

Schriften zum geistigen Eigentum
und zum Wettbewerbsrecht

137

Maria Franziska Schroeder

Urheberrecht und Remix-Kultur

Referentielle Nutzung von Filmmaterial im deutschen
und U.S.-amerikanischen Urheberrecht



Nomos

Schriften zum geistigen Eigentum
und zum Wettbewerbsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Christian Berger, Universität Leipzig
Prof. Dr. Horst-Peter Götting, Techn. Universität Dresden

Band 137

Maria Franziska Schroeder

Urheberrecht und Remix-Kultur

Referentielle Nutzung von Filmmaterial im deutschen
und U.S.-amerikanischen Urheberrecht



Nomos

Promotionsstipendium der FAZIT-Stiftung

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Passau, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-7560-0494-2 (Print)

ISBN 978-3-7489-3819-4 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meiner Familie in Dankbarkeit gewidmet

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von der juristischen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen und befindet sich auf dem Stand von Oktober 2020.

Am 7. Juni 2021 trat das Gesetz zur Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinien in Kraft. Der Bundestag hatte das „Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes“ am 20. Mai 2021 verabschiedet. Der Bundesrat billigte es am 28. Mai 2021. Die Gesetzesänderung hatte für die in der Arbeit behandelten §§ 23, 24 UrhG zur Folge, dass § 23 UrhG a.F. um die „Abstandsformel“ und den starren Melodienschutz ergänzt, § 24 UrhG gestrichen und eine neue Schranke für Karikaturen, Parodien und Pastiche in § 51a UrhG eingeführt wurde.

Diese nachträglichen Entwicklungen werden in der Arbeit im Rahmen einer Schlussbemerkung berücksichtigt, die die Auswirkungen der - zu dem damaligen Zeitpunkt noch geplanten - Gesetzesreform skizziert.

Die Kernaspekte der Arbeit bleiben im Übrigen auch nach der Reform gültig und relevant. Hierzu zählen zunächst alle Ausführungen zum U.S.-amerikanischen Copyright Law sowie die Auseinandersetzung mit dem Begriff der Bearbeitung, insbesondere im Kontext von Verfilmungen sowie bei der in der Arbeit behandelten Frage, inwieweit eine Differenzierung zwischen Bearbeitung und Vervielfältigung überhaupt notwendig ist und die Einordnung von Bearbeitungen auf europäischer Ebene. § 24 UrhG wurde durch die Gesetzesänderung durch zwei voneinander getrennte Regelungen abgelöst. Die Abstandsproblematik und ihre Behandlung werden damit aber keineswegs obsolet, sondern sind zukünftig im Rahmen des § 23 UrhG n.F. abzuhandeln. Daher sind die in der Arbeit entwickelten und aufgezeigten Grundsätze zur Identifizierung eines Abstands weiterhin anwendbar und auch eine Übertragung der *Fair use*-Kriterien zur Konturierung des erforderlichen Abstands bleibt nach wie vor sinnvoll. Für die Begriffe der Karikatur und Parodie i.S.d. § 51a UrhG sind künftig die Maßstäbe heranzuziehen, die bislang – und auch in der vorliegenden Arbeit – unter dem Begriff des „inneren Abstands“ diskutiert wurden. Eigenständige Relevanz wird der Pastiche-Begriff des neuen § 51a UrhG insbesondere im Zusammenhang mit den in der Arbeit behandelten Fan Filmen als Form des *User Generated Content* erlangen. Im Rahmen der uni-

onsrechtlich gebotenen Interessenabwägung bei § 51a UrhG können wiederum die in der Arbeit dargestellten Grundsätze zum „inneren Abstand“ fruchtbar gemacht werden, um zulässige Pastiches von zustimmungsbedürftigen Bearbeitungen abzugrenzen.

Nach diesen Ausführungen möchte ich das Vorwort mit einer Danksagung abschließen.

Mein Dank gilt an dieser Stelle meinem Doktorvater, Professor Dr. Michael Beurskens, LL.M. (University of Chicago), vor allem für seine Betreuungsleistung, seine Empfehlungsschreiben für Stipendien und die Erstellung des Erstgutachtens, sowie meinem Zweitkorrektor, Professor Dr. Moritz Hennemann, M. jur. (Oxford) für die Erstellung seines Gutachtens. Ebenso danke ich Professor Peter Menell für seine Betreuung während meines Forschungsaufenthaltes an der UC Berkeley in Kalifornien, ohne den der U.S.-amerikanische Teil der Arbeit nicht hätte weiterentwickelt werden können.

Ebenso danke ich der FAZIT-Stiftung für das Promotionsstipendium, das die Fertigstellung der Arbeit ermöglicht hat. Dem Nomos Verlag und den Herausgebern der Schriftenreihe „Schriften zum geistigen Eigentum und zum Wettbewerbsrecht“ danke ich für die freundliche Aufnahme der Arbeit.

Die Fertigstellung der Arbeit wäre undenkbar gewesen ohne die fachliche und mentale Unterstützung meiner Freunde und Familie. Mein besonderer Dank gilt Professorin Dr. Linda Kuschel, LL.M. (Harvard) für ihre extrem klugen Gedanken, wertvollen Anregungen, dafür immer ein offenes Ohr gehabt zu haben und vor allem für das kritische und sorgfältige (Korrektur-)Lesen.

Mein höchster Dank gilt meinen Eltern, die mich während meiner gesamten Ausbildung bedingungslos unterstützt haben. Meinem Mann, Kaio Moraes Pereira, danke ich vor allem für seine Liebe und für die Bestärkung, die Arbeit zu Ende zu bringen. Ich danke auch meinem Großvater, der sich den Abschluss der Arbeit immer sehr gewünscht hat. Meine Familie und Freunde haben mich in jeder Hinsicht begleitet und mir viel Kraft gegeben.

Berlin, im Oktober 2022

Maria Franziska Schroeder

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| Einleitung | 15 |
| A. Einführung und Problemaufriss | 15 |
| B. Gang der Untersuchung | 17 |
| Erster Teil: Untersuchungsgegenstände und die Relevanz ihrer begrifflichen Merkmale für einen Abgrenzungsvorgang | 19 |
| § 1 Freie Benutzung und Fair Use | 19 |
| A. Begriff der freien Benutzung | 19 |
| I. Freiheit der Benutzung | 19 |
| II. Selbstständiges Werk | 20 |
| B. Einführung zu den <i>Fair use</i> -Faktoren nach 17 U.S.C § 107 | 22 |
| I. Die Leitentscheidungen in Kürze | 23 |
| II. Erster Faktor: „The purpose and character of the use“ | 25 |
| III. Zweiter Faktor: „Nature of the copyrighted work“ | 26 |
| IV. Dritter Faktor: „Amount and substantiality of the portion used“ | 27 |
| V. Vierter Faktor: „Effect of the use upon the potential market“ | 28 |
| § 2 Bearbeitungen im deutschen und U.S.-amerikanischen Recht | 29 |
| A. Der deutsche Bearbeitungsbegriff | 29 |
| I. Anforderungen an die Gestaltungshöhe bei Bearbeitungen | 30 |
| II. Erkennbarkeit des Originals | 32 |
| III. Wesentliche Veränderung | 32 |
| IV. Verfilmungen als Bearbeitungen i.S.d. § 23 S. 2 UrhG | 35 |
| 1. Zulässigkeit der Herstellung und Verwertung nach § 23 S. 1 UrhG | 35 |
| 2. Keine Herstellungsfreiheit für Verfilmungen | 35 |
| 3. Nicht mehr zeitgemäße Regelung | 37 |
| B. Bearbeitungen im U.S. Copyright Law | 37 |
| I. „Fixed in a tangible medium of expression“ | 38 |

| | |
|---|----|
| II. „Sufficient proximity between primary work and derivative work“ | 40 |
| 1. Reichweite des Bearbeitungsrechts anhand des substantial similarity tests | 41 |
| 2. Probleme bei der Konturierung des Bearbeitungsrechts aufgrund des substantial similarity tests | 43 |
| a. Beeinflussung des Marktes, Nutzung in qualitativer und quantitativer Hinsicht oder <i>distinct characteristic test</i> | 44 |
| b. Berücksichtigung wirtschaftlicher Aspekte | 45 |
| c. Erkennbarkeit und (wesentliche) Veränderung | 46 |
| III. Transformation für den urheberrechtlichen Schutz einer Bearbeitung und als Abgrenzungsmerkmal | 47 |
| C. Ergebnis | 50 |
| | |
| Zweiter Teil: Abgrenzungskriterien aus der Auslegung der freien Benutzung und der <i>Fair use</i> -Analyse | 51 |
| | |
| § 3 Herkömmliche Ansätze und neue Einflüsse bei der Abgrenzung im deutschen Recht | 51 |
| A. Einordnung von Bearbeitung und freier Benutzung im europäischen Kontext | 51 |
| I. Bearbeitungsrecht auf europäischer Ebene? | 52 |
| 1. Fragmentarische Andeutung eines europäischen Bearbeitungsrechts | 53 |
| 2. Keine oder nur partielle Existenz auf europäischer Ebene | 53 |
| 3. Richtlinienkonforme Auslegung des § 23 UrhG? | 54 |
| a. Verwertungsrecht oder selbstständiges Nutzungsrecht | 55 |
| b. § 23 UrhG als Schutzbereichsbestimmung | 55 |
| 4. Ergebnis | 57 |
| II. Freie Benutzung auf europäischer Ebene | 57 |
| 1. Schutzbereichsbeschränkung oder Schranke? | 58 |
| 2. Bisherige Fortgeltung als Schranke für Parodien, Pastiche und Karikaturen | 59 |
| B. Folgen für den Abgrenzungsvorgang? | 60 |
| C. Die Elemente des Abgrenzungsvorgangs | 60 |
| I. Schutzbereich des benutzten Werkes | 61 |

| | |
|---|----|
| II. Wiederkehren der individuellen Merkmale in der Nutzung und Einbeziehung einer Vervielfältigung | 62 |
| 1. Kein nationaler Sonderweg | 63 |
| 2. Keine Auswirkungen auf den Abgrenzungsvorgang | 64 |
| III. Abstand als Abgrenzungsmerkmal | 65 |
| 1. Eigentümlichkeitsgrad des Originals | 65 |
| 2. Äußerer Abstand | 66 |
| 3. Innerer Abstand | 67 |
| a. Parodie als Fall einer Bearbeitung? | 68 |
| b. Antithematische Behandlung | 69 |
| c. Thematisches Umfeld | 70 |
| d. Allgemein kritisierende Parodie | 71 |
| (1) Antithematische Behandlung im Rahmen der Interessenabwägung? | 72 |
| (2) Nutzung als persönliche geistige Schöpfung? | 73 |
| D. Ergebnis | 74 |
| § 4 Die Abgrenzung zwischen <i>derivative works</i> und <i>fair use</i> im U.S.-amerikanischen Copyright Law | 75 |
| A. Inhaltliche Anforderungen an einen <i>transformative use</i> i.S.d. ersten Faktors der <i>Fair use</i> -Analyse | 76 |
| B. Literaturansichten zur Auflösung des Konflikts zwischen <i>transformative use</i> und <i>transformation</i> i.S.e. Bearbeitung | 78 |
| I. Functional analysis | 78 |
| II. Wiedergabe in neuem Format oder anderem Medium | 80 |
| III. Kritik am Original und Lenken in eine neue Richtung | 81 |
| IV. Discursive community und shift in focus from authorial intent to reader response | 82 |
| C. Die Rechtsprechung zu <i>Cariou v. Prince</i> | 84 |
| D. Ergebnis | 85 |
| E. Vergleich der Abgrenzung mit dem deutschen Recht | 86 |
| Dritter Teil: Besonderheiten beim Re-Use von Filmmaterial im digitalen Umfeld | 89 |
| § 5 Re-Use von Filmmaterial im deutschen Recht | 91 |
| A. Laufbilder, Filmhersteller und Leistungsschutz | 91 |
| B. Relevante Rechtsprechung aus dem Filmbereich und übertragbare Rechtsprechung aus dem Musikbereich | 93 |
| I. Mattscheibe und TV-Total | 93 |
| II. Metall auf Metall | 94 |

| | |
|---|-----|
| C. Übertragung der Abgrenzungsgrundsätze bei urheberrechtlich geschützten Werken auf die Nutzung von Filmausschnitten | 97 |
| I. Anwendbarkeit der §§ 23 und 24 UrhG auf Laufbilder | 98 |
| 1. Analoge Anwendbarkeit des § 24 UrhG | 98 |
| 2. Analoge Anwendbarkeit des § 23 UrhG | 100 |
| a. Ausreichender Schutz über das Vervielfältigungsrecht? | 101 |
| b. Korrespondierendes Bearbeitungsrecht | 103 |
| II. Abgrenzung bei der Nutzung von Filmausschnitten | 104 |
| 1. Schutzbereich des Originals | 104 |
| a. Leistungsschutz für (kleinste) Filmausschnitte | 105 |
| b. Identifizierung des Schutzbereichs | 107 |
| 2. Nutzung als persönliche geistige Schöpfung? | 108 |
| 3. Kunstspezifische Betrachtung | 109 |
| a. Genretypische Aspekte | 110 |
| b. Interessenabwägung | 111 |
| c. Europäische Vorgaben? | 112 |
| 4. Abstandnahme bei Filmausschnitten | 113 |
| a. Wiedererkennungswert des Leistungsergebnisses anstelle des Eigentümlichkeitsgrads | 114 |
| (1) Kein Kriterium der Erforderlichkeit der Übernahme bei Nachspielbarkeit | 115 |
| (2) Kein Erfordernis der Nachproduzierbarkeit von Filmausschnitten | 116 |
| b. Äußerer Abstand | 117 |
| c. Innerer Abstand | 117 |
| (1) Antithematische Behandlung durch filmischen UGC | 118 |
| (2) Allgemein kritisierende Film-Parodie | 119 |
| (a) Film-Parodien, die ausschließlich Fremdmaterial beinhalten | 119 |
| (b) Kriterien der Interessenabwägung | 120 |
| (3) Künstlerische Auseinandersetzung auf andere Weise | 122 |
| (4) Simulationscharakter durch Genre-Kollision | 124 |
| (5) Quantitätskriterium | 125 |
| C. Ergebnis | 126 |
| § 6 Re-Use von Filmmaterial im US-amerikanischen Copyright Law | 127 |
| A. Vorüberlegungen für die Nutzung von Filmausschnitten | 127 |

| | |
|--|---------|
| B. Nutzung von Filmausschnitten unter den einzelnen <i>Fair use</i> -Faktoren | 129 |
| I. „The purpose and character of the use“ | 129 |
| 1. Transformative Zwecke für einen transformative use | 130 |
| a. Die Zwecke in 17 U.S.C. § 107 | 131 |
| b. Konkretisierung der Zwecke | 132 |
| (1) Berücksichtigung neuer Aussagen | 134 |
| (2) Perspektiven bei Deutungsschwierigkeiten | 134 |
| 2. Film-Parodien und andere transformative Kritiken | 135 |
| II. „Nature of the copyrighted work“ | 137 |
| III. „Amount and substantiality“ | 139 |
| 1. Quantitätserwägungen | 140 |
| 2. Qualitätserwägungen | 142 |
| 3. Use of characters | 143 |
| a. Grundsätze zum Figurenschutz | 144 |
| b. Nutzung von Figuren in Fan Filmen | 145 |
| c. Figurenschutz und Nutzung von Figuren im deutschen Recht | 147 |
| IV. „The Effect on the market for the original“ | 149 |
| 1. Ansätze für einen Marktschaden | 149 |
| a. Substitutes and complements | 150 |
| b. Functional test | 150 |
| c. Unterscheidung zwischen <i>substitutes</i> und <i>complements</i> vorzugswürdig | 151 |
| d. Anwendung auf filmischen UGC | 153 |
| 2. Potentielle Märkte | 154 |
| a. Transformativität als Indiz | 156 |
| b. Auswirkungen auf Märkte für Bearbeitungen | 157 |
| 3. Positive Auswirkungen auf den Markt der Vorlage | 159 |
| C. Ergebnis | 160 |
| D. Vergleich mit der deutschen Rechtslage | 162 |
| Vierter Teil: Modifizierung des § 24 UrhG durch Fair Use-Kriterien | 165 |
| § 7 Übertragbarkeit einzelner Kriterien aus den <i>Fair use</i> -Faktoren auf § 24 UrhG und die Unterscheidung zwischen Vorlagen unter Urheberrechts- und Leistungsschutz im deutschen Recht | 165 |
| A. Übertragbarkeit – möglich und sinnvoll? | 165 |
| I. Schutzzwecke des Copyright Law und Urheberrechtsgesetzes | 165 |
| II. Ökonomisierung des deutschen Urheberrechts | 167 |

| | |
|--|-----|
| III. Vergleichbarkeit von freier Benutzung und fair use | 168 |
| IV. Ergebnis | 169 |
| B. Übertragung bei einer Unterscheidung zwischen Vorlagen unter Urheberrechts- und Leistungsschutz | 170 |
| I. Transformative Nutzung | 171 |
| 1. Übertragbarkeit der Kriterien des ersten Faktors | 171 |
| 2. Mögliche konkrete Auswirkungen auf Fan Filme | 172 |
| II. Grad der Kreativität | 174 |
| 1. Übertragbarkeit der Kriterien des zweiten Faktors | 174 |
| 2. Mögliche konkrete Auswirkungen auf Fan Filme | 174 |
| III. Qualität und Quantität der Übernahme | 175 |
| 1. Übertragbarkeit der Kriterien des dritten Faktors | 175 |
| 2. Mögliche konkrete Auswirkungen auf Fan Filme | 176 |
| IV. Wirtschaftliche Kriterien | 178 |
| 1. Übertragbarkeit der Kriterien des vierten Faktors | 178 |
| a. Wirtschaftliche Kriterien bei urheberrechtlich geschützten Werken | 178 |
| b. Keine Übertragbarkeit | 179 |
| c. Der Wettbewerbsgedanke als Indiz | 180 |
| d. Wirtschaftliche Kriterien bei Vorlagen unter Leistungsschutz | 180 |
| e. Ergebnis | 182 |
| 2. Mögliche konkrete Auswirkungen auf Fan Filme | 184 |
| C. Schlussbemerkung: Ausblick in Bezug auf § 24 UrhG im deutschen Recht | 185 |
| Thesen der Arbeit | 188 |
| Literaturverzeichnis | 193 |

Einleitung

A. Einführung und Problemaufriss

Dürfen Filmsequenzen eines vorbestehenden Werkes ohne Einwilligung des Rechteinhabers für einen neuen Film genutzt werden oder nicht? Diese Frage ist nicht einfach zu beantworten. Im Musikbereich hat die Nutzung einer zweisekündigen Musiksequenz aus dem Song *Metall auf Metall* von *Kraftwerk* als Sample in dem Song *Nur mir* von Musikproduzent *Moses Pelham* einen über 20 Jahre dauernden Rechtsstreit ausgelöst.¹ Im Ergebnis ging es unter anderem darum, ob das Sampling eine freie Benutzung i.S.d. § 24 UrhG darstellt und damit ohne Einwilligung der Rechteinhaber stattfinden durfte oder ob es sich um eine zustimmungspflichtige Vervielfältigung handelt. Die Bandbreite der Rechtsprechung reicht von Entscheidungen des LG Hamburg² bis zum EuGH³ und variiert stark. Die Uneinigkeiten zwischen den verschiedenen gerichtlichen Instanzen und die Dauer des Rechtsstreits verdeutlichen, dass es in diesem Bereich noch viel Klärungsbedarf gibt, obwohl die Nutzung von schon existierendem Material ein alltägliches Phänomen ist. Dieser bis zum EuGH angelangte Fall gab auch den Anlass zu einer Auseinandersetzung mit dem Thema der Arbeit, da die Grundsätze der Entscheidungen aus dem Musikbereich auf den Filmbereich, insbesondere auf die Nutzung kleinster Filmausschnitte, übertragen werden können.

„Fremdreferenzialität ist [...] Kennzeichen, zugleich aber auch Problem postmoderner Kunstformen.“⁴ Kreative Umgestaltungen von Filmmaterial im digitalen Umfeld urheberrechtlich zu beurteilen, ist auf deutscher und internationaler Ebene zu einem aktuellen und viel diskutierten Thema geworden.⁵ Dazu gehört auch die rechtliche Bewertung von *User Generated Content* in Form von Fan Filmen.⁶ Für einen der erfolgreichsten Fan Filme, *Star Wars Uncut*, wurde der erste veröffentlichte *Star Wars* Film

1 BGH GRUR-RS 2020, 12924 – *Metall auf Metall IV*.

2 LG Hamburg, Urt. V. 8.10.2004, BeckRS 2013, 7726.

3 EuGH GRUR 2019, 929 – *Pelham/Hütter ua*.

4 *Klass* in: Dreier/Peifer/Specht, FS Schulze, 147, 148.

5 So auch *Obly*, GRUR 2017, 964, 968.

6 Ausführlich zu „fan-made derivative works in the new folk culture of the twenty-first century“ *McKay*, 24 Regent U.L. Rev. 2011–2012, 117 ff.

Episode IV: A New Hope in 473 individuelle 15 Sekunden lange Videosequenzen aufgeteilt.⁷ Anschließend machten Amateur-Filmmacher aus den Segmenten ihre eigenen Versionen, die zu einem Originalfilm in voller Länge zusammengestellt wurden.⁸ Zwar wurden durch die Rechteinhaber *Lucasfilm* und *Disney* keine rechtliche Schritte dagegen eingeleitet.⁹ Wäre dies der Fall gewesen, hätte sich sicherlich die Frage der Zulässigkeit eines möglichen *fair use* gestellt. Im deutschen Recht wäre die Frage die der Abgrenzung von Vervielfältigung, Bearbeitung und freier Benutzung gewesen.

Bei einer unveränderten Kopie (Vervielfältigung i.S.d. § 16 UrhG) ist der Schutzbereich des Originals ohne Weiteres berührt. Wird die Vorlage verändert, ist zu prüfen, ob es sich um eine unfreie Bearbeitung oder eine freie Benutzung handelt. Gemäß § 23 I S. 1 UrhG wird die Verwertung und Veröffentlichung einer Nutzung der Einwilligung des Originalurhebers unterworfen. Dadurch behält dieser die verwertungsrechtliche Bestimmungsmacht über sein enthaltenes Werk.¹⁰ Demgegenüber bedarf eine freie Benutzung i.S.d. § 24 UrhG keiner Einwilligung des Rechteinhabers, da ihr Ziel ist, einen „Freiraum für eine schöpferische Auseinandersetzung mit bestehenden Werken zu schaffen und damit eine kulturelle Fortbildung zu ermöglichen“.¹¹ Diesem Interessenausgleich zwischen der Freiheit von Ideen und dem Schutz von Werken trägt die Abgrenzung der Bearbeitung von der freien Benutzung Rechnung.¹² Dabei spielt die Abwägung zwischen Urheber- und Innovationsschutz und damit das Widerstreiten privater und öffentlicher Interessen eine große Rolle.

Technologischer Fortschritt, Digitalisierung und aktuelle künstlerische Erscheinungsformen des Alltags stellen den Abgrenzungsvorgang heute vor neue Herausforderungen. Ziel der Arbeit ist es zu untersuchen, ob die in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Abgrenzungskriterien, die besonders durch die sog. Verblässensformel geprägt sind, noch zeitgemäß

7 *Lipton/Tebranian*, 109 Nw. U.L. Rev. 2015, 383, 417; Akisoma Institute for Contemporary Art, Casey Pugh et al., verfügbar unter: <http://www.aksioma.org/star.wars.uncut/>.

8 Akisoma Institute for Contemporary Art, Casey Pugh et al., verfügbar unter: <http://www.aksioma.org/star.wars.uncut/>; *Lipton/Tebranian*, 109 Nw. U.L. Rev. 2015, 383, 417.

9 *Lipton/Tebranian*, 109 Nw. U.L. Rev. 2015, 383, 422.

10 *Plassmann*, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen, S. 41.

11 BGH GRUR 2013, 614 Rn. 14 – *Metall auf Metall II*; *Loewenheim* in: *Bücher/Glückner/Nordemann/Osterrieth/Rengier*, FS Ahrens, S. 247.

12 *Stieper*, AfP, 2015, 301 ff.

und den aktuellen Entwicklungen gewachsen sind. Dabei wird in der Arbeit auch der Einfluss des europäischen Urheberrechts auf den Abgrenzungsvorgang beleuchtet. Da die Ausgestaltung der freien Benutzung für den Bereich der Nutzung von Filmausschnitten im deutschen Recht noch recht unklar ist und es bisher keine Rechtsprechung zur der Behandlung filmischen *User Generated Contents* (UGC) gibt, prüft die Arbeit, inwieweit die bei urheber- und leistungsschutzrechtlich geschützten Vorlagen analysierten Abgrenzungskriterien auf den Fan-Filmbereich übertragbar sind und welche eigenständigen Kriterien für diesen Bereich entwickelt werden müssen.

Die Arbeit nimmt rechtsvergleichend die Rechtslage für die behandelte Problematik im U.S.-amerikanischen Recht in den Blick. Das Rechtsinstitut der Bearbeitung bzw. das Bearbeitungsrecht sind im U.S.-amerikanischen Recht in 17 U.S.C. § 106 (2) verankert. Für eine Privilegierung von Nutzungen, die vorbestehendes Material beinhalten, ist die *Fair use*-Analyse das wichtigste Instrument. Zwar sind die freie Benutzung und die *Fair use*-Faktoren nicht gleichzusetzen, als Privilegierungsinstrumente können sie allerdings verglichen werden. In der Arbeit geht es darum, die Unterschiede und Gemeinsamkeiten beider Rechtssysteme in Bezug auf die Untersuchungsgegenstände, den Abgrenzungsvorgang der Rechtsinstitute und die Besonderheiten bei der Nutzung vorbestehender Werke im Rahmen von filmischem UGC aufzuzeigen. Abschließend wird die Frage beantwortet, inwieweit *Fair use*-Kriterien in das deutsche Recht übertragen werden können, um die Abgrenzung der Bearbeitung von der freien Benutzung stärker zu konturieren.

B. Gang der Untersuchung

Im *ersten Teil* der Arbeit werden zunächst die Untersuchungsgegenstände – also Bearbeitungen im deutschen Urheberrecht und im U.S.-Copyright Law sowie das deutsche Rechtsinstitut der freien Benutzung und die Faktoren der *Fair use*-Analyse – vorgestellt. Es wird vergleichend untersucht, wie die jeweiligen Rechtsinstitute in beiden Rechtsordnungen ausgestaltet sind, um daraus Rückschlüsse auf die Abgrenzung zu ziehen.

Der *zweite Teil* der Arbeit behandelt sodann die herkömmlichen Ansätze bei der Abgrenzung der freien Benutzung von der Bearbeitung bei urheberrechtlich geschützten vorbestehenden Werken. Anschließend wird der Einfluss der aktuellen Rechtsprechung und Literatur, welche sich aufgrund des technologischen Fortschritts und neuer Kunstformen

herausgebildet hat, auf diesen Vorgang betrachtet. Dabei spielt insbesondere die Bedeutung der Kunstfreiheit im Urheberrecht eine Rolle. Neben der Frage, inwieweit die Rechtsinstitute der Bearbeitung und der freien Benutzung auf der Ebene des europäischen Urheberrechts existieren und welche Ausstrahlungswirkung dies auf die dogmatische Einordnung im deutschen Recht hat, wird untersucht, ob der Abgrenzungsvorgang im deutschen Recht mit europäischen Vorgaben vereinbar ist. Nach dieser Darstellung der Abgrenzungselemente wird die Abgrenzungsproblematik im Copyright Law untersucht und aufgelöst. Es folgt ein Vergleich der Ergebnisse beider Rechtssysteme.

Der *dritte Teil* der Arbeit behandelt die Besonderheiten beim *Re-Use* von Filmmaterial im digitalen Umfeld im deutschen und U.S.-amerikanischen Recht. Für das deutsche Recht ergibt sich bei der Nutzung von Filmausschnitten die Besonderheit, dass es sich dabei zumeist um leistungsschutzrechtlich geschützte Filmvorlagen handelt. Daher wird die Frage beantwortet, ob die §§ 23 und 24 UrhG in diesen Fällen überhaupt Anwendung finden. Nach einem Abschnitt, in dem die nach deutschem Recht erlaubten Nutzungen und die Kriterien der *Fair use*-Analyse verglichen werden, wird im *vierten Teil* die Frage der Übertragbarkeit von *Fair use*-Kriterien auf das deutsche Recht behandelt, um die Ausgestaltung der freien Benutzung zu konkretisieren. Es folgt eine Schlussbemerkung in Bezug auf die Zukunft des § 24 UrhG. Zuletzt werden die Ergebnisse und identifizierten Probleme in 15 Kernthesen zusammengetragen.

Erster Teil: Untersuchungsgegenstände und die Relevanz ihrer begrifflichen Merkmale für einen Abgrenzungsvorgang

§ 1 Freie Benutzung und Fair Use

A. Begriff der freien Benutzung

Aus dem Wortlaut des § 24 I UrhG ergibt sich für eine freie Benutzung, dass ein selbständiges Werk in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen werden muss, damit es ohne die Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet werden kann. Daher gilt es zu klären, was die gesetzlichen Merkmale Freiheit der Benutzung (I.) und Selbstständigkeit (II.) bedeuten.

I. Freiheit der Benutzung

Für die Definition der Freiheit der Benutzung wird die Verblässensformel herangezogen. Eine freie Benutzung soll dann vorliegen, wenn „angesichts der Individualität des neuen Werkes die Züge des benutzten Werkes verblässen“.¹³ Diese Formel wurde von der Rechtsprechung¹⁴ übernommen und seitdem für die Abgrenzung zu einer Bearbeitung verwendet. Damit avancierte das Verblässenskriterium zu einem festen Bestandteil der Prüfung der freien Benutzung i.S.d. § 24 I UrhG.

Nach der älteren BGH-Rechtsprechung ist ein Verblässen dann „anzunehmen, wenn die dem geschützten älteren Werk entlehnten eigenpersönlichen Züge im neuen Werk zurücktreten, so dass die Benutzung des älteren Werkes durch das Neuere nur noch als Anregung zu einem neuen, selbstständigen Werkschaffen erscheint“.¹⁵ Die neuere BGH-Rechtsprechung stellt zudem auf den (inneren und äußeren) *Abstand* des benutzten

13 *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 276.

14 Erstmals BGH GRUR 1958, 402, 404 – *Lilli Marlen*; BGH GRUR 1994, 191, 193 – *Asterix-Persiflagen*.

15 BGH GRUR 1994, 206, 208 – *Alcolix*; BGH GRUR 1999, 984, 987 – *Laras Tochter*.

Werkes zu dem neueren Werk ab, um ein Verblassen zu definieren.¹⁶ Teilweise wird es so gesehen, dass zwischen *Verblassen* und *Abstand* nur ein sprachlicher Unterschied liege, der in aller Regel nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führe, da bei genügend Abstand das Original zumeist verblasse.¹⁷ Allerdings sei das Vorliegen des Abstands nicht immer gleichbedeutend mit dem Verblassen der Vorlage, wodurch das Abstandskriterium eine selbstständige Bedeutung in der Prüfung habe.¹⁸ Beispielsweise liege in Fällen der Parodie kein Verblassen vor, weil es für diese gerade wesentlich sei, dass die Vorlage noch erkennbar ist.¹⁹

Mit der Zeit hat sich die Abstandnahme als flexibles Abgrenzungskriterium herausgebildet, das aufgrund verschiedener Kategorien vielseitige Nutzungen vorbestehender Werke erfassen kann. In Bezug auf die Abgrenzung der Bearbeitung von der freien Benutzung ist überwiegend der innere Abstand das entscheidende Kriterium, welches sich von der Verblassensformel löst.²⁰ Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine künstlerische Auseinandersetzung mit der Vorlage stattfindet.²¹

II. Selbstständiges Werk

Teilweise wird das Merkmal dahingehend interpretiert, dass das Ergebnis einer freien Benutzung eine persönliche geistige Schöpfung i.S.d. § 2 II UrhG sein müsse.²² Dies ergebe sich auch aus der amtlichen Begründung zum Urheberrechtsgesetz, wonach eine „völlig selbstständige Neuschöpfung“ entstehen muss.²³ Der Begriff *selbstständig* wurde im Anschluss an die bis dahin ergangene Rechtsprechung in das UrhG von 1965 aufgenommen.²⁴ Dass die Voraussetzung einer persönlichen geistigen Schöpfung aus dem Wort „Selbstständigkeit“ folgt, ist allerdings überflüssig, da die

16 Vgl. BGH GRUR 2016, 1157, Rn. 23 – *auffett getrimmt*.

17 Vgl. Hess, ZUM 1993, 527, 528; *Chakraborty*, Rechtsinstitut freie Benutzung, S. 73 ff.

18 *Chakraborty*, Rechtsinstitut freie Benutzung, S. 73 ff.

19 *Chakraborty*, Rechtsinstitut freie Benutzung, S. 74.

20 *Summerer*, Illegale Fans, S. 83 f, a.A. von *Becker*, GRUR 2004, 104, 108.

21 *Summerer*, Illegale Fans, S. 83; BGH GRUR 2014, 258 Rn. 39 – *Pippi Langstrumpf*; BGH GRUR 2000, 703, 706 – *Mattscheibe*; BGH GRUR 1994, 191, 193 – *Asterix-Persiflagen*.

22 BGH GRUR 1961, 631, 632 – *Fernsprechbuch*.

23 Begr. RegE, BT-Drucks IV/270, S. 51; *Loewenbeim* in: *Büscher/Erdmann/Fuchs/Jänich/McGuire*, FS Ahrens, 247.

24 *Loewenbeim* in: *Schricker/Loewenbeim*, § 24 Rn. 11.

Neuschöpfung in dem Gesetzestext des § 24 I UrhG schon als „Werk“ bezeichnet wird.²⁵ Daraus ergibt sich bereits, dass freie Benutzung eine persönliche geistige Schöpfung voraussetzt. Außerdem ist die Selbstständigkeit, anders als der europäische Werkbegriff, kein Unionsbegriff.²⁶ Falls es auf europäischer Ebene zu der Entwicklung des Rechtsinstituts der freien Benutzung kommen sollte, scheint es wahrscheinlicher, dass dieses mit unionsrechtlichen Begriffen ausgestaltet würde, die wiederum auf das nationale Recht ausstrahlen.

Allerdings stellt sich weiter die Frage, ob die Selbstständigkeit als Voraussetzung dahingehend zu interpretieren ist, dass das nachgeschaffene Werk einen gewissen Abstand zu dem vorherigen Werk haben muss. Letztlich geht es dabei um die Abgrenzung der Tatbestandsmerkmale *Selbstständigkeit* und *Freiheit der Benutzung*. Einigkeit besteht darüber, dass sich beide Merkmale inhaltlich überschneiden.²⁷ Die Rechtsprechung unterscheidet nicht genau zwischen den beiden Voraussetzungen und prüft regelmäßig nur die Freiheit der Benutzung ausführlich.²⁸ Dieser Vorgehensweise ist zuzustimmen. Ob das Werk selbstständig ist, entscheidet der Abstand, den das neue Werk zu den entlehnten eigenpersönlichen Zügen des benutzten Werkes hält, wobei die Rechtsprechung bei dieser Beurteilung bisher einen strengen Maßstab anlegt.²⁹ Aufgrund dieses engen Zusammenhangs mit der Abstandnahme bedarf die Selbstständigkeit keiner gesonderten Prüfung neben der des Abstands und des Verblässens.³⁰ Die Selbstständigkeit ist daher kein eigenständiges Abgrenzungskriterium für die Unterscheidung von Bearbeitung und freier Benutzung.³¹ Im Ergebnis ist die eigenständige Bedeutung der Selbstständigkeit daher abzulehnen.³²

25 Vgl. *Loewenheim* in: Büscher/Erdmann/Fuchs/Jänich/McGuire, FS Ahrens, S. 247.

26 Der europäische Werkbegriff existiert seit der *Infopaq*-Entscheidung (EuGH GRUR 2009, 1041 – *Infopaq/DDF*), ausführlich dazu *Wandtke*, MMR 2017, 367, 369; zu den Auswirkungen der Vorgaben der Europäischen Union auf nationale Werkbegriffe siehe *Wegmann*, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung, S. 43 ff.

27 *Loewenheim* in: Schricker/Loewenheim, § 24 Rn. 11.

28 So *Loewenheim* in: Schricker/Loewenheim, § 24 Rn. 11.

29 Vgl. BGH GRUR 2009, 403, 406 – *Metall auf Metall I*; BGH GRUR 2008, 693, 695 – *TV-Total*; BGH GRUR 1999, 984, 987 – *Laras Tochter*; BGH GRUR 1994, 191, 193 – *Asterix-Persiflagen*.

30 So auch *Chakraborty*, Rechtsinstitut freie Benutzung, S. 75; *Wegmann*, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung, S. 42.

31 So auch *Chakraborty*, Rechtsinstitut freie Benutzung, S. 67.

32 Dafür die Selbstständigkeit als eigenständiges Kriterium für das Zitatrecht in § 51 S. 1 UrhG aufzugeben, siehe *Maier*, Remixe, S. 21 ff.