



Rahmatian, A. (2021) Herausforderungen an den Urheberrechtsschutz für europäische und außereuropäische Musik. *Bulletin Kunst and Recht*, 2021(1), pp. 73-95.

This is the author's final accepted version.

There may be differences between this version and the published version. You are advised to consult the publisher's version if you wish to cite from it.

<http://eprints.gla.ac.uk/235860/>

Deposited on: 04 March 2021

Enlighten – Research publications by members of the University of Glasgow
<http://eprints.gla.ac.uk>

Herausforderungen an den Urheberrechtsschutz für europäische und außereuropäische Musik

Andreas Rahmatian

1. Kriterien für den Urheberrechtsschutz für Musik

Musik ist zunächst einmal gestaltete Zeit. Man könnte auch sagen, Musik ist verschönerte oder ästhetisierte Zeit, falls man Probleme einer Definition von „Schönheit“ nach kunstphilosophischen oder musikästhetischen Kriterien nicht scheut.¹ Denn anders als in der Architektur oder Malerei ist Zeit der Urgrund der Kunststruktur, auf der Musik beruht und in der sie sich entfaltet; es gibt begrifflich keine Musik ohne Zeit. Dagegen existiert ein Tempel oder ein Ölgemälde *begrifflich* ohne Zeit, denn diese Kunstform ist statisch: das Werk existiert ohne die Zeit als einen die Kunst gestaltenden Faktor. Natürlich dauert es eine Zeit, bis das Ölbild gemalt oder das Gebäude errichtet worden ist, aber dann ist das Kunstwerk fertig, und die Erscheinung des Kunstwerks ist als solche nicht zeitabhängig.² Mit der Zeit werden die Farben verblassen und das Gebäude verfallen, aber hier bezieht sich die Zeit wieder nicht auf das Kunstwerk selbst, sondern auf seine physischen Voraussetzungen, die der Zeit unterliegen. Es dauert auch eine Zeit, bis ein Musikstück komponiert ist, aber dann ist es nicht „fertig“, es gibt kein „Produkt“, wie ein Gemälde. Nimmt man die klassische Kompositionstechnik mit Musiknoten und einer Partitur an, so entsteht das Musikstück nicht durch diese, sondern durch seine Aufführung, also durch einen die Zeit gestaltenden *Prozess*.³ Musik ist daher eine lebendige Kunst, eine Kunst, die durch und im Zeitablauf lebt, die mit jeder neuen Aufführung zum Leben erweckt wird und die mit dem Ende der Aufführung wieder verschwindet. Man hat Musik daher zutreffend als *temporal structure* und nicht als *structure in time* (wie etwa die Malerei) beschrieben:⁴ der Zeitprozess macht die Musik, nicht der Zustand eines Kunstwerkes unterliegt dem Einfluss der Zeit.

¹ Siehe die Diskussion in *Andreas Rahmatian*, The elements of music relevant for copyright protection, in: *Andreas Rahmatian* (Hrsg.), *Concepts of Music and Copyright. How Music Perceives Itself and How Copyright Perceives Music*, Cheltenham/Northampton 2015, 78-122 (79). Andere, allerdings ähnliche Definitionen in *Vera Movsessian/Fedor Seifert*, Einführung in das Urheberrecht der Musik², Wilhelmshaven 1995, 101.

² Z.B. spielt Marcel Duchamp mit diesem Aspekt der Malerei in seinem Bild *Nu descendant un escalier no. 2*.

³ Siehe z.B. *Klaus Trapp*, Moment und Kontinuum als Formen musikalischer Zeiterfahrung, in: *Herbert Schneider* (Hrsg.), *Aspekte der Zeit in der Musik. Alois Ickstadt zum 65. Geburtstag*, Hildesheim/u.a. 1997, 318 (322-323).

⁴ *Joan Stambaugh*, Music as a Temporal Form, *The Journal of Philosophy* 61(9) (1964), 265 (266-267).

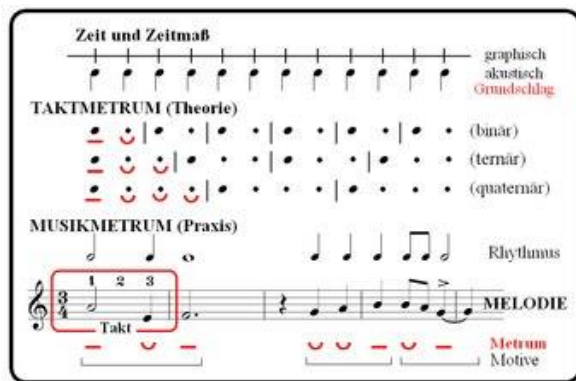


Abb. 1: Zeitmaß in der Musik (Quelle: wikipedia.org).

Nicht einmal der Film ist eine „Zeitstruktur“ wie die Musik, denn die einzelnen Laufbilder sind auch statisch, und nur ihre rasche Aufeinanderfolge erzeugt eine Illusion der Bewegung und eines Prozesses. Aber in der Musik sind selbst einzelne Töne (physikalisch korrekter: Klänge) nicht statisch, sondern zeitgebundene, atmende Gebilde, wie man am Spektrogramm erkennen kann, wobei einzelne Instrumente ein für diese charakteristisches Spektralbild der jeweiligen Amplituden der Teiltöne abgeben.⁵ Wenn man sich Musik als ein von den aufführenden Künstlern erschaffenes Tier vorstellt, das atmet und sich bewegt und mit dem Ende der Aufführung stirbt, und mit einer erneuten Aufführung desselben Musikstücks als ein individuell etwas anderes Tier der gleichen Gattung wiederersteht, dann hat man einen richtigen Eindruck. Was die Partitur eines Musikstücks wirklich ist, wird gleich behandelt werden.⁶

Da Zeit das zentrale konstituierende Element in der Kunstform der Musik ist, entstehen für die juristische Konzeption des Urheberrechtsschutzes für Musik prinzipielle Probleme, denn letztlich ist der Urheberrechtsschutz (auch für Musik) dem statischen sachenrechtlichen Schutz des Eigentumsrechts nachgebildet, der für seine Wirksamkeit vom Faktor Zeit als solchem nicht abhängig ist. So wenig wie fließendes Wasser in Besitz genommen⁷ und Eigentum an ihm direkt erworben werden kann, so wenig kann Musik festgehalten werden, womit es sonst in eine statische, fixierte Sache verwandelt würde, auf die sich eigentumsähnliche ausschließliche Rechte des Urheberrechts direkt beziehen könnten. Daher arbeitet das Urheberrecht bei der Musik letztlich mit Annahmen und Fiktionen, die diese Schwierigkeiten umschiffen, obwohl dies den meisten Juristen, und vermutlich auch dem Gesetzgeber, nicht als solches bewusst sein dürfte.

⁵ Z.B. Juan G. Roederer, Physikalische und psychoakustische Grundlagen der Musik, Berlin/Heidelberg/New York 1977, 108, 118-120, 127, 137, 139.

⁶ Siehe unter 2.

⁷ So im Römischen Recht: fließendes Wasser als *res communes omnium*, Marc. D. 1, 8, 2 pr. Generell und besonders für das englische Recht, Joshua Getzler, A History of Water Rights at Common Law, Oxford 2006, 43; und *Challenor v. Thomas* (1608) 1 Brownl. 142, 123 E.R. 718.

Musik und musikalische Harmonien haben zwar mathematische (und astronomische) Grundlagen,⁸ was schon die pythagoreische Schule im antiken Griechenland fasziniert hat.⁹



Abb. 2a: Keplers Transkription der Töne der Planeten und des Mondes, aus: *Peter Pesic, Music and the Making of Modern Science*, Cambridge 2014, 80.

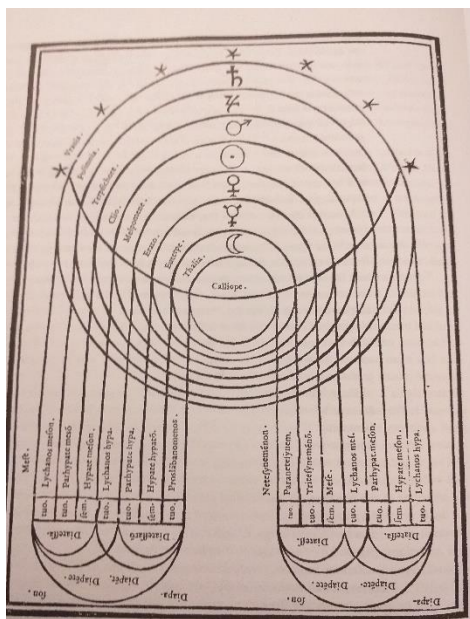


Abb. 2b: *Gioseffo Zarlino, Istitutioni harmoniche*, Venedig 1558, Ordnung der himmlischen Sphären und Planeten, aus: *Peter Pesic, Music and the Making of Modern Science*, Cambridge 2014, 50.

Aber anders als manche Musiktheoretiker etwa des siebzehnten¹⁰ und achtzehnten¹¹ Jahrhunderts sollte man die akustisch-physikalischen Grundlagen und die darin liegenden

⁸ *Peter Pesic, Music and the Making of Modern Science*, Cambridge 2014, 49-52, 70-96, 105-120 (besonders bezüglich Zarlino, Kepler, Descartes, Mersenne).

⁹ *Peter Pesic, Music and the Making of Modern Science*, Cambridge 2014, 9-16.

¹⁰ *René Descartes, Musicae Compendium*, hrsg. von *Johannes Brockt*, Darmstadt 2011, 15-29, 43-57.

¹¹ *Jean-Philippe Rameau, Code de Musique pratique ou Méthodes pour apprendre la Musique*, Paris 1760, 189-212 ('nouvelles réflexions sur le principe sonore').

mathematischen Gesetzmäßigkeiten für die künstlerisch-kunsthandwerkliche¹² und ästhetische Seite der Musik nicht überbewerten.¹³

Von der musiktheoretischen und der handwerklichen Seite her kann man die Elemente der Musik mit Ton (Tonhöhe und Klangfarbe), Lautstärke, Rhythmus, Melodie, Harmonie, Kontrapunkt und Form beschreiben, und in der Musiklehre der „klassischen“ Musik (europäischen Kunstmusik) existieren die entsprechenden Fächer Allgemeine Musiklehre, Melodielehre, Harmonielehre, Lehre vom Kontrapunkt und Formenlehre.¹⁴

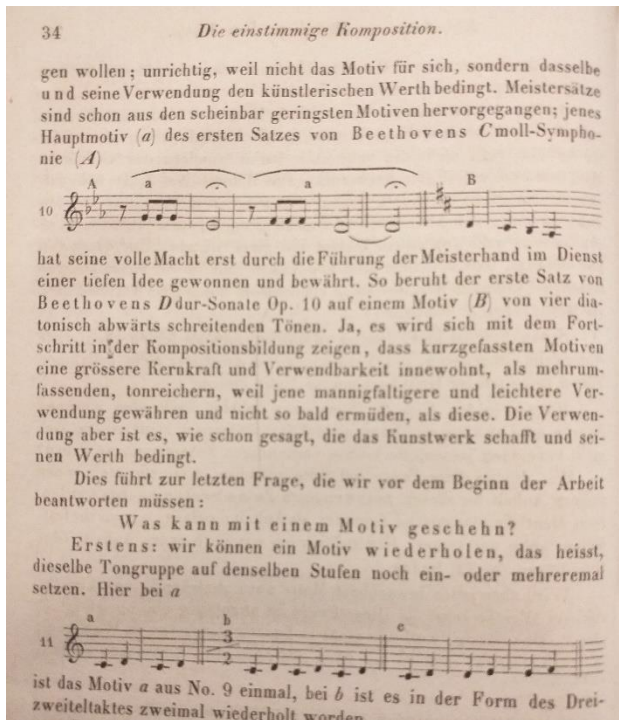


Abb. 3a: Beispiele für motivische Verarbeitung, aus: Adolf Bernhard Marx, *Lehre von der musikalischen Komposition*⁷, Leipzig 1868, 34.

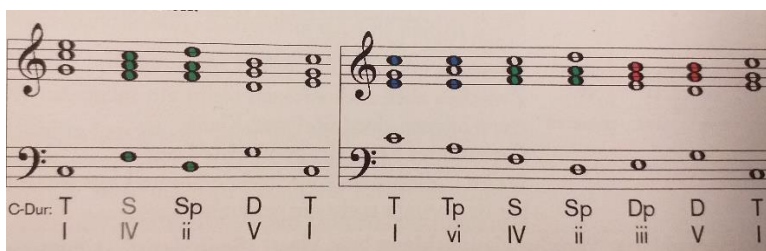


Abb. 3b: Funktionen (Tonika, Subdominante, Subdominantparallele, Dominate etc.) und Vertretung von Klängen in der Harmonielehre, aus: Reinhard Amon, *Lexikon der Harmonielehre*, Wien/u.a. 2005, 139.

¹² Siehe z.B. *Carl Philipp Emanuel Bach*, Vom Versuch über die wahre Art, das Clavier zu spielen, Zweyter Theil, hrsg. von *Lothar Hoffmann-Erbrecht*, Wiesbaden 1986, 259 (Schlusskadenzen), 325 (freie Fantasie). Instrukтив für die Betrachtung der musikalischen Form aus künstlerisch-kompositorischer Perspektive, *Arnold Schönberg*, Fundamentals of musical composition, London 1967, 1-2.

¹³ *Hans Pischner*, Die Harmonielehre Jean-Philippe Rameaus, Leipzig 1967, 116, 142, 154-158, 167-168.

¹⁴ Z.B. *Diether de la Motte*, Harmonielehre, Kassel/u.a. 2009; *Clemens Kühn*, Formenlehre der Musik, München 1987.

Diese Bestandteile der Musik sind auch für den Urheberrechtsschutz wichtig, weil sie Regeln der Kompositionstechnik und Musikanalyse enthalten, die als solche vom Urheberrechtsschutz ausgenommen sind, wie die Grammatik einer Sprache bei der Feststellung des Urheberrechtsschutzes für ein Werk der Literatur.¹⁵ Nicht alle Elemente müssen in einem Musikwerk existieren – oft wird etwa kein Kontrapunkt vorkommen. Um aber von Musik sprechen zu können, in einem Sinn, den auch das Urheberrecht als Werk der Tonkunst begreift,¹⁶ wird das Werk aber wenigstens Töne (Klänge) in zeitbedingten Abwandlungen enthalten müssen, auch wenn nicht von einem Rhythmus, oder einer Melodie oder Harmonie im strengen (traditionellen) Sinn gesprochen werden kann.

2. Urheberrechtsschutz für die europäische Kunstmusik

a) „Musik“ und „Werk der Musik“

Der vorige Punkt führt zur Frage der Definition von Musik, wenigstens für den Zweck des Urheberrechtsschutzes. Musik ist vom Gesetz nicht definiert,¹⁷ und das entspricht der Situation in anderen Rechtsordnungen.¹⁸ Dies ist auch richtig, denn das Gesetz würde mit einer genaueren Regelung künstlerischen Entwicklungen nur hinterherhinken und zusätzliche Judikatur zur Klarstellung einer etwaigen Definition heraufbeschwören. In anderen Rechtsordnungen gibt es zwar in Gerichtsentscheidungen Verweise auf Versuche, Musik zu definieren,¹⁹ aber diese sollten besser nicht als Orientierungshilfe herhalten, da sie meist von einem traditionellen Bild der Musik ausgehen. Gerichte sollten ohnehin nicht dazu berufen sein, Kunst zu definieren; sie sollten sich vielmehr auf die Feststellung eines etwaigen Urheberrechtsschutzes von Kunst als bestehendes Faktum beschränken. Das drückt sich auch in der Rechtsprechung zum Urheberrecht aus, dass der Urheberrechtsschutz nicht davon abhängen darf, ob das Werk künstlerisch zufriedenstellend oder minderwertig ist.²⁰ Daher stellt sich die Frage: „Was ist Musik?“ oder „Ist das überhaupt Musik?“ für das Gericht eigentlich nicht.²¹ Als für das

¹⁵ Anwendung der Abgrenzung der (nicht geschützten) Idee von der (geschützten) Ausdrucksform, siehe unten unter 2. c).

¹⁶ § 1 Abs. 1 UrhG. Verweise auf das UrhG ohne weitere Angaben beziehen sich auf das österreichische Urheberrechtsgesetz 1936 in der geltenden Fassung.

¹⁷ Vgl. § 1 Abs. 1 UrhG. Siehe auch *Meinhard Ciresa*, Praxishandbuch Urheberrecht², Wien 2019, 61-62.

¹⁸ Z.B. Deutschland: § 2 Abs. 1 Z. 2 dt. UrhG; Frankreich: Code de la Propriété Intellectuelle 1992, Art. L112-2, 5°; Grossbritannien, Copyright, Designs and Patents Act 1988, § 3 Abs. 1.

¹⁹ Zitate von Definitionen von Musik z.B. in *Sawkins v. Hyperion* [2005] ECDR 10, Rz. 55 (1. Instanz), wie etwa vom Shorter Oxford English Dictionary: „sounds in melodic or harmonic combination whether produced by voice or instruments“.

²⁰ Z.B. OGH 2.3.1982, 4 Ob 427/81 – *Blumenstück*, SZ 55/25.

²¹ Bezüglich Kunst generell, z.B. OGH 14.10.2008, 4 Ob 162/08i – *Schokoladenschuh*: „Der urheberrechtliche Kunstbegriff deckt sich nicht notwendig mit dem kunsttheoretischen bzw. einem markt- oder

Urheberrecht ausreichende Arbeitsdefinition für die Tatsache „Musik“ kann man daher festhalten: „Musik“ sind bewusst geschaffene und vom menschlichen Geist geordnete Klänge. Die Definition der Tatsache „Musik“ muss vom normativen Begriff „Werk der Tonkunst“²² getrennt werden, der sehr wohl richterlicher Auslegung unterliegen kann. Nicht nur, dass der normative Begriff „Werk der Musik“ oder „Werk der Tonkunst“ in manchen Rechtsordnungen auch etwa die Libretti von Opern als Musikwerke umfasst (wie in Italien)²³ – also eigentlich Werke der Literatur (oder Bühnenwerke) –, es kann auch inhaltliche Diskrepanzen zwischen „Musik“ und „Werk der Musik“ geben. Ein englischer Fall erläutert diesen Unterschied sehr gut. In der Entscheidung *Sawkins v. Hyperion*²⁴ war unter anderem strittig, ob eine für die Aufführung von Motetten eingerichtete Edition Urheberrechtsschutz als Werk der Musik beanspruchen kann, obwohl die Musik von Michel-Richard de Lalande, einem französischen Barockkomponisten um 1700, komponiert worden war und der Kläger Sawkins, ein Musikwissenschaftler, die Partitur auf der Grundlage von (auf verschiedene Bibliotheken weltweit verteilten) Stimmbüchern der einzelnen fünf Stimmen (Sopran, Alt, Taille etc.) eingerichtet und fehlende Teile im Stile Lalandes nachkomponiert oder restauriert hatte. Die Musik Lalandes selbst genießt selbstverständlich keinen Urheberrechtsschutz. Aber die Edition der Partitur, so argumentierte der beklagte Plattenverlag Hyperion, sei kein originales Werk der Musik und daher auch nicht schützbar. Wenig überraschend stellte der Court of Appeal fest, dass die von Sawkins hergestellte Partitur sehr wohl ein Werk der Musik sei, das Originalität im Sinne des Copyright aufweise und daher urheberrechtlich geschützt sei.²⁵ Erkennbar in dieser Entscheidung²⁶ ist der Unterschied zwischen der „Musik“, komponiert von Lalande und gemeinfrei, und dem urheberrechtlich-normativen „Werk der Musik“, in diesem Fall die von Sawkins hergestellte Partitur, die den Schutz erhält.²⁷ Die Definition von „Werk der Musik“ im englischen Urheberrecht legt diese Unterscheidung freilich nahe: „[...] ‘musical work’ means a work consisting of music, exclusive of any words or action intended to be sung, spoken or performed with the music“,²⁸ und diese Entscheidung zeigt, dass die Definition keine Tautologie ist. Denn Komponisten würden die editierte Partitur nicht als „Musik“ betrachten, das wäre nur Lalandes Komposition.²⁹ Diese Unterscheidung gilt nicht nur für das englische

publikumsorientierten, von den jeweiligen Kunstströmungen abhängigen Kunstverständnis, das einem steten Wandel unterliegt.“

²² In Österreich § 1 Abs. 1 UrhG. In Deutschland: „Werke der Musik“; in Frankreich: „les compositions musicales“; in Großbritannien: „musical work“.

²³ Siehe Legge 22 aprile 1941, n. 633, Art. 2 (2): „Musikwerke und Kompositionen mit oder ohne Worte, dramatisch-musikalische Werke und musikalische Variationen, die selbst Originalwerke darstellen“.

²⁴ [2005] EWCA Civ 565.

²⁵ [2005] EWCA Civ 565, Rz. 36, 43-44.

²⁶ Und auch in der erstinstanzlichen Entscheidung von *Sawkins v. Hyperion* [2005] ECDR 10, Rz. 54.

²⁷ *Andreas Rahmatian*, The Concepts of “Musical Work” and “Originality” in UK Copyright Law – *Sawkins v. Hyperion* as a Test Case, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 40 (2009), 560 (565-567).

²⁸ Copyright, Designs and Patents Act 1988, § 3 (1) (d).

²⁹ Daher auch einige Proteste gegen diese Entscheidung aus dem Bereich der Klassischen Musik, wo (allerdings in Verkennung der eigentlich urheberrechtlichen Fragestellung) verschiedentlich kritisiert wurde, dass angeblich sogar Barockmusik jetzt urheberrechtlich geschützt sei, siehe etwa *Ed Vulliamy*, £1m legal bill rocks a musical

Recht; die Situation ist in Österreich oder Deutschland³⁰ gleich oder sollte es jedenfalls sein. Der normative Begriff „Werk der Tonkunst“ wird Musik (als das Faktum geordneter Klänge) immer enthalten, kann aber in Einzelfällen darüber hinausgehen, wie etwa im vorliegenden Beispiel. Das in Deutschland bestehende Leistungsschutzrecht für wissenschaftliche Ausgaben³¹ steht dem nicht entgegen, weil es den möglichen *urheberrechtlichen* Schutz einer wissenschaftlichen Edition nicht präkludiert (sondern von diesem verdrängt wird), wenn die Voraussetzungen für diesen erfüllt sind.

b) *Schriftform und Fixierung*

Der Urheberrechtsschutz einer Musikedition oder Partitur führt zur Frage: sind eine Partitur oder Musiknoten eigentlich „Musik“? Vom musikalischen Standpunkt entsteht die Musik mit der Aufführung; die Noten können als eine „Bauanleitung“ aufgefasst werden, die eine korrekte Ausführung oder Aufführung (innerhalb gewisser Grenzen) sicherstellen soll. Es zeigt sich, dass Musik, anders als etwa die bildenden Künste, von einer Verschriftlichung oder einer anderen physischen Fixierung unabhängig ist. Allerdings ist die Schriftlichkeit und das schriftliche Komponieren für die europäische Kunstmusik charakteristisch; das unterscheidet sie von außereuropäischen Musiktraditionen.³² Konstitutiv ist die Schriftlichkeit oder ein sonstiger physisch/körperlicher Ausdruck allerdings auch für die europäische Kunstmusik nicht, man kann das musikalische Wissen ja auch durch Oraltraditionen weitergeben. In Bezug auf die (historische) Aufführungspraxis von Barockmusik etwa ist dies auch geschehen, und diese Praxis kann für die heutige Zeit nur mithilfe des Studiums von zeitgenössischen musiktheoretischen Lehrbüchern rekonstruiert und wiedererweckt werden.³³

institution, The Guardian, 23.12.2005, verschiedene Persönlichkeiten des britischen Musikbetriebs zitierend, unter anderem mit dem Ausspruch: „copyright was not designed to reward scholarship but creativity“. Dies ist besonders für das britische Copyright definitiv falsch.

³⁰ Für Deutschland allerdings nicht ausreichend klar in *Vera Movsessian/Fedor Seifert*, Einführung in das Urheberrecht der Musik², Wilhelmshaven 1995, 100.

³¹ § 70 dt. UrhG.

³² Siehe unter 3.

³³ Z.B. *Carl Philipp Emanuel Bach*, Vom Versuch über die wahre Art, das Clavier zu spielen, Zweyter Theil, hrsg. von *Lothar Hoffmann-Erbrecht*, Wiesbaden 1986; oder ein modernes Lehrwerk: *Jesper Bøje Christensen*, 18th Century Continuo Playing: A Historical Guide to the Basics, Kassel 2002.

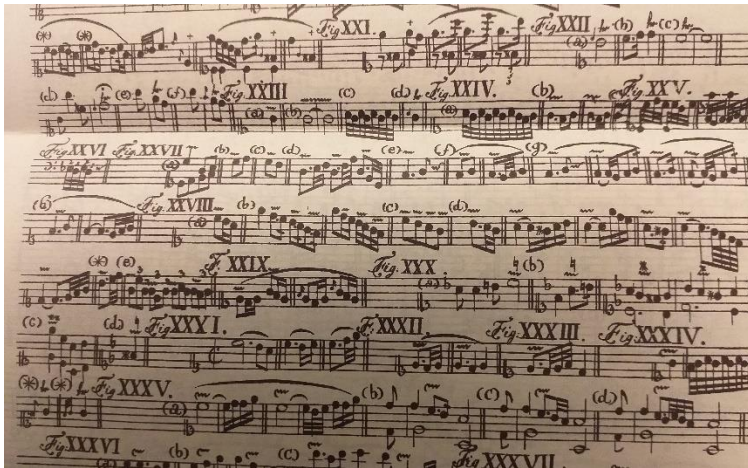


Abb. 4: Ausführung von Trillern in spätbarocker Musik, aus: *Carl Philipp Emanuel Bach, Versuch über die wahre Art, das Clavier zu spielen*, 1. Teil, Berlin 1753, 71 und Tafel IV.

Anders als die Musik kann die Malerei ohne Fixierung nicht existieren – ein Bild ohne Farben auf einer Leinwand ist einfach als Bild nicht vorhanden, ein Papier ohne Bleistift- oder Rötelstriche kann kein Bild sein. Die ephemere Natur der Musik gegenüber der Malerei hat etwa Leonardo Da Vinci veranlasst, die Musik der Malerei hintanzustellen.³⁴

Für den Urheberrechtsschutz ist allerdings erforderlich, dass komponierte Musik eine sinnlich wahrnehmbare Ausdrucksform erhält, also zu einer geistigen *Schöpfung* wird. Insofern unterscheidet sich Musik nicht von anderen urheberrechtlich geschützten Werkformen.³⁵ Es ist möglich, dass ein Komponist oder eine Komponistin sein oder ihr Werk völlig im Kopf fertig komponiert (wie etwa Mozart),³⁶ aber um Urheberrechtsschutz zu erhalten, müssen diese musikalischen Gedanken an die Außenwelt treten, typischerweise durch das Aufschreiben von entsprechenden Noten, aber auch eine Aufführung wäre denkbar. Eine Improvisation auf dem Klavier wäre ein solcher Fall. Der Urheberrechtsschutz entsteht (wenn alle anderen Voraussetzungen gegeben sind) schon mit einer derartigen Aufführung, weil das Werk dadurch eine sinnlich wahrnehmbare konkret ausgestaltete Ausdrucksform erhält. Allerdings wird es bei einem nicht weiter aufgezeichneten musikalischen Werk regelmäßig Beweisprobleme in einem Urheberrechtseingriffsverfahren geben, denn der Vergleich des inkriminierten Werks mit dem nicht fixierten Originalwerk wird kaum möglich sein. Daher wird man um eine Aufzeichnung

³⁴ *Leonardo da Vinci*, How music may be called the younger sister of painting, in: *Martin Kemp* (Hrsg.), *Leonardo On Painting*, New Haven 2001, 35.

³⁵ *Clemens Appl*, Urheberrecht, in: *Andreas Wiebe* (Hrsg.), *Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht*⁴, Wien 2018, 193-194.

³⁶ Siehe Mozarts Brief an seine Schwester vom 20. April 1782 in Hinblick auf das Präludium und die Fuge KV 394 (383a), der seine enormen Fähigkeiten diesbezüglich bestätigt: in diesem Brief führt er aus, „hier schicke ich dir ein Praeludio und eine dreystimmige fuge, – das ist eben die Ursache warum ich dir nicht gleich geantwortet, weil ich – wegen des mühsammen kleinen Noten schreiben nicht habe eher fertig werden können. – es ist ungeschickt geschrieben. – Das Praeludio gehört vorher, dann folgt die fuge darauf. – Die ursache aber war, weil ich die fuge schon gemacht hatte, und sie, unterdessen daß ich das *Präludium* ausdachte, abgeschrieben.“ Siehe *Wolfgang Amadeus Mozart*, Briefe, Band III, 1780-1786, hrsg. von *Wilhelm A. Bauer/Otto Erich Deutsch*, Kassel/u.a. 2005, 202.

durch Noten oder etwa eine Tonbandaufnahme praktischerweise nicht herkommen. Für den Urheberrechtsschutz notwendig ist eine solche Fixierung aber im Prinzip nicht.

Ganz anders ist diese Situation in den Ländern mit einem Copyright-System, etwa in Großbritannien³⁷ oder in den USA.³⁸ Hier setzt das Copyright die Aufzeichnung (*recording, fixation*) auch von Musik für den Schutz notwendigerweise voraus. Eine Improvisation auf dem Klavier wäre daher in Frankreich oder in Österreich (grundsätzlich) geschützt, in Großbritannien nicht, bzw. nur dann, wenn sie auch aufgezeichnet würde (*recording, fixation*), etwa mit einem Tonbandgerät, wobei gleichgültig ist, ob die Aufzeichnung mit der Zustimmung des Komponisten und/oder des aufführenden Künstlers erfolgt.³⁹ Als rechtserzeugende Fixierung operiert die Aufzeichnung in jedem Fall. An sich könnte man die Anforderung der Aufzeichnung in Copyright-Systemen als ein Formerfordernis sehen, das gegen die Verpflichtung zur Formfreiheit für die Entstehung des Urheberrechts gemäß der Revidierten Berner Übereinkunft (RBÜ) gerichtet wäre, nur hat diese den Verbandsländern freigestellt, ob sie eine Fixierung verlangen wollen.⁴⁰ Freilich kann dieses Aufzeichnungserfordernis für den Copyright-Schutz ein Problem besonders für den Schutz außereuropäischer Musik, auch außereuropäischer Kunstmusik, sein.⁴¹

Vom urheberrechtlichen Standpunkt ermöglichen die Musiknoten die *dauerhafte* sinnliche Wahrnehmbarkeit der Musik und machen damit die Existenz und somit Schützbarkeit des Werks der Musik als urheberrechtliche Kategorie aus, denn Eigentumsrechte verlangen eine Dauerhaftigkeit des Gegenstandes, auf den sie sich beziehen, im konkreten Fall eine symbolische Reifizierung in Form von Notentext auf dem Papier. Nur dann ist eine quasi-sachenrechtliche, eigentumsrechtliche Begründung des Urheberrechts an der ephemeren Kunstform der Musik möglich.⁴² Obwohl die Noten nicht die Musik selbst sind, betrachtet sie das Recht *als ob* sie diese wären, also gewissermaßen eine juristische Fiktion der Gleichsetzung des Reifizierungsträgers (Noten) mit der Musik selbst.⁴³ Eine solche Reifizierung kann auch durch Tonträgeraufzeichnungen erfolgen, allerdings ist dies wieder nicht die Musik selbst, sondern nur die Abbildung einer *vergangenen* Aufführung eines Musikwerks, die nicht die Grundlage für einen hermeneutischen Interpretationsprozess durch die aufführenden Musiker abgibt, wie es Musiknoten verlangen. Beide Typen von Reifizierungsträgern (Noten, Tonträger)

³⁷ Copyright, Designs and Patents Act 1988, § 3 Abs. 2.

³⁸ Copyright Act 1976 (Title 17 USC), § 102 (a).

³⁹ Copyright, Designs and Patents Act 1988, § 3 Abs. 3.

⁴⁰ Art. 2 Abs. 2 RBÜ.

⁴¹ Siehe unter 3.

⁴² *Andreas Rahmatian*, Copyright and Creativity. The Making of Property Rights in Creative Works, Cheltenham, UK/Northampton; MA 2011, 18, 60-63.

⁴³ Der englische Ausdruck: „Have you got your music?“ („Hast du die Noten (mit)?“) drückt diesen Zusammenhang gut aus.

können, je nach Urheberrechtssystem, neben der in ihnen enthaltenen Musik, eigene Leistungsschutzrechte⁴⁴ oder Urheberrechte⁴⁵ beanspruchen.

c) *Abgrenzung von Idee und Ausdrucksform („Idea/Expression-Dichotomy“)*

Die Abgrenzung von Idee und Ausdrucksform existiert in allen Urheberrechtssystemen, aber besonders prominent erscheint sie in den Copyright-Staaten. In den USA ist die sogenannte Idea/Expression-Dichotomy im Copyright Act erwähnt,⁴⁶ in Großbritannien zwar nicht, besteht aber unstrittig, wie man an der Lehre⁴⁷ und der Judikatur erkennen kann,⁴⁸ und auch in Frankreich,⁴⁹ Deutschland⁵⁰ oder Österreich⁵¹ (Beispiele von Rechtsordnungen mit einem dualistischen bzw. monistischen *droit d'auteur*-Urheberrechtssystem)⁵² ist diese Unterscheidung zweifellos vorhanden. Das TRIPS Übereinkommen,⁵³ EU-Richtlinien⁵⁴ und Entscheidungen des EuGH⁵⁵ nehmen ebenfalls auf die Idee/Ausdrucksform-Dichotomie Bezug. Die „Idea/Expression-Dichotomy“ besagt, dass „Ideen“, also Techniken, handwerkliche Methoden, Stile, künstlerische Formen und Regeln nicht urheberrechtlich geschützt sind, konkrete Anwendungen solcher Ideen in einer gegebenen eigentümlichen geistigen Schöpfung aber schon.⁵⁶ Auf Musikwerke bezogen heißt dies, dass die Bausteine der Musik („Ideen“ im urheberrechtlichen Sinn), etwa Rhythmus, Harmonien, Kontrapunkt, Melodietechniken, Formen etwa von Sonaten oder die Kompositionstechnik der Fuge, urheberrechtlich nicht geschützt sind, sondern nur eine gegebene geistige Schöpfung eines Musikwerks Schutz erhält, die diese Techniken individuell („eigentümlich“)⁵⁷ in einem konkretisierten Ausdruck anwendet. Die praktische Anwendung dieser Idee/Ausdrucksform-Abgrenzungsregel gilt für alle Werkformen des Urheberrechts als schwierig,⁵⁸ und für Computerprogramme ist sie

⁴⁴ Z.B. Deutschland für (wissenschaftliche) Editionen (Urtextausgaben etc.): § 70 dt. UrhG, für Tonträger: § 85 dt. UrhG.

⁴⁵ Z.B. Großbritannien für Editionen: Copyright, Designs and Patents Act 1988, § 8, für Tonträger: § 5A.

⁴⁶ Copyright Act 1976 (Title 17 USC), § 102 (b).

⁴⁷ *David Llewelyn/Tanya Aplin*, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights⁹, London 2019, 475.

⁴⁸ *Donoghue v. Allied Newspapers* [1938] 1 Ch 106, 110; *Designers Guild v. Russell Williams (Textiles)* [2001] FSR 113, 120-121, Rz. 23-24.

⁴⁹ *Michel Vivant/Jean-Michel Brugère*, *Droit d'auteur et droits voisins*², Paris 2012, 130, Rz. 115.

⁵⁰ *Manfred Rehbinder*, Urheberrecht¹⁶, München 2010, 30-31, 67, Rz. 59, 149-150.

⁵¹ Siehe z.B. *Clemens Appl*, Urheberrecht, in: *Andreas Wiebe* (Hrsg.), Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, Wien 2018, 194-195.

⁵² Siehe z.B. *Andreas Rahmatian*, Copyright and Creativity. The Making of Property Rights in Creative Works, Cheltenham, UK/Northampton, MA 2011, 48-52, 205 mwN.

⁵³ Art. 9 (2) TRIPS Übereinkommen.

⁵⁴ Art. 1 (2) RL 2009/24/EG vom 23.4.2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen.

⁵⁵ EuGH C-393/09 – *Bepečnostní softwarová asociace v. Svaz softwarové ochrany v Ministerstvo kultury* Rz. 48–50.

⁵⁶ Vgl. OGH 23.2.2016, 4 Ob 142/15h – *Bettis Hand*.

⁵⁷ Siehe § 1 Abs. 1 UrhG.

⁵⁸ Siehe auch *Clemens Appl*, Urheberrecht, in: *Andreas Wiebe* (Hrsg.), Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, Wien 2018, 194.

tatsächlich unbefriedigend, allerdings ist die urheberrechtliche Konzeption „Werk der Literatur“ nicht für Computerprogramme zugeschnitten,⁵⁹ diese wurden erst später in das klassische Urheberrechtssystem hineingezwängt.⁶⁰ Für klassische Werke der Kunst passt die Idee-Ausdrucksform-Abgrenzung aber ziemlich gut, und erst recht für die stark abstrahierende, sehr handwerklich-technisch ausgerichtete Kunstform der Musik.



Abb. 5a: a-moll Kadenz als Beispiel für eine „Idee“ (Struktur, Bauelement) im Sinne des Urheberrechts.



Abb. 5b: Ludwig van Beethovens *Für Elise* (Beginn) als „Ausdrucksform“, u.a. der „Idee“ einer a-moll Kadenz (ohne Subdominante).

Die Idee/Ausdrucksform-Abgrenzungsregel ist von zentraler Wichtigkeit für die Festlegung des quasi-eigentumsrechtlichen Schutzbereiches des Urheberrechts und seiner Grenzen.⁶¹ Meiner Erfahrung nach haben jedoch eher Juristen Schwierigkeiten mit dieser Abgrenzung oder verwerfen sie überhaupt als unbrauchbar;⁶² Komponisten und Komponistinnen wissen aber ganz genau, was (urheberrechtlich verstandene) „Ideen“ in der Musik sind, wie etwa das Fortschreiten von Harmonien (z.B. Tonika – Dominante – Tonika – Subdominante – Dominante (oder Dominantseptakkord) – Tonika),⁶³ die vierte Gattung des Kontrapunkts im zwei- und

⁵⁹ Andreas Rahmatian, *Copyright and Creativity. The Making of Property Rights in Creative Works*, Cheltenham, UK/Northampton, MA 2011, 136.

⁶⁰ Vgl. Michel Vivant/Jean-Michel Bruguère, *Droit d'auteur et droits voisins*², Paris 2012, 256, Rz. 270.

⁶¹ Andreas Rahmatian, *Copyright and Creativity. The Making of Property Rights in Creative Works*, Cheltenham, UK/Northampton, MA 2011, 125-126.

⁶² David Llewelyn/Tanya Aplin, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*⁹, London 2019, 475-476 mwN.

⁶³ Z.B. Diether de la Motte, *Harmonielehre*, Kassel/u.a. 2009, 37-39, 45, für Beispiele typischer harmonischer Fortschreitungen.

dreistimmigen Satz,⁶⁴ oder eine Rondoform,⁶⁵ und sie wissen auch, wie man damit künstlerisch im Schaffensprozess umgeht. Denn das künstlerische Schaffen beginnt nicht damit, dass man die Regeln kennt und mechanisch anwendet, sondern verlangt, dass man sie verwendet und adaptiert, um den individuellen künstlerischen Willen auszudrücken, auch und gerade durch bewussten Bruch einer bestehenden Regel. Der künstlerisch wirkungsvolle Bruch setzt aber die genaue Kenntnis der Regel voraus, über die man sich hinwegsetzt. Die sogenannten „Mozart-Quinten“ (dieser nicht unumstrittene Begriff bezeichnet die direkte Auflösung des übermäßigen Quintsext-Akkords in die Dominante, wodurch Quintparallelen auftreten, die nach den Stimmführungsregeln eigentlich als verboten angesehen wurden),⁶⁶ oder die Komposition von Bachs Fugen des Wohltemperierten Klaviers, die durchaus nicht immer den damaligen Kompositionsregeln für Fugen entsprachen, sind solche klassischen „Regelverstöße“, die aber oft freilich zum neuen Standard werden konnten.

Der individuelle Ausdruck unter Benützung, Abwandlung und mittels Bruch von kompositorischen Regeln, welche teilweise die Bausteine der Musik („Ideen“) bilden, erzeugt die „eigentümliche geistige Schöpfung“, die den Urheberrechtsschutz bringt. Arnold Schönbergs Erklärung, dass er die Kompositionstechnik des Streichquartetts von Mozart gelernt hat⁶⁷ (dieser wiederum von Haydn),⁶⁸ wird nur jemand bezweifeln, der von Musik wenig versteht, aber deshalb sind Schönbergs Streichquartette nicht weniger originell und bleiben daher urheberrechtlich schützbarer „eigentümlicher“ Ausdruck unter Zuhilfenahme und mit individueller Abwandlung einer lange bestehenden Kompositionstechnik.⁶⁹

Was die genaue „Idee“ im urheberrechtlichen Sinn ist, lässt sich für Nicht-Musiker wahrscheinlich schwerer ausmachen als für Musiker. Als Erläuterung kann ein historisches Beispiel dienen,⁷⁰ ein Brief Mozarts an seinen Vater vom 26. September 1781 im Zuge seiner Arbeit an der *Entführung aus dem Serail*.⁷¹

„[...] der zorn des osmin wird dadurch in das kommische gebracht, weil die türkische Musick dabey angebracht ist. – in der ausführung der *aria* habe ich seine schöne tiefe

⁶⁴ Z.B. Ernst Tittel, Der neue Gradus. Lehrbuch des strengen Satzes nach Johann Joseph Fux, Wien/München 1959, 64, 74.

⁶⁵ Z.B. Herwig Knaus/Gottfried Scholz, Formen in der Musik. Band 1, Wien 1988, 122-131. Aus kompositorischer Perspektive z.B. Arnold Schönberg, Fundamentals of musical composition, London 1967, 190.

⁶⁶ Die vermutlich erste Quelle für die Beschreibung und Bezeichnung der sog. „Mozart-Quinten“ ist Wilhelm Tappert, Das Verbot der Quinten-Parallelen, Leipzig 1869, 77. Siehe https://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10599587_00085.html?zoom=0.7000000000000002 (aufgerufen am 19.7.2020). Siehe auch Michael Dachs/Paul Söhner, Harmonielehre, Zweiter Teil⁵, 1979, 56.

⁶⁷ „Man kann wirklich sagen, dass ich Mozart sehr, sehr viel verdanke; und wenn man sich ansieht, wie z. B. meine Streichquartette gebaut sind, dann kann man nicht leugnen, dass ich das direkt von Mozart gelernt habe. Und ich bin stolz darauf!“ (Arnold Schönberg, 1949)

⁶⁸ Hermann Abert, W. A. Mozart. Zweiter Teil: 1783-1791, Leipzig 1990, 139.

⁶⁹ Über die Methode der Zwölftontechnik und ihre Vorläufer siehe z.B. Malcolm MacDonald, Schoenberg, London 2008, 134-137.

⁷⁰ Verwendung dieses Beispiels in Andreas Rahmatian, Copyright and Creativity. The Making of Property Rights in Creative Works, Cheltenham, UK/Northampton, MA 2011, 133-134.

⁷¹ Wolfgang Amadeus Mozart, Briefe, Band III, 1780-1786, hrsg. von Wilhelm A. Bauer/Otto Erich Deutsch, Kassel/u.a. 2005, 162.

Töne (trotz dem Salzburger Midas) schimmern lassen. – Das, *drum bey dem Barte des Propheten* etc: ist zwar im nemlichen tempo, aber mit geschwinden Noten – und da sein zorn immer wächst, so muß – da man glaubt die aria seye schon zu Ende – das allegro abai – ganz in einem andern zeitmaas, und in einem andern Ton – eben den besten Effect machen; denn, ein Mensch der sich in einem so heftigen zorn befindet, überschreitet alle ordnung, Maas und ziel, er kennt sich nicht – so muß sich auch die Musick nicht mehr kennen – weil aber die leidenschaften, heftig oder nicht, niemal bis zum Eckel ausgedrückt seyn müssen, und die Musick, auch in der schaudervollsten lage, das Ohr niemalen beleidigen, sondern doch dabey vergnügen muß, folglich allzeit Musick bleiben muß, so habe ich keinen fremden ton zum f (zum ton der *aria*), sondern einen befreundten dazu, aber nicht den Nächsten, D minor, sondern den weitem, A minor, gewählt. – Nun die aria von Bellmont in ADur. – O wie ängstlich, o wie feurig, wissen sie wie es ausgedrückt ist – auch ist das klopfende liebevolle herz schon angezeigt – die 2 violinen in oktaven. – Dies ist die favorit aria von allen die sie gehört haben – auch von mir. – und ist ganz für die stimme des Adamberger geschrieben. man sieht das zittern – wanken – man sieht wie sich die schwellende brust hebt – welches durch ein crescendo exprimirt ist – man hört das lispeln und seufzen – welches durch die ersten violinen mit Sordinen und einer flaute mit in unisono ausgedrückt ist.“

Was Mozart hier beschreibt, sind kompositorische und Instrumentierungstechniken, die den „besten Effect“ machen, also „Ideen“ vom urheberrechtlichen Standpunkt. Charakteristisch ist die Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Kompositionstechniken, um die gewünschte Wirkung zu erzielen: z.B. entschied Mozart von F-Dur nicht in die Paralleltonart D-Moll, sondern deren (Moll)Dominanttonart A-Moll (also eine Terz höher) fortzuschreiten, das zwar den Zorn ausdrückt, aber nicht so fremd ist, dass es Mozarts ästhetisches Empfinden verletzt (da „die Musick, auch in der schaudervollsten lage, das Ohr niemalen beleidigen, [...] folglich allzeit Musick bleiben muß“), und erst recht nicht etwa zu G-Moll (von F-Dur) – diese schrille Rückung um eine Sekunde wäre auch möglich gewesen, um Zorn und Aufregung auszudrücken.

Diese Wahlmöglichkeit zwischen „Ideen“, Techniken, Stilen, handwerklichen Praktiken weist auf die für den Urheberrechtsschutz notwendige „Eigentümlichkeit“ oder Originalität hin. Dieses Kriterium erscheint auch in den Entscheidungen des EuGH, die eine Definition der Originalität im europäischen Urheberrecht enthalten, wie etwa *Infopaq*⁷² oder *Painer*, wonach eine eigene geistige Schöpfung des Urhebers dann vorliegt, wenn darin seine Persönlichkeit zum Ausdruck kommt.⁷³

⁷² EuGH C-5/08 – *Infopaq International v. Danske Dagblades Forening*, Rz. 45.

⁷³ EuGH C-145/10 – *Painer v. Standard*, Rz. 89-92.

„Dies ist dann der Fall, wenn der Urheber bei der Herstellung des Werks seine schöpferischen Fähigkeiten zum Ausdruck bringen konnte, indem er frei kreative Entscheidungen trifft [...] Bei der Herstellung einer Porträtfotografie kann der Urheber auf mehrfache Weise und zu unterschiedlichen Zeitpunkten frei kreative Entscheidungen treffen. [...] Der Urheber einer Porträtfotografie kann mit diesen unterschiedlichen Entscheidungen dem geschaffenen Werk somit seine „persönliche Note“ verleihen.“

Was hier in Bezug auf Fotografien festgestellt wurde, gilt natürlich auch für Werke der Musik. Die „freie kreative Entscheidung“ bezieht sich unter anderem, freilich nicht ausschließlich, auf die Wahl zwischen unterschiedlichen Techniken, Methoden und Stilen („Ideen“) und wird dadurch individueller Ausdruck, also urheberrechtlich schützbarer eigentümlicher geistiger Schöpfung.

Dies wirft die Frage auf, wie die reine Idee erkennbar sein soll, wenn sie sich doch anscheinend nur in gewählten Varianten des Ausdrucks manifestiert. Tatsächlich ist eine nicht schützbar „reine Idee“ ohne irgendeinen Ausdruck nicht möglich, was sich auch im urheberrechtlichen Erfordernis der sinnlichen Wahrnehmbarkeit einer konkreten Ausdrucksform des Gedankens („Idee“) widerspiegelt. Eine überhaupt nicht ausgedrückte Idee ist nicht sinnlich wahrnehmbar, eine ausgedrückte Idee kann schon durch den Ausdruck eigentümlicher geistiger Schöpfung werden. Die Situation ist mit dem Kantischen „Ding an Sich“ vergleichbar.⁷⁴ Ein c-moll Akkord ist Idee, Technik, Konzept. Ein gespielter oder notierter c-moll Akkord ist genaugenommen bereits Ausdruck, aber da kein weiterer Beitrag als Ergebnis kreativer Wahl hinzugetreten ist, repräsentiert der Ausdruck die dahinterstehende Idee direkt ohne Zutaten und Veränderungen. Daher gilt der (ausgedrückte) c-moll Akkord als „Idee“ (oder ist „Idee“) und ist urheberrechtlich nicht schutzbar. Es müsste schon einiges mehr dazu treten, sodass schützbar kreative Entscheidungen zum Ausdruck kommen können: etwa gebrochene c-moll Akkorde in Triolen mit harmonischen Fortschreitungen zur Dominante G-Dur, rhythmische Veränderungen etc. Ein praktisches Beispiel für die „ausgedrückte pure Idee“ im Urheberrecht ist die vor allem im US-Amerikanischen Recht sogenannte „Merger Doctrine“,⁷⁵ die mittlerweile auch vom EuGH aufgegriffen worden ist:⁷⁶ wenn es keine andere Möglichkeit für einen bestimmten Ausdruck gibt, ist der – einzige durchführbare – konkrete Ausdruck nicht schutzbar, oder anders gesagt: es gibt keinen Spielraum für kreative Entscheidungen: „ideas and expressions merge“. In der Musik wäre etwa das Umschreiben einer Stimme im C-Schlüssel in den G-Schlüssel („Violinschlüssel“) nicht schutzbar, denn jede Veränderung in der

⁷⁴ Immanuel Kant, Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können, Stuttgart 1995, 47 (§ 13 II).

⁷⁵ Z.B. Arthur R. Miller/Michael H Davis, Intellectual Property: Patents, Trademarks, and Copyright in a Nutshell, St. Paul 2018, 337-338.

⁷⁶ EuGH C-393/09 – *Bezpečnostní softwarová asociace v. Svaz softwarové ochrany v Ministerstvo kultury* Rz. 49.

Umschrift als Ausdruck einer kreativen Entscheidung würde die ursprüngliche Melodie verfälschen und ist daher nicht möglich.

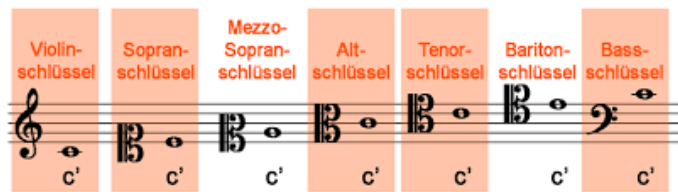


Abb. 6: Umschrift von Stimmen in verschiedenen Schlüsseln als Beispiel für die „Merger Doctrine“ in der Musik (<http://www.lehrklaenge.de/PHP/Grundlagen/Notenschluessel.php>).

Pastiches – Kompositionen in einem früheren Stil, also in der Form einer nicht schützba-
 urheberrechtlichen „Idee“ – waren immer üblich⁷⁷ und sind grundsätzlich auch urheberrechtlich
 geschützt, weil hier im Rahmen eines gewählten Stils kreative Entscheidungen möglich sind
 und stattfinden. Ein Beispiel für den starken Einfluss früherer Stile auf das Werk war die
 britische Entscheidung des House of Lords *Fisher v. Brooker*,⁷⁸ in dem (vereinfacht gesagt)⁷⁹
 die Vorfrage bejaht wurde, dass anteiliger Urheberrechtsschutz für das einleitende
 Hammondorgelsolo des Songs „A Whiter Shade of Pale“ (1967) der englischen Rockband
 Procol Harum zugunsten eines der früheren Bandmitglieder bestehe, sodass entschieden werden
 konnte, dass dieser Miturheber einen Anspruch auf einen Anteil an den Tantiemen haben
 müsse. Allerdings wies bereits das erstinstanzliche Gericht darauf hin, dass das bekannte Solo
 wesentlich von einigen Werken Johann Sebastian Bachs beeinflusst worden sei, unter anderem
 „Wachet auf, ruft uns die Stimme“ (BWV 645), und von anderen Werken (BWV 1056, BWV
 1068).⁸⁰ Einfluss ist aber noch nicht Pastiche, und selbst dann wäre ein Urheberrechtsschutz
 möglich. Nur der Ruf des Komponisten als origineller Künstler mag vielleicht beeinträchtigt
 werden, aber die Einstufung als „Pastiche“ ist eine kunstkritische und musikästhetische Frage,
 die, wie auch sonst, für den Urheberrechtsschutz unerheblich ist.⁸¹ Die musiktheoretisch
 manchmal schwierige Entscheidung, wann ein Pastiche aufhört und wann eine von einem
 früheren Stil stark beeinflusste „moderne“ Musik beginnt, ist urheberrechtlich daher irrelevant.
 Kein Urheberrechtsschutz entsteht, wenn ein früheres Werk in einem älteren Stil ganz oder
 teilweise übernommen wird, etwa als Plagiat. Selbst wenn kein Urheberrechtseingriff vorliegt,
 weil das Originalwerk nicht oder nicht mehr urheberrechtlich geschützt ist, so kann das neue
 (kopierende) Werk mangels eigentümlicher geistiger Schöpfung keinen Schutz erhalten. In

⁷⁷ Z.B. die Motette W. A. Mozarts „God is our Refuge“ (1765), KV 20, im Stil einer englischen Motette des 16. oder frühen 17. Jahrhunderts. Die Melodie könne dem Neunjährigen, der sich damals in London aufhielt, allerdings vorgegeben gewesen sein.

⁷⁸ [2009] UKHL 41, [2009] 1 W.L.R. 1764, [2009] 4 All E.R. 789, HL. Die musikalisch wichtigeren Fragen finden sich in der (vom House of Lords bestätigten) erstinstanzlichen Entscheidung, siehe *Fisher v. Brooker* [2006] EWHC 3239, Chancery Division.

⁷⁹ Die Fragestellung war wesentlich komplexer, weil sie eine Urheberrechtsabtretung und mögliche Verwirkung von Rechten umfasste, siehe *Fisher v. Brooker* [2009] UKHL 41, Rz. 40-45.

⁸⁰ High Court in *Fisher v. Brooker* [2006] EWHC 3239, [2007] E.M.L.R. 9, Rz. 21, 36, 39-40, 43.

⁸¹ Siehe z.B. *Manfred Rehbinder*, Urheberrecht¹⁶, München 2010, 68-69, 155, Rz. 151-153, 382-383.

Ländern, in denen Urheberpersönlichkeitsrechte nicht mit dem Ablauf des Urheberrechts erlöschen (Frankreich),⁸² wäre ein Anspruch nach diesen speziellen Persönlichkeitsrechten gegen solche Kopien auch in Hinblick auf bereits gemeinfreie Werke grundsätzlich denkbar.

Die Diskussion hat bislang die europäische Kunstmusik als Beispiel für die Erläuterung von Begriffen des Musikurheberrechts herangezogen. Allerdings können diese Erörterungen ohne nennenswerte Adaptionen auch für Operettenmusik, Musicals, Schlager und Pop-Musik verwendet werden. Der Grund liegt darin, dass die „Unterhaltungsmusik“ und „Populärmusik“, wie diese Musikgenres oft bezeichnet werden, einen wesentlich konservativeren harmonischen und melodischen Aufbau aufweisen als z.B. die zeitgenössische Musik und die Kunstmusik des zwanzigsten Jahrhunderts. Daher ist eine Behandlung der Urheberrechtsbegriffe anhand der Kunstmusik des achtzehnten und neunzehnten Jahrhunderts für Unterhaltungs- und Popmusik fast immer völlig ausreichend. Das ist kein ästhetisches Werturteil (das urheberrechtlich ohnehin fehl am Platz wäre): gute Unterhaltungsmusik und Popmusik verlangen hohe kompositorische und handwerkliche Fähigkeiten, die jahrelange Erfahrung als Komponist/in und das genaue Studium der relevanten Musiktheorie voraussetzen. Auch professionelle „ernste“ Komponisten scheitern oft an diesem Genre. Einen Popsong zu schreiben ist anders als ein Kunstlied zu schreiben, aber nicht unbedingt einfacher.

Wo das Instrumentarium des Urheberrechts wirklich an seine Grenzen stoßen kann, ist bei der juristischen Bewertung der Strukturen und Systeme in der modernen Kunstmusik,⁸³ aber die ist fast nie Gegenstand eines Urheberrechtsstreits vor Gericht, weil sie praktisch nie wirtschaftlich bedeutend genug ist, dass sich ein Urheberrechtsprozess finanziell lohnt. Laut einer Anekdote⁸⁴ soll Arnold Schönberg, als er in der US-amerikanischen Emigration von Metro-Goldwyn-Mayer für die Komposition einer Filmmusik engagiert werden sollte, im Zuge dieser Verhandlungen von Louis B. Mayer als ein Komponist von „lovely music“ begrüßt worden sein, worauf Schönberg geantwortet haben soll: „My music isn't lovely“, was Schönberg vielleicht als einen der größten Komponisten des zwanzigsten Jahrhunderts bestätigen mag, aber das Engagement platzen ließ, obwohl Schönberg das Geld damals sehr gut brauchen hätte können. Wer mit Musik verdienen und einen „Hit“ schreiben will, muss „gefälliger“ komponieren – da sind schon einfachere Werke von Haydn oder Mozart meist komplexer –, und nur, wo es einen bestehenden kommerziell erfolgreichen Hit gibt, wird ein Urheberrechtsprozess finanziell attraktiv sein, wie auch der obige Fall *Fisher v. Brooker* gezeigt hat. Im Folgenden wird eine österreichische Entscheidung zum Musikurheberrecht als konkretes Beispiel für die Anwendung von Konzepten des Urheberrechts in der Musik erörtert.

⁸² Code de la propriété intellectuelle 1992, Art. L 121-1.

⁸³ Z.B. *Henri Pousseur*, The Question of Order in New Music, in: *Benjamin Boretz und Edward T. Cone* (Hrsg.), *Perspectives on Contemporary Music Theory*, New York 1972, 97-115. Diese Probleme gehen über die vorliegende Diskussion hinaus.

⁸⁴ Berichtet von *Friedrich Torberg*, *Die Tante Jolesch*, München 1983, 211. Ob die Anekdote stimmt, ist mir nicht bekannt, aber sie ist jedenfalls gut erfunden.

d) *Praktische Anwendung des Musikurheberrechts*

Die meisten Entscheidungen im Musikurheberrecht behandeln Probleme bei Urheberrechtslizenzen (Werknutzungsbewilligungen und Werknutzungsrechte), die aber nicht spezifisch für das Musikurheberrecht sind, sondern alle Werkkategorien gleichermaßen betreffen. Gerichtsurteile, die das Wesen und die Struktur der Musik und die urheberrechtlich relevanten Kriterien darin erörtern, sind unüblich, und in Bezug auf klassische Musik extrem selten. Der oben erwähnte englische Fall *Sawkins v. Hyperion*⁸⁵ ist ein solches rares Beispiel. Zu Illustrationszwecken gut geeignet ist die Entscheidung des OGH vom 12. März 1996 – *Happy Birthday II*,⁸⁶ die einen Song von Stevie Wonder zum Gegenstand hat.

In dieser Entscheidung klagte der Musiker und Komponist Stevie Wonder eine österreichische Bank, es zu unterlassen, seinen Song als Hintergrundmusik für ihren Hörfunk-Werbespot zu verwenden.⁸⁷ Die beklagte Bank wendete unter anderem ein, dass der aus dem Lied übernommene Refrain „Happy Birthday“ vom Komponisten aus Motiven des Volksliedes „Happy Birthday“ und mit frei zugänglichen Kompositionstechniken arrangiert wurde, und die Beklagte im Hörfunkspot kein nur geringfügig abgeändertes Plagiat des Liedes des Klägers verwendet, sondern ein selbständiges Werk geschaffen habe, sodass insoweit keine Urheberrechtsverletzung vorliege.

In seiner rechtlichen Beurteilung ging der OGH in Hinblick auf Werke der Musik ebenso vor wie bei anderen Werkkategorien des Urheberrechts. Der OGH hatte keine Schwierigkeiten, das Lied als Ganzes und in seinen Teilen als Werk der Tonkunst nach § 1 Abs. 1 UrhG zu qualifizieren. Die notwendige Verkörperlichung und sinnliche Wahrnehmbarkeit des Musikwerks wurde hier durch eine zur Verfügung gestellte Musikkassette und die Musiknoten hergestellt; der angewendete gerichtliche Augenschein ist jede unmittelbare Sinneswahrnehmung der Richter, also auch eine akustische Wahrnehmung: hier ermöglichen dies die Kassette (akustisch) und die Musiknoten (bildlich mit akustischer Kontrolle durch Aufführung). Ob das Musikwerk auch individuell, also „eigentümlich“ auch in seinen Teilen (hier geht es um den Refrain) ist, hängt davon ab, ob es sich „von dem (in der Musik) Alltäglichen, Landläufigen, üblicherweise Hervorgebrachten abhebt und persönliche Züge des Klägers zur Geltung bringt“. Dies liegt hier vor, weil „der Refrain infolge einer in der Populärmusik ungewöhnlichen Phasenverschiebung eine unregelmäßige Melodie“ besitzt (Beweis war ein Sachverständigengutachten), wodurch „(auch) der Refrain eine individuelle ästhetische Ausdruckskraft“ besitzt, die dem Werk oder seinem relevanten Teil die notwendige „schöpferische Eigentümlichkeit“ verleiht. Ein Hinweis auf diese Eigentümlichkeit „zeigt sich auch für den Laien auf dem Gebiet der Musik darin, dass er diese Melodie beim abermaligen

⁸⁵ *Sawkins v. Hyperion Records Ltd.* [2005] EWCA Civ 565. Siehe oben unter 2. a).

⁸⁶ OGH 12.3.1996, 4 Ob 9/96, MR 1996, 111 – *Happy Birthday II*.

⁸⁷ Das ebenfalls verwendete wettbewerbsrechtliche Argument nach § 1 UWG und das persönlichkeitsrechtliche Argument nach § 21 UrhG (Werkschutz) bleiben hier unberücksichtigt.

Hören als bekannt erfasst und dem Kläger zuordnet.“ Die Höhe des individuellen ästhetischen Gehaltes ist nicht relevant, wie generell im Urheberrecht.

Die individuelle und individualisierende rhythmische Phasenverschiebung des Originals findet sich im Werbespot wieder, und: „Neben dem identischen harmonischen Grundgerüst weist der Hörfunkspot gegenüber dem Lied des Klägers nur kurze harmonische Erweiterungen auf; der Gesamteindruck ist der gleiche.“ Im Plagiatstreit entscheidet allein die Übereinstimmung zwischen dem Original und dem Verletzungsgegenstand im schöpferischen Teil des Originals, der diesem Werk seine Einmaligkeit gibt: „Im Hinblick auf die Übereinstimmung gerade in dem charakteristischen Teil des Refrains des Werkes des Klägers ist daher der geltend gemachte Eingriff in das Ausschließlichkeitsrecht [...] des Urhebers [...] zu bejahen.“ Freie Benutzung des Originals liegt nicht vor, weil dies voraussetzen würde, „dass das fremde Werk nicht in identischer oder umgestalteter Form übernommen wird, auch nicht als Vorbild oder Werkunterlage, sondern lediglich als Anregung für das eigene Werkschaffen dient.“ Die im Hörfunkspot verwendete Musik ist hingegen dem Werk des Klägers sehr ähnlich, weil es dessen charakteristische Merkmale mit nur geringfügigen Abweichungen übernimmt, sodass kein selbständiges eigenes Werk besteht.

Aus dieser Entscheidung wird ersichtlich, dass das Werk der Musik sinnlich wahrnehmbar sein muss, und als geistige Schöpfung in irgendeiner Form verkörperlicht werden muss, um einen gerichtlichen Augenschein (akustisch und auch optisch durch die Notenschrift) zu ermöglichen, wobei die urheberrechtlich relevanten „eigentümlichen“ Unterschiede zwischen dem Werk des Klägers und dem des Beklagten gegebenenfalls mit Hilfe eines Sachverständigengutachtens (Musikwissenschaftler etc.) festgestellt werden können. Diese sachverständige Bewertung der Individualität in Hinblick auf die spezifische Verwendung von Melodie, Harmonie, Rhythmus und anderen Kompositionstechniken im Vergleich zu dem, was sonst existiert, und die Feststellung, ob das Originalwerk sich vom Alltäglichen, Landläufigen, üblicherweise Hervorgebrachten abhebt (hier eine individualisierende rhythmische Phasenverschiebung), wird sich unter anderem auf die zuvor erörterten Aspekte der Idee/Ausdrucksform-Abgrenzungsregel beziehen.⁸⁸ Hier sagt der veröffentlichte Text der Entscheidung über die eigentliche musikalische Struktur des strittigen Werks kaum etwas („infolge einer in der Populärmusik ungewöhnlichen Phasenverschiebung eine unregelmäßige Melodie“), aber die praktische Einschätzung eines Musikwerks wird auf dem Kunsthandwerk der Komposition und ihren Techniken und der Musiktheorie beruhen, die dann als Tatsachen vom Gericht rechtlich qualifiziert werden müssen. Wie immer obliegt es dem Gericht, wie es ein Sachverständigengutachten rechtlich beurteilt: die Einschätzung, die Eigentümlichkeit einer geistigen Schöpfung könne daraus abgeleitet werden, dass auch der musikalische Laie „diese Melodie beim abermaligen Hören als bekannt erfasst und dem Kläger zuordnet“, wird für die Populärmusik üblicherweise ausreichen, ist aber prinzipiell unbefriedigend und hat gedanklich

⁸⁸ Siehe oben unter 2. b).

eher einen markenrechtlichen als einen musikwissenschaftlichen Ursprung. Besonders bei moderner klassischer Musik ist eine erfassbare und nachsingbare Melodie sehr selten zu finden und vom Komponisten oft nicht einmal intendiert.⁸⁹

Wird die Existenz und der Umfang des gegenständlichen Werks der Tonkunst, also die eigentumsrechtliche „Sache“ präzisiert (eigentlich: definiert), so dient dies als Grundlage für die Feststellung des Urheberrechtseingriffs oder eines möglichen zulässigen Musikzitats.⁹⁰ Um die Musik zu erkennen und die urheberrechtlich relevanten Grenzen des (letzten Endes) Eigentumsschutzes auszuloten – gewissermaßen die Grenzen des Grundstücks auszumachen – , benützt das Gericht die Fiktion, dass sowohl die visuellen Noten, als auch die akustische Tonkonserve der Musikkassette die Musik ausreichend präzise abbilden und daher festlegen, sodass die Grenzen des Urheberrechtsschutzes ähnlich wie der Umfang des Eigentumsschutzes bei einer sichtbaren körperlichen Sache festgestellt werden können. Tatsächlich sind weder die Musiknoten noch die Tonaufnahme die Musik selbst; dies ist nur das in der Gegenwart aufgeführte Stück. Das Bild der Musiknoten ist urheberrechtlich an sich bloß ein sekundärer Hinweis für eine Ähnlichkeit im Plagiatsprozess; wirklich maßgeblich kann nur der Klang der anhand dieser Noten aufgeführten Musik sein, unabhängig vom Erscheinungsbild der Noten. Bei moderner, zeitgenössischer Kunstmusik, deren Notation von der traditionellen Notenschrift radikal abweichen kann,⁹¹ ist dieser Aspekt besonders wichtig. Wo der visuelle Text tatsächlich wichtiger ist als die klangliche Realisierung, könnte man urheberrechtlich vielleicht an ein Werk der bildenden Künste denken (§ 3 Abs. 1 UrhG), denn der eigentliche Zweck einer musikalischen Notation, traditionell oder modern, ist die akustische Aufführung, die den visuellen Text zu Musik verwandelt. Es ist freilich richtig, dass dem Notentext in der europäischen Kunstmusik eine zentrale Rolle in der kompositorischen und musikästhetischen Einschätzung des (an sich akustischen) Musikwerks zukommt; dies ist keine neuere Entwicklung, sondern war schon eine Eigenschaft der extrem kunstvollen polyphonen, kontrapunktischen Musik des Spätmittelalters und der Renaissance, etwa der Niederländer (etwa zwischen 1470-1560),⁹² die ohne diese elaborierte Verschriftlichung wohl gar nicht entstehen hätte können, wobei der Musikdruck hier von Anfang an wichtig war. Die große Bedeutung der Notenschrift und der Verschriftlichung der Musik unterscheidet die europäische Kunstmusik von außereuropäischen Musiken.

⁸⁹ Trotzdem besteht selbstverständlich Urheberrechtsschutz, siehe z.B. *Manfred Rehlinger*, *Urheberrecht*¹⁶, München 2010, 80, Rz. 177.

⁹⁰ Zum „großen“ und „kleinen“ Musikzitat im österreichischen Urheberrecht, siehe *Clemens Bernsteiner*, *Das Musikzitat im Urheberrecht: zugleich ein Beitrag zum musikalischen Werkbegriff*, Baden-Baden/Wien 2017, 113-120.

⁹¹ *Gardner Read*, *Music Notation: A Manual of Modern Practice*, New York 1979, 451-453.

⁹² Z.B. *René Bernard Lenaerts*, *Niederländische Musik (Von Ockeghem bis Willaert)*, in: *Friedrich Blume* (Hrsg.), *Musik in Geschichte und Gegenwart* (MGG), Band 9, Kassel/u.a. 1989, Sp. 1470-1478.



Abb. 7: Beispiel einer Notenschrift aus der Frührenaissance: Motette von Guillaume Dufay, *Nuper rosarum flores* (1436) (aus: *Septentrion*, 16. Jahrgang, Nr. 2, 1987, 48).

3. Besondere Probleme des Urheberrechtsschutzes für außereuropäische Musik und europäische Volksmusik

Die stark auf der Verschriftlichung aufbauende europäische Kunstmusik hat kein echtes Pendant in der europäischen Volksmusik und in den nicht-europäischen Volks- und Kunstmusiken, selbst wenn eine Notenschrift existiert, wie etwa in der klassischen indischen Musik.⁹³ Das beeinflusst auch den urheberrechtlichen Zugang zu diesen Musikformen. Das Urheberrecht oder Copyright sind moderne westliche Formen des Rechts, obwohl das Plagiat schon in der Antike,⁹⁴ im Nahen Osten⁹⁵ und in China⁹⁶ wenigstens moralisch verpönt war. Man könnte den Schutz nicht-westlicher Musik auf dem Schutz für traditionelles Wissen und traditionelle Kultur aufbauen (TCE-Schutz, Schutz für *traditional cultural expressions*), ein Schutzsystem, dessen begrifflich unbefriedigende und sogar inhärent rassistische Eigenschaften ich bereits stark kritisiert habe,⁹⁷ was hier nicht wiederholt werden muss. Allerdings sollte man die Sorge eines Kulturimperialismus durch Anwendung eines westlichen Urheberrechtsschutzes auf nicht-westliche Musik ohnehin nicht zu hoch veranschlagen. Denn das System des westlichen Urheberrechts ist für westliche Musik auch nicht besonders gut geeignet, weil es mehr am geschriebenen Wort und an der bildenden Kunst orientiert ist. Dagegen hat moderne nicht-westliche Musik, selbst wenn sie auf traditioneller Musik aufbaut

⁹³ Arnold Adriaan Bake, Indien, in: Josef Kuckertz (Hrsg.), *Außereuropäische Musik in Einzeldarstellungen* (Edition MGG), München/u.a. 1980, 190 (198). Die indische Notation lässt sich auch nicht ohne weiteres in westliche Notation übertragen, siehe z.B. Josef Kuckertz, *Die klassische Musik Indiens und ihre Aufnahme in Europa im 20. Jahrhundert*, *Archiv für Musikwissenschaft* 31(3) (1974), 170 (180-181).

⁹⁴ Marianina Olcott, *Ancient and Modern Notions of Plagiarism: A Study of Concepts of Intellectual Property in Classical Greece*, *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 49 (2002), 1047 (1048).

⁹⁵ Vgl. das Gedicht (23. Makame) des Al-Harīrī von Basra (1054–1122 AD), „Das gestohlene Gedicht“ in: *Hariri*, *Die Verwandlungen des Abu Seid on Serug* (übertr. von Friedrich Rückert), 1966, 83-85.

⁹⁶ Ken Shao, *An Alien of Copyright? A Reconsideration of the Chinese Historical Episodes of Copyright*, *Intellectual Property Quarterly*, 4 (2005), 400 (414-416).

⁹⁷ Andreas Rahmatian, *Das konzeptionelle Problem des Rechtsschutzes für traditionelles Wissen und traditionelle Kultur*, *Kritische Justiz* 52 (2019), 159.

und von ihr beeinflusst wird, ebenfalls Komponisten und Musiker, also Autoren oder Urheber im westlichen Sinn, besonders in der Unterhaltungs- und (Ethno-)Popmusik, sodass ein „westlicher“ Urheberrechts- oder Copyright-Schutz für solche Werke immer noch angezeigt ist als ein diffuser TCE-Schutz.

Dennoch steht der Urheberrechtsschutz bei nicht-westlicher Musik vor zusätzlichen Problemen. Die wichtigsten sind die westliche Einteilung in Werkkategorien („Werk der Musik“) und die starke Abhängigkeit der urheberrechtlichen Anerkennung der Musik von der schriftlichen Niederlegung des fraglichen Musikwerks. In den afrikanischen Sprachen etwa existiert der Begriff „Musik“ nur als europäisches Fremdwort; die intrakulturelle Bezeichnung von (Gemeinschafts)Musiken würde auch Tanz, Musikaufführung mit Musikinstrumenten etc. miteinschließen.⁹⁸ Daher wäre eine Kategorie „Werk der Musik“ theoretisch nicht eindeutig bestimmbar. Allerdings sind die Werkkategorien in den europäischen Urheberrechten teilweise auch künstlich, wie nur ein Blick in die Kunst der Installationen im Bereich der modernen bildenden Kunst zeigt. Darüber hinaus sind die Werkkategorien in vielen Urheberrechtssystemen ohnehin eine demonstrative, nicht taxative Liste mit voneinander genau abgegrenzten Werktypen, wie etwa in Deutschland⁹⁹ oder Frankreich.¹⁰⁰ Fälle wie Großbritannien¹⁰¹ und Österreich,¹⁰² wo die Werkkategorien einen theoretisch taxativen Katalog bilden, sind weniger üblich; die Unterschiede verschwinden aber in der Praxis weitgehend mit einer flexiblen Auslegung der Werkkategoriegrenzen. Da, wie bereits gesagt, ein „Werk der Musik“ juristisch nicht mit einem Musikwerk im musikalischen oder ethnomusikologischen Sinn übereinstimmen muss, ist ein generell gehaltener, nicht an feinen Definitionen hängender, Schutz möglich. Problematischer kann die juristische Notwendigkeit werden, die Existenz und die Grenzen eines Werks der Musik mithilfe einer Notenschrift zu bestimmen. Dies ist theoretisch ein Problem für jede Form von Musik, aber besonders für europäische Volksmusik und außereuropäische Musik. Die afrikanischen Musiken (Volks- sowie Kunst- oder Hofmusiken) beruhen auf Oraltraditionen.¹⁰³ Aber auch die Notation der klassischen indischen Raga-Musik etwa ist nicht mit der europäischen Notenschrift vergleichbar (und erfüllt teilweise auch andere, musiktheoretische Zwecke), aber eine der westlichen Notenschrift vergleichbare Notation ist für die juristisch notwendige genaue Umschreibung des Werks der Musik für urheberrechtliche Zwecke erforderlich: als Fixierung in den Copyright-Systemen, oder zum Nachweis des sinnlich wahrnehmbaren Werkes in den kontinentaleuropäischen Urheberrechtssystemen. Aber hier kann eine Tonaufzeichnung die

⁹⁸ Gerhard Kubik, *Zum Verstehen afrikanischer Musik*, Leipzig 1988, 61-62.

⁹⁹ Manfred Rehlinger, *Urheberrecht*¹⁶, München 2010, 66, Rz. 147.

¹⁰⁰ Code de la Propriété Intellectuelle 1992, Art. L112-2: „Sont considérés *notamment* comme œuvres de l’esprit au sens du présent code“ (im Original nicht kursiv).

¹⁰¹ David Llewelyn/Tanya Aplin, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*⁹, London 2019, 439.

¹⁰² Clemens Appl, *Urheberrecht*, in: Andreas Wiebe (Hrsg.), *Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht*⁴, Wien 2018, 198.

¹⁰³ J. K. Kwabena Nketia, *Zur Geschichtlichkeit der Musik in Afrika*, in: Erich Stockmann (Hrsg.), *Musikkulturen in Afrika*, Berlin 1987, 44, 46-47, 50, 57.

notwendige Festlegung des geschützten Werks in Erfüllung der Erfordernisse beider Urheberrechtssysteme herstellen. Bei zeitgenössischer Musik wird das meist ohnehin vorliegen. Bei traditioneller Musik und Volksmusik löst die Fixierung auf einem Tonträger gegebenenfalls ein *leistungsschutzrechtliches* Problem der (kommerziellen) Verwertung der Tonaufnahme aus (das umfasst u.a. auch wissenschaftliche Aufnahmen ethnomusikologischer Feldforschung), aber kein *urheberrechtliches* Problem des Schutzes der aufgenommenen Musik, die ja durch die Tonaufnahme für juristische Zwecke eindeutig festgelegt ist. Allerdings wurde die Musik meist vor langer Zeit komponiert, sodass die Musik gemeinfrei sein wird, selbst wenn ein Komponist bekannt sein sollte. Das ist insofern wichtig, weil niemand ein nicht-westliches (gemeinfreies) Musikstück als eine Eigenkomposition erklären und dafür Urheberrechte beanspruchen kann: nicht weil das Stück nicht grundsätzlich geschützt werden könnte, sondern weil der Behauptende keine *eigentümliche* geistige Schöpfung kreiert und anstatt dessen eine andere plagiiert hat. In solchen Situationen kann das wesensmäßig westliche Urheberrecht traditionelle nicht-westliche Musik vor westlicher kommerzieller Ausbeutung schützen. Für die europäischen Volksmusiken ist die Lage ähnlich.

Was auch bei moderner nicht-westlicher Musik nicht geschützt ist, richtet sich ebenfalls unter anderem nach der bereits besprochenen Idee/Ausdrucksform-Abgrenzungsregel. Strukturen und Systeme, Kompositionstechniken und Aufführungstraditionen und -stile sind nicht schützbar. Das System der nordindischen Raga,¹⁰⁴ der javanischen Kadenzformeln in der Gamelan-Musik,¹⁰⁵ oder der Modi, Klangkategorien und Tonarten in verschiedenen Epochen der chinesischen Musik¹⁰⁶ sind selbstverständlich nicht urheberrechtlich geschützt, ebenso wie harmonische Entwicklungen oder ein Kontrapunkt in der westlichen Musik. Das gleiche gilt etwa für die charakteristischen ineinandergreifenden Stimmen („*interlocking*“) von Ensembles von Xylophonmusik (*Akadinda*-Musik) im östlichen Afrika (Uganda).¹⁰⁷ Werden solche Techniken in einem Musikstück verwendet, so sind diese Techniken als solche („Ideen“) nicht schützbar, eine individuelle Ausgestaltung („Ausdruck“), die auf solchen Techniken beruhen kann, gegebenenfalls schon. Urheberrechtlich ist die Situation daher nicht anders als bei westlicher Musik. Die Probleme sind weniger begrifflicher, sondern praktischer Natur, besonders was die Rechtsdurchsetzung anbelangt: Wissen die Musiker und Komponisten um ihre Rechte? Haben sie die Möglichkeit, diese durchzusetzen? Existieren funktionierende Verwertungsgesellschaften? Werden die Rechte gegen die Interessen von internationalen Konzernen der Unterhaltungsindustrie wirksam vertreten? Die bestehenden afrikanischen Urheberrechtsgesetze etwa, die – schon wegen der internationalen Verpflichtungen aus der RBÜ und dem TRIPS Übereinkommen – ohnehin westlichen Vorbildern folgen, bieten in der Theorie ein völlig ausreichendes urheberrechtliches Regelsystem.

¹⁰⁴ Hans Oesch, *Außereuropäische Musik* (Teil 1), Laaber 1984, 238-253, 262-265.

¹⁰⁵ Hans Oesch, *Außereuropäische Musik* (Teil 2), Laaber 1987, 41-48.

¹⁰⁶ Hans Oesch, *Außereuropäische Musik* (Teil 1), Laaber 1984, 20-21, 45-50.

¹⁰⁷ Gerhard Kubik, *Zum Verstehen afrikanischer Musik*, Leipzig 1988, 159-165.

4. Schlussbemerkungen

Das System des sachenrechtsähnlichen Urheberrechtsschutzes sollte sich mit dem Schutz der Musik schwer tun, weil es für eine transiente, zeitgebundene und im Zeitfluss wandelbare Kunstform, wie die Musik eine ist, eigentlich nicht eingerichtet ist. Historisch gesehen war die erste geschützte Kunstform die des *literary property*, also Werke der Literatur, die im ersten Copyright Act der Welt in Großbritannien (Statute of Anne, 1710) gegen unrechtmäßigen Nachdruck geschützt wurden („*copy-right*“). In der zweiten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts kam der Schutz der Musik unter dem Copyright Act von 1710 mit der Entscheidung von *Bach v. Longman* (1777)¹⁰⁸ dazu, aber im Wesentlichen als fingierte Parallelf orm zur Literatur, wobei die Notenschrift als Äquivalent zur Schrift der Sprache angesehen wurde. Dieser Zugang hat sich in den modernen Urheberrechtssystemen (ob Copyright- oder *Droit d’Auteur*-Systeme) bis heute erhalten. Schutzobjekt ist die durch einen Text (eine Notenschrift oder Tonaufnahme) festgelegte „Musik“, die zwar die Anleitung zur Realisierung bietet (Notenschrift) oder vergangene Musik konserviert (Tonaufzeichnung), aber nicht die lebendige Musik ist, anders als eine reale Malerei oder Plastik. Mit dieser Fiktion überwindet das Urheberrecht die Schwierigkeiten, die es beim Schutz von Musik eigentlich haben müsste. In der Praxis mag das oft genügen, aber es wäre wünschenswert, wenn es mehr Gerichtsentscheidungen gäbe, die sich mit der eigentlichen musiktheoretischen Struktur und den kompositorischen Elementen von Musik auseinandersetzen und die urheberrechtlichen Aspekte dieser Elemente analytisch herausarbeiten würden. Ein solches tieferes Verständnis ist für eine Feststellung des Plagiats eines Musikstücks besonders wichtig. Nur „ob etwas ähnlich klingt“, reicht dafür nicht immer aus.

¹⁰⁸ [1777] 2 Cowper 623, 98 ER 1274: „The words of the Act of Parliament are very large: ‘books and other writings.’ It is not confined to language or letters. Music is a science; it may be written; and the mode of conveying the ideas, is by signs and marks. A person may use the copy by playing it; but he has no right to rob the author of the profit, by multiplying copies and disposing of them to his own use.“ (Lord Mansfield).