65 – Metall auf Metall IV.

11 Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/27426, S. 89; Stieper GRUR 2020, 792, 793.

12 Das ergibt sich unmittelbar bereits aus dem Wortlaut des § 51a: „Zulässig ist die Vervielfältigung, die Verbreitung und die öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes [...]“

einfach die Faszination am Spiel mit dem Material.¹³ Der Pastiche kann künstlerischen oder funktionalen Zwecken dienen, etwa um eine Meinung zu illustrieren oder eine These zu einer Auseinandersetzung mit einem Thema zu unterstreichen.¹⁴ Der Pasticheur kann kommerzielle Interessen verfolgen¹⁵ oder lediglich kommunizieren wollen, er kann Profi oder Laie sein.¹⁶ Kurzum: *Wer* die Nutzung vornimmt und *wozu* die anlehrende Nutzung¹⁷ dienen soll (kommerzielle oder nicht kommerzielle Verwertung, private Nutzung oder Veröffentlichung usw.), ist nicht relevant für die Anwendbarkeit des § 51a. Ebenso wenig die Qualität der anlehrenden Nutzung: Weder muss es sich hierbei um ein urheberrechtlich geschütztes Werk handeln¹⁸ noch um Kunst. Auch laienhafte Alltagskultur und -kommunikation unterliegt den Freiheitsgrundrechten, denen durch § 51a Raum gegeben werden soll.¹⁹ Im Übrigen müssen keine Quellen angegeben werden (§ 63 Abs. 1) und Änderungen sind zulässig, soweit es der Benutzungszweck erfordert (§ 62 Abs. 4a).

Nutzungshandlungen nach § 51a sind vergütungsfrei, allerdings müssen Dienstanbieter eine gesetzliche Vergütung zahlen, wenn Karikaturen, Parodien oder Pastiches auf einer Content-Plattform im Sinne des § 2 Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes (UrhDaG) öffentlich wiedergegeben werden (§ 5 Abs. 2 UrhDaG).

Angesichts der Reichweite der Schrankenbestimmung kommt es zur Eingrenzung des Anwendungsbereichs entscheidend auf die Definition des Begriffs „Pastiche“ an. Dem soll im Weiteren nachgegangen werden

3) UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND UND GANG DER DARSTELLUNG

Konkret widmet sich diese Untersuchung der Frage, wie der Begriff „Pastiche“ aus Sicht des deutschen und europäischen Urheberrechts zu verstehen ist und welche Merkmale eine Nutzung aufweisen muss, um als Pastiche gelten zu können. Es werden Kriterien für die Auslegung erarbeitet, die die Rechtsanwendung erleichtern sollen.

Diese Analyse erfordert, rechtliches Neuland zu beschreiten. Der Begriff „Pastiche“ war im deutschen Urheberrecht bislang nicht vorgesehen und entsprechend auch nicht Gegenstand höchstgerichtlicher Interpretationen.²⁰ Auch der EuGH hat hierüber noch nicht entschieden, obgleich in manchen Mitgliedstaaten Pastiche-Schranken zum Teil schon seit langer Zeit existieren.²¹

Das Gutachten fokussiert sich im Wesentlichen auf eine Auswertung der Gesetzgebungsmaterialien. Hierzu

13 Ortland, ZGE 2022, 1 (33).

14 Hieran zeigt sich eine deutliche Schnittmenge zum Zitatrecht, siehe zur Abgrenzung unten VI. 2).

15 Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/27426, S. 90. Erfasst werden also sowohl private als auch professionelle Nutzer:innen. Ob Vermarktungsinteressen bestehen kann jedoch für die Interessenabwägung relevant sein, die bei der Prüfung der 3. Stufe des Drei-Stufen-Tests vorzunehmen ist (siehe u. V. 3) d)).

16 Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/27426, S. 90.

17 Mit „anlehrende Nutzung“ soll im Folgenden in Einklang mit der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 19/27426, S. 89) das Ergebnis der Nachnutzung (also die jeweilige Parodie, Karikatur oder der Pastiche) bezeichnet werden. Da es sich bei hierbei nicht zwingend um ein urheberrechtlich geschütztes „Werk“ handelt, wäre Begriffe wie „nachschaffendes oder transformatives Werk“ zu eng.

18 Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/27426, 90. Insofern unterscheiden sich die Anforderungen des § 51a von denen, die die Rechtsprechung für z. B. Parodien nach § 24 aufgestellt hat. Diese Änderung war aufgrund der EuGH-Rechtsprechung im Fall „Deckmyn“ (C-201/13, Rn. 21) vorzunehmen.

19 Ortland, ZGE 2022, 1 (31).

20 Seit Einführung des § 51a sind allerdings erste Entscheidungen von Untergerichten getroffen worden, etwa LG Berlin GRUR-RS 2021, 48603; HansOLG GRUR-RS 2022, 9866 – Metall auf Metall II; LG München I GRUR-RS 2022, 13963.

21 Döhl, ZGE 2020, 380 (381).

zählen v. a. die Gesetzesbegründung zum DSM-UrhR-AnpG sowie die DSM- und InfoSoc-Richtlinie nebst ihrer Erwägungsgründe. Eine ausführliche etymologische oder semantische Begriffsanalyse wird hier nicht vorgenommen.²² Nicht im Fokus stehen zudem rechtshistorische Analysen (v. a. zur alten Rechtslage nach § 24) und Überlegungen zu den anderen Tatbeständen des § 51a (Parodien und Karikaturen). Solche Themen werden lediglich angesprochen, soweit es für die Untersuchung erforderlich erscheint.

Im Anschluss an diese Einführung erfolgt in Teil III eine Untersuchung des Normzwecks, wie er vom deutschen und europäischen Gesetzgeber intendiert wurde. Hieraus ergeben sich die für die in Teil IV erfolgende Auslegung der Pastiche-Schranke wesentlichen Erwägungsgrundlagen. Der Abschnitt mündet in einem Definitionsversuch des Begriffs „Pastiche“. Der anschließende Teil V widmet sich der Frage, ob die Auslegungsergebnisse generell oder in Ausnahmefällen einer Interessenabwägung unterzogen werden müssen. In Teil VI finden sich Gedanken zur Abgrenzung der Pastiche-Schranke zu den anderen Tatbeständen des § 51a (Karikatur und Parodie) sowie zum Zitatrecht und zur freien Benutzung. In Teil VII werden Fragen der Beweislast untersucht und in Abschnitt VIII findet sich eine Schlussbemerkung.

4) VORBEMERKUNG ZUR HERANGEHENSWEISE

Die Untersuchung dient dazu, möglichst praxistaugliche Kriterien zur Auslegung der Pastiche-Schranke in § 51a herauszuarbeiten. Ein Versuch, den Begriff „Pastiche“ einer präzisen Begriffsauslegung zu unterziehen, scheint auf diesem Weg nicht weiterführend. Hiermit haben sich bereits profunde Untersuchungen beschäftigt, auf die hier verwiesen werden kann.²³ Sie haben letztlich ergeben, dass der Begriff multidisziplinär verwendet und sehr unterschiedlich verstanden wird.²⁴

Zwar ist der gewöhnliche (Fach-)Sprachgebrauch bei der Auslegung von Gesetzen besonders zu berücksichtigen.²⁵ Bei einem derart vieldeutigen Begriff wie Pastiche führt dies jedoch nicht weiter. Ohnehin ist „die Bedeutung und Tragweite dieses Begriffs nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs entsprechend seinem Sinn nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zu bestimmen, wobei zu berücksichtigen ist, in welchem Zusammenhang er verwendet wird und welche Ziele mit der Richtlinie verfolgt werden“.²⁶ Es gilt also, eine urheberrechtsspezifische Bedeutung des Begriffs „Pastiche“ herauszuarbeiten, die sich mit den Zielen von deutschem Urheberrecht und InfoSoc-Richtlinie deckt.

Im Vordergrund dieser Analyse stehen daher Sinn und Zweck des § 51a, wie sie sich angesichts der Willensäußerungen des Gesetzgebers darstellen. Die hierfür wichtigste Quelle sind die Gesetzesbegründung zum DSM-UrhR-AnpG sowie die Erwägungsgründe der DSM- und der InfoSoc-Richtlinie.

22 Siehe hierzu sogleich II. 4).

23 Siehe beispielsweise Döhl, ZGE 2020, 380 (381); Petri in Fischer/Nolte/Senftleben/Specht-Riemenschneider (Hrsg.), Gestaltung der Informationsrechtsordnung – FS für Thomas Dreier, 487 (489 ff.); Ortland, ZGE 2022, 1 ff. Siehe weiterhin Hudson, Intellectual Property Quarterly, 2017(4), 346-368.

24 Siehe Ortland, ZGE 2022, 1 (29 f.), der nach seiner ausgiebigen Analyse des Pastiche-Begriffs in 17 verschiedenen europäischen Sprachen folgenden Schluss zieht: „Eine Entscheidung darüber, ob nun Nachahmungen jeder Art, möglicherweise einschließlich täuschend ähnlicher Imitationen bzw. Kopien, bewusst verfremdende Stilisierungen und/oder auch Collagen, Medleys, Mashups, Sampling- oder Remix-Kompositionen als durch die richtlinienkonformen Schrankenregelungen privilegierter Verwendungszweck gemeint sind, kann aus dem Wortlaut der maßgeblichen Rechtsakte „nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch“ allein nicht abgeleitet werden, der immerhin für jede dieser Auslegungen eine mehr oder weniger breite Grundlage bietet.“

25 EuGH GRUR 2014, 972 (Rn. 19) – Deckmyn.; Döhl, ZGE 2020, 380, 425.

26 EuGH GRUR 2014, 972 (Rn. 19) – Deckmyn. Hervorhebungen in direkten Zitaten wurden vom Verfasser hinzugefügt.

III. NORMZWECK

Die Erwägungsgründe der DSM-Richtlinie²⁷ sowie die Gesetzesmaterialien zum DSM-UrhR-AnpG enthalten allerhand Hinweise auf Intention und Ratio der Pastiche-Schranke. Diese Erwägungen sind für deren Auslegung – wie ganz allgemein bei der Auslegung von gesetzlichen Nutzungserlaubnissen – von besonderer Bedeutung, auch wenn sie nicht Teil des Gesetzestextes sind.²⁸

In Erwägungsgrund 70 der DSM-Richtlinie wird die besondere Bedeutung einer Schrankenbestimmung für Kultur- und Kommunikationspraktiken hervorgehoben, die v. a. im Netz, bei User-Generated-Content, üblich sind. Er lautet:

„Maßnahmen, die Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten in Zusammenarbeit mit Rechteinhabern ergreifen, sollten die Anwendung der Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte, insbesondere derjenigen, die das Recht der Nutzer auf freie Meinungsäußerung gewährleisten, nicht beeinträchtigen. Nutzer sollten Inhalte, die von Nutzern generiert wurden, zu Zwecken des Zitierens, der Kritik, Rezension, Karikatur, Parodie oder Pastiche hochladen dürfen. Das ist besonders wichtig, um ein Gleichgewicht zwischen den in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerten Grundrechten (im Folgenden „Charta“), insbesondere dem Recht auf freie Meinungsäußerung und der Freiheit der Kunst, und dem Eigentumsrecht, auch betreffend das geistige Eigentum, zu schaffen. Diese Ausnahmen und Beschränkungen sollten deshalb verpflichtend gelten, um sicherzustellen, dass Nutzer in der gesamten Union einheitlichen Schutz erhalten.“

Dass der EU-Gesetzgeber der Schrankenbestimmung für Karikaturen, Parodien und Pastiche (neuerdings) große Bedeutung beimisst, wird durch den Umstand unterstrichen, dass sie durch Art. 17 Abs. 7 UA 2 lit. a) der DSM-Richtlinie (s. hierzu den letzten Satz des oben zitierten EG 70) für obligatorisch erklärt wurde.²⁹ Damit wurde der ursprünglich fakultative Art. 5 Abs. 3 lit. k) der InfoSoc-Richtlinie in den Rang einer der seltenen verbindlichen EU-Schrankenbestimmungen befördert.³⁰ Folgerichtig bezeichnet nunmehr auch der EuGH die Schrankenbestimmungen („Ausnahmen und Beschränkungen vom Urheberrecht“) als „Rechte zugunsten der Nutzer von Werken oder anderen Schutzgegenständen“.³¹

Auch die deutsche Gesetzesbegründung verweist auf Erwägungsgrund 70 der DSM-Richtlinie. Auch hier nach soll § 51a v. a. dazu dienen, einen Ausgleich der Interessen der Rechteinhaber und der Nutzer:innen bzw. anderer Kreativer herzustellen.³² In Bezug auf Letztere solle v. a. der Schutz von Meinungs- und Kunstfreiheit sowie der sozialen Kommunikation³³ abgesichert werden. Zusammengefasst „kommt der Schrankenregelung des § 51a UrhG n.F. die Funktion zu, kreatives Schaffen auf Grundlage des Vorbestehenden als

27 Die InfoSoc-Richtlinie enthält dagegen keinen speziellen Erwägungsgrund bzgl. der Schrankenbestimmung zu Karikaturen, Parodien und Pastiche in Art. 5 Abs. 3 lit. k).

28 Dreier in Dreier/Schulze, UrhG, 7. Auflage 2022, vor §§ 44a ff., Rn. 7a.

29 So sieht es auch der deutsche Gesetzgeber, siehe BT-Drs. 19/27426, 90.

30 Art. 5 Abs. 3 lit. k) (für Karikaturen, Parodien und Pastiche), Art. 5 Abs. 1 (für flüchtige Vervielfältigungen) und Art. 5 Abs. 3 lit. d) (für Zitate, Kritik und Rezensionen – auch dieser wurde durch Art. 17 Abs. 7 DSM-Richtlinie für obligatorisch erklärt) sind die einzigen obligatorischen gesetzlichen Nutzungsfreiheit der InfoSoc-Richtlinie.

31 EuZW 2022, 458 (Rn. 87) – Vereinbarkeit von Uploadfilter und Meinungsfreiheit.

32 BT-Drs. 19/27426, S. 91.

33 BT-Drs. 19/27426, S. 2.

Ausfluss der Kunst- und Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 GG bzw. Art. 11 und 13 EU-GrCh zu ermöglichen und somit einen Ausgleich zwischen Kreativen herzustellen.“³⁴

Die Gesetzesbegründung³⁵ konkretisiert diesen Grundansatz weiter wie folgt:

„Aufgabe des § 51a UrhG-E ist es zum einen, „klassische“ Nutzungen rechtlich abzusichern, etwa die politische Karikatur in Pressemedien, eine Parodie in einer satirischen Fernsehsendung oder einen literarischen Pastiche. Zugleich können auch moderne Formen transformativer Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte insbesondere im digitalen Umfeld unter die Begriffe der Karikatur, der Parodie oder des Pastiche gefasst werden.“³⁶ [...]

Demnach gestattet insbesondere der Pastiche, nach § 5 Absatz 1 Nummer 2 UrhDaG-E bestimmte nutzergenerierte Inhalte (UGC) gesetzlich zu erlauben, die nicht als Parodie oder Karikatur zu klassifizieren sind, und bei denen im Rahmen der Abwägung von Rechten und Interessen der Urheber und der Nutzer ein angemessener Ausgleich gewahrt bleibt. Zitierende, imitierende und anlehrende Kulturtechniken sind ein prägendes Element der Intertextualität und des zeitgemäßen kulturellen Schaffens und der Kommunikation im „Social Web“. Hierbei ist insbesondere an Praktiken wie Remix, Meme, GIF, Mashup, Fan Art, Fan Fiction oder Sampling zu denken.“³⁷ [...]

„Nach dem Wortlaut von Artikel 17 Absatz 7 DSM-RL sollen die Bestimmungen es den Nutzern ermöglichen, nutzergenerierte Inhalte („User Generated Content“; UGC) hochzuladen und zu teilen. Ausweislich ErwG 70 Unterabsatz 1 Satz 4 DSMRL soll dabei insbesondere die Meinungs- und Kunstfreiheit der Nutzer geschützt werden. Vor diesem Hintergrund erscheint es angezeigt, diese „klassischen“ Urheberrechtsschranken im Lichte aktueller sozialer Praktiken der kreativen Auseinandersetzung mit vorbestehenden Inhalten (etwa die soziale Praxis der „Memes“) zu interpretieren.“³⁸

Der Gesetzgeber macht damit deutlich, dass mit § 51a eine Vielzahl von modernen Kommunikations- und Kulturpraktiken legitimiert werden sollen. Dies soll auch und v. a. für internetspezifische Verhaltensphänomene gelten, die vornehmlich von Prosumern praktiziert werden. Damit wird darauf Rücksicht genommen, dass gerade im Online-Bereich, zumal bei User-Generated-Content (UGC), sehr häufig auf vorbestehende urheberrechtlich geschützte Inhalte zurückgegriffen wird. Dabei entstehen ständig neue Formen kultureller Auseinandersetzung und kommunikativer Formate, die bei der Ausübung der Grundrechte für Bürger:innen häufig von großer Bedeutung sind. Um sie urheberrechtlich zu ermöglichen bedarf es einer gesetzlichen Nutzungserlaubnis, da es den Nutzer:innen unmöglich wäre, die erforderlichen Rechte individuell zu klären. Eine Schrankenbestimmung, die diesen Anforderungen gerecht werden soll, muss offen ausgestaltet sein, damit sie mit der rasanten Entwicklung von Kultur- und Kommunikationspraktiken sowie der technischen Entwicklung Schritt halten kann.

Diese Ziele werden durch den Gesetzestext des § 51a sowie dessen oben zitierte Begründung deutlich reflektiert. Die Begriffe Karikatur, Parodie und Pastiche werden sehr offen gehalten. Die Schrankenbestimmung differenziert nicht zwischen Werkarten, Nutzerkategorien oder Nutzungszwecken. Es gibt keine Be-

34 So BeckOK Urheberrecht/Lauber-Rönsberg, 35. Edition Stand: 15.07.2022, § 51a, Rn. 17; HansOLG GRUR-RS 2022, 9866 (Rn. 71) – Metall auf Metall II.

35 BT-Drs. 19/27426, S. 90.

36 Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/27426, S. 89.

37 Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/27426, S. 91.

38 Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/27426, S. 135.

schränkung hinsichtlich des Umfangs der Werkübernahme³⁹ und keine Anforderungen an die Qualität oder Schutzfähigkeit des nachnutzenden Pastiches. Die Quellenangabepflicht und das Änderungsverbot gelten hier nicht, um die Nutzungsfreiheiten nicht zu behindern. Die Begründung selbst nennt zwar eine ganze Reihe aktueller Kultur- und Kommunikationspraktiken, die unter den Begriff Pastiche fallen können, zählt diese aber nur beispielhaft auf. Hieran zeigt sich sehr klar, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der Pastiche-Schranke sehr weit verstanden haben möchte.⁴⁰

Auch die EU-Kommission sieht in den Art. 17 Abs. 7 DSM-Richtlinie und Art. 5 Abs. 3 lit. k) InfoSoc-Richtlinie große Bedeutung für die Legitimierung von User-Generated-Content. Auf einer Webseite mit Fragen und Antworten zur DSM-RL heißt es:⁴¹

“Will the Copyright Directive prevent users from expressing themselves on in the same way as now? Will memes and GIFs be banned?”

No. Uploading memes and other content generated by users for purposes of quotation, criticism, review, caricature, parody and pastiche (like GIFs or similar) will be specifically allowed. Users will be able to continue to upload such content online, but the new rules will bring clarity in this respect and will apply in all EU Member States.”

39 Anders als beispielsweise § 60a sind in § 51a keine prozentualen Begrenzungen vorgesehen. Auch ganze Werke können daher nachgenutzt werden.

40 So auch BeckOK Urheberrecht/Lauber-Rönsberg, 35. Edition Stand: 15.07.2022, § 51a, Rn. 17; Döhl (wenn auch kritisch), ZGE 2020, 380 (383).

41 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_19_1849.

IV. AUSLEGUNG DER PASTICHE-SCHRANKE

Nach dem EuGH gilt für die Auslegung urheberrechtlicher Begriffe, die in den Richtlinien nicht näher definiert sind, folgende Formel (hier am Beispiel der Parodie):

„Da der Begriff der Parodie in der RL 2001/29 nicht definiert ist, ist die Bedeutung und Tragweite dieses Begriffs nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs entsprechend seinem Sinn **nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch** zu bestimmen, wobei zu **berücksichtigen** ist, in **welchem Zusammenhang er verwendet wird** und **welche Ziele mit der Regelung** verfolgt werden, zu der er gehört.“⁴²

Entscheidend ist hiernach – soweit vorhanden – der gewöhnliche Sprachgebrauch unter Einbeziehung von Systematik und Telos der Norm, in der der Begriff verwendet wird. Anders ausgedrückt gilt es, den Begriff urheberrechtsspezifisch zu definieren.

Wie oben dargestellt, ist der Begriff „Pastiche“ in seinem allgemeinen Sprachgebrauch vieldeutig und damit weitgehend konturlos⁴³. Da er im deutschen Urheberrecht keine Tradition hat und in der Rechtsprechung bislang kaum vorgekommen ist, ergeben sich auch hieraus keine weitergehenden Erkenntnisse für eine Auslegung des Wortlauts. Ein einheitlicher „gewöhnlicher Sprachgebrauch“ ist insofern nicht festzustellen.

Für die hier vorzunehmende urheberrechtsspezifische Auslegung ist daher die Frage von entscheidender Bedeutung, was der Gesetzgeber mit dem Begriff im Rahmen des § 51a bezweckt und wie er ihn verstanden wissen will. Da es sich bei „Pastiche“ um einen Begriff des europäischen Urheberrechts handelt, der in der Union einheitlich ausgelegt werden muss,⁴⁴ wären hierbei die Erwägungen der InfoSoc- und DSM-Richtlinie und die Rechtsprechung des EuGH an sich zu berücksichtigen. Allerdings enthalten InfoSoc- und DSM-Richtlinie keinerlei Konkretisierungen des Pastiche-Begriffs und auch der EuGH hat hierüber bislang nicht entschieden.⁴⁵ Insofern ist jedenfalls festzustellen, dass für die Interpretation des Pastiche-Begriffs in § 51a momentan keine zwingenden europäischen Vorgaben bestehen. Wie der EuGH diesen letztlich auslegt, ist derzeit noch völlig offen. Insofern ist die deutsche Gesetzesbegründung die maßgebliche Leitlinie.⁴⁶

⁴² EuGH GRUR 2014, 972 (Rn. 19) – Deckmyn.

⁴³ Siehe oben Abschnitt I

⁴⁴ Siehe zur Eigenschaft der Tatbestände des Art. 5 Abs. 3 lit. k) InfoSoc-Richtlinie als autonome Rechtsbegriffe des Unionsrechts unten V. 1). Der EuGH (GRUR 2014, 972 (Rn. 17) – Deckmyn hat zwar bislang nicht über die diesbezügliche Eigenschaft des Pastiche-Begriffs entschieden, sondern in der genannten Entscheidung lediglich zum Begriff der Parodie. Es sind aber keine Anhaltspunkte ersichtlich, warum die Parodie in Bezug auf die Frage der europäisch einheitlichen Auslegung anders einzuordnen sein sollte als Karikatur und Pastiche.

⁴⁵ Wenn auch das EU-Recht daher bislang in Bezug auf die begriffliche Auslegung der Pastische-Schranke unergiebig ist, stimmen doch die Intentionen, wie sie in der DSM-Richtlinie und in der deutschen Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebracht wurden, deutlich überein. In beiden Gesetzesmaterialien wird klar der Wille zum Ausdruck gebracht, dass über die Schrankenbestimmung zu Karikatur, Parodie und Pastiche (sowie das Zitatrecht) auch und v. a. Nutzeräußerungen im Online-Bereich („User-Generated-Content“) weitergehend ermöglicht werden sollen. Dies wird unisono als elementar für den Schutz der Meinungs- und Kunstfreiheit angesehen (s. o. Abschnitt III). Die Ziele des europäischen und deutschen Gesetzgebers gehen also konform.

⁴⁶ Ob es darüber hinaus zum Erkenntnisgewinn beiträgt, die Regelungen in anderen Mitgliedsstaaten einer vergleichenden Analyse zu unterziehen (so Döhl, ZGE 2020, 380 (407 ff.)), mag dahinstehen. Zwingende Präzedenzen für die letztlich entscheidende Auslegung durch den EuGH ergeben sich hieraus jedenfalls nicht. Dies schon von daher, als die Pastische-Schranke im Lichte der DSM-Richtlinie angesichts ihrer Aufwertung zur obligatorischen Schranke (s. o.) neu interpretiert werden muss und die sporadischen Umsetzungen der anderen Mitgliedsstaaten ersichtlich sämtlich vor deren Verabschiedung erfolgt sind (siehe Döhl, 408). Im Übrigen ergibt die Analyse dieser bereits existierenden Lösungen ebenfalls kein homogenes Bild und führt damit nicht wirklich weiter (siehe hierzu ebenfalls Döhl, S. 408 ff.).

Diese enthält diesbezüglich eine Reihe von Hinweisen.⁴⁷ Nachstehend werden hieraus die Merkmale abgeleitet, die ein Inhalt aufweisen muss, um als Pastiche gem. § 51a zu gelten.

1) ANLEHNUNG

Nach der Gesetzesbegründung lehnt sich ein Pastiche an vorbestehende Werke an. Hierin heißt es:

„Den gesetzlich erlaubten anlehnenden Nutzungen nach § 51a UrhG-E ist gemein, dass sie an ein oder mehrere vorbestehende Werke erinnern. [...] Allerdings ist der Stil als solcher urheberrechtlich nicht geschützt. Insofern bedarf es keiner Schranke des Urheberrechts. Deshalb erlaubt der Pastiche im Kontext des Artikels 5 Absatz 3 Buchstabe k InfoSoc-RL über die Imitation des Stils hinaus grundsätzlich auch die urheberrechtlich relevante Übernahme fremder Werke oder Werkteile.“⁴⁸

Auch der EuGH umschreibt den Aspekt der Anlehnung damit, dass die anlehnende Nutzung (dort ging es um eine Parodie) „an ein bestehendes Werk erinnert“.⁴⁹

Karikaturen, Parodien und Pastiches lehnen sich also an vorbestehende Werke an und machen die Bezüge deutlich. Dies kann auf vielerlei Art geschehen, beispielsweise dadurch, dass fremde Werke oder Werkteile in die anlehnende Nutzung integriert werden oder dass der Stil nachgeahmt oder Stilmittel übernommen werden. Im Rahmen der gebotenen urheberrechtsspezifischen Auslegung des in § 51a UrhG verwendeten Pastiche-Begriffs ist der Definitionsraum jedoch enger. Aus dieser Sicht sind Maßnahmen der „Anlehnung“ nur Nutzungshandlungen, die unter das urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrecht fallen. Auf reine Stilimitationen oder ähnlich abstrakte „Anlehnungen“ trifft das nicht zu, da sie den Schutzbereich des Urheberrechts nicht tangieren.⁵⁰

Insofern ist in diesem Zusammenhang das Tatbestandsmerkmal der Anlehnung zu definieren als „Übernahme eigenschöpferischer Elemente eines oder mehrerer vorbestehender Werke“.⁵¹ Ob eines oder mehrere Werke verwendet werden bzw. ob diese von einem oder mehreren Urheber:innen stammen, ist unerheblich.⁵²

47 BT-Drs. 19/27426, S. 89 ff.

48 BT-Drs. 19/27426, S. 90 und 91.

49 GRUR 2014, 972 (Rn. 20) – Deckmyn.

50 Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/27426, S. 91. Hier zeigt sich bereits, dass der vage allgemeine Wortsinn – nach dem Stilimitation durchaus als Pastiches bezeichnet werden (Ortland ZGE 2022, 1 (31 ff.) – von der urheberrechtsspezifischen Bedeutung abweicht.

51 Ähnlich Stieper, GRUR 2020, 792 (797); ders. ZUM 2019, 713 (720).

52 So auch European Copyright Society (ECS) Jipitec 2020, 115 (Rn. 44). Dies diskutiert Dreier/Schulze, UrhG/Dreier, 7. Auflage 2022, § 51a, Rn. 20, allerdings ohne ersichtlichen Grund (auch Dreier stimmt dem im Ergebnis zu). Den Gesetzesmaterialien ist kein Hinweis dahingehend zu entnehmen, dass mit Pastiche nicht auch Formen des kreativen Umgangs mit vorbestehendem Material gemeint sind, bei den mehrere Quellen, auch von mehreren Autoren, verwendet werden. Im Gegenteil spricht hierfür deutlich die Nennung von Memes und Mashups als Fallbeispiele für Pastiches in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 19/27426, S. 91) oder auch der EU-Kommission (s. o. Abschnitt III.). So werden Mashups beispielsweise wie folgt definiert: „Mashup wiederum bezeichnet begrifflich sehr unterschiedliche kompositorische Formen musikalischer Aneignung, die lediglich eint, dass es immer um eine vertikale, d. h. gleichzeitige Gegenüberstellung von musikalischem Material aus voneinander verschiedenen Quellen geht.“ (Döhl, ZUM 2020, 740 (745)). So auch v. Gehlen (Mashup, Berlin 2011, 206): „Im Bereich der Internet-Entwicklung wird der Begriff Mashup (vom englischen to mash, vermischen) auch für die Neukombination von Inhalten und Techniken unterschiedlicher Anbieter benutzt.“ Auch Memes bestehen in der Regel in einer Kombination verschiedener Quellen und eigenen Bestandteilen (beispielsweise Bild und Text oder auch Musik und Bild, s. etwa: <https://knowyourmeme.com/memes/catjam-vibing-cat/>).

Das Merkmal wird regelmäßig⁵³ in allen der in der Gesetzesbegründung⁵⁴ genannten Gattungen referenzieller Praktiken (Remix, Meme, GIF, Mashup, Fan Art, Fan Fiction, Sampling) erfüllt sein. Denn all diesen ist – soweit sie urheberrechtlich überhaupt relevant sind – gemein, dass ihre Erschaffenden mit vorbestehendem Material spielen und/oder sich hiermit auseinandersetzen und es in diesem Zuge entlehnen.

2) EIGENSTÄNDIGKEIT

a) Vorgabe der Gesetzesbegründung

Nach der Gesetzesbegründung müssen anlehrende Nutzungen gem. § 51a „in Abgrenzung zum (urheberrechtlich unzulässigen) Plagiat [...] wahrnehmbare Unterschiede zum Originalwerk aufweisen“.⁵⁵

Der Gesetzgeber hat nicht genauer erläutert, was er unter einem „wahrnehmbaren Unterschied“ versteht⁵⁶. Der Wortlaut der Gesetzesbegründung lässt jedoch darauf schließen, dass an die Unterschiede keine großen Anforderungen gestellt werden müssen. Ansonsten hätte er eine andere Wortwahl getroffen und z. B. von „erheblichen Unterschieden“ o. ä. gesprochen.

Um sich einer sinnentsprechenden Deutung dieses Kriteriums nähern zu können, sei noch einmal an die Funktion des § 51a erinnert:⁵⁷ Die Regelung dient dem Ausgleich kollidierender grundrechtlich geschützter Interessen. Das durch die Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG) geschützte Interesse der Urheberin an der Werkhoheit wird zugunsten der Meinungs- und Kunstfreiheit eingeschränkt. Hierdurch sollen kommunikative und kulturelle Praktiken legitimiert werden, bei denen vorbestehendes urheberrechtlich geschütztes Material nachgenutzt wird. Die Regelung dient jedoch nicht dazu, Trittbrettfahrerei und parasitäre Ausbeutung zu ermöglichen. Sie soll nicht gestatten, fremdes Werkschaffen für sich auszunutzen, sondern dazu, eigene Kreativität im weitesten Sinn⁵⁸ auch unter Verwendung fremder Inhalte entfalten zu können. Nach dem Drei-Stufen-Test sind dabei Eingriffe in die Primärverwertung und ungebührliche Verletzungen der Interessen des Rechteinhabers zu vermeiden.⁵⁹

All dies kann durch das Kriterium des „wahrnehmbaren Unterschieds“ gewährleistet werden, durch das eine Nutzung nach § 51a vom „Plagiat“ und anderen parasitären Nachnutzungen unterschieden werden kann.⁶⁰ Die wahrnehmbaren Unterschiede sind erforderlich, um den Pastiche als eigenständige Leistung des Pasticheurs erkennen zu können. Ansonsten könnte die anlehrende Nutzung mit dem Quellmaterial verwechselt werden⁶¹ und wäre damit lediglich eine Vervielfältigung des Originals und – jedenfalls bei fehlen-

53 Ob eine konkrete Leistung einer der Kategorien tatsächlich als Pastiche verwertet werden darf, hängt letztlich von einer Einzelfallprüfung ab.

54 BT-Drs. 19/27426, S. 91.

55 Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/27426, S. 90.

56 Die Formulierung wurde offensichtlich aus dem Urteil des EuGH in Sachen Deckmyn übernommen, s. GRUR 2014, 972 (Rn. 20). Auch der EuGH geht hierauf jedoch nicht näher ein.

57 Siehe hierzu oben Abschnitt III.

58 Siehe zur Zweckfreiheit der Pastiche-Schranke oben Abschnitt III.

59 Siehe hierzu unten, V. 3).

60 Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/27426, S. 90.

61 Verwechslungsgefahr ist zu vermeiden, siehe Döhl (o. Fußn. 15), 436 m. w. Nachw.

der Quellenangabe – ein Plagiat. Solche Handlungen wiederum fallen in aller Regel nicht unter den Schutz von Meinungs-, oder Kunstfreiheit, wären jedenfalls aber angesichts der widerstreitenden Interessen nicht schützenswert. Eigenständigkeit ist also ein konstitutives Kriterium für die Pastiche-Schranke.⁶²

b) Merkmale der Eigenständigkeit

Eigenständigkeit⁶³ liegt vor, wenn der Pastiche im Vergleich zum entlehnten Material eine eigene geistig-ästhetische Wirkung aufweist⁶⁴. Diese kann sich in einem eigenen Sinngehalt manifestieren, der sich von dem/denen des Quellmaterials unterscheidet und/oder durch einen vom Quellmaterial sich unterscheidenden äußeren „Gesamteindruck“.⁶⁵

Ein Pastiche im urheberrechtlichen Sinn ist nie nur eine schlichte Kopie,⁶⁶ sondern eine Mischung aus unterschiedlichen (eigenen und fremden) Bestandteilen.⁶⁷ Durch die Kombination vermittelt der Pastiche einen anderen Sinngehalt und/oder er erzeugt beim Betrachter einen anderen Gesamteindruck und erscheint somit als eigenständig. Die eigene geistig-ästhetische Wirkung kann auf inneren (Sinngehalt) oder äußeren (äußerer Eindruck) Unterschieden beruhen. Zu inneren Unterschieden kommt es beispielsweise bei antithematischen Verwendungen oder Rekontextualisierungen.⁶⁸ Äußere Unterschiede liegen dagegen in der Formgebung, der Darstellung, also darin, dass das entlehnte Material mehr oder weniger stark bearbeitet wird. Im Geiste der vom BGH für die Abgrenzung von freier Benutzung und Bearbeitung verwendeten Begrifflichkeiten könnte man statt von inneren oder äußeren Unterschieden von einem „inneren oder äußeren Abstand“ sprechen.⁶⁹

Innerer oder äußerer Abstand kann mit unterschiedlichen Mitteln erzeugt werden. Äußere Unterschiede entstehen beispielsweise bei Transformationen in einen anderen Stil- oder eine andere Werkart (z. B. bei Remix oder Fan Fiction), bei der Zusammenstellung einer Mehrzahl unterschiedlicher Elemente (wie bei Collagen oder Mash-Ups) oder bei Übernahmen sehr kleiner Elemente in deutlich umfangreichere Eigenleistungen (wie beispielsweise beim Sampling). Innere Unterschiede und damit ein eigenständiger Sinngehalt

62 So auch LG München I GRUR-RS 2022, 13963, Rn. 35.

63 Der Begriff „Eigenständigkeit“ wird hier bevorzugt, da er in Bezug auf Art und Qualität der anlehndenden Nutzung neutral ist. Pötzberger (GRUR 2018, 675 (679) spricht von einem „eigenen künstlerisch relevanten Aussagegehalt“ (ähnlich Stieper, GRUR 2020, 792 (796) – „eigene künstlerische Aussage“). Diese Lesart, die bei Pötzberger freilich im Wesentlichen auf einer kunstspezifischen Deutung des Pastiche-Begriffs basiert, greift in Bezug auf den urheberrechtsspezifischen Bedeutungsgehalt des Pastiche-Begriffs insofern zu kurz, als ein Pastiche im urheberrechtlichen Sinn nicht zwingend der Kunst zuzurechnen sein muss. Ansonsten könnte der Zweck der Regelung, die nach der Gesetzesbegründung neben der Kunst auch allgemein der Meinungsfreiheit dienen soll, nicht erreicht werden.

64 Kreuzer, Verbraucherschutz im Urheberrecht, 2011, 73. Zum Begriff der „geistig-ästhetischen Wirkung“ siehe Schulze in Dreier/Schulze, UrhG/Dreier, 7. Auflage 2022, § 2, Rn. 12. Hiermit gemeint ist die Wirkung, die das Werk in seiner konkreten Form beim Leser, Hörer oder Betrachter auslöst. Der Begriff „ästhetische Wirkung“ ist nicht gleichzusetzen mit „den Schönheitssinn ansprechend“, sondern in einem weiten Sinne zu verstehen. Er bezieht sich allgemein auf die sinnliche Wahrnehmung durch den Nutzer.

65 Siehe zum Begriff BGH GRUR 2016, 1157 (Rn. 22) – Auf fett getrimmt: „Weicht der jeweilige Gesamteindruck voneinander ab, liegt jedenfalls weder eine Vervielfältigung noch eine Bearbeitung, sondern möglicherweise eine freie Benutzung vor. Um eine freie Benutzung handelt es sich, wenn ein selbstständiges Werk geschaffen wurde und das ältere Werk als Grundlage für die Schöpfung des neuen Werkes diente.“ Die Entscheidung erging noch nach altem Recht, unter dem Parodien gem. § 24 als freie Benutzung qualifiziert wurden. Nach neuem Recht müsste die Erläuterung etwas anders lauten: Je nach dem Grad der Unterschiede kann ein abweichender Gesamteindruck eine freie Benutzung oder auch eine (gegebenenfalls nach § 51a als Karikatur, Parodie oder Pastiche gestaltete) Bearbeitung darstellen. Bei sehr stark abweichendem Gesamteindruck verblässen die eigenpersönlichen Züge des Quellmaterials. Dann handelt es sich um eine freie Benutzung. Sind die Unterschiede im Gesamteindruck geringer und die Anlehnung umso deutlicher erkennbar, kann es sich um Karikatur, Parodie oder Pastiche handeln. Weist die anlehndende Nutzung eine zu große Nähe und damit keine eigene geistig-ästhetische Wirkung auf, ist sie nicht eigenständig. Dann handelt es sich um eine Bearbeitung, die gem. § 23 nur mit Zustimmung des oder der Urheber(s) des Quellmaterials genutzt werden darf.

66 Ähnlich Generalanwalt Pedro Cruz Villalón in den Schlussanträgen zum Deckmyn-Fall (ECLI:EU:C:2014:458, Rn. 49): „Unter dem Gesichtspunkt, den ich als „strukturell“ bezeichnen möchte, ist die Parodie zugleich eine Kopie und eine Schöpfung.“

67 European Copyright Society (ECS) JIPITEC 2020, 115 (Rn. 44).

68 Stieper GRUR 2020, 792 (796).

69 Vgl. BGH GRUR 1994, 191 (193) – Asterix-Persiflagen; HansOLG GRUR-RS 2021, 27172 Rn. 44 ff. – Parodie als freie Bearbeitung eines Werkes. Zum Begriff des inneren Abstands führt der BGH aus (GRUR 2016, 1157 (Rn. 22) – Auf fett getrimmt): „Vielmehr kann der für eine freie Benutzung erforderliche Abstand zu den entlehnten eigenpersönlichen Zügen des benutzten Werkes – selbst bei deutlichen Übernahmen gerade in der Formgestaltung – auch dann gegeben sein, wenn das neue Werk zu den entlehnten eigenpersönlichen Zügen des älteren Werkes einen so großen inneren Abstand hält, dass es seinem Wesen nach als selbstständig anzusehen ist. Auch in einem solchen Fall kann davon gesprochen werden, dass die entlehnten individuellen Züge des älteren Werkes im neueren Werk „verblässen“. Auf den inneren Abstand kommt es vor allem bei Fallgestaltungen an, in denen eine künstlerische Auseinandersetzung mit einem älteren Werk es erfordert, dass dieses und seine Eigenheiten, soweit sie Gegenstand der Auseinandersetzung sind, im neuen Werk erkennbar bleiben. Dabei kann der innere Abstand in einer antithematischen Behandlung zum Ausdruck kommen. Zwingend ist dies jedoch nicht. Ein innerer Abstand kann vielmehr auch auf andere Weise hergestellt werden.“

können durch Änderungen der Aussage (antithematische, z. B. satirische Nutzungen), durch Einfügung in einen anderen Sinnzusammenhang (z. B. bei appropriation art) oder durch Rekontextualisierung⁷⁰ (wie beim Meme) herbeigeführt werden.

Innerer und äußerer Abstand stehen in einer Wechselwirkung zueinander. Ein geringerer äußerer Abstand kann durch größeren inneren Abstand aufgewogen werden und umgekehrt. Auch wenn beispielsweise der äußere Gesamteindruck von Pastiche und Quellmaterial gering ist, kann ein erheblicher innerer Abstand eine ausreichende Eigenständigkeit der anlehnenen Nutzung begründen.⁷¹ Diese Konstellation wird beispielsweise häufig bei Memes oder GIFs vorliegen, in denen Bilder vollständig und oft unverändert mit eigenen Texten oder eigene Bilder mit fremder Musik kombiniert werden. Hierdurch entsteht eine Rekontextualisierung durch antithematische Auseinandersetzung, die einen (je nach Einzelfall) hinreichenden Abstand erzeugen kann, obwohl die optischen Unterschiede gering sind.⁷² Sind die äußeren Unterschiede dagegen sehr groß, wie beispielsweise beim Sampling kleinster Tonfetzen, bedarf es keines inneren Abstands.

c) Erforderliches Maß an Eigenständigkeit

Das für § 51a erforderliche Maß der Unterschiede zwischen Pastiche und Quellmaterial kann nicht abstrakt bestimmt werden. Der Gesetzgeber hat sich, offensichtlich bewusst, dagegen entschieden, dies genauer zu präzisieren⁷³. Wie sehr sich ein Pastiche vom Quellmaterial abheben muss, um gem. § 51a rechtmäßig zu sein, bzw. wie eng er sich anlehnen darf, ist somit vom Einzelfall abhängig.

Jedenfalls muss der Abstand jedoch, dies sagt der Gesetzgeber ausdrücklich,⁷⁴ nicht so groß sein, dass die eigenschöpferischen Züge des Quellmaterials im Pastiche „verblassen“. Dieses Merkmal hat der BGH in seiner Rechtsprechung zur alten Rechtslage (§ 23 a. F., § 24) verwendet, um den urheberrechtlichen Schutzbereich abzugrenzen. Bei „Verblassen“ der eigenschöpferischen Züge des Ursprungswerks ging der BGH von einer freien Benutzung, ansonsten von einer zustimmungspflichtigen Vervielfältigung oder Bearbeitung aus.⁷⁵ Ein Verblassen konnte hiernach auf einem erheblichen äußeren Abstand oder auch innerem Abstand beruhen.⁷⁶ Bei einem Verblassen aufgrund äußeren Abstands treten die eigenschöpferischen Merkmale des entlehnten Werkes so in den Hintergrund, dass dies „in urheberrechtlich nicht mehr relevanter Weise durchschimmert“.⁷⁷ Zu einem Verblassen aufgrund inneren Abstands kommt es z. B. bei antithematischen, parodistischen Auseinandersetzungen mit dem Quellmaterial.⁷⁸

Fälle des Verblassens aufgrund äußeren Abstands sind nunmehr in § 23 Abs. 1 S. 2 geregelt, in den die

70 Stieper, GRUR 2020, 792 (796).

71 Anschaulich HansDLG GRUR-RS 2021, 27172 Rn. 44 ff. – Parodie als freie Bearbeitung eines Werkes.

72 Dies hat das LG München I in seiner Entscheidung zu § 51a (GRUR-RS 2022, 13963 (Rn. 39)) missachtet. Hier ging es um ein vollständig übernommenes Foto, das lediglich mit einem optisch wenig auffälligen Schriftzug versehen worden war. Die Kammer hat aufgrund des zu geringen äußeren Abstands eine Anwendung des § 51a abgelehnt. Sie hätte aber zudem prüfen müssen, ob trotz dieser großen äußeren Nähe eine hinreichende Eigenständigkeit der Nachnutzung durch inneren Abstand vorlag. Selbst wenn dies der Fall gewesen und der materiellrechtliche Tatbestand der Pastische-Schranke angenommen worden wäre, hätte das Ergebnis im Übrigen ggf. über § 14 korrigiert werden können (in dem Fall hatte die AfD ein Foto benutzt und dabei dessen Aussagegehalt konterkariert). Gerade bei Nutzungen zu politischen Zwecken wird es häufig zu Eingriffen in § 14 kommen (s. etwa BGH GRUR-RR 2018, 61 (Rn. 14) – Die Höhner). Siehe Näheres hierzu unten V. 3). d).

73 Wie gesagt ist in der Gesetzesbegründung lediglich von „wahrnehmbaren Unterschieden“ die Rede, ohne dies näher zu erläutern (BT-Drs. 19/27426, S. 90).

74 Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/27426, S. 90: „Ein „Verblassen“ des Originalwerkes ist aber – anders als bei § 23 Absatz 1 Satz 2 UrhG-E für Nutzungen, die keiner Einwilligung bedürfen – nicht erforderlich.“

75 Siehe u. a. BGH GRUR 1994, 206 (208) – Alcolix; ZUM 1999, 644 (648) – Laras Tochter; BGH GRUR 2016, 1157 (Rn. 22) – Auf fett getrimmt.

76 Vgl. BGH GRUR 2016, 1157 (Rn. 22) – Auf fett getrimmt.

77 BGH GRUR 2016, 1157 (Rn. 22) – Auf fett getrimmt. Der EuGH beschreibt dies als Entnahme in „nicht wiedererkennbarer Form“ (s. GRUR 2019, 929 Rn. 31 – Metall auf Metall III).

78 Siehe auch hierzu BGH GRUR 2016, 1157 (Rn. 22) – Auf fett getrimmt: „Auf den inneren Abstand kommt es vor allem bei Fallgestaltungen an, in denen eine künstlerische Auseinandersetzung mit einem älteren Werk es erfordert, dass dieses und seine Eigenheiten, soweit sie Gegenstand der Auseinandersetzung sind, im neuen Werk erkennbar bleiben. Dabei kann der innere Abstand in einer antithematischen Behandlung zum Ausdruck kommen. Zwingend ist dies jedoch nicht. Ein innerer Abstand kann vielmehr auch auf andere Weise hergestellt werden.“

Funktion der Schutzbereichsbegrenzung aus dem alten § 24 überführt wurde.⁷⁹ Sie liegen daher wie bisher außerhalb des Urheberrechts (freie Benutzung). Das „Verblassen“ aufgrund äußeren Abstands definiert also die äußere Grenze des urheberrechtlichen Schutzbereichs. Sind die Unterschiede zwischen Quellmaterial und anlehnender Nutzung dagegen geringer oder liegen v. a. in einem inneren Abstand, soll die Beurteilung, so der Gesetzgeber, nunmehr nach § 51a erfolgen.⁸⁰

Diese Differenzierung ist sachlogisch und sinnvoll.⁸¹ Ein Inhalt, in dem das Quellmaterial so weit verblasst, dass es ersichtlich allenfalls als Anregung gedient hat, unterliegt keinen urheberrechtlichen Beschränkungen.⁸² Hierbei handelt es sich auch per definitionem nicht um einen Pastiche. Wie oben ausgeführt, basiert die geistig-ästhetische Wirkung des – urheberrechtsspezifisch definierten – Pastiches gerade darauf, dass die entlehnten Quellen zumindest in Teilen hineinkopiert werden und dabei erkennbar bleiben. Der Pasticheur will sich an das Quellmaterial anlehnen und es erkennbar machen, sich aber gleichzeitig hiervon abheben.⁸³ Entfernt er sich von der Quelle bis zur Unkenntlichkeit handelt es sich nicht um Referenzkultur, deren Intertextualität ein wesentliches Merkmal des Pastiches ist.⁸⁴

d) Beurteilungsmaßstab und Feststellung im Prozess

Maßstab für die Erkennbarkeit der Unterschiede ist eine Betrachterin, der die Vorlagen bekannt sind und die das für das neue Werk erforderliche intellektuelle Verständnis besitzt⁸⁵ (also ein objektiver Beobachter⁸⁶).

e) Zusammenfassung zum Begriff der Eigenständigkeit

Ein Pastiche ist ein eigenständiges kulturelles und/oder kommunikatives Artefakt⁸⁷, das vorbestehende Werke enthält, sich aber in seiner geistig-ästhetischen Wirkung von den entlehnten Quellen „wahrnehmbar“ unterscheidet. Es ist nicht erforderlich, dass er selbst urheberrechtlich schutzfähig ist.

Die Unterschiede zwischen Pastiche und Quellmaterial führen dazu, dass dieser einen eigenständigen, von dem des Quellmaterials sich unterscheidenden, Gesamteindruck vermittelt. Wie dieser Effekt erzeugt wird, ist grundsätzlich unerheblich. Er kann sich z. B. optisch oder akustisch zeigen oder auch – bei hoher Ähn-

79 Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/27426, S. 78. Bei äußerem Abstand zwischen Quellmaterial und anlehnender Nutzung ist der Unterschied zwischen freier Benutzung und abhängiger Nutzung gem. § 51a ein gradueller. Ist das Quellmaterial deutlich zu erkennen, greift die Schranke. Wenn nicht (Verblassen), handelt es sich um eine freie Benutzung nach § 23 Abs. 1 S. 2.

80 Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/27426, S. 78: „Demgegenüber greifen andere Bearbeitungen und Umgestaltungen, für die wie etwa bei der Parodie vor Aufhebung des § 24 UrhG a. F. noch ein „innerer Abstand“ zum vorbestehenden Werk angenommen wurde, in der Regel in den Schutzbereich des Urheberrechts nach § 23 UrhG-E ein. Diese Fälle werden zukünftig weitestgehend durch den neu geschaffenen § 51a UrhG-E erfasst, der Nutzungen für die Zwecke der Karikatur, der Parodie und des Pastiches gesetzlich erlaubt.“

81 Die Notwendigkeit, Nachnutzungen, die lediglich einen inneren Abstand wahren (und damit eindeutig in den Anwendungsbereich des Urheberrechts fallen), als freie Benutzung i. S. d. § 24 (alt) zu bewerten, war ohnehin nur eine Notlösung. Sie wurde nötig, da es der Gesetzgeber bei der Umsetzung der InfoSoc-Richtlinie versäumt hatte, Art. 5 Abs. 3 lit. k) umzusetzen und eine dezidierte Schranke für Karikaturen, Parodien und Pastiches zu schaffen. Damit fehlte die urheberrechtliche Grundlage für solche Nutzungen, die aber zum Schutz einschlägiger Grundrechte von großer Bedeutung sind. Da es als nicht möglich angesehen wird, Beschränkungen des Urheberrechts direkt aus den Grundrechten abzuleiten (s. BGH ZUM 2017, 760 (Rn. 51) – Metal auf Metall III und ausführlich unten V. 2), musste die Rechtsprechung sich damit behelfen, § 24 als offene Pseudo-Schranke für solche Fälle umzufunktionieren. Dem hat der EuGH in der Metall-auf-Metall-Entscheidung von 2019 einen Riegel vorgeschoben (GRUR 2019, 929 (Rn. 56 ff.)).

82 Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/27426, S. 78: „Wahrt das neu geschaffene Werk einen hinreichenden Abstand zum vorbestehenden Werk, fehlt es an einem Eingriff in den urheberrechtlichen Schutzbereich.“

83 So auch Generalanwalt Pedro Cruz Villalón in den Schlussanträgen zum Deckmyn-Fall (ECLI:EU:C:2014:458, Rn. 51): „Dieser [der Urheber] ist schließlich am stärksten daran interessiert, dass „seine“ Parodie nicht mit dem Original verwechselt wird (...).“

84 So schon die Gesetzesbegründung (o. Fußn. 7), 91. S. auch Pötzlberger, GRUR 2018, 675 (679), der mit Verweis auf Richard Dyer die Referenz zum Quellmaterial als wesentliches Merkmal des Pastiches bezeichnet: „Richard Dyer formuliert in seinem 2007 erschienenen Werk „Pastiche“ einige Kerncharakteristiken dieser Kunstform. So sei dem Imitationscharakter von Pastiches eine zwangsläufige Referenz auf das Original immanent.“

85 BGH GRUR 1994, 206 (209) – Alcolix; GRUR 2014, 258 Rn. 33 – Auf fett getrimmt.

86 Dient der Pastiche der Wahrnehmung durch eine spezielle Zielgruppe, kann die Beurteilung im Zweifel nur durch eine Person vorgenommen werden, die der Zielgruppe entweder selbst zugehört oder diese von außen sehr genau studiert.

87 Als Artefakt wird hier ein von Menschen erstelltes Erzeugnis in Form eines immateriellen Gegenstands verstanden.

lichkeit – durch einen inneren Abstand herbeigeführt werden. Zur Feststellung ist der Gesamteindruck des Pastiches mit dem des oder der Quellmaterialien aus Sicht einer objektiven Beobachterin zu vergleichen. Ist der Gesamteindruck so unterschiedlich, dass die entlehnten Werke derartig „verblassen“, dass die anlehrende Nutzung lediglich von diesen inspiriert erscheint, liegt ein Fall der freien Benutzung nach § 23 Abs. 1 S. 2 vor. Sind die übernommenen Bestandteile nicht urheberrechtlich geschützt – wie bei einer reinen Stilimitation – liegt ebenfalls kein Fall von § 51a vor (die Anlehnung ist urheberrechtlich irrelevant).

Eigenständigkeit kann und wird häufig bei Ausprägungen aller in der Gesetzesbegründung⁸⁸ genannten Gattungen referenzieller Praktiken (Remix, Meme, GIF, Mashup, Fan Art, Fan Fiction, Sampling⁸⁹) vorhanden sein.⁹⁰ Mashups beispielsweise werden als Video- oder Musikcollagen jedenfalls dann hinreichende Eigenständigkeit aufweisen, wenn sie aus einer Mehrzahl von Quellbestandteilen bestehen. Gleiches wird m. E. in der Regel auch für sog. Bastard Pop⁹¹ gelten, bei dem zwei oder mehr – in der Regel sehr unterschiedliche – Musikstücke zusammengeschnitten und synchronisiert werden.⁹² Umso größer wird die Eigenständigkeit im Zweifel, wenn dem gemashten Quellmaterial noch eigene Leistungen (z. B. Video- oder Tonmaterial) hinzugefügt werden.

Bei sehr umfangreichen Entlehnungen, die nur mit geringen Eigenleistungen verändert wurden, kann jedoch eine einschränkende Auslegung des Tatbestands auf Basis der zweiten Stufe des Drei-Stufen-Tests erforderlich sein.⁹³ Dies kommt zunächst bei Remixes in Betracht, wenn hierbei lediglich – anders als die o. g. Mashups – ein Musikstück vollständig in einen anderen Stil oder eine andere Tonart überführt wird. Dies allein wird oft nicht ausreichen, um eine hinreichende Eigenart zu begründen und ein innerer Abstand (z. B. eine antithematische Auseinandersetzung) wird hier häufig auch fehlen. Ähnliche Schwierigkeiten wirft die Anwendung von § 51a auch bei beispielsweise bei Fan Videos auf, die vollständige Filmsequenzen lediglich neu synchronisieren oder mit eigenen Untertiteln versehen. Dies kann zwar sowohl als Parodie als auch als Pastiche zulässig sein. Der Umfang der Übernahme und der potenziell eher geringe Einfluss der Eigenleistung auf die ästhetische Wirkung würden aber zumindest erforderlich machen, dass ein ganz erheblicher innerer Abstand gewahrt bleibt.

Schwierigkeiten bei der Anwendung von § 51a bereiten auch die allgegenwärtigen mit Musik unterlegten Home-Videos. Wird die Musik nicht verändert, sondern lediglich zur Untermalung des Films verwendet, wird es sich zumeist nicht um ein Pastiche handeln.⁹⁴ Auch die Anwendung des § 51a auf Lip-Sync- oder Karaoke-Videos und ähnliche Erscheinungsformen wird häufig daran scheitern, dass hier gerade kein erheblicher Abstand zum Quellmaterial erzeugt werden soll, sondern das Werk originalgetreu verwendet wird. Die meisten solcher Arten von User-Generated-Content werden auch in Zukunft von der Rechtklärung – in der Regel durch die großen Plattformen, auf denen sie zugänglich gemacht werden – abhängen.

88 BT-Drs. 19/27426, S. 91.

89 Siehe zu Sampling, Memes und GIFs bereits oben Abschnitt X.

90 Auch an dieser Stelle sei angemerkt, dass pauschale Einschätzungen über die Anwendbarkeit des Tatbestandsmerkmals auf verschiedene Gattungen referenzkultureller Praktiken letztlich so unscharf bleiben werden wie die Definition solcher Gattungen selbst. Die Erscheinungsformen beispielsweise von „Remix“ sind derart vielfältig, dass abstrakte Aussagen diesbezüglich äußerst grobschnittig sein werden. Die Anwendungsbeispiele können hier daher nur der Orientierung dienen.

91 Das wohl berühmteste Beispiel ist das „Grey Album“ von DJ Danger Mouse, in dem dieser das legendäre „White Album“ der Beatles mit dem „Black Album“ von Jay-Z vermischt (s. hierzu Döhl ZGE 2020, 380 (423)). Die ästhetische Wirkung des so entstandenen Albums unterscheidet sich von der der Quellalben so erheblich, dass sowohl Verwechslungen als auch Eingriffe in die Primärverwertung ausgeschlossen erscheinen.

92 A. A. Stieper, GRUR 2020, 792 (797), der allerdings – entgegen der endgültigen Fassung von § 51a – davon ausgeht, dass die anlehrende Nutzung ihrerseits eine schöpferische Leistung mit einer eigenen „künstlerischen Aussage“ darstellen muss.

93 Siehe hierzu unten V. 3) c).

94 So auch Stieper, GRUR 2020, 792 (797). Denkbar ist jedoch eine Anwendung von § 57 (Unwesentliches Beiwerk).

3. INNERER ZUSAMMENHANG

Ein Pastiche muss sich zwar einerseits vom entlehnten Material abheben, andererseits hierzu auch einen gewissen Bezug aufweisen⁹⁵. Dieser wird hier als „innerer Zusammenhang“ bezeichnet.⁹⁶ Wie das Zitatrecht erfordert § 51a, dass zwischen anlehnender Nutzung und Quellmaterial eine gewisse „Interaktion“ stattfindet.⁹⁷

Dieser Aspekt ist wiederum sehr offen zu verstehen. Eine direkte Auseinandersetzung mit Werk oder Urheber ist nach der Gesetzesbegründung⁹⁸ nicht erforderlich, vielmehr genügt ein loser Zusammenhang: „Der Pastiche muss eine **Auseinandersetzung mit dem vorbestehenden Werk oder einem sonstigen Bezugsgegenstand** erkennen lassen. Anders als bei Parodie und Karikatur, die eine humoristische oder verspottende Komponente erfordern, kann diese beim Pastiche auch einen Ausdruck der Wertschätzung oder Ehrerbietung für das Original enthalten, etwa als Hommage.“

Weitere Anhaltspunkte für den Bedeutungsgehalt dieses Merkmals ergeben sich aus den in der Gesetzesbegründung beispielhaft aufgezählten Formen kreativer oder kommunikativer Pastiches. Hierbei sei „insbesondere an Praktiken wie Remix, Meme, GIF, Mashup, Fan Art, Fan Fiction oder Sampling zu denken“. Die Vielfalt der denkbaren Anlehnungen, die in diesen Kultur- und Kommunikationspraktiken praktiziert werden, ist so groß, dass der Wille des Gesetzgebers, das Merkmal sehr offen und weit zu definieren, offensichtlich wird.

Der Bezug kann – wie z. B. häufig bei Memes – in der Thematik oder Aussage des Quellmaterials liegen. Er kann sich aber auch auf das konkrete Werk oder dessen Urheber richten, beispielsweise als Hommage. Ein Bezug zu Quellmaterial und/oder Urheber ist aber nicht zwingend. Der Zusammenhang kann auch ein anderer sein, wie der Gesetzgeber mit der o. g. Formulierung deutlich macht. Der Pastiche kann auch eine vom Quellmaterial völlig unabhängige, eigene Aussage treffen (eigener Sinngehalt, wie beispielsweise bei einer Collage). Der Bezug kann zudem kritisch, antithematisch, wertschätzend, ehrerbietend oder auch wertneutral sein. Welche (Art von) Aussage der Pasticheur intendiert oder womit er sich auseinandersetzt, ist unerheblich. Auch die Qualität der Auseinandersetzung bzw. Aussage spielt keine Rolle. Es genügt, dass sie in den Schutzbereich der Meinungs- oder Kunstfreiheit des Äußernden fällt. Ob die Äußerung klug, dumm, analytisch oder oberflächlich, humoristisch oder sachlich ist, ist nicht relevant.⁹⁹

Um es auf eine Formel zu bringen: Ein „innerer Zusammenhang“ oder „gewisser Bezug“ des Pastiches liegt vor, wenn er eine Aussage trifft und es möglich ist, eine gedankliche Verbindung zu dem entlehnten Material bzw. dessen Urheber herzustellen.¹⁰⁰

95 Der EuGH drückt dies in Bezug auf Parodien wie folgt aus (GRUR 2014, 972 Rn. 20 – Deckmyn): „... dass die wesentlichen Merkmale der Parodie darin bestehen, zum einen an ein bestehendes Werk zu erinnern, gleichzeitig aber ihm gegenüber wahrnehmbare Unterschiede aufzuweisen ...“

96 Ortland (ZGE 2022, 1 (31)) bezeichnet diesen Aspekt als „Relationalität“: „Grundlegend für den ‚Pastiche‘-Begriff in allen seinen Bedeutungen ist Relationalität: Ein Pastiche setzt in jedem Fall etwas zu etwas anderem in eine bestimmte Beziehung, sei es, dass ein bestehendes Werk, eine klassische Form, ein Stil oder auch bewusst etwas als anachronistisch Empfundenes imitiert wird, sei es, dass Versatzstücke aus verschiedenen Quellen in einen neuen Zusammenhang und ein neues Verhältnis zueinander gesetzt werden und dadurch aus ihnen etwas wird, was sie in ihren bisherigen Kontexten so nicht waren.“

97 HansOLG GRUR-RS 2022, 9866 (Rn. 71) – Metall auf Metall II: „Einen Ausfluss der Kunst- und Meinungsfreiheit stellt eine erkennbare Übernahme von Bestandteilen fremder Werke daher nur dann dar, wenn ebenso wie bei der Ausnahme des Zitats eine Interaktion mit dem benutzten Werk oder zumindest mit dessen Urheber stattfindet.“ Letzteres ist – nach der ausdrücklichen Formulierung in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 19/27426, S. 90, Zitat s. o.) nicht erforderlich. Die Interaktion kann sich auch auf einen anderen Bezugsgegenstand richten.

98 BT-Drs. 19/27426, S. 91.

99 Angesichts der Weite taugt dieses Merkmal freilich kaum zur Abgrenzung. Frei von jeglicher inhaltlicher Auseinandersetzung oder Aussage mit irgendeinem Bezug mag allenfalls sinnloser Klamauk sein.

100 Ähnlich Stieper, GRUR 2020, 792 (797): „Unter einer Pastiche ist dabei die Entlehnung der eigenschöpferischen Züge einer Vorlage in einem neuen Werk (typischerweise derselben Werkart) zu verstehen, **die als künstlerisches Stilmittel des Anklangs oder Kontrasts oder der Hommage dazu dient, eine gedankliche Verbindung zu den in Bezug genommenen Werken bzw. deren Urheber herzustellen**, ohne dass es der für ein Zitat charakteristischen unverfälschten und als fremder Bestandteil erkennbaren Übernahme in das neue Werk bedarf.“

4. VERÖFFENTLICHTE WERKE

§ 51a erlaubt nur die Nutzung „veröffentlichter“ Werke. Nach § 6 Abs. 1 ist ein Werk veröffentlicht, „wenn es mit Zustimmung des Berechtigten der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist.“ Hieraus ergeben sich Einschränkungen für manche referenzkulturelle Praktiken wie beispielsweise Found Footage.¹⁰¹ Dieser Aspekt soll hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt werden. Zu dessen Auslegung sei auf die Kommentarliteratur verwiesen.¹⁰²

5. DEFINITION DES PASTICHES

Nach alledem wird folgende urheberrechtsspezifische Definition des Pastiches vorgeschlagen:¹⁰³

„Ein Pastiche ist ein eigenständiges¹⁰⁴ kulturelles und/oder kommunikatives Artefakt¹⁰⁵, das sich an die eigen-schöpferischen Elemente veröffentlichter Werke Dritter anlehnt, und sie erkennbar übernimmt¹⁰⁶.“

101 Siehe zur Definition https://de.wikipedia.org/wiki/Found_Footage. In dieser Kunstform werden zumeist unveröffentlichte Filmausschnitte in Filmcollagen o. ä. verwendet oder zu solchen zusammengeschnitten. Da auch das Zitatrecht nur für Entlehnungen aus veröffentlichten Werken gilt, dürften solche Nutzungen – wengleich künstlerisch oft wertvoll und von geringer urheberrechtlicher Eingriffsintensität – ohne Rechtklärung nicht zulässig sein. Was die Lizenzierungsnotwendigkeit für solche Werke bedeuten kann, zeigt sich beispielhaft an dem Film „Hitlers Hitparade“. Siehe zu den „Fallstricken der Rechtklärung“ einen Vortrag des Produzenten Cay Wesnigk: <https://www.youtube.com/watch?v=zu3ZMPP9kQk>.

102 Siehe beispielsweise Dreier/Schulze, UrhG/Dreier, 7. Auflage 2022, § 6, Rn 6 ff. Siehe im Übrigen EuGH GRUR 2019, 940 (Rn. 86 ff.) – Reformistischer Aufbruch. Hier hat der EuGH den Begriff der „rechtmäßigen Veröffentlichung“ einer europaweit verbindlichen Definition unterzogen (Rn. 89): „Somit wurde ein Werk oder ein Teil eines Werkes der Öffentlichkeit bereits rechtmäßig zugänglich gemacht, wenn es der Öffentlichkeit mit Zustimmung des Rechteinhabers, aufgrund einer Zwangslizenz oder aufgrund einer gesetzlichen Erlaubnis zugänglich gemacht wurde.“

103 Ähnlich Petri in Fischer/Nolte/Senftleben/Specht-Riemenschneider (Hrsg.), Gestaltung der Informationsrechtsordnung – FS für Thomas Dreier, 487 (493): „Der Pastiche ist demnach zusammengefasst eine Kunstform, die andere Werke nachahmt, diese Übernahmen auch offensichtlich macht und außerdem in ihrer Binnenstruktur diese Übernahmen thematisiert.“ Siehe auch Kreuzer, Verbraucherschutz im Urheberrecht, 2011, 65: „Unter transformativer Werknutzung sollen hier Handlungen verstanden werden, bei denen urheber- und/ oder leistungsschutzrechtlich geschütztes Material ganz oder teilweise verwendet wird, um im Rahmen einer kreativen/künstlerischen Auseinandersetzung ein neues Werk zu schaffen, das einen neuen, sich von den verwendeten Werken, unabhängigen, eigenen Sinngehalt aufweist und eine neue Ausdrucksform darstellt. Als transformative Nutzungen sollen nur solche verstanden werden, die (eben weil sie eine andere Art des Werkgenusses und der rezeptiven Wahrnehmung eröffnen) kein Substitut für das oder die verwendeten Werke darstellen.“

104 Eigenständigkeit kann durch innere Unterschiede (eigenständiger Sinngehalt) und/oder äußeren Abstand (eigenständige geistig-ästhetische Wirkung) entstehen.

105 Als Artefakt wird hier ein von Menschen erstelltes Erzeugnis in Form eines immateriellen Gegenstands verstanden.

106 „Übernehmen“ bedeutet hiernach: „Kopieren von geschützten Werken, vollständig oder in Teilen, in veränderter oder unveränderter Form.“

V. INTERESSENABWÄGUNG

1) EUGH UND BGH: OBLIGATORISCHE INTERESSENABWÄGUNG IM EINZELFALL BEI PARODIEN

Nach der Rechtsprechung von EuGH¹⁰⁷ und BGH¹⁰⁸ soll bei der Anwendung von Regelungen, die auf Art. 5 Abs. 3 lit. k) InfoSoc-Richtlinie basieren, ein „angemessener Ausgleich“ von Rechten und Interessen der Urheber:innen und Nutzer:innen gesichert werden. Konkret müsse „bei der Anwendung der Ausnahme für Parodien iSv Art. 5 III Buchst. k RL 2001/29 in einem konkreten Fall ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen und Rechten des Rechteinhabers auf der einen und der freien Meinungsäußerung des Nutzers eines geschützten Werkes, der sich auf den Ausnahmetatbestand für Parodien beruft, auf der anderen Seite gewahrt werden.“ Hierbei seien „sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.“¹⁰⁹

In seiner auf dem Deckmyn-Urteil des EuGH basierenden Entscheidung „Auf fett getrimmt“ hat der BGH dies etwas präzisiert bzw. relativiert. Er erkennt, dass eine freischwebende, undefinierte Interessenabwägung problematisch wäre:

„Im Interesse der ebenfalls für das Gemeinwohl geradezu konstituierenden und durch die vom Unionsgesetzgeber vorgesehene Privilegierung der Parodie in besonderem Maße zur Geltung gebrachten Meinungsfreiheit **darf die Interessenabwägung deshalb nicht im Sinne einer allgemeinen „Political-Correctness-Kontrolle“ missverstanden werden.** Daraus ergibt sich, dass bei der vorzunehmenden Abwägung **nicht jede durch die Parodie verursachte Beeinträchtigung rechtlich geschützter Interessen von Bedeutung ist.** Es kommt vielmehr darauf an, ob durch die den Begriff der Parodie erfüllenden Veränderungen des Werkes **Rechte Dritter verletzt werden und der Urheber ein schutzwürdiges Interesse hat, dass sein Werk mit einer solchen Rechtsverletzung nicht in Verbindung gebracht wird.**“¹¹⁰

Vermutlich basierend auf dieser Rechtsprechung hatte die Bundesregierung noch im Regierungsentwurf zum DSM-UrhR-AnpG eine Formulierung des § 51a vorgesehen, in der ebenfalls eine obligatorische Interessenabwägung im Einzelfall vorgesehen war¹¹¹. Sie wurde jedoch vom Rechtsausschuss gestrichen und ist in der endgültigen Fassung nicht mehr enthalten.¹¹²

¹⁰⁷ GRUR 2014, 972 Rn. 26 – Deckmyn.

¹⁰⁸ GRUR 2016, 1157 Rn. 37 f. – Auf fett getrimmt.

¹⁰⁹ EuGH GRUR 2014, 972 Rn. 27, 28 – Deckmyn. Obgleich diese Grundsätze zur Parodie aufgestellt wurden, ist nicht ersichtlich, dass die obersten Gerichte sie nicht grundsätzlich auch auf die anderen Tatbestände des § 51a angewendet wissen wollen. Der EuGH hat sich diesbezüglich allgemein auf Art. 5 Abs. 3 lit. k) bezogen.

¹¹⁰ Der letzte Teil der Formulierung deutet darauf hin, dass bei der Interessenabwägung insbesondere auf (urheber-)persönlichkeitsrechtliche Aspekte zu achten ist, die auch im Rahmen eines Entstehungseinwandes gem. § 14 zu prüfen wären. Siehe hierzu unten V. 3) d.

¹¹¹ Diese Vorfassung von § 51a lautete (siehe BT-Drs. 19/27426, 15): „Zulässig ist die Vervielfältigung, die Verbreitung und die öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes zum Zweck der Karikatur, der Parodie und des Pastiches, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist.“

¹¹² Siehe zur Begründung die Beschlussempfehlung (BT-Drs. 19/29894, 90). Sie basiert auf dem formalen Argument, dass eine Abweichung vom Text der InfoSoc-Richtlinie vermieden werden solle und dem inhaltlichen Argument, dass ein solcher Interessenausgleich bei Schrankenbestimmungen ohnehin stets erforderlich sei. Was hiermit konkret gemeint sein sollte, ist jedoch unklar.

Dennoch geht die bislang noch vereinzelt Rechtsprechung¹¹³ sowie Kommentarliteratur¹¹⁴ zur Pastiche-Schranke in § 51a scheinbar ohne Weiteres davon aus, dass in allen Fällen mehr oder weniger vollumfängliche Abwägungen vorzunehmen seien, deren Kriterien indes nicht klar definiert werden.¹¹⁵ Dies mag zwar mit der genannten Rechtsprechung des EuGH und BGH in Einklang zu stehen scheinen. Diese ist jedoch in verschiedener Hinsicht inkonsistent. Neben den m. E. diametral entgegenstehenden Grundsätzen von BGH und BVerfG in anderen Entscheidungen (s. u. V. 2).) geht der Ansatz auch an dem Ziel der Vollharmonisierung vorbei, das Art. 5 Abs. 3 lit. k) anstrebt. Konkret: Einerseits dient die Schranke für Karikaturen, Parodien und Pastiches der Vollharmonisierung, andererseits wird den Gerichten aufgegeben, bei dessen Anwendung eine gänzlich offene Interessenabwägung ohne definierte Kriterien oder Regeln durchzuführen. Das passt nicht zusammen.

Die Inkonsistenz zeigt sich grundsätzlich an den deutlichen Diskrepanzen zwischen der Rechtsprechung zu den Schrankenbestimmungen zur Tagesberichterstattung (Art. 5 Abs. 3 lit. c) InfoSoc-Richtlinie, § 50 UrhG) und zu Karikaturen, Parodien und Pastiches (Art. 5 Abs. 3 lit. k) InfoSoc-RI., § 51a UrhG). Der Tatbestand des Art. 5 Abs. 3 lit. c) ist offen für Spielräume, die durch Interessenabwägungen durch Gesetzgeber und Gerichte ausgefüllt werden können. Hiernach sind die dort geregelten Nutzungshandlungen zulässig „soweit es der Informationszweck rechtfertigt“. Auch § 50 enthält dieses Merkmal und erklärt die Verwendung von geschütztem Material für die Tagesberichterstattung „in einem durch den Zweck gebotenen Umfang zulässig“. EuGH und BGH schließen hieraus Folgendes:¹¹⁶

„Bei der unionsrechtskonformen Auslegung des § 50 UrhG ist zu berücksichtigen, dass die Reichweite der in Art. 5 Abs. 3 Buchst. c) Fall 2 der Richtlinie 2001/29/EG geregelten Ausnahme oder Beschränkung **nicht vollständig harmonisiert** ist. Aus der Wendung »soweit es der Informationszweck rechtfertigt« ergibt sich, dass **die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung dieser Bestimmung und bei der Anwendung** der nationalen Rechtsvorschriften für ihre Umsetzung über einen **erheblichen Spielraum** verfügen, der ihnen eine **Interessenabwägung** ermöglicht.“

Art. 5 Abs. 3 lit. k) enthält dagegen keine Formulierung dieser Art (ebenso wenig wie § 51a). Der EuGH versteht daher den hierin enthaltenen Begriff der Parodie entsprechend folgerichtig als „eigenständigen Begriff des Unionsrechts“, der im gesamten Gebiet der Union einheitlich auszulegen ist.¹¹⁷

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist also Art. 5 Abs. 3 lit. k) vollharmonisiert¹¹⁸, Art. 5 Abs. 3 lit. c) dagegen nicht¹¹⁹. Die konsequente Folge dieser Einordnung müsste sein, dass bei Umsetzung und Anwendung des vollharmonisierten Art. 5 Abs. 3 lit. k) – anders als bei der nicht vollharmonisierten Schranke zur Tagesberichterstattung – kein Spielraum für offene, freischwebende Interessenabwägungen besteht. Ansonsten kann das Ziel der Vollharmonisierung schwerlich erreicht werden.

Obwohl der EuGH dieses Ziel bei der Schranke für Karikaturen, Parodien und Pastiches auch ausdrücklich hervorhebt,¹²⁰ soll bei der Anwendung (also durch die Gerichte) ein angemessener Ausgleich hergestellt

113 LG Berlin, GRUR-RS 2021, 48603, Rn. 33; LG München I GRUR-RS 2022, 13963 Rn. 35; HansOLG GRUR-RS 2022, 9866 (Rn. 72 ff.).

114 Dreier/Schulze, UrhG/Dreier, 7. Auflage 2022, vor §§ 44a ff., Rn. 7a. BeckOK Urheberrecht/Lauber-Rönsberg, 35. Edition Stand: 15.07.2022, § 51a, Rn. 19.

115 Vgl. beispielhaft die Pastiche-Entscheidung des Landgerichts Berlin (GRUR-RS 2021, 48603 Rn. 39-47). Hier hat die Kammer eine umfangreiche Abwägung aufgrund einer ganzen Reihe von Aspekten, v. a. in Bezug auf die angenommenen wirtschaftlichen Folgen der Nachnutzung, vorgenommen.

116 BGH ZUM 2020, 790 (Rn. 29) – Afghanistan-Papiere II; ähnlich EuGH GRUR 2019, 934 (Rn. 42-44) – Afghanistan-Papiere.

117 EuGH GRUR 2014, 972 (Rn. 14-17) – Deckmyn.

118 EuGH GRUR 2014, 972 (Rn. 16) – Deckmyn.

119 BGH ZUM 2020, 790 (Rn. 29) – Afghanistan-Papiere II.

120 EuGH GRUR 2014, 972 (Rn. 25) – Deckmyn.

werden, der durch Interessenabwägung im Einzelfall zu ermitteln sei.¹²¹ Kriterien für diese Prüfung finden sich in der Deckmyn-Entscheidung ebenso wenig wie ein klarer Bezug zum Tatbestand der jeweiligen Schranke. Warum er hier – anders als in den Entscheidungen zur Tagesberichterstattung¹²² – nicht einmal fordert, dass sich die Abwägung im Rahmen der Schrankentatbestände vollziehen muss, bleibt im Dunkeln.¹²³ Das Diktat der Interessenabwägung wird lapidar mit Erwägungsgrund 31 der InfoSoc-Richtlinie begründet. Dieser enthält allerdings nur einen allgemeinen Hinweis, dass die unterschiedlichen Interessen bei der Festlegung der Schrankenbestimmungen angemessen auszugleichen sind.¹²⁴

Ebenfalls unklar ist, wie sich die Maßgabe der Interessenabwägung im Einzelfall bei Fällen des Art. 5 Abs. 3 lit. k) zum Drei-Stufen-Test (Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-Richtlinie) verhalten soll. Kurioserweise wird dieser in der Deckmyn-Entscheidung nicht einmal erwähnt.¹²⁵ Dies ist umso verwunderlicher, da der Drei-Stufen-Test nach der Rechtsprechung von EuGH und BGH bei der Rechtsanwendung von Schrankenbestimmungen ebenfalls durch die Gerichte berücksichtigt werden soll,¹²⁶ wobei auch der Drei-Stufen-Test (auf der dritten Stufe) eine Interessenabwägung im Einzelfall vorsieht.¹²⁷ Wie die o. g. Interessenabwägung mit derjenigen nach dem Drei-Stufen-Test zusammenhängt, ist unklar. Ob sich die allgemeine Interessenabwägung bei der Anwendung des Art. 5 Abs. 3 lit. k) InfoSoc-Richtlinie (in Deutschland also des § 51a) an deren Art. 5 Abs. 5 orientieren soll, sagt der EuGH nicht.

2) BVERFG UND BGH: GRUNDSÄTZLICH KEINE „FREISCHWEBENDE“ INTERESSEN- ODER GRUNDRECHTSABWÄGUNG

Zusätzliche Verwirrung entsteht daraus, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung von BGH und BVerfG seit jeher davon ausgeht, dass bei der Auslegung der urheberrechtlichen Verwertungsrechte und Schrankenbestimmungen gerade keine allgemeine, außerhalb der urheberrechtlichen Regelungen angesiedelte Interessenabwägung vorzunehmen sei. Der BGH formulierte diese Maxime in seinem Urteil „Gies-Adler“ wie folgt:¹²⁸

„Das Urheberrechtsgesetz regelt die aus dem Urheberrecht fließenden Befugnisse und ihre Beschränkungen grundsätzlich abschließend. Das Interesse der Allgemeinheit an einem möglichst unbeschränkten Zugang und einer möglichst umfassenden Nutzung des geschützten Werks kann bei der Bestimmung des Umfangs der

¹²¹ EuGH GRUR 2014, 972 (Rn. 27) – Deckmyn.

¹²² Siehe Stieper, ZUM 2020, 753 (754) zur Rechtsprechung des EuGH in Sachen „Afghanistan-Papiere“ und „Reformistischer Aufbruch“ (bzgl. Art. 5 Abs. 3 lit. c): „Auf der anderen Seite betont der EuGH, dass diese Abwägung stets im Rahmen des betreffenden Schrankentatbestands zu erfolgen hat, und spricht sich damit ausdrücklich gegen eine »freischwebende« Güterabwägung außerhalb konkreter Schrankentatbestände aus.“

¹²³ Das erscheint angesichts des Umstands, dass Art. 5 Abs. 3 lit. c) einen viel größeren Ermessensspielraum eröffnet als Art. 5 Abs. 3 lit. k) geradezu paradox.

¹²⁴ Hier heißt es: „Es muss ein angemessener Rechts- und Interessenausgleich zwischen den verschiedenen Kategorien von Rechtsinhabern sowie zwischen den verschiedenen Kategorien von Rechtsinhabern und Nutzern von Schutzgegenständen gesichert werden.“ M. E. handelt es sich hierbei um eine Gestaltungsanordnung an den Gesetzgeber, nicht um eine Anwendungsanordnung für die Gerichte.

¹²⁵ Hierüber wundert sich auch Hudson, Intellectual Property Quarterly, 2017(4), 21.

¹²⁶ BGH ZUM 2020, 790 (Rn. 57) – Afghanistan-Papiere II; HansOLG GRUR-RS 2022, 9866 (Rn. 77) – Metall auf Metall II.

¹²⁷ BGH GRUR 2014, 549 (Rn. 56) – Meilensteine der Psychologie.

¹²⁸ BGH GRUR 2003, 956 – Gies-Adler (erster Leitsatz). Bestätigt durch BGH ZUM 2017, 753 Rn. 42 – Afghanistan Papiere I.

dem Urheber zustehenden Verwertungsrechte und bei der Auslegung der Schrankenbestimmungen herangezogen werden. **Eine der urheberrechtlichen Prüfung nachgeschaltete Güter- und Interessenabwägung kommt nicht in Betracht.**¹²⁹

Unter anderem in seiner jüngeren Entscheidung „Afghanistan-Papiere II“ hat der BGH dies noch einmal bekräftigt und mit Bezug auf den europarechtlichen Kontext näher erläutert:¹²⁹

„Eine **außerhalb** der urheberrechtlichen Verwertungsbefugnisse und Schrankenbestimmungen angesiedelte **allgemeine Interessenabwägung kommt nicht in Betracht**. Angesichts der ausdrücklichen Regelungen der Richtlinie würde **eine von der Auslegung und Anwendung der urheberrechtlichen Vorschriften losgelöste Grundrechtsabwägung durch die Gerichte** in das vom Richtliniengeber im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit bereits allgemein geregelte Verhältnis von Urheberrecht und Schrankenregelung übergreifen.“

So sieht es auch das BVerfG:¹³⁰

„Angesichts der expliziten gesetzlichen Regelung bedurfte es neben der Auslegung und Anwendung der urheberrechtlichen Vorschriften keiner gesonderten Grundrechtsabwägung; die Abwägung hatte vielmehr im Rahmen der Auslegung und Anwendung von § 50 UrhG zu erfolgen (vgl. BVerfGE 112, 332, 358; vgl. auch BGHZ 154, 260, 264 ff. – Gies-Adler). Eine **losgelöste Einzelfallabwägung durch die Gerichte** würde in **das vom Gesetzgeber im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit** (vgl. BVerfGE 31, 229, 240 f.; 79, 1, 25) bereits allgemein **geregelte Verhältnis** von Urheberrecht und Recht der Berichterstattung **übergreifen**.“

Das BVerfG verweist damit auf den aus dem Gewaltenteilungsprinzip abzuleitenden Vorrang der gesetzgeberischen Entscheidung.¹³¹ Die Abwägung von Urheber- und Nutzerinteressen wird grundsätzlich von der Legislative vorgenommen. Widerstreitende Belange werden – u. a. durch Konsultationen der „beteiligten Kreise“ und Sachverständigenanhörungen – im Gesetzgebungsverfahren ermittelt, gewichtet und austariert. Das Ergebnis findet sich in der konkreten Ausprägung der Rechtsnorm. Somit ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die widerstreitenden Interessen und Grundrechtspositionen bereits in Form der gesetzlichen Regelungen in einen gerechten Ausgleich gebracht hat.¹³²

Dieser Grundsatz sichert nicht nur die Gewaltenteilung. Er ist zudem von elementarer Bedeutung für die praktische Anwendung gerade der Schrankenbestimmungen. Hierbei handelt es sich um Verhaltensregeln, die in erster Linie juristische Laien betreffen (man denke z. B. an die Privatkopie, die Regelungen zu Bildung und Wissenschaft oder eben auch das Zitatrecht und die verwandten gesetzlichen Nutzungserlaubnisse für Parodien, Karikaturen und Pastiches). Die Auflage einer umfassenden, „freischwebenden“¹³³ Prüfung aller interessenrelevanter Umstände des Einzelfalls betrifft daher nicht nur, nicht einmal vorrangig, die Gerichte. Vielmehr entscheiden die Gerichte lediglich über Entscheidungen der Rechtsanwender:innen, die die hiermit eingehende Rechtsunsicherheit zuvorderst treffen würde¹³⁴. Juristische Laien werden oft schon mit der Einschätzung überfordert sein, ob ihr Verhalten mit dem geschriebenen Urheberrecht in Einklang steht.

¹³⁵ Das im Rahmen der Auslegung einer Rechtsnorm gefundene Ergebnis einer zusätzlichen Abwägung aller

129 ZUM 2020, 790 (Rn. 27) – Afghanistan Papiere II. So auch BGH ZUM 2017, 760 (Rn. 51) – Metall auf Metall III.

130 ZUM-RD 2012, 129 (Rn. 14) – Kunstausstellung im Online-Archiv.

131 Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht/Stieper, 6. Auflage 2020, vor §§ 44a ff., Rn. 24: „Eine über die Anwendung konkreter gesetzlicher Schrankentatbestände hinausgehende Korrektur ist daher wegen Art. 20 Abs. 3, 100 Abs. 1 GG stets dem Gesetzgeber vorbehalten.“

132 Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht/Stieper, 6. Auflage 2020, vor §§ 44a ff., Rn. 24. Dies unterstellt auch der EuGH in der Painer-Entscheidung (GRUR 2012, 166, Rn. 135).

133 Stieper, ZUM 2020, 753 (754).

134 Dies scheinen die Parodie-Entscheidungen von EuGH und BGH nicht ausreichend zu berücksichtigen (s. hierzu sogleich).

135 S. hierzu eingehend Kreuzer, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, 2008, 412 (Rn. 1776 f.).

relevanter Umstände des jeweiligen Einzelfalls, losgelöst von der konkreten Regelung, zu unterziehen, würde sie vollständig überfordern. Bei einer solchen Anforderung könnten sie kaum noch einschätzen, ob ihr Verhalten rechtskonform ist. Mit anderen Worten: Die Notwendigkeit einer allumfassenden Interessenabwägung oder gar Gerechtigkeitsprüfung würde die Rechtssicherheit beim Umgang mit urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen fundamental erschüttern.

Hinzu kommt, dass eine solche „Gegenprobe“ Tür und Tor für subjektive Wertungsentscheidungen in der Rechtsanwendung öffnen würde. Über diesen Weg könnten (z. B. in gerichtlichen Auseinandersetzungen) alle möglichen sachfremden Erwägungen in Form persönlicher Werturteile und subjektiver Einschätzungen eingebracht werden, etwa in moralischer, politischer, ethischer oder wirtschaftlicher Hinsicht oder schlicht aufgrund persönlicher Präferenzen.¹³⁶

Vor diesem Hintergrund zeigt sich, dass das Diktat einer umfassenden Interessenabwägung im Einzelfall dem praktischen Nutzen der Schrankenbestimmung zu Karikaturen, Parodien und Pastiches schweren Schaden zufügen könnte. Dies wäre mit der besonderen Bedeutung, die Art. 5 Abs. 3 lit. k) InfoSoc bzw. § 51a für die Meinungs-, Kunst und Kommunikationsfreiheit haben,¹³⁷ nicht vereinbar.

3) LÖSUNGSVORSCHLAG

Das aufgezeigte Spannungsfeld ist schwer aufzulösen. Sollte die Rechtsprechung hier einem konsistenten und dogmatisch stringenten Konzept folgen, behält sie Erklärung hierfür jedenfalls für sich. Ohne weitere Klarstellungen erscheint sie widersprüchlich. Es bedarf daher eines vermittelnden praktikablen Ansatzes für die Frage, ob und inwiefern bei der Anwendung des § 51a eine Interessenabwägung vorgenommen werden muss.

Hierbei sind widerstreitende Ziele in einen Ausgleich zu bringen. Das Instrument der Interessenabwägung schafft einerseits Flexibilität und es dient dem legitimen Ziel, Einzelfallgerechtigkeit herzustellen. Auf der anderen Seite birgt es die Gefahr, dass hiermit die Intentionen des Gesetzgebers und dessen Abwägungsentscheidungen unterlaufen und konterkariert werden könnten. Überdies leiden Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit, wenn die Gerichte frei und ohne klare Kriterien Interessen abwägen und auf diesem Weg Schrankentatbestände mittels einer „Gegenprobe“ einschränken können. Dieses Ziel steht in einem Spannungsfeld zum Ziel der Einzelfallgerechtigkeit.¹³⁸

Ein konzeptioneller Ansatz muss beide Belange berücksichtigen und in Ausgleich bringen. Zielführend wäre es, Interessenabwägungen nur in Sonderfällen vorzusehen, in denen eine einschränkende Auslegung des Tatbestands bzw. eine urheberpersönlichkeitsrechtliche Korrektur erforderlich erscheint, um ansonsten grob interessenwidrige Ergebnisse zu verhindern. Außerdem sollte eine solche „Härtefall-Korrektur“ ausschließ-

¹³⁶ Gerade an User-Generated-Content scheiden sich bekanntlich die Geister. Nutzeräußerungen in sozialen Medien (man denke etwa an Memes) polarisieren häufig, werden von manchen erst genommen und für wichtig gehalten und von anderen für banal oder überflüssig. Solche Werturteile dürfen sich auf die urheberrechtliche Beurteilung nicht auswirken. Unter dem Deckmantel einer allgemeinen, umfassenden Interessenabwägung können sie aber leicht Einzug halten und zu Urteilen aufgrund sachfremder Erwägungen führen. Aus diesem Grund wurde die vom EuGH in der Deckmyn-Entscheidung getroffene Maßgabe einer allgemeinen Interessenabwägung im Einzelfall von der internationalen Rechtsliteratur auch sehr kritisch aufgenommen. S. hierzu eingehend Jongsma IIC 2017, 652 (666) m.w. Nachw.

¹³⁷ S. hierzu schon oben Abschnitt III.

¹³⁸ Siehe hierzu oben, V. I).

lich entlang der urheberrechtlichen Regelungen möglich sein.

Hierfür stehen rechtliche Instrumente zur Verfügung, die durch die Rechtsprechung hinlänglich präzisiert wurden, um einen definierten Prüfungs- und Abwägungsraum zu gewährleisten. Für eine freischwebende Interessenabwägung ohne klare Kriterien besteht dagegen weder ein Bedürfnis noch ist sie – aus den o. g. Gründen – zielführend.

Die hier vorgeschlagene Lösung nimmt als Ausgangspunkt den europäischen Drei-Stufen-Test.¹³⁹ Er ist – unter Berücksichtigung der Regulationsintentionen von Art. 5 Abs. 3 lit. k) und § 51a – bei der Auslegung von deren Tatbestandsmerkmalen (s. o. V. 1)) ohnehin anzuwenden. Er erfordert damit gerade keine „außerhalb der urheberrechtlichen Verwertungsbefugnisse und Schrankenbestimmungen angesiedelte allgemeine Interessenabwägung, wie sie BGH und BVerfG aus verfassungsrechtlichen Gründen grundsätzlich ablehnen (s. o.). Im Übrigen hätte ein solcher Ansatz die Etablierung eines sinnvollen Regel-Ausnahme-Verhältnisses¹⁴⁰ zur Folge, über das die Ziele der Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit angemessen austariert würden.

a) Funktion und Wortlaut des Drei-Stufen-Tests

Der Drei-Stufen-Test „ist in erster Linie eine Gestaltungsanordnung an den Gesetzgeber“¹⁴¹ in Bezug auf die Ausgestaltung der Schrankenbestimmungen. Er ist zudem (jedenfalls in den Stufen 2 und 3, s. u.) „Maßstab für die Anwendung der einschlägigen Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes im Einzelfall“.¹⁴² Insofern fungiert er als Korrektiv, als Schranken-Schranke für nicht intendierte interessenwidrige Auswirkungen von gesetzlichen Nutzungsfreiheiten. Er dient zudem dazu, eine unionsrechtskonforme Auslegung der Tatbestandsmerkmale zu gewährleisten.¹⁴³

Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-Richtlinie lautet:

„Die in den Absätzen 1, 2, 3 und 4 genannten Ausnahmen und Beschränkungen dürfen **nur in bestimmten Sonderfällen** angewandt werden [Stufe 1], in denen die **normale Verwertung des Werks oder des sonstigen Schutzgegenstands nicht beeinträchtigt** wird [Stufe 2] und die **berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt** werden. [Stufe 3]“

Die drei Stufen sind weder sonderlich trennscharf noch klar konturiert.¹⁴⁴

¹³⁹ Hierdurch wird der Vorgabe des EuGH entsprochen, dass dieser bei der Schrankenauslegung durch die Gerichte anzuwenden sei, s. o. V. 1).

¹⁴⁰ In der Regel findet keine Abwägung statt, sondern nur in besonderen Fällen evidenten Interessenungleichgewichtes.

¹⁴¹ BGH ZUM 2020, 790 (Rn. 57) – Afghanistan-Papiere II.

¹⁴² BGH ZUM 2020, 790 (Rn. 57) – Afghanistan-Papiere II.

¹⁴³ Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht/Stieper, 6. Auflage 2020, vor §§ 44a ff., Rn. 30 und 40.

¹⁴⁴ Dreier/Schulze, UrhG/Dreier, 7. Auflage 2022, vor §§ 44a ff., Rn. 21.

b) 1. Stufe: Sonderfall

Die erste Stufe richtet sich als Gestaltungsanordnung m. E. ausschließlich an den Gesetzgeber.¹⁴⁵ Schrankenbestimmungen dürfen hiernach nur in Sonderfällen Anwendung finden, nicht aber das Schutzrecht insgesamt einschränken.¹⁴⁶ Dies trifft auf § 51a zu, denn er betrifft den Sonderfall einer Nutzung fremder Werke zu Zwecken der Karikatur, Parodie oder Pastiche.¹⁴⁷ Weitere Restriktionen (für die Rechtsanwendung) ergeben sich aus der ersten Stufe nicht. Insbesondere verlangt sie nicht, „dass die einen Sonderfall regelnde Ausnahme oder Beschränkung ihrerseits nur in einem – bezogen auf die Schrankenregelung – Sonderfall angewendet wird.“¹⁴⁸

c) 2. Stufe: Eingriffe in die „normale Verwertung“

Eine Beeinträchtigung der „normalen Verwertung des Werks“ ist nach dem BGH gegeben, wenn „die fragliche Nutzung zur herkömmlichen Nutzung in unmittelbarem Wettbewerb tritt, also in die Primärverwertung eingegriffen wird“.¹⁴⁹ Sofern kein unmittelbarer Wettbewerb zwischen Werk und Nachnutzung entsteht, der „zwangsläufig den Umfang an Verkäufen oder anderen rechtmäßigen Transaktionen im Zusammenhang mit geschützten Werken verringern“¹⁵⁰ würde, ist sie gewahrt. Die zweite Stufe schützt also nicht jede denkbare Verwertungsmöglichkeit.¹⁵¹

Außer Betracht zu bleiben haben insbesondere Einschränkungen von Erlös- bzw. Lizenzierungsmöglichkeiten, die der Gesetzgeber bei der Einführung der Schrankenbestimmung bereits berücksichtigt hat und die ihr immanent sind. So ist es gerade Sinn und Zweck von § 51a, dass für die dort erlaubten Nutzungen zum Zweck der Karikatur, Parodie oder des Pastiche keine individuellen Lizenzen erworben werden müssen. Dementsprechend liegt es in der Natur der Sache, dass Rechteinhaber für solche Nutzungen keinen Marktpreis aushandeln können, sondern allenfalls (bei Plattformnutzungen gem. § 5 Abs. 2 UrhDaG) gesetzliche Vergütungen erhalten. Wenn der Gesetzgeber beispielsweise das Sampling als Regelbeispiel für die Pastiche-Schranke in § 51a nennt, hat er bereits in seine Abwägung einbezogen, dass für Samples in der Regel keine Lizenzentnahmen erzielt werden können.

Erst und nur dann, wenn ein Pastiche in Wettbewerb mit dem Quellmaterial tritt und dementsprechend in dessen Primärverwertung eingreifen würde¹⁵², könnte aus der zweiten Stufe ein korrigierender Schutz der materiellen Interessen des Rechteinhabers abgeleitet werden. Ein solcher Effekt wird in der Regel nur bei Übernahme des vollständigen Werks denkbar sein.¹⁵³

145 So handhabt es auch der Bundesgerichtshof, beispielsweise in der Entscheidung Afghanistan-Papiere II (ZUM 2020, 790). Hier (Rn. 58) bejaht er die erste Stufe damit, dass § 50 einen bestimmten Sonderfall regelt und daher immer nur in diesem Sonderfall anwendbar sei. Die Einhaltung der ersten Stufe ergibt sich also aus der Eigenschaft der Regelung als eine auf bestimmte Fälle beschränkte Schrankenbestimmung. S. hierzu auch Dreier/Schulze, UrhG/Dreier, 7. Auflage 2022, vor §§ 44a ff., Rn. 21.

146 Dreier/Schulze, UrhG/Dreier, 7. Auflage 2022, vor §§ 44a ff., Rn. 21.

147 Die Vereinbarkeit des § 51a mit der ersten in Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-Richtlinie geregelten Stufe ist schon von daher evident, als hiermit Art. 5 Abs. 3 lit. k) derselben Richtlinie annähernd wortlautgetreu umgesetzt wird.

148 BGH GRUR 2014, 549 (Rn. 48) – Meilensteine der Physik.

149 BGH GRUR 2014, 549 (Rn. 50 u. 52) – Meilensteine der Psychologie; BGH ZUM 2020, 790 (Rn. 59) – Afghanistan-Papiere II.

150 So EuGH GRUR 2014, 546 (Rn. 39) – ACI Adam/Thuiskopie.

151 Dreier/Schulze, UrhG/Dreier, 7. Auflage 2022, vor §§ 44a ff., Rn. 21 m. w. Nachw.

152 Dies ist beim Sampling beispielsweise nicht der Fall, s. HansOLG GRUR-RS 2022, 9866 (Rn. 79 f.) – Metall auf Metall II.

153 S. BGH GRUR 2014, 549 (Rn. 54) – Meilensteine der Psychologie. Da die Pastiche-Schranke keine Einschränkungen hinsichtlich des Umfangs der Übernahme enthält, sind vollständige Entlehnungen generell zulässig. Sie werden in der Regel, sofern es sich um einen Pastiche im hier verstandenen urheberrechtsspezifischen Sinne handelt, aber nicht zu einem Eingriff in die Primärverwertung führen (s. sogleich). Sollte dies jedoch ausnahmsweise ersichtlich sein bzw. vom Rechteinhaber vorgetragen werden, kann eine Korrektur über Stufe 2 erfolgen, indem der Tatbestand im konkreten Fall enger ausgelegt wird.

Bei einer Auslegung des Pastiche-Begriffs nach den oben erarbeiteten Regeln¹⁵⁴ besteht diese Gefahr nicht.¹⁵⁵ Hiernach bedingt die urheberrechtsspezifische Auslegung des Pastiche-Begriffs, dass die anlehrende Nutzung eigenständig ist. So verstanden lehnt sich der Pastiche zwar an das Quellmaterial an, weist aber einen anderen Sinngehalt und/oder einen anderen Gesamteindruck auf. Dadurch adressiert er andere Interessen und in der Regel auch andere Nutzer:innen. So verstanden kann ein Pastiche mit dem Quellmaterial generell nicht in Konkurrenz treten. Oder andersherum ausgedrückt: Wenn eine anlehrende Nutzung eine so große Nähe zum Quellmaterial aufweist, dass sie diesem gegenüber geradezu austauschbar erscheint, so dass die Gefahr einer Substitution entsteht,¹⁵⁶ handelt es sich im urheberrechtlichen Sinne nicht um einen Pastiche.¹⁵⁷

Hierdurch entstehen interessengerechte Ergebnisse im Sinne von Schrankenbestimmung und Drei-Stufen-Test, wie sich an den folgenden typischen Fallbeispielen zeigt:

- Durch die Verwendung einer Abbildung von Bart Simpson als Hintergrund für einen Meme oder als GIF wird der Absatz der Simpsons-Serie und diesbezüglichen Lizenzprodukten nicht sinken. Niemand wird die Serie deshalb nicht sehen oder ein Merchandising-Produkt nicht kaufen, weil es einen frei verfügbaren Meme gibt. Im Gegenteil wird dieser die Popularität und damit den Umsatz mit dem Werk im Zweifel eher befördern.
- Ein Mash-up, das aus vielen eigenen und entliehenen Videoausschnitten und/oder Musikelementen besteht, ersetzt nicht den Genuss des Quellmaterials. Es wirbt eher für dessen Gebrauch.
- Besteht eine Bildcollage nur aus Werken derselben Künstlerin und wird sie dadurch von den eigenschöpferischen Merkmalen der Quellen vorrangig geprägt, fehlt es ihr an „Eigenständigkeit“. Sie könnte als Substitutionsprodukt für das Quellmaterial dienen und wäre dann nicht zulässig.
- Von Nutzer:innen gestaltete Fan Art oder Fan Fiction wird sich in der Regel wirtschaftlich positiv auf das Objekt der Hommage auswirken. Eine gute Fankultur ist Werbung und kein Parasitentum, das die Einnahmen des Rechteinhabers mindern würde.
- Samples schmälern die Absatzmöglichkeiten am Originaltonträger nicht.¹⁵⁸ Der Umstand, dass hierfür theoretisch Lizenzgebühren eingenommen werden könnten, ist für die Anwendung des Drei-Stufen-Tests nicht relevant (sondern als solcher in die Interessenabwägung eingeflossen, die der Gesetzgeber vorgenommen hat).

154 Von entscheidender Bedeutung ist diesbezüglich das Merkmal der Eigenständigkeit, s. o. IV. 2.

155 Eine ausführliche Begründung findet sich bei Kreutzer, Verbraucherschutz im Urheberrecht, 2011, S. 73 (Fn. 197) in Bezug auf seinen damaligen, dem heutigen § 51a ähnlichen, Vorschlag für eine Schrankenbestimmung für „transformative Werknutzungen“.

156 So legt das HansOLG die zweite Stufe aus, s. HansOLG GRUR-RS 2022, 9866 (Rn. 79 f.) – Metall auf Metall II.

157 An diesem Beispiel zeigt sich, dass der Drei-Stufen-Test – entsprechend den Anforderungen von BVerfG und BGH ohne Weiteres im Rahmen der Auslegung der Tatbestandsmerkmale, also innerhalb der urheberrechtlichen Regelung angewendet werden kann. Eine hiervon losgelöste Abwägung ist nicht nötig.

158 HansOLG GRUR-RS 2022, 9866 (Rn. 79 f.) – Metall auf Metall II.

d) 3. Stufe: Ungebührliche Verletzung der Interessen des Rechteinhabers

Auf der dritten Stufe sind neben den rein materiellen Interessen (die v. a. auf der 2. Stufe berücksichtigt werden) weitere Belange des Rechteinhabers zu berücksichtigen. Hierbei ist – bezogen auf den jeweiligen Einzelfall – zu prüfen, ob das Bedürfnis an der Nutzung die Beeinträchtigung des Rechteinhabers überwiegt.¹⁵⁹ Wie gesagt sind die Stufen nicht sonderlich trennscharf. Der Umstand jedoch, dass Stufe 2 den Schutz der materiellen Interessen adressiert, deutet darauf hin, dass im Rahmen der dritten Stufe v. a. ideelle Interessen des Rechteinhabers zu berücksichtigen sind. Diese sind im deutschen Recht durch das Urheberpersönlichkeitsrecht kodifiziert.

Auch auf dieser Stufe sind die Intention des Gesetzgebers und der Regelungszweck der Schrankenbestimmung selbstverständlich ebenfalls zu berücksichtigen.¹⁶⁰ Einschränkungen der Interessen, die der gesetzlichen Nutzungserlaubnis des § 51a immanent sind und entsprechend vom Gesetzgeber berücksichtigt wurden, dürfen zur Begründung einer restriktiven Auslegung nicht herangezogen werden.

So ist es wesentlicher Sinn und Zweck des § 51a, dass die Nutzer:innen keine Erlaubnis vom Rechteinhaber für die Verwendung einholen müssen. Im Umkehrschluss liegt es in der Natur der Sache, dass die Urheberin die Verwertung in Karikaturen, Parodien oder Pastiches nicht verbieten kann, selbst wenn und obwohl sich diese deutlich an das Quellmaterial anlehnen, es integrieren und hierbei verändern und in andere Kontexte einbetten. Notwendige weitere Folge ist, dass § 51a in seinem Anwendungsbereich den Schutz der Werkintegrität (das Bearbeitungs- und Umarbeitungsrecht) weit gehend aufhebt. Das Änderungsverbot wird gem. § 62 Abs. 4a ausgeschlossen, „soweit es der Benutzungszweck des § 51a erfordert.“ Auch das Namensnennungsrecht wird durch § 51a i.V.m. § 63 Abs. 1 ausdrücklich ausgeschlossen.

Nicht beseitigt wird dagegen der Entstellungsschutz gem. § 14.¹⁶¹ Weder aus dem Gesetzestext noch aus der Gesetzesbegründung ergeben sich Hinweise darauf, dass das urheberpersönlichkeitsrechtliche Entstellungsverbot im Anwendungsbereich von § 51a nicht gelten soll. Auch hierbei ist, selbstverständlich, zu berücksichtigen, dass Nutzungen nach § 51a per definitionem in die Werkintegrität des Quellmaterials eingreifen. Hierin liegt eine der Schrankenbestimmung immanente Beschränkung des Integritätsinteresses, für die sich der Gesetzgeber bewusst entschieden hat. Dass das Material verändert und umgestaltet wird, kann den Einwand des § 14 daher als solches nicht begründen. Dadurch verbleibt für Korrekturen nach § 14 nur eingeschränkter Raum. Es müssen weitere Faktoren hinzutreten, aufgrund derer die Interessen des Urhebers durch die Karikatur, Parodie oder den Pastiche „in besonderem Maße betroffen sind“.¹⁶²

Steht eine Entstellung im Raum, ist nach § 14 – wie auch nach der dritten Stufe des Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-Richtlinie – eine Interessenabwägung vorzunehmen.¹⁶³ Auch etwaige Verletzungen der ideellen Interessen der Rechteinhaber können also entlang einer urheberrechtlichen Regelung beurteilt und abgewogen werden. Im Rahmen der Abwägung nach § 14 würde – unter Berücksichtigung der Regelungsentention von § 51a

159 BGH GRUR 2014, 549 (Rn. 56) – Meilensteine der Psychologie.

160 EuGH GRUR 2019, 944 (Rn. 59) – Afghanistan-Papiere.

161 BeckOK Urheberrecht/Lauber-Rönsberg, 35. Edition Stand: 15.07.2022, § 51a, Rn. 4.

162 BGH GRUR 2016, 1157 Rn. 38 – Auf fett getrimmt

163 S. den Wortlaut des § 14: „Der Urheber hat das Recht, eine Entstellung oder eine andere Beeinträchtigung seines Werkes zu verbieten, **die geeignet ist, seine berechtigten geistigen oder persönlichen Interessen am Werk zu gefährden.**“

– geprüft, ob die Urheberin ein berechtigtes Interesse hat, mit der anlehrenden Nutzung „nicht in Verbindung gebracht zu werden“.¹⁶⁴ Eine freischwebende, entkoppelte Interessenabwägung ist auch diesbezüglich weder sinnvoll noch erforderlich.

Das in § 14 geregelte Recht, sich gegen Entstellungen und „andere Beeinträchtigungen“ wehren zu können, ist ein flexibles Instrument. Es ist offen formuliert und wird weit verstanden. Das Entstellungsverbot kann nicht nur gegen Werkveränderungen an sich, sondern auch gegen „Umfelddinwirkungen“ in Stellung gebracht werden, die aus Sicht der Interessen des Urhebers am Werk nicht hingenommen werden müssen. Gemeint sind z. B. Werknutzungen, bei denen das Quellmaterial selbst nicht oder nur unwesentlich geändert, es aber in einen Sachkontext gestellt wird, der aus Sicht der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Interessen inakzeptabel ist. Beispielsweise hat der BGH entschieden, dass das Abspielen von Unterhaltungsmusik auf einer Wahlkampfveranstaltung einer als rechtsradikal eingestuften Partei von den Rechteinhabern gem. § 14 verboten werden kann.¹⁶⁵ Auch die Verbindung eines (unveränderten) Werkes mit einem anderen Gegenstand durch die der Eindruck erweckt wird, es handele sich um ein Gesamtwerk des Urhebers, kann eine rechtswidrige Entstellung darstellen.¹⁶⁶

Verstößt die anlehrende Nutzung gegen „außerhalb des Urheberrechts liegende Rechte Dritter“ und ergibt sich hieraus ein berechtigtes Interesse des Urhebers, hiermit nicht in Verbindung gebracht zu werden, kann auch dies – im Sinne des EuGH¹⁶⁷ – bei der Abwägung nach § 14 berücksichtigt werden.

Der Vorteil dieses Ansatzes gegenüber einer ominösen allumfassenden Interessenabwägung und einer Interessenabwägung gem. § 14 sollte offensichtlich sein. Vor allem orientiert sich Letztere an einer konkreten Regelung innerhalb des Urheberrechts mit einem flexiblen, gleichwohl durch die Rechtsprechung bereits umfangreich konkretisierten Rechtsrahmen. Die Belange der 3. Stufe des Drei-Stufen-Tests sind auch nach § 14 zu berücksichtigen. Dennoch ist die Abwägung nach § 14 gerade nicht „freischwebend“ und losgelöst vom Urheberrecht, sondern sie bezieht sich auf konkrete urheberpersönlichkeitsrechtliche Erwägungen. Dies schärft den Prüfungsraum enorm und trägt so zur Rechtssicherheit bei. Allgemeine Gerechtigkeitserwägungen, moralische oder ethische Vorstellungen oder gar persönliche Qualitätsurteile oder -vorstellungen können in diesem Rahmen schwerlich zum Tragen kommen.

Zudem entspricht dieser Ansatz dem o. g. Bedürfnis nach einem sinnvollen Regel-Ausnahme-Verhältnis. Eine Abwägung nach § 14 wird – bei sinnentsprechender Anwendung des § 51a – nur in seltenen Sonderfällen notwendig sein. Sie ist keineswegs in jedem Fall „von Rechts wegen“ zu prüfen, sondern nur, wenn sich Rechteinhaber auf besondere Beeinträchtigungen ihrer ideellen Interessen berufen und begründen, dass diese durch die Nutzung eines Pastiche in besonderem Maße („ungebührlich“) verletzt werden.

164 S. o. V. 1) und BGH GRUR 2016, 1157 Rn. 39 – Auf fett getrimmt; EuGH GRUR 2014, 874 (Rn. 31) – Deckmyn: „Unter diesen Umständen haben Inhaber der in den Art. 2 und 3 RL 2001/29 vorgesehenen Rechte wie Vandersteen ua jedoch grundsätzlich ein berechtigtes Interesse daran, dass das geschützte Werk nicht mit einer solchen Aussage in Verbindung gebracht wird.“

165 BGH GRUR-RR 2018, 61 (Rn. 14) – Die Höhner.

166 S. BGH GRUR 2002, 532 ff. – Unikatrahmen. Eine solche Nutzung wäre im Zweifel durch die neue Pastiche-Schranke nicht legitimiert. Denn hier weist die anlehrende Nutzung keinen eigenständigen Gesamteindruck auf, sondern es wird im Gegenteil die ästhetisch-geistige Wirkung des Quellmaterials übernommen.

167 GRUR 2014, 874 (Rn. 31) – Deckmyn.

VI. ABGRENZUNG ZU AN- DEREN TATBESTÄNDEN

1) ABGRENZUNG ZU KARIKATUR UND PARODIE

Eine klare Abgrenzung der verschiedenen Tatbestände des § 51a wird nicht immer möglich sein.¹⁶⁸ Die Grenzen verschwimmen. Es kann Pastiche geben, die auch Parodien sind und umgekehrt.¹⁶⁹

Die Ausführungen in der Gesetzesbegründung machen deutlich, dass der Begriff „Pastiche“ weiter ist als die Tatbestände der Karikatur und Parodie.¹⁷⁰ Bei Letzteren handelt es sich in aller Regel um kritisch-humorvolle Äußerungen. Die Äußerungs- und Erscheinungsformen des Pastiche sind dagegen wesentlich vielfältiger.¹⁷¹

Letztlich ist die Abgrenzung von untergeordneter praktischer Bedeutung und kann hier dahingestehen. Denn die Rechtsfolgen für Nutzungen als Karikaturen, Parodien oder Pastiche unterscheiden sich nicht.¹⁷²

2) ABGRENZUNG ZUM ZITAT GEM. § 51

Eine Abgrenzung zum Zitat kann erforderlich werden, da ergänzende Pflichten des Nutzers und Rechtsfolgen zum Teil unterschiedlich sind. Bei Zitaten sind grundsätzlich das Änderungsverbot (§ 62) und die Pflicht zur Quellenangabe (§ 63) zu beachten. Außerdem ist die öffentliche Wiedergabe von Zitaten auf Plattformen – anders als bei Karikaturen, Parodien oder Pastiche – nicht vergütungspflichtig.

Auch das Zitatrecht und die Schrankentatbestände des § 51a sind nicht vollständig trennscharf abzugrenzen. Zwar unterscheiden sie sich grundsätzlich darin, dass Zitate unverändert und mit eindeutigem Bezug zum zitierten Werk verwendet werden.¹⁷³ Dagegen müssen sich die Entlehnungen bei Karikaturen, Parodien oder Pastiche wahrnehmbar vom Quellmaterial unterscheiden.¹⁷⁴ Da der Unterschied jedoch auch durch Kontextveränderungen und/oder antithematische Verwendungen eines an sich unveränderten Werkes oder Werkausschnittes liegen kann,¹⁷⁵ sind Überschneidungen von § 51 und § 51a möglich.¹⁷⁶ Praktische Relevanz

168 Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/27426, S. 90.

169 Ortland ZGE 2022, 1 (33 f.).

170 Zu diesem Schluss kommt auch Pötzlberger, GRUR 2018, 675, 679 nach seiner kunsthistorischen Deutung.

171 Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/27426, S. 91: „Anders als bei Parodie und Karikatur, die eine humoristische oder verspottende Komponente erfordern, kann diese beim Pastiche auch einen Ausdruck der Wertschätzung oder Ehrerbietung für das Original enthalten, etwa als Hommage.“

172 Dreier in Dreier/Schulze, 7. Auflage 2022, § 51a, Rn. 9.

173 EuGH GRUR 2019, 929 (Rn. 71) – Metall auf Metall III.

174 S. o. IV. 2) e).

175 S. o. IV. 2) a).

176 Ortland (ZGE 2022, 1 (62)) versucht sich an einer Typisierung von Pastiche-Formen, die nicht als Zitate zulässig wären.

dürfte dies jedoch in erster Linie für die Frage nach der Vergütung gem. § 5 Abs. 2 UrhDaG haben, die nicht im Fokus dieser Untersuchung liegt.

3) ABGRENZUNG ZUR FREIEN BENUTZUNG GEM. § 23 ABS. 1 SATZ 2 UND ZUR BEARBEITUNG GEM. § 23 ABS. 1 SATZ 1

Der Unterschied zwischen Nutzungen nach § 51a, freien Benutzungen und abhängigen Bearbeitungen ist dagegen erheblich. Freie Benutzungen unterliegen nicht dem Urheberrecht. Hier sind keine Interessen abzuwägen und selbstverständlich auch keine Vergütungen zu bezahlen. Abhängige Bearbeitungen sind dagegen zustimmungspflichtig und dürfen nur mit Einverständnis des Originalurhebers verwertet werden. Nutzungen nach § 51a sind zwar zustimmungsfrei möglich, hier ist aber gegebenenfalls eine Interessenabwägung vorzunehmen und es sind u. U. Vergütungen zu bezahlen.

Die Abgrenzung liegt im Grad der Anlehnung und den Unterschieden im Gesamteindruck zwischen Quellmaterial und anlehnender Nutzung.

Bei sehr stark abweichendem Gesamteindruck verblasen die eigenpersönlichen Züge des Quellmaterials. Dann handelt es sich um eine freie Benutzung gem. § 23 Abs. 1 Satz 2. Sind die Unterschiede im Gesamteindruck geringer und die Anlehnung umso deutlicher erkennbar, kann es sich um Karikatur, Parodie oder Pastiche gem. § 51a handeln. Weist die anlehnende Nutzung eine zu große Nähe und damit keine eigenständige geistig-ästhetische Wirkung auf, ist sie nicht eigenständig und damit um eine abhängige Bearbeitung.

VII. BEWEISLASTFRAGEN

Grundsätzlich gilt auch bei der Anwendung des § 51a der allgemeine zivilprozessuale Grundsatz, dass jede Partei die ihr günstigen Tatsachen zu beweisen hat, soweit sie sich hierauf beruft. Der Rechteinhaber muss die anspruchsbegründenden Tatsachen beweisen (also beispielsweise, dass er Rechteinhaber ist, dass sein Werk genutzt wurde usw.)¹⁷⁷ und die Nachnutzerin diejenigen, auf die sie ihr Recht zur Schrankennutzung stützt¹⁷⁸. Wer also einen Pastiche herstellt und verwertet, muss beweisen, dass es sich bei seiner Arbeit um eine eigenständige, gleichwohl anlehrende Nutzung mit Bezug zum Quellmaterial handelt.

Würde der Rechteinhaber einwenden, dass der Pastiche ausnahmsweise wegen eines Verstoßes gegen den Drei-Stufen-Test bzw. § 14 nicht verwertet werden darf, hätte er die Tatsachen zu beweisen, auf die er diese Behauptung stützt.¹⁷⁹ Wird beispielsweise eingewendet, dass – trotz Vorliegen der objektiven Tatbestandsmerkmale – die Verwertung des Pastiches die Primärverwertung beeinträchtigt, müsste der Rechteinhaber dies belegen. Gleiches gilt für etwaige Aspekte, aufgrund derer er in dem Pastiche eine Entstellung sieht, die seine Interessen „ungebührlich verletzt“.

¹⁷⁷ Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht/Wimmers, 6. Auflage 2020, § 97, Rn. 349.

¹⁷⁸ BGH GRUR 2017, 798 (Rn. 37) – AIDA Kussmund.

¹⁷⁹ Der Drei-Stufen-Test fungiert insofern als Schranken-Schranke (s. o. ##).

VIII. SCHLUSSBEMERKUNG

Im Rahmen einer urheberrechtsspezifischen Betrachtung wird der Begriff „Pastiche“ hier wie folgt definiert: „Ein Pastiche ist ein eigenständiges kulturelles und/oder kommunikatives Artefakt, das sich an die eigenschöpferischen Elemente veröffentlichter Werke Dritter anlehnt und sie erkennbar übernimmt.“

So verstanden verfügt der Begriff über die vom Gesetzgeber gewünschte Offenheit, die es ermöglicht, unabhängig von Zeitgeist und technischen Möglichkeiten kreative Nutzerinhalte aus der Illegalität zu holen. Nicht alle Nutzeräußerungen werden hierdurch legitimiert. Die Definitionen der Tatbestandsmerkmale in diesem Gutachten sollten gewährleisten, dass schützenswerte, unter die Meinungs- und/oder Kunstfreiheit fallenden, kreative Leistungen zulässig sind. Gleichzeitig wird vermieden, dass parasitäre Nachnutzungen auf die gesetzliche Erlaubnis des § 51a gestützt werden können.

Wir gehen für die
Grundrechte vor Gericht.
Unterstützen Sie uns
dabei.

[FREIHEITSRECHTE.ORG/JOIN](https://www.freiheitsrechte.org/join)