

# Teil 1: Der Status quo im Urheberrecht

## *Kapitel 1: Das Schutzkonzept des deutschen Urheberrechtsgesetzes*

### I) Das Urheberrecht

Was ist das Urheberrecht? An rein begrifflichen Beschreibungen herrscht in der Rechtsliteratur kein Mangel. So finden sich Aussagen wie, das Urheberrecht sei ein Naturrecht<sup>11</sup> oder das Urheberrecht sei ein Herrschaftsrecht über das Geisteswerk, ein Immaterialgüterrecht<sup>12</sup>. Was aber bedeutet das?

Nach dem traditionellen Verständnis ist das Urheberrecht „das Recht des schöpferischen Geistes“<sup>13</sup>. Auch heute ist dies noch aktuell. In der Schutzrechtsdefinition des geschriebenen Rechts, § 11 UrhG, heißt es:

„Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes. Es dient zugleich der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes.“

### A) Begründung und Rechtfertigung des Urheberrechts

Das Urheberrecht gewährt dem Schöpfer ein ausschließliches Recht an seinem Werk., das ihn in die Lage versetzt, dies körperlich und unkörperlich zu verwerten (§ 15 UrhG). Ebenso sichert es die persönlichen Interessen des Urhebers am Werk. Damit vermittelt das Urheberrecht dem Urheber einen sehr weit gehenden materiellen und ideellen Schutz am geistigen Gut<sup>14</sup>. Es stellt sich damit die Frage nach einer

- 11 Vgl. hierzu etwa *Delp*, 1. Auflage, IV, Rdnr. 43 ff.; *Kohler*, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, S. 222 ff.
- 12 *Schack*, Rdnr. 4.
- 13 *Schack*, Rdnr. 7. „Das Urheberrecht dient dem Schutz der Schöpfer kultureller Werke“, heißt es bei *Wiebe*, GRUR 1994, S. 233 (244).
- 14 Auf die Einzelheiten des Schutzrechts wird unten, ab lit. C) näher eingegangen.

theoretischen Begründung und Rechtfertigung für ein solches Ausschließlichkeitsrecht<sup>15</sup>.

Sowohl die Vorstellungen von der Begründung als auch der dogmatischen Einordnung des Urheberrechts variieren bei rechtshistorischer und internationaler Betrachtung stark. Während in Deutschland individualrechtliche, rechtsphilosophisch begründete Ansätze vorherrschen, geht etwa das angelsächsische Copyright von pragmatischeren, vorrangig wirtschaftsrechtlich dominierten Grundsätzen aus. Im Folgenden soll zunächst auf die theoretischen Grundlagen des deutschen Urheberrechts eingegangen werden<sup>16</sup>.

## 1) Rechtsphilosophisch dominierte Begründungsansätze des *Droit D'Auteur*

### a) Die Theorie vom geistigen Eigentum

Zurückgehend auf die von John Locke begründete „Arbeitstheorie“ begann sich gegen Anfang des 18. Jahrhunderts die Auffassung vom geistigen Eigentum als einem dem Recht des Eigentümers an körperlichen Gegenständen ähnlichen Recht gegenüber dem bis dahin vorherrschenden Verlageigentumsdenken nach der Privilegientheorie durchzusetzen<sup>17</sup>.

Während die Privilegientheorie auf dem Gedanken basierte, dass dem Berechtigten ein Monopolrecht mit dominanten vermögensrechtlichen Zügen staatlich verliehen werden müsse, welches die allgemeine Handlungsfreiheit beschränkt<sup>18</sup>, fand die Idee vom Recht am geistigen Eigentum ihre Rechtfertigung in der erbrachten Arbeit. Die Grundannahme liegt darin, dass der Schöpfer ein natürliches Herrschaftsrecht an sich selbst und seinen Erzeugnissen hat. Folglich muss ihm das Ergebnis seiner schöpferischen Leistung zugeordnet werden<sup>19</sup>. Dies geschieht durch ein Recht, das Urheberrecht, das die Interessen des Urhebers an den durch sein Wirken und Tun geschaffenen Erzeugnissen weit reichend sichert.

15 Das Ausschließlichkeitsrecht in Form der Verwertungsrechte hat verschiedene Funktionen. Zum einen gewährt es dem Berechtigten die alleinige Befugnis, sein Werk zu verwerten oder verwerten zu lassen (sog. positives Nutzungsrecht). Zum anderen kann er jedem anderen die Nutzung seines Werkes verbieten, soweit diese es ohne die Zustimmung des Urhebers verwerten (sog. negatives Nutzungsrecht), vgl. *Dreier/Schulze-Schulze*, § 15, Rdnr. 5.

16 Ein kurzer Vergleich mit dem Copyright findet sich dann in Kapitel 3.

17 *Leinemann*, S. 19; *Pahud*, UFITA 2000/I, S. 99 (100 ff.).

18 *Ulmer*, S. 105.

19 Dies entspricht auch dem von der „Rechtsontologie“ angeführten Argument des „*sum cuique*“ („Jedem das Seine“), siehe hierzu sogleich.

Nach der Lehre vom geistigen Eigentum bedarf es für diese Zuordnung keiner staatlichen Verleihung, weder durch einen individuell-konkreten Verleihungsakt noch durch die Gewähr eines subjektiven Rechts. Vielmehr entsteht hiernach das Urheberrecht – wie auch andere Arten des Eigentums – beim Schöpfer durch den Schöpfungsvorgang<sup>20</sup>. Der Urheber allein steht im Mittelpunkt des Schutzes. Die Theorie vom geistigen Eigentum argumentiert damit mittels einer rein individualrechtlichen Begründung<sup>21</sup>.

## b) Die Theorie vom Persönlichkeitsrecht

Auch die später von *Otto v. Gierke* begründete Lehre vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht basiert auf einer individualrechtlichen Sicht des Urheberrechts<sup>22</sup>. *Von Gierke* orientierte sich bei seiner Theorie maßgeblich an der Philosophie *Immanuel Kants*. Dieser lehrt, dass das Autorrecht als ein Recht an einem geistigen Schutzgegenstand im Gegensatz zum Sacheigentum nur dem Schöpfer selbst zustehen könne. Dies bedinge die Anerkennung eines personenbezogenen und unveräußerlichen „Rechts am Werk“<sup>23</sup>.

*V. Gierke* interpretierte die Lehren *Kants* dahingehend, dass das Urheberrecht ein Persönlichkeitsrecht sei, dessen vermögensrechtliche Wirkungen allenfalls von untergeordneter Bedeutung seien<sup>24</sup>. Objekt des Urheberrechts sei ein Geisteswerk, das jedoch nur insoweit dem Urheberrechtsschutz unterliege, als es Persönlichkeitsgut seines Schöpfers sei und bleibe. Die Persönlichkeitsrechtslehre geht mithin von einem Recht aus, das zum Ziel hat, dem Schöpfer das Werk als einen Bestandteil seines eigener Persönlichkeitsphäre zuzuordnen. Das Geisteswerk wird als „geistiges Kind“<sup>25</sup> des Urhebers angesehen.

Die Lehre *v. Gierkes* wurde zwar schon früh wegen der starken Fokussierung auf die ideelle Schutzkomponente als zur Begründung für das gesamte Urheberrecht unzureichend kritisiert<sup>26</sup>. Das Grundverständnis vom Werk hat sich jedoch in späteren

20 Vgl. *Pahud*, UFITA 2000/I, S. 99 (101).

21 *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 11.

22 *V. Gierke*, Deutsches Privatrecht Band I, Leipzig 1895, nachgedruckt in Auszügen (S. 748 – 848) in UFITA 125 (1994), S. 103 ff. (116 f.).

23 *Immanuel Kant*, Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, erstmals erschienen in *Berlinische Monatsschrift* 5 (1785), S. 403 – 417; auszugsweise abgedruckt in UFITA 106 (1987), S. 137 ff. (144); hierzu eingehend *Hubmann*, UFITA 106 (1987), S. 145 ff.

24 *V. Gierke*, UFITA 125 (1994), S. 103 ff. (116 f.).

25 *Pahud*, S. 37; *Fechner*, S. 134.

26 Vgl. *Rehbinder*, Rdnr. 29.

Ansätzen erhalten und war letztlich auch für die Etablierung des *Droit Moral* maßgeblich<sup>27</sup>.

c) Die Naturrechtslehre der „Rechtsontologen“

Die rein individualrechtlich orientierte Sicht vom Urheberrecht teilt auch der Ansatz der „Rechtsontologen“. Die auf naturrechtlichen, idealisierenden Grundannahmen beruhende rechtsontologische Theorie erklärt den Urheberrechtsschutz mit dem Grundsatz des „*suum cuique*“<sup>28</sup>. Sie besagt einerseits, dass das Urheberrecht durch die „*sittliche Weltordnung in einer für alle Zeiten gültigen Weise bereits festgelegt*“ ist<sup>29</sup>. Zugleich ist das Urheberrecht hiernach zwingend der Schöpferpersönlichkeit zuzuordnen<sup>30</sup>.

Auch nach Sicht der Rechtsontologen ist das geschriebene Recht nicht die Quelle des Urheberrechts. Vielmehr folgen sowohl Rechtsgewähr als auch Rechtszuordnung aus der „Natur der Sache“, aus einer übergesetzlichen Wertordnung<sup>31</sup>. Diese lege fest, dass das Urheberrecht „*aus dem Wesen des geistigen Schöpfertums und der es beherrschenden Werte fließt*“<sup>32</sup>. Der Ansatz statuiert damit eine enge Bindung zwischen Schöpfergeist bzw. -persönlichkeit und Werk, deren bloße Existenz Anerkennung und Zuordnung eines Urheberrechts bedingt und damit die wesentlichen Strukturen des Urheberrechtsschutzes vorgibt.

Die Grundlagen der Naturrechtslehre der Rechtsontologen gehen zurück auf die Lehre vom „geistigen Sein“<sup>33</sup> und von der Ästhetik<sup>34</sup> des Philosophen *Nicolai Hartmann*<sup>35</sup>.

*N. Hartmann* lehrt, dass ein Geisteswerk einen Ausschnitt der Persönlichkeit des Schöpfers darstellt, den dieser durch Äußerung und Formgebung aus sich herausge-

27 Vgl. *Pahud*, UFITA 2000/I, S. 99 (102).

28 Vgl. *Rehbinder*, Rdnr. 43; *Pahud*, UFITA 2000/I, S. 99 (102).

29 Vgl. *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 7.

30 Ein urheberrechtliches Regelungsmodell kann dem mithin nur über ein absolutes, undurchbrochenes Schöpferprinzip entsprechen.

31 *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 74; *Pahud*, UFITA 2000/I, S. 99 (103 f.). Eine eingehende Auseinandersetzung mit dem „Natur-der-Sache-Argument“ findet sich bei *Metzger*, S. 180-192.

32 *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 10.

33 *Hartmann*, Das Problem des geistigen Seins, S. 406 ff. *Hartmann* argumentiert hier, dass es sich bei den „*Schöpfungen des Schrifttums und der Künste*“ um die „*Objektivation*“ eines lebenden Geistes handelt, mithin ein Gebilde eigener Art, das „*aus dem Künstler herausgestellt wurde*“ und dessen Geist darstellt (S. 410).

34 *Hartmann*, Ästhetik.

35 *Troller*, UFITA 50 (1967), S. 385 ff.; *Hubmann/Rehbinder*, 7. Auflage, S. 23.

stellt hat<sup>36</sup>. In diesem „objektivierten Geist“ sei die Persönlichkeit des Urhebers fixiert; die Person selbst werde somit im Werk erkennbar<sup>37</sup>. Zwischen Urheber und Werk bestehe eine höchstpersönliche Beziehung, die so weit gehend sei, dass das Produkt durch den Vorgang der „Objektivierung“ mit dem „geistigen Koordinatensystem“ des Schöpfers versehen wird<sup>38</sup>. Dennoch weisen Schöpfer und Werk auch nach *N. Hartmann* getrennte Existenzen auf, die unterschiedliche Wege gehen können. Das Werk hat hiernach eine eigene Art des Fortbestehens, und könne daher den „lebendigen Geist“, wie *Hartmann* den Schöpfer nennt, überleben<sup>39</sup>.

Eine enge persönliche und geistige Bindung zwischen Schöpfer und Werk ist damit charakteristisches Merkmal des geistigen Schaffens, das Werk eine „Emanation“ der Urheberpersönlichkeit<sup>40</sup>. Auf diese Weise erklärt sich das Urheberrecht als das übergesetzliche, höchstpersönliche (Natur-)Recht am Werk, das wiederum Teil der Persönlichkeit des Schöpfers ist. Nur diesem kann daher das Urheberrecht zustehen, es ist demnach nicht übertragbar und bedarf einer gesetzlichen Anerkennung nur, um dessen Durchsetzbarkeit zu sichern<sup>41</sup>.

Legt der Gesetzgeber bei der Gestaltung eines normativen Schutzsystems die vorgenannte Naturrechtslehre zugrunde, ist er in der Ausgestaltung der maßgeblichen Regelungsaspekte äußerst beschränkt. Bei einem „Naturrecht“ handelt es sich um überhistorische Rechtssätze, die unmittelbar aus apriorischer Werteinsicht abgeleitet werden<sup>42</sup>. Naturrechtssätze sind absolut, nicht auslegbar und sie entziehen sich

36 *Hartmann*, Das Problem des geistigen Seins, S. 406 ff.

37 *Hartmann*, Das Problem des geistigen Seins, S. 407. Gleicher Ansicht in Bezug auf diesen Ausgangspunkt der klassischen Urheberrechtskonzeption in der Tradition des *Droit D'auteur*, ist *Rigamonti*, S. 153. Es zeigen sich hier Parallelen zu einer Lesart des Werkbegriffs, der sog. „Prägetheorie“. Diese besagt, dass die Individualität des Urhebers im Werk erkennbar sein muss. Siehe hierzu die Ausführungen unten, Punkt I.B.4.c.dd.(2).(a).

38 *Hartmann*, Das Problem des geistigen Seins, S. 416.

39 *Hartmann*, Das Problem des geistigen Seins, S. 417.

40 *Delp*, 1. Auflage, Abschnitt II, Rdnr. 1.

41 Vgl. *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 74. Das Urheberrecht nimmt nach dieser Theorie denselben Rang ein, wie der Schutz der eigenen Gedanken und Wertvorstellungen, das Recht auf Selbstbestimmung, die Meinungs- oder die Religionsfreiheit. Es zählt hiernach also zu den Rechtsgütern, die dem engeren Kreis der jedem Individuum zustehenden geistigen Freiheit zugehörig sind. Die dogmatische Einordnung des Urheberrechts als eines v. a. persönlichkeitsrechtlich dominierten Schutzrechts, das – wie auch die anderen vorgenannten Befugnisse – eine Komponente des naturgegebenen „Rechts auf die Entfaltung der Persönlichkeit“ darstellt, liegt damit nicht fern. Ähnliche Schlussfolgerungen lassen sich auch aus der völkerrechtlichen Verankerung des Urheberrechts ziehen, vgl. hierzu unten, Fn. 58.

42 *Coing*, S. 214 und besonders S. 204 ff. weist darauf hin, dass in der Rechtsphilosophie verschiedene Interpretationen und Begründungen des Begriffs „Naturrecht“ vertreten werden. Er selbst beschreibt das Naturrecht in seiner Gesamtheit als „Summe von Sätzen der Gerechtigkeit, welche die Grundlage des positiven Kulturrechts bilden“.

als ein aus dem bloßen Dasein des Menschen hergeleitetes Primärrecht jeglicher – jedenfalls grundlegender – Diskussion<sup>43</sup>.

Darüber hinaus enthebt die Anerkennung der Naturrechtslehre als Begründung für das geschriebene Recht den Gesetzgeber aber auch von jeglichem (weiterem) Rechtfertigungsbedürfnis für einen starken Urheberrechtsschutz. Dieser ergibt sich zwingend aus der Rechtsphilosophie. Im Umkehrschluss sind Einschränkungen des Schutzrechts jedoch nur schwer zu rechtfertigen<sup>44</sup>. Anderweitige Interessen am Werk werden durch die Belange des Schöpfers an seinem Werkschutz, der gleichzeitig (u. a.) Persönlichkeitsschutz ist, generell überlagert.

Notwendiger Grundpfeiler einer auf der rechtsontologischen Naturrechtslehre basierenden Urheberrechtsordnung ist z. B. ein undurchbrochenes Schöpferprinzip<sup>45</sup>, das die Entstehung und Zuordnung des Rechts zum Schöpfer anordnet. Zudem sind sowohl die ideellen als auch die materiellen Interessen des Urhebers am Werk so weit als möglich sicherzustellen. Auch die Übertragung eines solchen, mit der Person des Urhebers eng verknüpften Rechts ist in einer solchen Rechtsordnung per se undenkbar. Sämtliche dieser Grundregeln sind auch Bestandteil des deutschen Urheberrechtsgesetzes, was auf eine hierhinter stehende übergesetzliche Begründung schließen lässt.

## 2) Utilitaristische Begründungsansätze

### a) Die funktionale Betrachtung *Gerhard Schrickers*

Ganz anders erklärt dagegen *Schricker* das Urheberrecht. Dessen funktionale Theorie begründet das Urheberrecht auf dem Wege einer funktionalen Betrachtung, die bei den Regelungszielen ihren Ausgang nimmt. Anders als die rein individualrechtlich ausgerichteten, rechtsphilosophischen Ansätze erklärt *Schricker* neben dem Schutz des Rechtsinhabers<sup>46</sup> auch eine kulturfördernde, also eine kollektive, Sicherungsfunktion als originäres Ziel des Urheberrechtsschutzes<sup>47</sup>. Die funktionale Betrachtung erkennt mithin eine multipolare Legitimation des Schutzrechts an<sup>48</sup>.

43 Kritisch hierzu, vgl. unten Fn. 1768.

44 Es sei denn, es kommt zu einer Kollision mit anderen Naturrechten.

45 Siehe § 7 und unten, lit. C).

46 *Schricker* (Einleitung, Rdnr. 13 f.) selbst weist darauf hin, dass der naturrechtliche Ansatz durch diese Argumentation nicht verdrängt, sondern nur um eine weitere Begründung ergänzt werden solle.

47 *Schricker* in FS *Steindorff*, S. 1437 (1452 f.).

48 Dem folgt auch *Dreier/Schulze-Dreier*, Einleitung, Rdnr. 1.

Die Gewähr eines starken Individualschutzrechts ist hiernach einerseits schon aufgrund des Sozialstaatsprinzips geboten, um die wirtschaftliche Existenz der Kreativen zu sichern (Alimentationsinteresse)<sup>49</sup>. Gleiches ergebe sich aus dem Interesse der Allgemeinheit an einer effektiven Kulturförderung. Das Urheberrecht sei erforderlich, um für das kreative Schaffen und die hierbei zu erbringenden Investitionen an Arbeit und Geld entsprechende Anreize zu schaffen. *Schricker* hebt hervor, dass die Erkenntnis von einer Anreizfunktion des Urheberrechts erlaube, das Allgemeininteresse nicht nur in seiner das Urheberrecht beschränkenden Ausprägung zu interpretieren<sup>50</sup>, sondern auch im Sinne einer Stärkung des Individualrechtsschutzes.

Trotz dieses multipolaren, auch kollektivrechtlich erklärten Begründungsansatzes, ist die Urheberrechtstheorie *Schrickers* klar individualrechtlich dominiert. Immerhin ist jedoch nicht zu verkennen, dass die Facetten dieser utilitaristischen Theorie wesentlich vielfältiger sind, als die einer streng naturrechtlichen Lehre. Auf einer solchen rechtstheoretischen Grundlage wäre es möglich, nicht nur dem Alimentationsbedürfnis des Urhebers, sondern auch den Investitionsschutzbelangen der Verwerter und kollektiven Interessen der Allgemeinheit durch die Ausgestaltung des normativen Regelungsmodells Rechnung zu tragen<sup>51</sup>, ohne Friktionen mit dessen „theoretischem Überbau“ herbeizuführen. Allerdings weist das deutsche Recht Regelungselemente auf, die sich mit einer funktionalen Rechtstheorie nur schwer vereinbaren lassen<sup>52</sup> und die damit eher auf naturrechtlich dominierte Grundannahmen hinweisen.

## b) Die konsequentialistische Betrachtung

Von den naturrechtlich-individualrechtlichen Begründungen des Urheberrechtsschutzes unterscheiden sich elementar auch die funktionalen Ansätze, die man unter dem Oberbegriff „konsequentialistische Ansätze“ zusammenfassen kann<sup>53</sup>. Diese haben gemein, dass deren Beschreibung und Begründung des Urheberrechts nahezu jeglichen idealisierenden Aspekt vermissen lassen. Insbesondere investitionsschutzrechtliche, daneben aber auch gesellschaftliche Ziele und Gemeinwohlaspekte drängen hier in den Vordergrund. Ein den philosophischen Begründungsansätzen immanenter „Selbstzweck“ des Urheberrechtsschutzes wird dagegen nicht anerkannt.

49 *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 13 f.

50 Gemeint ist das auch durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gem. Art. 14 Abs. 2 GG als schutzwürdig anerkannte Interesse an einer ungebundenen, freien Nutzung von Werken, vgl. hierzu unten Kapitel 2, Punkt II.A.3.a.bb) und *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 12.

51 *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 13 f.

52 Siehe hierzu unten, Punkt I.B.4.c.dd.(3).

53 So *Pahud*, S. 42 ff.

Man könnte von der Warte dieses „kollektivrechtlichen“ Ausgangspunktes von einem „Gemeinwohl oder kulturpolitischen Ansatz“<sup>54</sup> sprechen. Dieser führt in seiner Konsequenz nicht selten zu den gleichen positivrechtlichen Ausprägungen, findet seinen Ursprung allerdings nicht in der Schöpferpersönlichkeit, sondern in der angestrebten Bereicherung der Gesellschaft um geistige Inhalte. Der Grundgedanke beherrscht insbesondere das Modell des amerikanischen und englischen Copyrights<sup>55</sup>.

### 3) Hinweise auf das Vorherrschen naturrechtlicher Begründungsansätze im deutschen Urheberrecht aus einer Gegenüberstellung mit Grundsätzen des Copyright-Systems

Nach einer Ansicht basiert das deutsche Urheberrechtsmodell in der Tat im Wesentlichen auf einer Kombination der Theorie vom geistigen Eigentum mit der Naturrechtslehre<sup>56</sup>. In der Tat sprechen für diese These vor allem zwei wesentliche Elemente des geltenden deutschen Urheberrechtskonzepts. Ohne hierauf an dieser Stelle näher einzugehen<sup>57</sup>, scheint sich dies insbesondere aus der vorherrschenden Ausrichtung des Rechts auf den Schöpfer<sup>58</sup> und der fest verankerten Annahme zu ergeben, dass zwischen Urheber und Werk eine persönliche Beziehung besteht<sup>59</sup>, die – nicht zuletzt aufgrund des monistischen Prinzips – das Recht in seiner Gesamtheit, also auch dessen vermögensrechtliche Komponente, beeinflusst<sup>60</sup>.

54 Vgl. hierzu *Pahud*, S. 39 f. m. w. Nachw.

55 *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 13. Siehe Näheres hierzu sogleich.

56 Vgl. *Peifer*, S. 57. Nach einer weitergehenden Ansicht sind bereits dem Institut des Eigentumschutzes selbst, gleich ob sach- oder werkbezogen betrachtet, diese beiden Elemente zu entnehmen, vgl. *Boytha* in *FS Kreile*, S. 109 (114); *Rigamonti*, S. 51 ff. (siehe auch S. 126) jeweils mit Hinweis auf Äußerungen u. a. von *Hegel*, *Kant* und *Schopenhauer*. Im Übrigen scheinen auch die Bezugnahmen auf das Urheberrecht im Völkerrecht auf naturrechtliche Tendenzen schließen zu lassen. So wird das Urheberrecht völkerrechtlich als ein allgemeines Menschenrecht behandelt (v. *Lewinski* in *Banse/Langenbach* (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Copyright im multimedialen Zeitalter. Positionen, Probleme, Perspektiven*, S. 58 (59)), das durch die UN-Erklärung der Menschenrechte in Art. 27 Abs. 2 auf eine Stufe mit anderen elementaren menschlichen Befugnissen gestellt wird.

57 Eine vertiefte Auseinandersetzung folgt sogleich in Punkt I.B.4.c.dd).

58 Siehe § 11 UrhG.

59 *Troller*, 1. Auflage, Bd. 1, S. 375 ff.; ders. *UFITA* 50 (1967), S. 385 ff.

60 Eine rein auf diesem idealistischen Aspekt basierende Begründung des geistigen Eigentums ist dagegen eher zweifelhaft, vgl. *Peifer*, S. 74; *Rigamonti*, S. 126 f. Von der naturrechtlichen Begründung für das geistige Eigentum ist im Übrigen die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie zu unterscheiden. Vgl. hierzu unten, Kapitel 2.



Stellt man die für diese Regelungsaspekte im deutschen Recht gefundenen Lösungen entsprechenden Regelungen in eindeutig auf utilitaristischen, multipolaren Ansätzen basierenden Urheberrechtsmodellen (v. a. der Copyright-Systeme) gegenüber, zeigen sich deutliche Unterschiede<sup>61</sup>. Diese weisen wiederum im Umkehrschluss darauf hin, dass das deutsche Urheberrecht anderen, vermutlich naturrechtlich geprägten, rechtsphilosophischen Grundsätzen folgt.

Die konsequentialistische Begründung der Copyright-Systeme ist nicht zu verkennen. So fällt zunächst auf, dass den angelsächsischen Schutzkonzepten Hinweise auf idealisierende (naturrechtliche) rechtsphilosophische Grundlagen nicht zu entnehmen sind<sup>62</sup>. Zwar ist auch dem Copyright der Gedanke des geistigen Eigentums nicht ganz fremd<sup>63</sup>. Dies kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Recht eindeutig von ökonomischen Zielsetzungen geprägt ist<sup>64</sup>. Das Copyright ist ein reines Wirtschaftsrecht, das in erster Linie der Sicherung von Investitionen dient. Als Grund für die Gewähr des Rechts wird nicht die Verbindung zwischen Urheber und Werk, sondern der Belohnungsgedanke hervorgehoben<sup>65</sup>. Belohnt wird derjenige, der, unter Einsatz gewisser finanzieller und/oder sonstiger Mittel, der Gesellschaft einen Dienst durch die verantwortliche Herstellung eines Wirtschaftsgutes mit einem gewissen Wert erbracht hat<sup>66</sup>. Die Amortisierung solcher „gemeinnützigen“ In-

61 Siehe unten, Kapitel 3.

62 Diese Tatsache ist rechtshistorisch bemerkenswert, da die Ausgangsposition der beiden Rechtsfamilien zunächst sehr ähnlich war. Sowohl dem Copyright als auch dem Urheberrecht ging das Privilegienwesen als Verlegermonopol voraus. Während sich in Deutschland später der naturrechtliche Ansatz, basierend auf einer „tief schürfenden“ Rechtsphilosophie, durchsetzte, herrschte in Großbritannien schon bald die positivistische Begründung vor, siehe *Ellins*, S. 74 ff. (78/80). Die Weichen hierfür wurden wohl bereits im 18. Jahrhundert gestellt. Während in Deutschland zu dieser Zeit große Denker wie *Kant* und *Fichte* angingen, der naturrechtlichen Urheberrechtsphilosophie zu einer Begründung zu verhelfen und einer gemeinhin konzertierten Geltung zuzuführen, erteilte man in England bereits 1774 einer naturrechtlichen Begründung des Copyrights eine klare Absage (im Fall *Donaldson* vers. *Beckett*, 1774).

63 Das britische Copyright basiert nach *Copinger & Skone James*, para 2-04 auf vier Legitimationsgrundlagen: Naturrecht am geistigen Eigentum, Belohnung für erbrachten Aufwand, Anreizfunktion, Alimentation.

64 *Copinger & Skone James*, para 2-4.

65 *Rehbinder*, Rdnr. 87; *Ellins*, S. 136 ff. Besonders deutlich wird dies angesichts des Art. 1, Sec. 8, c. 8 der US-amerikanischen Verfassung, der – eigentlich nur eine Kompetenznorm – gemeinhin als verfassungsrechtliche Begründung für den Schutz des Copyrights herangezogen wird (vgl. *Strowel* in *Dittrich* (Hrsg.), S. 4): „*The Congress shall have power... 8. to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.*“

66 So heißt es schon im ersten englischen Copyright-Gesetz, dem *Act of Anne* aus dem Jahre 1710, Art. 8, c. 17: „*An Act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors, or purchasers, of such copies, during the times therein mentioned.*“ Näheres hierzu führt *Ellins*, S. 40 ff. aus.

vestitionen soll durch das Copyright Law garantiert werden<sup>67</sup>. Entsprechend pragmatisch und ökonomisch orientiert, zeigt sich das geschriebene Recht<sup>68</sup>. Der utilitaristische Grundgedanke des Copyrights entspricht also einer in erster Linie zweckorientierten Zielsetzung, die mit einer naturrechtlichen Begründung kaum vereinbar wäre.

Ebenso wenig entspricht die Vorstellung vom Copyright als einem positiven Recht<sup>69</sup>, dessen Gewähr und Ausprägung dem Gesetzgeber allein obliegt<sup>70</sup>, naturrechtlichen Grundgedanken.

Auch die Ausrichtung des Copyrights spiegelt dies wider. Statt an der Schöpferpersönlichkeit orientiert sich das angelsächsische Recht klar am Schutz des Werkes<sup>71</sup> und den zu dessen Erstellung getätigten Investitionen<sup>72</sup>.

Deutlich utilitaristische Hintergründe lassen sich auch dem Verständnis vom Schutzgegenstand des Copyrights entnehmen. Das vom Copyright geschützte Werk ist eine Handelsware, dessen Verkehrsfähigkeit im Vordergrund steht. Geschützt wird, was vom Hersteller ein Mindestmaß an „*labor, skill and judgment*“ gefordert hat<sup>73</sup>. Persönliche Beziehungen zwischen Erzeuger und Erzeugnis spielen weder für die Schutz- noch für die Verwertungsfähigkeit des Werkes oder dessen konkrete Nutzung eine Rolle. Vielmehr zeigt sich das Copyright in persönlichkeitsrechtlicher Sicht weit gehend neutral<sup>74</sup>, die ideelle Komponente ist, soweit überhaupt von Bedeutung, nachrangig. Dagegen beherrscht das Urheberpersönlichkeitsrecht im deutschen Recht – nicht zuletzt aufgrund des monistischen Prinzips – auch die Verwertung und die Verkehrsfähigkeit von Werken<sup>75</sup>.

Vor diesem Hintergrund erklärt sich ein weiterer erheblicher Unterschied zwischen Urheberrecht und Copyright. Während die Ausgestaltung des Urheber-, v. a. des Urhebervertragsrechts sich stark an der Schutzbedürftigkeit des Schöpfers orientiert,

67 Vgl. etwa *Haedicke*, S. 8 ff.; ders. GRUR Int. 1998, S. 631 (632); *Ellins*, S. 111 f.

68 Vgl. zu diesem pragmatischen Grundansatz und dessen Entstehung *Ellins*, S. 74 ff. (78/80).

69 Vgl. auch *Haedicke*, S. 12. „Positiv“ ist das durch Rechtssetzung entstandene Recht (von lat. *Ponere* – setzen, stellen, legen). Hierdurch unterscheidet sich die positive Rechtsordnung u. a. vom Naturrecht, das das übergesetzlich gegebene Recht verkörpert.

70 Dies lässt sich auch aus Sec. 1 (1) Copyright, Designs and Patents Act von 1988 (Deutsche Ausgabe mit Einführung von *Cornish* in Quellen Bd. 2, Großbritannien) entnehmen, wo es heißt: „*Copyright is a property right which subsists in accordance with this Part in the following descriptions of work – ...*“

71 *Copinger & Skone James*, Rdnr. 1-05 und 25-67; *Ellins*, S. 76 f. Deutlich wird dies schon an der Terminologie: „Copyright“ als Schutz des Werkes vor Vervielfältigung, „Urheberrecht“ als das Recht des Urhebers. Hierdurch ist angelegt, dass das Copyright pragmatisch-funktional und das Urheberrecht eher personenbezogen-ideell reguliert.

72 *Copinger & Skone James*, Rdnr. 4-04. Näheres hierzu unten, Kapitel 3, Punkt III.A).

73 *Copinger & Skone James*, Rdnr. 2-01.

74 Näheres zu den „*Moral Rights*“ siehe unten, Kapitel 3, Punkt III.D).

75 Besonders deutlich zeigt sich dies am Grundsatz der Unübertragbarkeit des Vollrechts, § 29 Abs. 1 UrhG.

tiert, sind dem werkorientierten Copyright derartige Aspekte fremd<sup>76</sup>. Dies basiert zwar maßgeblich, wie es das Grundverständnis der *common law*-Tradition voraussetzt, auf dem Prinzip weit gehend uneingeschränkter Vertragsfreiheit („*freedom of contract*“), in die nur in extremen Ausnahmen Eingriffe geduldet werden<sup>77</sup>. Dennoch spricht die Tatsache, dass der Urheber so bei der Verwertung dem freien Spiel der kapitalistischen Kräfte ausgesetzt wird<sup>78</sup>, gegen eine naturrechtlich orientierte Begründung des Copyrights. Eine solche Handhabung wäre mit dem Gedanken eines starken, auch auf persönlichkeitsrechtlichen Erwägungen basierenden, Schutzes des Urhebers schwerlich vereinbar.

#### 4) Schlussfolgerungen

Während die vorgenannten Regelungsaspekte in Bezug auf das englische und amerikanische Recht für die Annahme eines konsequentialistischen Fundaments der Copyright-Systeme sprechen, indiziert die Gegenüberstellung für das deutsche Urheberrechtsmodell eine naturrechtliche Rechtsphilosophie. Es scheint, um es mit *Ulmer*s Worten auszudrücken in der Tat, als bleibe die naturrechtliche Begründung des Urheberrechts „im Rahmen der gesetzlichen Regelung als Rechtsidee lebendig, unter deren Wirkung die Auslegung der Gesetze steht“<sup>79</sup>. Dem gilt es im Folgenden weiter nachzugehen.

#### B) Hinweise auf eine naturrechtliche Begründung des geltenden Urheberrechts

Im Folgenden soll nun untersucht werden, ob sich die – bei oberflächlichem Vergleich der Rechtskonzeptionen gezeigten – Hinweise auf eine naturrechtliche Fundierung des deutschen Urheberrechts an einzelnen Regelungen des geschriebenen Rechts bestätigen.

76 *Copinger & Skone James*, Rdnr. 4-04.

77 Vgl. zu den Unterschieden der beiden Systeme in Bezug auf den Aspekt des Individualrechtsschutzes *Copinger & Skone James*, Rdnr. 4-04. Während das deutsche Urhebervertragsrecht auf den Schutz des Urhebers fokussiert, und diesen z. B. vor zu weit gehenden Dispositionen über seine Verwertungsrechte schützt (vgl. z. B. §§ 31a, 32c oder 31 Abs. 5 UrhG), sind der *common law*-Tradition derartige Eingriffe in die Vertragsfreiheit fremd.

78 Allerdings ist gerade im Copyright die nahezu völlige Schutzlosigkeit des Urhebers gegenüber seiner nachteiligen Verhandlungsstärke in besonderem Maße auch auf die Rechtshistorie zurückzuführen. Diese wurde durch die Verwerterlobby entscheidend bestimmt. Vgl. hierzu auch oben, Fn. 62.

79 *Ulmer*, S. 106.

Gegenstand der Untersuchung ist das Verhältnis zwischen Verwertungs- und Persönlichkeitsrecht, die Zuordnung, der Werkbegriff und die Schranken des Urheberrechts.

## 1) Das Verhältnis zwischen materiellen und ideellen Schutzaspekten

Entgegen der Theorie *v. Gierkes*, nach der das Urheberrecht als reines Persönlichkeitsrecht qualifiziert wurde, setzte sich schon bald die Auffassung von einem zweigleisigen Schutzrecht durch. Zurückgehend auf *Kohler*<sup>80</sup> gingen die Vertreter der sog. „dualistischen Theorie“ dabei zwar von einer Gleichordnung der persönlichkeits- und vermögensrechtlichen Positionen des Urhebers aus, verstanden diese aber als zwei grundsätzlich voneinander unabhängige Rechtspositionen, die unterschiedlichen Grundsätzen unterlägen<sup>81</sup>.

Dagegen entschied sich der Gesetzgeber bei der Reform des Urheberrechtsgesetzes im Jahre 1965 für eine monistische Ausgestaltung der urheberrechtlichen Positionen. Ideelle und materielle Schutzrechte lassen sich hiernach nicht trennen, sondern teilen ein gemeinsames Schicksal. Das Urheberrecht ist mithin ein einheitliches Recht<sup>82</sup> und dabei weder Vermögens- noch Persönlichkeitsrecht<sup>83</sup>, sondern „ein immaterielles Mischrecht eigener Art“<sup>84</sup>.

Zur Begründung für die Theorie von der monistischen Ausgestaltung des Urheberrechts wird zumeist angeführt, dass einerseits die Nutzungsrechte einen persönlichkeitsrechtlichen Einschlag haben<sup>85</sup> und dass umgekehrt aus der Verletzung persönlichkeitsrechtlicher Positionen auch vermögensrechtliche Ansprüche entstehen können<sup>86</sup>. Wirkung der monistischen Ausgestaltung ist, dass jede wirtschaftliche

80 z. B. *Kohler*, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, S. 439 ff.

81 *Kohler*, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, S. 440.

82 *v. Gamm*, Rdnr. 28.

83 Vgl. etwa *Erdmann*, Urheberrecht und Geschmacksmusterrecht, S. 1.

84 So *Schricker* in FS GRUR Band II, S. 1095 ff., Rdnr. 52.

85 So kann es von Bedeutung für den Autor eines Theaterstückes sein, wer dieses in welcher Form öffentlich aufführt, oder für den Komponisten eines Musikstückes, unter welchem Schallplattenlabel sein Stück vertrieben wird oder welcher Künstler dies aufführt.

86 *Ulmer*, S. 114. In der Tat können vermögens- und persönlichkeitsrechtliche Elemente einer Schutzposition schwer zu trennen sein, wie sich an der Entscheidung des BGH „Cosima Wagner“ zeigt. Im Rahmen der Auslegung eines Vertrages über Nutzungsrechte war die Frage zu klären, ob mit dem ausdrücklich genannten Vervielfältigungsrecht auch das Veröffentlichungsrecht eingeräumt worden war. Entgegen der widersprechenden Ansicht, nach der dies angesichts der unterschiedlichen (vermögens- und persönlichkeitsrechtlichen) Ausrichtung ausgeschlossen sein sollte, bejahte der BGH die Frage. Zur Begründung wird in der Entscheidung ausgeführt, dass auch das Veröffentlichungsrecht vermögensrechtlichen Charakter habe; vgl. BGHZ 15, S. 249 (258); ebenso BGHZ 33, S. 1 (14) – Schallplatten-Künstlerlizenz.

Nutzung den urheberpersönlichkeitsrechtlichen Restriktionen unterliegt. Allein durch die Vergabe von Nutzungsrechten (Lizenzen) können die beiden Positionen getrennt werden<sup>87</sup>. Es ist möglich, einzelne oder alle Verwertungsrechte exklusiv einem Dritten zu übertragen, sich aber sämtliche urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse vollumfänglich vorzubehalten oder diese wiederum ganz oder teilweise einer weiteren Person einzuräumen oder von dieser ausüben zu lassen<sup>88</sup>. Die enge Verbindung der beiden urheberrechtlichen Schutzbereiche kann also im Rechtsverkehr faktisch gelöst werden. Dogmatisch gesehen bleibt diese jedoch stets bestehen; das Urheberrecht verbleibt aufgrund seiner Unübertragbarkeit stets in vollem Umfang beim Schöpfer.

Ulmer verdeutlicht das Verhältnis, in dem der Interessenschutz zur Gestalt des Urheberrechts und zu den aus dem Urheberrecht fließenden Befugnissen steht, an einem Bild:

„Die beiden Interessengruppen erscheinen, wie bei einem Baum, als die Wurzeln des Urheberrechts, und dieses selbst als der einheitliche Stamm. Die urheberrechtlichen Befugnisse aber sind mit den Ästen und Zweigen vergleichbar, die aus dem Stamm erwachsen. Sie ziehen ihre Kraft bald aus beiden, bald ganz oder vorwiegend aus einer der Wurzeln“<sup>89</sup>.

Konkrete normative Wirkung entfaltet die monistische Ausgestaltung des Urheberrechtsgesetzes vor allem in § 29 Abs. 1 UrhG. Hiernach ist das Urheberrecht nicht übertragbar. Der Grund liegt darin, dass das Urheberpersönlichkeitsrecht nach dem geltenden Rechtsverständnis nicht als solches auf eine andere Person übergehen kann<sup>90</sup>. Die persönliche Bindung zwischen Werk und Schöpfer, die einen Persönlichkeitsrechtsschutz vorrangig rechtfertigt, kann nur in diesem Verhältnis, nicht jedoch bei anderen Personen bestehen, die nicht in dieser Weise mit dem Werk verbunden sind. Auf Basis dieser Grundannahme erklärt sich die Tatsache, dass das Recht weder die Übertragung des Stammrechts noch seiner Bestandteile zulässt, als konsequente Folge<sup>91</sup>. Dem Schöpfer verbleibt mithin stets – auch gegen seinen Willen – das Urheberrecht. Er kann hierauf nicht verzichten oder dies ansonsten abdingen<sup>92</sup>.

87 Ulmer, S. 115.

88 Dreier/Schulze-Schulze, vor § 12, Rdnr. 12.

89 Ulmer, S. 116.

90 Vgl. Reh binder, Rdnr. 542.

91 Vgl. Motive, UFITA 45 (1965), S. 270.

92 Die positivrechtliche Umsetzung dieses Grundsatzes findet sich an verschiedenen Stellen des UrhG, wie z. B. in § 34 (Nutzungsrechte dürfen nur mit Zustimmung des Urhebers (weiter-) übertragen werden); § 36 (Beteiligung des Urhebers bei gestörtem Synallagma des Lizenzvertrages); § 39 (Zustimmungspflicht bei Änderungen des Werkes durch den Nutzungsberechtigten); § 41 (Rückrufsrecht wegen Nichtausübung) und § 42 (Rückrufsrecht wegen gewandelter Überzeugung).

Ein generelles Anerkenntnis persönlicher Bindungen zwischen Urheber und Werk lässt auf eine naturrechtliche Fundierung des deutschen Urheberrechts schließen<sup>93</sup>. Es erklären sich auf dieser Grundlage wiederum die wesentlichen Besonderheiten des Urheberrechts (z. B. im Vergleich zu den gewerblichen Schutzrechten), wie beispielsweise dessen Unübertragbarkeit. Dieser im positiven Recht festgeschriebene Grundsatz wäre bei einer Anerkennung des Urheberrechts als Naturrecht zwingend. Das idealisierende Argument der persönlichen Bindungen zwischen Urheber und Werk bedingt, dass das Recht am Werk als einem Bestandteil dessen Persönlichkeit nur dem Urheber zugeordnet werden kann. In Verbindung mit dem monistischen Prinzip führt dies zur Unübertragbarkeit des gesamten Urheberrechts und damit zu einer Dominanz der ideellen über die materiellen Aspekte des Schutzrechts<sup>94</sup>.

## 2) Rechtssubjekt und Zuordnung des Urheberrechts

Auch die Regelung der Rechtszuordnung im Urheberrechtsgesetz weist auf einen monopolaren, rein individualrechtlichen Begründungsansatz hin, der dem rechtsontologischen, naturrechtlichen Verständnis entspricht<sup>95</sup>. Urheber – und damit alleiniges Schutzsubjekt des deutschen Urheberrechts – ist nach § 7 UrhG der Schöpfer des Werkes. Hiermit wird ein strenges Schöpferprinzip statuiert. Dies macht wiederum die absolute Ausrichtung des Urheberrechtsgesetzes auf den Schöpfer<sup>96</sup> sehr deutlich<sup>97</sup>, die sich insbesondere an dem Schöpferprinzip und dessen Auswirkungen auf die Ausgestaltung des Urheberrechts zeigt. Damit wird dem Gedanken eines werk- oder gar gesellschaftlich oder kulturell orientierten Schutzrechts eine klare Absage erteilt<sup>98</sup>.

93 Dies erkennen auch *Dreier/Schulze-Dreier* an (Einleitung Rdnr. 54).

94 So auch *Ulmer*, 2. Auflage, S. 101: „So erscheint das Urheberpersönlichkeitsrecht in doppelter Gestalt: Im weiteren Sinne ist es eine Kraft, die das Urheberrecht als Ganzes durchdringt; im engeren Sinn bezeichnet es eine Gruppe von Befugnissen, die aus dem Urheberrecht fließen.“ Und weiter: „Der Schutz der ideellen Interessen ist eine Zielsetzung, die das Urheberrecht im ganzen, einschließlich der Nutzungsrechte, bestimmt.“

95 Vgl. *Rehbinder*, Rdnr. 248.

96 *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (985).

97 So schon die Motive, UFITA 45 (1965), S. 251: „Zweck des Gesetzes {ist} der Schutz des Urhebers.“

98 Motive, UFITA 45 (1965), S. 240 (250); Anschaulich *Hubmann/Rehbinder*, Urheberrecht, 7. Auflage, S. 43: „Da das Urheberrecht an das Werk anknüpft, kann man dieses als Schutzgegenstand bezeichnen. Man muss sich allerdings darüber klar sein, dass nicht in erster Linie das Werk, sondern menschliche Interessen in den zwischenmenschlichen Beziehungen geschützt werden sollen. Das Urheberrecht ist daher eigentlich eine Beziehung des Urhebers zu anderen Personen...“

Während das Schöpferprinzip an sich noch keine Besonderheit darstellt<sup>99</sup>, unterscheidet sich das deutsche Recht – vor allem im Vergleich zum Copyright – durch das Fehlen jeglicher Ausnahmen von dieser Grundregel<sup>100</sup>. So wird das Urheberrecht auch dann dem Schöpfer zugeordnet, wenn Werke in Arbeitnehmer- oder Auftragsverhältnissen entstehen<sup>101</sup>. Eine Entsprechung der angloamerikanischen „*work-made-for-hire*“-Doktrin sieht das deutsche Recht ebenso wenig vor, wie einen Urheberrechtsschutz juristischer Personen<sup>102</sup>. Hierin wiederum realisiert sich die streng individualrechtliche Orientierung auf den Urheber. Anderweitige Leistungen bei der Werkerschaffung – etwa Investition, Innovation oder Organisation – werden bei der Zuordnung des Schutzrechts ebenso wenig berücksichtigt, wie im deutschen Urheberrecht überhaupt<sup>103</sup>. Eine Begründung für eine derartig einseitige Fokussierung könnte wiederum in der naturrechtlichen Lehre gesucht werden. Ist das Werk ein Produkt objektivierten Geistes, kommt eine anderweitige Zuordnung als an die Persönlichkeit, der es entstammt, nicht in Betracht.

### 3) Schutzgegenstände und Verwertungsbefugnis

Das Urheberrechtsgesetz zählt die Werkarten nicht abschließend auf. Der Katalog in § 2 Absatz 1 UrhG hat lediglich exemplarische Funktion, indem hier einzelne Werkarten aufgezählt werden<sup>104</sup>. Hierhinter steht der Grundsatz, dass die Schöpfer von Geisteswerken Schutz durch das Urheberrecht erfahren sollen. Dies gilt nach § 1 UrhG für alle Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst.

Beschränkungen des Schutzbereichs ergeben sich aus den §§ 1, 2 Abs. 2 UrhG, also einerseits aus der Beschränkung des Schutzbereichs auf Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst und andererseits der notwendigen Qualifizierung jedes

99 Auch im Copyright-System wird das Schutzrecht grundsätzlich dem *author* zugeordnet, vgl. hierzu unten, Kapitel 3, Punkt III.B).

100 Auch dies wäre logische Folge eines naturrechtlichen Begründungsansatzes.

101 Ein „Arbeitnehmerurheberrecht“ existiert in diesem Sinne nicht. Nach § 43 UrhG gelten auch hier die allgemeinen Regeln.

102 Dies ergibt sich im Übrigen auch aus § 2 Absatz 2 UrhG, nach dem nur „persönliche, geistige“ Schöpfungen geschützt sind (siehe hierzu im Einzelnen unten Punkt I.B.4). Nur natürliche Personen haben eine Persönlichkeit im natürlichen Sinne (OLG Koblenz UFITA (1974), S. 331 (334) – Liebeshändel in Chioggia; BGH GRUR 1991, S. 523 (525) – Grabungsmaterialien). Auch können juristische Personen keine geistige Tätigkeit entfalten und somit – so der deutsche Gesetzgeber – auch kein geistiges Eigentum erlangen (Motive, UFITA 45 (1965), S. 255). Hieran zeigt sich wiederum die Personenbezogenheit des geistigen Eigentums.

103 Vgl. BGH GRUR 1985, S. 1041/1048 – Inkassoprogramm; Dreier/Schulze-Schulze, § 2, Rdnr. 53; § 7, Rdnr. 6.

104 Hier heißt es: „Zu den geschützten Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst gehören insbesondere...“

Werkes als persönliche geistige Schöpfung<sup>105</sup>. Beide Regelungen stehen dabei in einer Wechselwirkung zueinander<sup>106</sup>.

Auch die Verwertungsbefugnis, also die dem Urheber zugeordneten Ausschließlichkeitsrechte zur wirtschaftlichen Nutzung des Werkes, wird durch § 15 UrhG in Form eines offenen Kataloges normiert. Dies hat die gleiche Öffnungswirkung wie der offene Werkkatalog. Wirtschaftlichen, technischen und sonstigen Veränderungen bei der Nutzung geschützten Materials kann so auch ohne Änderungen des Gesetzes Rechnung getragen werden. Dies zeigt sich bei der Erfassung neuer Verwertungsformen wie der Online-Übertragung oder der Kabelsendung unter den Schutzbereich des Urheberrechtsgesetzes, wie später noch näher dargelegt wird. Eine Anpassung wird zumeist dennoch erforderlich. So wurden dem Urheberrechtsgesetz in der Vergangenheit verschiedentlich spezielle Normen zur Regelung einzelner Werkarten hinzugefügt, um deren Besonderheiten angemessen erfassen zu können. So enthalten die §§ 69a ff. UrhG Sondervorschriften für Computerprogramme und die §§ 88 ff. UrhG solche für Filme. Auch besondere Verwertungsformen, wie die Sendung über Satelliten- und Kabelsysteme (vgl. §§ 20 a und 20b UrhG), sind teilweise in Spezialregelungen normiert.

Dabei wurden die Änderungen des Urheberrechtsgesetzes regelungstechnisch nicht gleichförmig vollzogen. So wurden Sonderregelungen, die meist auf Umsetzungsverpflichtungen aus dem EU-Recht zurückgehen, zum Teil als eigener Abschnitt integriert (wie die Regelungen über Computerprogramme), in anderen Fällen wurden sie an entsprechender Stelle im Gesetz verstreut angesiedelt (wie die Vorschriften über Datenbankwerke, vgl. §§ 4 Abs. 2, 55 a UrhG).

Die aus der Offenheit von Schutzbereich und Verwertungsbefugnis sich ergebende Folge ist, dass das Urheberrecht ein umfassendes Instrument für den Schutz von Geisteswerken bereithält. Auch für diese Tatsache ergäbe sich eine plausible Begründung aus einer naturrechtlichen Sicht des Urheberrechts. So könnte man auf dieser Basis argumentieren, dass ein weit reichender (Urheber-)Schutz von Geistes-schöpfungen von der Maxime des „*suum cuique*“ bedingt werde. Dies erscheint zunächst in Bezug auf den Umfang der Verwertungsbefugnis plausibel. Ob sich das Argument jedoch auch für die Offenheit gegenüber jeder denkbaren Art von Geistes-schöpfungen als tragfähig erweist, erscheint dagegen zweifelhaft. Dieser Aspekt wird noch eingehend zu untersuchen sein<sup>107</sup>.

105 Vgl. hierzu die Ausführungen in Punkt I.B.4).

106 Dreier/Schulze-Schulze, § 2, Rdnr. 2.

107 Siehe hierzu v. a. die Ausführungen in Teil 3.



## 4) Werkbegriff

### a) Einführung – Funktion des Werkbegriffs

Dem Werkbegriff kommt im Rahmen einer Untersuchung der Grundlagen des Urheberrechts naturgemäß eine entscheidende Bedeutung zu, da dieser den Schutzgegenstand bestimmt. Einerseits ist zu vermuten, dass sich aus dem Ergebnis Rückschlüsse auf die Hintergründe des Urheberrechtsschutzes ergeben. So müsste das Werk bei Zugrundeliegen einer naturrechtlichen Rechtsphilosophie im Zweifel als ein sehr personenbezogenes Produkt erscheinen, das wesentliche Züge seines Schöpfers aufweist. Auf Basis einer utilitaristischen Sicht des Urheberrechts wäre dagegen ein wesentlich pragmatischeres Verständnis vom Werk zu erwarten. Ein hierauf zurückgehender Schutzgegenstand würde sich im Zweifel an ökonomischen Anforderungen, z. B. in Richtung eines möglichst effektiven Schutzes und eines unbehinderten Rechtsverkehrs, ausrichten.

Die nähere Untersuchung des Werkbegriffes ist im vorliegenden Kontext andererseits deshalb von besonderer Bedeutung, da dieser den Schutzbereich vom Allgemeingut abgrenzt. Die Definition des Schutzgutes ist damit sowohl rechtstheoretisch als auch positivrechtlich von herausragender Bedeutung.

Dies bedarf möglicherweise näherer Erläuterung. Der Werkbegriff hat nach geltendem Recht unter anderem<sup>108</sup> die Funktion eines ersten Filters bei der Abgrenzung des urheberrechtlichen Schutzbereichs zum nicht schützbaeren Bereich, dem „*public domain*“. Diese Funktion ist für die Rechtsanwendung wichtig, da das Urheberrecht formlos und nicht etwa aufgrund einer Verleihung nach vorheriger Prüfung der Schutzvoraussetzungen entsteht. Die Tatsache, dass der Urheberrechtsschutz ein komplexes Geflecht widerstreitender Interessen<sup>109</sup> nach sich zieht, legt nahe, auf Ebene des Werkbegriffes eine erste Grenzziehung zwischen schutzfähigen und nicht-schutzfähigen „geistig-ästhetischen“ Erzeugnissen<sup>110</sup> vorzunehmen. Eine „feinere Korrektur“ in Richtung eines angemessenen Interessenausgleichs kann dann durch die Schrankenregelungen vorgenommen werden, die – im Gegensatz zur Schutzbereichsbegrenzung – als Schutzzumfangsbegrenzung der bestehenden Schutzrechte fungieren. Damit bilden Werkbegriff und Schranken gemeinsam das Korrektiv für das umfassende Urheberschutzrecht.

108 Daneben dient der Werkbegriff auch der Abgrenzung des Werks von anderen geschützten Immaterialgütern, wie etwa der Erfindung oder der Marke.

109 Vgl. hierzu näher unten, Punkt I.C).

110 Zu dieser Beschreibung des Werkes, vgl. *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 12.

Diese Funktion ist nicht zu unterschätzen. Einerseits soll das Urheberrecht Anreize für das geistige Schaffen und die Kulturindustrie generieren, die bei zu weit gehenden Beschränkungen im Zweifel abnehmen<sup>111</sup>. Zudem verlangen die Nutzer von Werken generell nach einem freien Umgang mit Kommunikationsgütern, die dem Urheberrechtsschutz zugänglich sein könnten. Selbst wenn man dessen Regelungsfunktion allein natur- und damit individualrechtlich verstehen – und damit solche Belange als nachrangig oder gar unbedeutend ansehen – würde, spielte die Begrenzung des Schutzbereichs eine wichtige Rolle; jeder Urheber entnimmt sich bei seiner Schöpfung Anregungen nicht nur dem Reich der Ideen<sup>112</sup> und dem allgemein zugänglichen Kulturgut sondern auch vorbestehenden Werken<sup>113</sup>. Die Beschränkungen des Schutzbereichs dienen damit auch und nicht zuletzt ureigenen Interessen der Urheber. Dass diesen gleichzeitig an einem umfangreichen Schutzrecht gelegen sein wird, zeigt die Komplexität und Sensibilität des Spannungsfeldes zwischen Schutzfähigkeit und Schutzunfähigkeit, schon bevor die Drittinteressen einbezogen wurden.

Dem Wortlaut des § 2 Absatz 2 UrhG lässt sich auf den ersten Blick nur wenig entnehmen, was Rückschlüsse auf das vorstehend beschriebene Problem zuließe. Es heißt dort „Geschützt sind nur persönliche geistige Schöpfungen“. Immerhin: Rein terminologisch betrachtet, scheint der Werkbegriff auf ein Schutzrecht für Kunst und Hochkultur hinzuweisen. Dies wäre angesichts der Bedeutung des geistigen Schaffens in einer Informationsgesellschaft und der Annahme einer Anreizfunktion des Urheberrechts sicherlich zu kurz gegriffen und entspricht auch nicht der Realität, in der ein Schutz von elektronischen Datenbanken, Computerprogrammen und Webgrafiken anerkannt ist. Es stellt sich daher die Frage, was unter den vieldeutigen Begrifflichkeiten, die im Urheberrechtsgesetz der Beschreibung des Schutzgegenstandes dienen, zu verstehen ist.

- 111 Ob das Urheberrecht hierfür strukturell überhaupt geeignet ist, ist durchaus nicht unumstritten. *Ullrich in Schricker/Dreier/Kur*, S. 92 bezweifelt dies. Nicht das Schutzrecht und dessen Ausschließlichkeitwirkung entfalten Anreize für das geistige Schaffen, sondern allein die Nachfrage im Wettbewerb. Jedenfalls wird man bei der Frage, welcher Art solche Anreize durch welche Art Maßnahmen (nicht zwingend eine Erweiterung des Schutzbereichs) erzielt werden können, differenzieren müssen (vgl. hierzu unten, Fn. 1883 und siehe auch *Dreier in Klumpp et al.* (Hrsg.), S. 261 (265 ff.)).
- 112 Hierin liegt ein Hauptgrund dafür, dass Stil, Manier oder Technik des Werkschaffens nicht schutzfähig sind, sondern stets nur eine konkrete Gestaltung, vgl. BGH GRUR 1952, S. 516 (517) – Hummel-Figuren und sogleich, Punkt I.B.4.c.cc).
- 113 Vgl. *Rehbinder*, Rdnr. 43 ff.

b) „Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst“

Dass die Bereichsdefinition in § 1 UrhG nicht wörtlich genommen werden darf, zeigt sich ohne Weiteres an der Tatsache, dass auch Computerprogramme zu den geschützten Werkarten gehören<sup>114</sup>. Hieran verdeutlicht sich ebenfalls, dass der zunächst durch die Begriffe *Literatur, Wissenschaft und Kunst* erweckte Eindruck eines auf wertvolle Kommunikationsgüter ausgerichteten Schutzrechts bei näherem Hinsehen nicht der Realität entsprechen kann<sup>115</sup>. Dies bestätigt sich bei einem Blick in die Gesetzesbegründung. Hiernach wollte man sich mit § 1 UrhG nur an die international üblichen Begriffe anpassen, wie sie beispielsweise in der RBÜ (Art. 1<sup>116</sup>) und im WUA (Art. I) verwendet werden<sup>117</sup>.

Damit hat § 1 UrhG nur den Zweck einer „präambelartigen Einleitung“<sup>118</sup>. Zwar soll § 1 UrhG grundsätzlich eine begrenzende Funktion dahingehend zukommen, den Schutzbereich des Urheberrechtsgesetzes auf die dort genannten Kategorien von Geisteswerken zu beschränken<sup>119</sup>. Aufgrund der in h. M. und Rechtsprechung konzertierten sehr weiten Auslegung können die Kategorien in § 1 UrhG jedoch nur als ungefährer Anhaltspunkt verstanden werden<sup>120</sup>. Insbesondere sollen sich aus der

114 Vgl. § 2 Abs. 1 Ziff. 1, §§ 69a ff. UrhG.

115 Schwerlich lässt sich begründen, dass beispielsweise Computerprogramme oder andere Alltagsschöpfungen unter § 1 UrhG subsumiert werden können, vgl. *Hoffmann*, S. 137 ff. (hinsichtlich des urheberrechtlichen Schutzes von Werken der kleinen Münze ergeben sich wenigstens begrifflich „schwerste Bedenken“ gegenüber der Übereinstimmung mit den Begriffen der Literatur, Wissenschaft und Kunst). *Hoffmann* (S. 140 f.) gibt zu bedenken, dass man angesichts dieses Antagonismus' eigentlich zwischen einem sehr weiten urheberrechtlichen und einem engeren allgemeinen Kunstbegriff zu unterscheiden habe. Aufgrund dieser, seiner Ansicht nach verwirrenden und überflüssigen, Dichotomie empfiehlt *Hoffmann*, auf § 1 UrhG zu verzichten (S. 143 ff.) und den Werkbegriff nur noch über die persönlich geistige Schöpfung zu definieren.

116 Der Unterschied zu dieser Vorschrift der RBÜ besteht nur in der ausdrücklichen Nennung der Werke der Wissenschaft, die aber keine Ausweitung bedeutet, sondern nur der Klarstellung dienen sollte. Die Motive erklären dies für notwendig, da es Werke gebe, die weder der Kunst noch der Literatur zuzuordnen seien (z. B. Atlanten), vgl. UFITA 45 (1965), S. 251.

117 Motive, UFITA 45 (1965), S. 251.

118 *Schricker/Schricker*, § 1, Rdnr. 1. Nicht ganz deutlich wird dagegen die Erklärung in den Motiven (vgl. UFITA 45 (1965), S. 251), wonach § 1 UrhG der Klarstellung diene, „dass der Zweck des Gesetzes der Schutz des Urhebers ist.“

119 *Möhring/Nicolini-Ahlberg*, § 1, Anm. 3a; *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 3.

120 Vgl. statt vieler *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 4 m. w. Nachw. Dies führt dazu, dass eine Auseinandersetzung mit § 1 UrhG – sei es in der Literatur, sei es in der Rechtsprechung – zumeist nicht stattfindet, vgl. *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 7; *Hoffmann*, S. 124. Kritisch hierzu *Samson*, S. 12 f.; ders. UFITA 47 (1966), S. 1 (12), der der Ansicht ist, dass die extensive Auslegung der Rechtsprechung, die zur Schutzfähigkeit von Fernsprech- und Adressbüchern, Gebrauchsanweisungen, Preislisten, Katalogen, Formularen und kompulatorischen Re-

Norm auch keine besonderen Schutzanforderungen qualitativer oder ästhetischer Art ergeben<sup>121</sup>. Zu einer Begrenzung des Schutzbereichs, z. B. gegenüber Zweckschöpfungen, führt hiernach § 1 UrhG nicht<sup>122</sup>. Für die vorliegende Untersuchung ergibt die Vorschrift mithin kaum Anhaltspunkte.

### c) Die Definition des Werkes gemäß § 2 Absatz 2 UrhG

Die Beschreibung des (Geistes-)Werks als Schutzobjekt bereitet Schwierigkeiten. Dies zeigt sich nicht zuletzt an den – häufig wenig aussagekräftigen – Definitionsversuchen der Literatur. Hier findet sich z. B. die Aussagen, „*Geisteswerke sind selbstständige Ausstrahlungen der Persönlichkeit des Schöpfers*“<sup>123</sup> oder „*Werke sind Individualitäten im Bereich der Literatur und der Kunst*“<sup>124</sup>.

Die Schwierigkeiten, das Werk zu definieren mögen in erster Linie in dessen immaterieller Natur zu suchen sein. Zwar sind Urheberrechte grundsätzlich gegenständliche Rechte, an denen dem Urheber die Herrschaft zuerkannt wird. Gegenüber anderen Rechtsgebieten hat man im Immaterialgüterrecht jedoch auf gedanklicher Ebene eine Vergeistigung von Gegenstands- und Herrschaftsbegriff zu vollziehen<sup>125</sup>. Diese Vergeistigung setzt voraus, zwischen dem Werkstück als gegenständlichem

chenbüchern geführt habe, mit dem Wortlaut des Urheberrechtsgesetzes von 1965 nicht mehr zu vereinbaren sei.

- 121 *Fromm/Nordemann-Nordemann*, § 1, Rdnr. 1 gehen sogar davon aus, dass sich aus der in § 1 UrhG zu entnehmenden Entscheidung, Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst und somit den Urheber für sein Schaffen zu schützen, ein allgemeiner Grundsatz im Sinne eines „*in dubio pro auctore*“ abzuleiten sei. A. A. *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 17, der diese Auslegungsregel für zu schematisch hält; dagegen auch *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 4.
- 122 *Schricker*, GRUR 1996, S. 815 (817); ders. in *Schricker*, Einleitung, Rdnr. 1. Augenfällig wird die Tatsache der nahezu völligen Funktionslosigkeit der Begriffe „Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst“ an der Tatsache, dass die heute urheberrechtlich geschützten Computerprogramme als Sprachwerke geschützt werden (§ 2, Abs. 1, Ziff. 1). Dass dies nicht zu treffend ist, da zwischen einem Computerprogramm und anderen Sprachwerken elementare Unterschiede bestehen, wird in Teil 2, Punkt II.D) ausgeführt. Kritisch zu dieser Gleichstellung äußerte sich z. B. *Rehbinder* noch in der 10. Auflage, Rdnr. 127.
- 123 *Schack*, Rdnr. 7.
- 124 *Ulmer*, S. 12. Der Bundesgerichtshof hat den Schutzgegenstand des Urheberrechts einmal als das in die äußere Erscheinungswelt getretene Werk als geistiges immaterielles Gut bezeichnet, vgl. GRUR 1962, S. 470 (472).
- 125 *Ulmer*, S. 11.

Sachkörper<sup>126</sup> und dem Werk als Schutzobjekt zu unterscheiden<sup>127</sup>. Das Werk ist mithin ein Immaterialgut<sup>128</sup>.

Auf dem Weg zu einem näheren Verständnis des Werkes empfiehlt es sich, dies mittels verschiedener Elemente zu konkretisieren. Mit der von *Loewenheim* in der ersten Auflage des Kommentars von *Schricker* verwendeten Unterteilung sollen hier fünf Elemente des Werkbegriffs unterschieden werden<sup>129</sup>.

Das Werk muss eine persönliche Schöpfung des Urhebers (aus dem Bereich der Literatur, Wissenschaft und Kunst, s. o.) sein, die einen geistigen Gehalt<sup>130</sup> aufweist, eine gewisse Formgestaltung gefunden hat und die in irgendeiner Weise individuell gestaltet ist<sup>131</sup>. Zusätzlich erscheint es zum Zwecke einer differenzierten Betrachtungsweise erforderlich, die Schöpfungs- oder Gestaltungshöhe als graduellen Aspekt der Individualität aus dem eigentlichen Begriff der Individualität herauszulösen und gesondert zu prüfen<sup>132</sup>. Dies ist schon deshalb ratsam, da es überaus umstritten ist, ob ein solches Merkmal dem Werkbegriff überhaupt immanent ist oder sein sollte<sup>133</sup>, und wenn, zu welchen Grenzlinien zwischen geschütztem und ungeschütztem Bereich die Schöpfungshöhe führt oder führen sollte.

Die Intention des Gesetzgebers, durch Einführung<sup>134</sup> des Werkbegriffs in § 2 Absatz 2 UrhG bei der Neufassung des Urheberrechtsgesetzes im Jahre 1965 Klarheit über den Schutzgegenstand<sup>135</sup> zu schaffen, hat sich nie realisiert. Die Begriffe sind nicht sehr aussagekräftig<sup>136</sup> und lassen äußerst weiten Interpretationsspielraum. Dies

126 Dieser Werkträger ist Gegenstand des Sacheigentums, vgl. *Ulmer*, S. 11.

127 Vgl. BGH GRUR 2002, S. 532/534 – Unikatrahmen; BGH NJW 2003, S. 665/668 – Staatsbibliothek.

128 So *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2 Rdnr. 11; BGH GRUR 2002, S. 532/534 – Unikatrahmen; BGH NJW 2003, S. 665/668 – Staatsbibliothek.

129 Mit seinem Aufbau hält sich *Loewenheim* (in *Schricker*, § 2, Rdnr. 3) an die von der Rechtsprechung herausgebildeten wesentlichen Elemente. Nachweise finden sich bei *Erdmann*, Urheberrecht und Geschmacksmusterrecht, S. 9 ff.

130 *V. Gamm*, § 2, Rdnr. 4 (5 f.), spricht diesbezüglich vom „geistig-ästhetischen Gehalt“.

131 Es soll hier entgegen *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 9 zunächst nicht mit dem Ausdruck gearbeitet werden, aus dem Werk müsse „die Individualität des Urhebers zum Ausdruck kommen“, da eben dieser Aspekt höchst umstritten ist und einer weiteren Erörterung bedarf, vgl. hierzu Punkt dd).

132 In der 2. Auflage hat *Loewenheim* dieses Prüfungsschema geändert. Nunmehr wird die Gestaltungshöhe im Rahmen der Individualität problematisiert und nicht mehr in einem eigenständigen Prüfungspunkt (*Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 9, 24 ff.).

133 Vgl. hierzu *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 25.

134 Weder das KUG noch das LUG enthielten eine § 2 Abs. 2 UrhG entsprechende Vorschrift über die Anforderungen an die Schutzfähigkeit.

135 Rechtliche Änderungen gegenüber der alten Rechtslage sollten durch Einführung des § 2 Abs. 2 UrhG nicht herbeigeführt werden. Die Termini „persönliche geistige Schöpfung“ entsprachen der h. M. und Rechtsprechung zum Werkbegriff in LUG und KUG, vgl. Motive, UFITA 45 (1965), S. 252.

136 *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 8.

macht die Handhabung der Schutzuntergrenze, und damit v. a. die Einschätzung des ungeschützten Bereichs, in der Praxis äußerst schwierig.

#### aa) Das Merkmal der persönlichen Schöpfung

Das Merkmal der persönlichen Schöpfung unterstreicht die subjektbezogene Schutzrichtung des deutschen Urheberrechtsgesetzes. Ausgeschlossen vom Urheberschutz sollen danach solche Immaterialgüter sein, die, wie z. B. bei Zufallsgeneratoren, allein durch Maschinen oder sonstige Apparaturen bzw. durch Tiere geschaffen wurden<sup>137</sup>. Zu unterscheiden sind im Rahmen dieses Schutzkriteriums beispielsweise sog. „computer-aided-works“<sup>138</sup> von „computer-generated-works“<sup>139</sup>. Der Einsatz von Technik beim Schöpfungsvorgang ist so lange für die Schutzzfähigkeit des Ergebnisses irrelevant, wie der Programmierer die wesentlichen Parameter und Verfahrensabläufe, mithin die Formgebung des geistigen Inhalts, selbst steuert<sup>140</sup>. Handelt es sich allein um das Ergebnis eines automatischen Vorgangs oder ist das konkrete Schaffungsergebnis ein rein zufälliges, ist das Material nicht schutzfähig<sup>141</sup>. Ein gewisses Maß an Zufall spielt allerdings bei nahezu jedem Schaffungsvorgang eine Rolle und ist insofern dem Urheberrechtsschutz nicht abträglich<sup>142</sup>.

Dass einer Mindermeinung, nach der auch rein maschinelle und zufällig gestaltete Erzeugnisse – sog. aleatorische Kunst<sup>143</sup> –, geschützt sein sollen<sup>144</sup>, nicht gefolgt wird, erklärt sich unmittelbar aus den vorstehenden Ausführungen zum Sinn und Zweck des deutschen Urheberrechts. Wenn dies allein dem Schutz des Urhebers und nicht dem Schutz des Werkes dient, fehlt es bei rein maschinell erzeugten Werken an einem Schutzsubjekt. Eine Maschine verdient hiernach ebenso wenig (urheberrechtlichen) Schutz, wie derjenige, der möglicherweise diese erbaut hat. Ob die Ma-

137 Vgl. *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 13 ff.

138 *Schlatter* in *Computerprogramme II*, S. 169 ff., Rdnr. 92 ff.

139 *Schlatter* in *Computerprogramme II*, S. 169 ff., Rdnr. 96.

140 Vgl. nur *Schricker/Loewenheim* § 2, Rdnr. 12, m. w. Nachw., *Schlatter* in *Computerprogramme II*, S. 169 ff., Rdnr. 93. Anschaulich *Samson*, der sich einer Metapher bedient: Es komme darauf an, ob „der Zufallsgenerator Gehilfe oder Mittäter ist“.

141 Dies ist seit jeher die ganz h. M., vgl. im älteren Schrifttum m. w. Nachw. *Rau*, S. 21 f.; *Samson*, UFITA 72 (1975), S. 89 (101); *Ulmer*, S. 128 und im neueren Schrifttum *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2 Rdnr. 8; *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 14; *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 2, Rdnr. 10. Sollte sich im Rahmen einer differenzierten Betrachtung ergeben, dass gewisse Teile des Werkes nur der maschinellen Funktion und andere dem menschlichen Schaffen zuzuordnen sind, sind ausschließlich die menschlich geschaffenen Teile dem Urheberrechtsschutz zugänglich.

142 *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 14; *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 2, Rdnr. 10.

143 Zum Begriff der aleatorischen Computerkunst vgl. *Rau*, S. 14.

144 Vgl. *Fromm*, GRUR 1964, S. 304 (305 f.).

schine selbst zur Erzeugung von Immaterialgütern fähig ist, spielt aus urheberrechtlicher Sicht keine Rolle. Der „Schöpfer“ der Maschine ist nicht Urheber an deren Erzeugnissen, da die Gestaltung selbst nicht seiner geistig-individuellen Tätigkeit entstammt<sup>145</sup>. Da das deutsche Urheberrecht jedoch nur „das Werk“ und nicht „solche Werke“ schützt, kann das Schutzobjekt stets nur ein konkretes Produkt geistiger Leistung sein, nicht aber alle Erzeugnisse, die auf eine „antizipierten Geistesleistung“ (Konstruktion der Maschine) zurückgehen<sup>146</sup>.

Eine Maschine selbst kann natürlich keine Geistesleistungen erbringen. Rein maschinell erzeugten Werken, wie etwa den „*computer-generated-works*“, fehlt es daher auch an einem weiteren Merkmal des Werkschaffens: der menschlich-gestalterischen Tätigkeit des Urhebers<sup>147</sup>.

## bb) Der geistige Gehalt

Zweites Tatbestandsmerkmal bei der Bestimmung der Schutzfähigkeit ist der „geistige Gehalt“. Welche Bedeutung diesem Aspekt für die Wesensdefinition des Werkes zukommt, wird nicht einheitlich beurteilt<sup>148</sup>. Jedenfalls erfordert die Werkeigenschaft hiernach ein Erzeugnis, das auf einer geistigen Anstrengung beruht und nicht ein – menschlich erzeugtes – reines Zufallsprodukt darstellt<sup>149</sup>. Dieser Aspekt ergänzt damit gewissermaßen das Merkmal der persönlichen Schöpfung. Wird mit jenem als erste Einschränkung das menschliche vom maschinellen oder tierischen Erzeugnis in schutz- und schutzunfähig differenziert, verengt das Merkmal des geistigen Gehalts diesen Filter dadurch, dass auch solche menschlichen Erzeugnisse aus-

145 Würde das Urheberrecht dagegen auf das Werk und dessen Schutzbedürftigkeit oder – würdigkeit fokussieren, könnte die Beurteilung durchaus anders ausfallen.

146 Zum Tatbestandsmerkmal der wahrnehmbaren Formgebung siehe sogleich, Punkt I.B.c.4.c.cc).

147 Allgemeine Meinung, vgl. *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 2, Rdnr. 12; v. *Gamm*, § 2, Rdnr. 12; *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 12; *Ulmer*, S. 127 f.

148 *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 18 ff.; *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 2, Rdnr. 10. *Rehbinder*, Rdnr. 148 beschreibt dies damit, dass „*ein geistiger Inhalt gedanklicher oder ästhetischer Natur, der zum Ausdruck gebracht wird*“ erforderlich sei. *Ulmer*, S. 133, sieht in diesem Merkmal ein qualitatives Abgrenzungsmerkmal, wenn er ausführt: „*Durch das Merkmal der geistigen Schöpfung heben sich die Werke von allem ab, was in der Masse aufgeht, was auf bloßer Schablone beruht.*“ Die Ansicht von *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 5 – 7, nach der das Urheberrecht dem „*Schutz qualifizierter menschlicher Kommunikation*“ diene, soll unter dem Aspekt der Individualität/Schöpfungshöhe (vgl. unten Punkt dd) und ee) dargestellt werden, wenngleich *Schricker* die Ansicht vertritt, das Merkmal der „Geistigkeit“ sei der zentrale Aspekt des Werkbegriffes.

149 Ein solches entstünde beispielsweise, wenn man Farbe willkürlich auf eine Leinwand werfen würde. Dies und weitere Beispiele finden sich bei *Fromm/Nordemann-Vinck*, § 2, Rdnr. 10.

gegrenzt werden, die durch ungesteuerte Handlungen – etwa in Trance<sup>150</sup> oder beim absichtlich mit geschlossenen Augen gefertigten Gekritzeln – entstanden sind.

Auffällig angesichts der später zum Merkmal der Individualität aufgezeigten Meinungsverschiedenheit ist an dieser Stelle, dass nach der Rechtsprechung<sup>151</sup> und Teilen der Literatur<sup>152</sup> der geistige Gehalt dergestalt im Werk zum Ausdruck kommen muss, dass ein Gedanken- oder Gefühlsinhalt mitgeteilt wird. *Schack*<sup>153</sup> erläutert dies wie folgt:

„Zur geistigen Schöpfung wird es {*das Werk*} erst, wenn es als Ausdruck des individuellen Geistes gewollt und empfunden wird. Das Werk besitzt eine Ausstrahlung, die über seine objektive Eigenartigkeit hinausgeht; es steht etwas – genauer: jemand – dahinter“.

Der Bundesgerichtshof führte in seiner Entscheidung Einheitsfahrchein<sup>154</sup> aus:

„Voraussetzung für einen Schriftwerkschutz derartiger ausschließlich für praktische Gebrauchszwecke bestimmter Formulare ist jedoch, dass sie als solche durch das Mittel der Sprache einen Gedankeninhalt wahrnehmbar machen und hierbei eine schöpferische geistige Leistung zutage tritt“.

Weiter heißt es hier:

„Entscheidend bleibt jedoch stets, dass eine schöpferische geistige Leistung in dem fraglichen Formular selbst ihren erkennbaren Niederschlag gefunden hat“<sup>155</sup>.

Und weiter:

150 A. A. *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 2, Rdnr. 11, die einer Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts (ZUM 1991, S. 236 ff.) zustimmen, nach der ein in Trance Handelnder Urheberrechtsschutz genießen solle. Die diesem Urteil im Rahmen der Ausführungen zum Merkmal der persönlichen Schöpfung erteilte Zustimmung vermag zu verwundern, wird bezüglich der geistigen Schöpfung vehement vertreten, dass menschliche Schöpfungen, selbst wenn diese in gewisser Weise gezielt entstehen, dann nicht schutzfähig sein sollen, wenn der Mensch hierfür nicht seine Kreativität oder Geistestätigkeit einsetzt (bspw. der Komponist, der die Tonfolge durch Würfeln ermittelt). Konsequenterweise kann man zwar sagen, dass es in Trance entstandenen Reden, wie in dem o. g. Fall, der von einem schweizerischen Gericht entschieden wurde, zwar nicht am Merkmal der persönlichen Schöpfung mangelt, es aber – ohne den Zustand der Trance hier medizinisch-wissenschaftlich definieren zu wollen oder zu können – im Zweifel an der gezielten menschlichen Geistesanspannung im Sinne einer geistigen Schöpfung und somit an der Urheberrechtsschutzfähigkeit mangeln dürfte.

151 BGHZ 18, S. 175 (177) – Werbeidee; BGHZ 39, S. 306 (308) – Rechenschieber; OLG München, GRUR 1992, S. 510 (511) – Rätsel.

152 *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 18; *Rehbinder*, Rdnr. 148; *Schack*, Rdnr. 157. Andere Autoren setzen sich hiermit nicht ausdrücklich auseinander, so etwa *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 2, Rdnr. 10. Unklar bleibt, an welcher Stelle dieser Ausdruck zu Tage treten muss.

153 *Schack*, Rdnr. 157.

154 BGH, GRUR 1959, S. 251.

155 BGH, GRUR 1959, S. 251.



„Der Gedankeninhalt, der in dem Formular selbst durch Sprachzeichen niedergelegt und sinnlich wahrnehmbar gemacht worden ist, muss unterschieden werden von der geistigen Tätigkeit, die dem Entwurf des Formulars vorausgegangen ist, aus ihm selbst aber nicht erkennbar ist.“<sup>156</sup>

Auffällig sind diese Ausführungen deshalb, da weder durch Rechtsprechung noch durch Schrifttum problematisiert wird, wie man in Grenzfällen einen solchen geistigen Gehalt praktisch ermitteln kann, ein Punkt, dem im Rahmen der Individualitätsprüfung erhebliche Bedeutung beigemessen wird. Im Einzelnen wird hierauf unten einzugehen sein.

In welcher Form oder mit welchem Mittel der geistige Gehalt zum Ausdruck kommt, hängt von der Art des Werkes ab. Dies geschieht z. B. bei Sprachwerken durch das Mittel der Sprache oder bei Werken der Musik durch das Mittel der akustisch wahrnehmbaren Tonfolge, mittels derer die Gedanken und Gefühle des Künstlers dem Hörer vermittelt werden<sup>157</sup>.

### cc) Sinnlich wahrnehmbare Formgestaltung

Die Merkmale des geistigen Gehalts und der Formgestaltung sind nicht klar gegeneinander abzugrenzen, da der geistige Gehalt die Formgestaltung braucht, um ausgedrückt und so vom Betrachter, Hörer, Leser etc. wahrgenommen werden zu können. Jedenfalls kann Urheberrechtsschutz nur genießen, was eine konkrete Ausgestaltung gefunden hat<sup>158</sup>. In keinem Fall schutzfähig sind daher die allgemeinen Gedanken oder Ideen, die hinter der Ausformung eines Geisteswerkes stehen<sup>159</sup>. Diese können nur Grundlage eines Werkes sein.

Es war lange Zeit umstritten, ob neben der konkreten Form<sup>160</sup> auch der Inhalt oder bestimmte inhaltliche Elemente dem Urheberrecht unterfallen oder ob grundsätzlich

156 BGH, GRUR 1959, S. 252.

157 Vgl. auch *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 12, die das Merkmal des geistigen Gehalts als „geistig-ästhetische Wirkung“ bezeichnen.

158 Statt Vieler: *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 43.

159 *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 37 ff.

160 Man differenziert weiter zwischen „innerer“ und „äußerer“ Form: „Äußere Form ist die am Ausdrucksmittel orientierte Gestaltung, wie die Sätze eines Schriftwerkes, die Tonfolge eines musikalischen Werkes oder die Bildfolge eines Films“, heißt es bei *Rehbinder* (Rdnr. 48). Die innere Form ist gewissermaßen die innere Ordnung einer geistigen Mitteilung. „Sie besteht im Plan, in der Gedankenabfolge und Beweisführung eines wissenschaftlichen Werkes, im Geschehensablauf und in der Gestaltung der Personen eines Romans, in der Komposition eines Gemäldes, in der Abfolge eines musikalischen Werkes oder in der Szenen- und Bilderfolge eines Films“ (*Rehbinder*, Rdnr. 49). Während die äußere Form tendenziell mehr statische Vorgaben enthält, die sich eines Schutzes entziehen und somit umgekehrt weniger Potenzial für

zwischen schutzfähiger Form und schutzunfähigem Inhalt unterschieden werden kann oder muss<sup>161</sup>.

Nach der ehemals h. M.<sup>162</sup> schützt das Urheberrecht nur die Form und nicht den Inhalt. Der Inhalt müsse ungeschützt bleiben, da er sich aus nicht schützba- ren Elementen des Allgemeinguts zusammensetze. Auch wenn dies in vielen Fällen zutref- fen mag<sup>163</sup>, erfasst diese Ansicht nicht die vielen Facetten geistigen Schaffens und wird mittlerweile wohl einhellig abgelehnt.

Die heute h. M. in Literatur<sup>164</sup> und Rechtsprechung<sup>165</sup> hat sich nach *Ulmer*<sup>166</sup> von der Abgrenzung „Form – Inhalt“ gelöst und sich der Unterscheidung „vorgegebener Stoff – individuelle oder schöpferische Leistung“ zugewendet. Sinn und Zweck des geltenden Urheberrechts ist der Schutz der eigenschöpferischen Leistungen des Ur- hebers. Vor diesem Hintergrund muss auch der Inhalt schutzfähig sein, soweit er sich als eine solche Leistung darstellt. Dies ist zumindest in den Fällen denkbar, in denen der Inhalt unmittelbar in der wahrnehmbaren Form seinen Ausdruck findet oder durch die besondere Art der Darstellung individuell gestaltet wurde<sup>167</sup>.

Geht man von einem naturrechtlichen Ansatz des Schutzes von geistigem Eigen- tum aus, ist diese Beurteilung zwingend. Was der Urheber aus sich heraus geschaf- fen hat, ist ihm zuzuordnen und untersteht seinem Ausschließlichkeitsrecht. Nur das nicht auf die individuelle Leistung des Urhebers Zurückgehende kann hiernach frei- es Allgemeingut bleiben<sup>168</sup>.

eine individuelle Gestaltung bereitstellt, ist die innere Form nahezu frei von bestehenden Vorgaben und bietet daher viele Entfaltungsmöglichkeiten für den schöpferischen Geist.

161 Nach der älteren Lehre und Rechtsprechung war der Inhalt grundsätzlich vom Urheberrechts- schutz ausgeschlossen, vgl. RGZ 63, S. 158 ff. – Durchlaucht Radieschen; RGZ 82, S. 16 ff. – Die lustige Witwe jeweils zur Abgrenzung freie Benutzung und Bearbeitung. Anders je- doch das KG, GRUR 1926, S. 441 (443) – Alt Heidelberg – Jung Heidelberg, das auch den gedanklichen und gefühlsmäßigen Inhalt als schutzfähig ansah und demzufolge in der Über- nahme dieser Elemente eine Urheberrechtsverletzung sah. Siehe auch *Ulmer*, S. 119 ff. m. w. Nachw. *Kohler*, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, S. 128 ff.

162 *Kohler*, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, S. 128 ff.

163 So besteht etwa der Inhalt bei wissenschaftlichen Werken im Zweifel aus Lehren, Naturgeset- zen, Konzepten und dergleichen, die nicht schutzfähig sind.

164 *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 55, 57 ff. und 81 ff.; *Hubmann*, S. 35; *Rehbinder*, Rdnr. 51.

165 OLG München GRUR 1956, S. 432 (434) – Solange Du da bist; OLG Karlsruhe GRUR 1957, S. 395 (396) – Troztkopf; OLG Karlsruhe ZUM 1996, S. 810 (815 f.) – Laras Tochter. In BGH GRUR 1959, S. 379 (381) – Gasparone, m. Anm. *Ulmer* wird zwar ausgeführt, dass die bloße Idee nicht schutzfähig sei, aber dennoch die Einfügung eines „bestimmten Einfalls“ in einen Handlungsablauf, der Gang der Handlung, die Rollenverteilung und Charakteristik der handelnden Personen dem Urheberrechtsschutz zugänglich seien.

166 *Ulmer*, S. 119 ff.

167 Vgl. *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 43.

168 Der Bundesgerichtshof hat dem nicht immer Rechnung getragen. Insbesondere in Bezug auf wissenschaftliche und technische Werke wurden z. T. andere Maßstäbe angewendet (vgl.

Als Beispiel für einen urheberrechtlich geschützten Inhalt wird häufig die Fabel bei literarischen Werken genannt<sup>169</sup>. Neben den nicht schutzfähigen Elementen des verarbeiteten Stoffes oder den geschichtlichen oder sonstigen tatsächlichen Hintergründen ist die Fabel, also etwa die ersonnenen Charaktere und ihr Beziehungsgeflecht, das Milieu und das Handlungsgefüge einer Dichtung, ein Teil des Inhalts, der durchaus eigenschöpferische, individuelle Züge tragen und somit auch geschützt sein kann<sup>170</sup>. Der Inhalt ist hier besonders eng mit der Formgestaltung verknüpft, die darin liegt, den Gedankeninhalt durch Schrift- oder andere Zeichen äußerlich erkennbar zu machen<sup>171</sup>.

Das Vorliegen einer konkreten Formgestaltung im urheberrechtlichen Sinne hängt davon ab, ob das Werk für die menschlichen Sinne wahrnehmbar gemacht wurde. Wie dies erfolgt, hängt wiederum von der Werkart und der Art der Rezeption ab<sup>172</sup>. Es kommt jedoch nicht darauf an, dass das Werk eine körperliche Festlegung erfahren hat. Dies ist die konsequente Weiterführung des Grundsatzes, dass Gegenstand des Urheberrechts ein immaterielles Gut ist, welches sich von seinem physischen Träger unterscheidet, „der meistens, aber nicht immer dessen Seinsfundament bildet“<sup>173</sup>. Auch ist bedeutungslos, ob das Werk unmittelbar wahrgenommen werden kann oder nur mittelbar unter Zuhilfenahme technischer Einrichtungen den menschlichen Sinnen zugänglich gemacht wird<sup>174</sup>, wie es bei der Speicherung von Daten auf einem Datenträger oder im Internet der Fall ist.

Problematisch und umstritten ist und war die Frage, welche Gestaltung das Computerprogramm ausmacht bzw. was durch den urheberrechtlichen Softwareschutz erfasst wird. Die hinter dem Programm stehende Rechenregel, der Algorithmus, stellt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine rein wissenschaftliche

BGH GRUR 1984, S. 659 (660) – Ausschreibungsunterlagen; GRUR 1986, S. 739 (740) – Anwaltsschriftsatz; BGH GRUR 1987, S. 704 (705) – Warenzeichenlexika; GRUR 1991, S. 130 (132 f.) – Themenkatalog; GRUR 1993, S. 34 (36) – Bedienungsanweisung; GRUR 1994, S. 39 (39) – Buchhaltungsprogramm). Diese Abweichung von der Regel ist wohl vorrangig auf die Tatsache zurückzuführen, dass wissenschaftliche Lehre und Ergebnis in besonderem Maße freihaltungsbedürftig sind (so ausdrücklich der BGH, u. a. in GRUR 1981, S. 352 (353) – Staatsexamensarbeit). *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 57 ff. kritisieren die Ungleichbehandlung von wissenschaftlichen und technischen Werken als dogmatisch unbefriedigend. Im Übrigen bestehe auch kein Freihaltebedürfnis, da die Praxis zeige, dass Ausschussrechte generell nicht in Bezug auf die theoretischen Inhalte oder allgemeine Thesen und Lehren geltend gemacht würden, sondern nur bezogen auf das jeweilige Werk.

169 Vgl. *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 43. Zur besonders gelagerten Problematik des Inhaltsschutzes bei wissenschaftlichen Werken, vgl. *Haberstumpf*, ZUM 2001, S. 819 ff.

170 *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 52.

171 BGH GRUR 1981, S. 352 (353) – Staatsexamensarbeit; GRUR 1961, S. 85 (87) – Pffifikus-Dose; OLG München, GRUR 1992, S. 510 – Rätsel.

172 *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 13.

173 So *Kopff*, GRUR Int. 1983, S. 351 (352).

174 So schon BGHZ 37, S. 1 (7) zu Fernseh-Livesendungen.

Lehre dar, die nicht monopolisiert werden dürfe, sondern frei und für jedermann zugänglich sein müsse<sup>175</sup>. Geschützt wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs daher nur die Form der Darstellung, d. h. die Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des Materials<sup>176</sup>. Hierin liegt einer der wesentlichen Kritikpunkte bei dem urheberrechtlichen Schutz von Computerprogrammen begründet, da bei solchen Produkten, wie auch bei vielen anderen Erzeugnissen der Informationstechnologie, die auf einer digitalen Programmierung basieren, das Besondere und auch der Wert in erster Linie im – eigentlich – nicht schützbaeren Inhalt („Know-how“) und nicht in der Form (Darstellung) liegt<sup>177</sup>.

Ebenso wie bei den Computerprogrammen muss das Vorliegen einer ausreichenden Formgestaltung auch bei anderen Werkarten am Einzelfall überprüft werden. Hierbei kann auf durch Rechtsprechung und Literatur entwickelte Kriterien zurückgegriffen werden, die hier jedoch nicht im Einzelnen dargestellt werden sollen<sup>178</sup>.

#### dd) Der Begriff der Individualität

Nach ganz h. M. folgt aus dem Begriff der „persönlichen“ Schöpfung in § 2 Abs. 2 UrhG, dass nur „individuelle“ Geisteswerke schutzfähig sein können<sup>179</sup>. Obgleich nicht explizit im Gesetz genannt, ist die Individualität das zentrale Kriterium des Werkbegriffs. Über seine Funktion als schutzbereichsbegrenzendes Tatbestandsmerkmal<sup>180</sup> hinaus ist an dem Aspekt der Individualität nicht nur das Wesen des Schutzgegenstandes, sondern auch die Zielrichtung des Urheberrechts abzulesen. Es verkörpert die positivrechtliche Realisierung tragender Wesensmerkmale des

175 BGH GRUR 1985, 1041 (1047) – Inkassoprogramm mit Verweis auf die ständige Rechtsprechung. Differenzierend *Haberstumpf*, ZUM 2001, S. 819 (822), der zwischen „konkreten“ und allgemeinen Algorithmen unterscheidet.

176 BGH GRUR 1985, 1041 (1047) – Inkassoprogramm.

177 Dies hat den Bundesgerichtshof in früheren Entscheidungen auch zu der Erkenntnis geführt, dass Computerprogramme nicht urheberrechtsschutzfähig seien, sondern eher dem Patentrecht nahe stünden, vgl. BGH NJW 1981, S. 2684 f.; vgl. auch *Bornmüller*, S. 117 ff. (119); *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 114 ff. Vgl. eingehend hierzu unten, Teil 2, Punkt II.C).

178 Eingehend hierzu *Schulze*, Zweiter Teil, S. 46 ff. Siehe hierzu auch die Ausführungen in Teil 2.

179 Vgl. statt vieler: *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 23.

180 Die Bedeutung des Individualitätsbegriffs als Schutzfähigkeits- und Schutzzumfangskriterium verringert sich bedeutend, wenn man der Auffassung folgt, der Begriff der „Schöpfung“ an sich impliziere bereits, dass der Urheberrechtsschutz nur solche geistigen Erzeugnisse erfasse, die in gewissem Maße neu bzw. anders als das Vorbestehende sind (so *Thoms*, S. 247; *Schulze*, S. 139). Es bedarf dann keiner Interpretation des Individualitätsbegriffs in Richtung einer *de minimis*-Beschränkung des Schutzbereichs mehr, wie sie die Theorien von einem werkbezogenen Verständnis dieses Tatbestandsmerkmals scheinbar zu konstruieren suchen (siehe hierzu unten, Punkt I.B.4.c. ee).

*Droit D'Auteur*. Gleichsam lassen sich im Rahmen eines internationalen Vergleichs von Copyright- und *Droit D'Auteur*-Systemen am Merkmal der Individualität sehr anschaulich die unterschiedlichen Ausrichtungen der beiden Systeme, gewissermaßen als Realisierung der unterschiedlichen Begründungsansätze und Schutzzwecke, verdeutlichen.

Die Definition des Begriffs „Individualität“ gestaltet sich schwierig, da die Terminologie in hohem Maße mehrdeutig ist und so kaum zu einer Konkretisierung des Schutzgutes geeignet erscheint<sup>181</sup>. Dies zeigt sich u. a. daran, dass in der vielfältigen Literatur und Rechtsprechung, z. T. sehr uneinheitlich mit dem Begriff der Individualität umgegangen wird, ohne dass hierüber jedoch eine offene Kontroverse geführt würde. Im Ergebnis können unter den verschiedenen Ansätzen definitorischer Versuche des urheberrechtlichen Individualitätsbegriffes zwei Grundströmungen ermittelt werden, die auf äußerst unterschiedlichen Grundpositionen beruhen.

Während der eine, in erster Linie durch Rechtsprechung und praxisnahe Literatur vertretene, Ansatz bei der Bestimmung einer „individuellen Leistung“ an werkbezogenen, also außerhalb der Person des Urhebers angesiedelten Faktoren anknüpft, sollen nach dem anderen Ansatz mehr urheberbezogene Faktoren, also solche, die in der Person des Urhebers ihren Ursprung haben, für die Bestimmung der individuellen Schöpfung maßgeblich sein<sup>182</sup>. Daneben finden sich Äußerungen sowohl in Schrifttum als auch in Rechtsprechung, deren Tendenz man nicht erkennen kann, da hier beide Ansätze vermengt werden. Dies wird z. T. darauf zurückzuführen sein, dass urheberbezogene Merkmale praktisch schwieriger nachzuweisen sind und man sich daher auf die Prüfung objektiver Faktoren verlegt oder versucht, solche anhand von als kongruent verstandenen werkbezogenen Faktoren nachzuweisen.

Dies aufzulösen erscheint im vorliegenden Zusammenhang von besonderer Bedeutung. Eine Analyse des Verständnisses vom Schutzgegenstand verheißt einerseits mögliche Rückschlüsse auf die dahinter liegende Vorstellung vom Wesen des deutschen Urheberrechts an sich und ermöglicht andererseits die Darstellung des wohl wesentlichsten Regelungsaspektes – die Abgrenzung zwischen geschütztem und ungeschütztem Bereich. Das Merkmal der Individualität ist für diese Grenzziehung von elementarer Bedeutung. An dessen Vorliegen entscheidet sich nicht nur, ob ein

181 So auch *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 18.

182 Die Begriffe „werkbezogen“ und „urheberbezogen“ sollen hier also nicht bezogen auf die Bestimmbarkeit der Merkmale einer persönlichen geistigen Schöpfung verstanden werden. Ob ein Erzeugnis geschützt ist, muss objektiv bestimmbar sein, will man nicht der Ansicht von *Kummer* (S. 75) folgen, die dazu führt, dass der Urheber selbst subjektiv bestimmen kann, ob urheberrechtlicher Schutz gewährt werden kann. Siehe hierzu auch *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 2, Rdnr. 5. Soweit die Bezeichnung „urheberbezogen“ für die Werkqualität charakterisierende Merkmale enthält, handelt es sich hierbei dennoch um solche, die das Werk selbst beschreiben. „Urheberbezogen“ werden im Folgenden solche Aspekte bezeichnet, welche sich (in Abgrenzung zu „werkbezogenen“ Merkmalen) auf die Annahme persönlicher Bindungen zwischen Urheber und Werk beziehen.

Geisteswerk geschützt wird, sondern – ggf. – auch, auf welche Bestandteile sich der Schutz bezieht<sup>183</sup> und wie weit der Schutzbereich des jeweiligen Werkes ist<sup>184</sup>, mit- hin in welchem Maß der Urheber z. B. gegen Nachschöpfungen gesichert ist<sup>185</sup>

## (1) Der werkbezogene Ansatz

### (a) Handhabung durch den Bundesgerichtshof

#### (aa) „Quantitative“ und „qualitative“ Individualität

Im rein werkbezogenen Sinne versteht v. a. die deutsche Rechtsprechung das Merkmal der Individualität als eine Art „quantitativer“ Individualität einerseits und „qualitativer“ Individualität andererseits<sup>186</sup>. Der Bundesgerichtshof vergleicht im Rahmen der Prüfung häufig zunächst das streitige Erzeugnis mit vorbestehenden Werken der gleichen Gattung, um dessen Eigenständigkeit zu überprüfen. Dies geschieht mittels der Feststellung, in welchen und in wie vielen Elementen (im Sinne einer „quantitativen Individualitätsprüfung“) sich die verglichenen Erzeugnisse unterscheiden<sup>187</sup>.

183 So ist anerkannt, dass auch Werke geringen Umfangs geschützt sein können. Dies kann beispielsweise für Werbeslogans (vgl. hierzu *Erdmann*, GRUR 1996, S. 550 (553); *Hertin*, GRUR 1997, S. 799 (802); *Schricker*, GRUR 1996, 815 (820) oder für (auch kleine) Werkteile gelten (allgemeine Meinung, vgl. BGH GRUR 1975, S. 667 (668) – Reichswehrprozess und weitere Nachweise bei *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 13, 76 ff.).

184 Vgl. BGH GRUR 1981, S. 352 (353 ff.) – Staatsexamensarbeit.

185 Immerhin dient der Begriff der Individualität auch zur Abgrenzung zwischen einer Bearbeitung (§ 23 UrhG), deren Verwertung und – je nach Werkart – auch Erstellung der Zustimmung des Originalurhebers bedarf und einer freien Benutzung (§ 24 UrhG), die aus dem Schutzbereich herausfällt. Nach dem BGH (GRUR 1991, S. 531 (532) – Brown Girl I) handelt es sich nur dann um eine freie Benutzung, wenn die individuellen Züge des Urhebers des benutzten Werkes hinter denen des Bearbeiters verblasen. Folglich kommt es bei der Abgrenzung auch wesentlich auf das Maß der Individualität (die sog. „Gestaltungshöhe“) des Ursprungswerkes an. „Je auffallender die Eigenart des als Vorlage benutzten Werkes ist, umso weniger werden dessen übernommene Eigenheiten in dem danach geschaffenen Werk verblasen“, führt der BGH (ebd.) aus.

186 Vgl. *Schulze*, S. 131 f.; *Hartmann*, UFITA 122 (1993), S. 57 (62 ff.).

187 Vgl. etwa BGH, GRUR 1985, S. 1041 (1047) – Inkasso Programm.

In einem zweiten Schritt wird dann geprüft, ob sich das betreffende Geisteswerk vom Normalen, Alltäglichen oder Handwerklichen mehr oder weniger stark abhebt („qualitative“ Individualitätsprüfung)<sup>188</sup>. Auch hierbei werden zumeist bereits existierende Schöpfungen mit dem streitigen Werk verglichen<sup>189</sup>. In diesem Zusammenhang verwendet, ist der Begriff „individuell“ gleichbedeutend mit „besonders“, „originell“<sup>190</sup>, „speziell“, „objektiv einmalig“ oder gar „neu“, wobei auch diese Begriffe zumeist viele Interpretationsmöglichkeiten eröffnen. Schutzzähig ist danach jedenfalls nur, was sich durch Form und/oder Inhalt vom Hergebrachten und vom Gewöhnlichen unterscheidet.

#### (bb) Erfordernis einer objektiven Neuheit

Obwohl sich hier auf den ersten Blick die Parallele zum patentrechtlichen Neuheitsbegriff aufdrängt, lehnen Rechtsprechung und Vertreter des objektiven Ansatzes in der Literatur einheitlich ab, die objektive „Neuheit“ als Schutzkriterium im Urheberrecht zu verstehen<sup>191</sup>.

Dies erklärt sich vor dem Hintergrund eines individualrechtlich-rechtsphilosophischen Verständnisses des Urheberrechts wiederum von selbst. Wenn der Urheber Schutz an allen Immaterialgütern genießen soll, denen er seine Individualität aufgeprägt hat, kann es nicht darauf ankommen, ob diese objektiv neu sind. Ein solches Abgrenzungsmerkmal könnte der Schutzzähigkeit nur dann zugrunde gelegt werden, wenn der Urheberrechtsschutz auf dem Belohnungsgedanken basierte. In diesem Falle „verdiente“ der Urheber eines Immaterialgutes solange keinen Schutz, wie dies keine Bereicherung darstellt. Ist das Werk bereits in dieser Form existent, fehlt es an einer solchen Bereicherung. Im Umkehrschluss verdeutlicht die Tatsache, dass es für den Urheberrechtsschutz eben nicht auf die objektive

188 Vgl. mit weiteren Nachweisen *Erdmann*, Urheberrecht und Geschmacksmusterrecht, S. 19 ff.

189 Ständige Rechtsprechung vgl. z. B. BGH GRUR 1958, S. 562 (563) – Candida-Schrift; BGH MMR 1999, S. 470 ff. (471) – Tele-Info-CD, m. Anm. *Wiebe* (S. 474 ff.) und *Gaster* (S. 543 f.). Bei den meisten Streitigkeiten über die Schutzzähigkeit scheint es maßgeblich um das qualitative Element der Individualität zu gehen, da diese zumeist um Erzeugnisse der kleinen Münze geführt werden.

190 Wobei auch der Begriff der „Originalität“ vielen Interpretationsmöglichkeiten Raum lässt. So beschreibt der Terminus im *Droit D’Auteur* System Frankreichs („*Originalité*“) den Aspekt einer persönlichen Prägung des Werkes durch den Urheber. Dagegen ist das Merkmal im englischen Copyright („*original works of authorship*“) erfüllt, wenn vom Urheber ein Minimalmaß an „*labor, skill and judgment*“ bei der Werkschöpfung aufgewendet wurde, vgl. hierzu unten Kapitel 3, Punkt III.A) und *Schack*, Rdnr. 163.

191 BGH GRUR 1982, S. 305 (307) – Büromöbelprogramm; GRUR 1979, S. 332 (336) – Brombeerleuchte; GRUR 1985, S. 1041 (1047) – Inkasso-Programm; *Fromm/Nordemann-Vinck*, § 2 Rdnr. 8 f.; v. *Gamm*, § 2 Rdnr. 15; *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 41.

Neuheit ankommen soll, die Sonderstellung des Werkes als personenbezogenes, affines Immaterialgut. Auf die der Rechtsklarheit und Markttransparenz sicherlich dienliche Ausschlusswirkung des Schutzrechts wird im geltenden deutschen Urheberrecht zu Gunsten entgegenstehender, eher idealisierender Aspekte bewusst verzichtet<sup>192</sup>. Der wesensmäßige Unterschied des Urheberrechts zu den gewerblichen Schutzrechten tritt hierin klar zu Tage.

(cc) Erfordernis einer „subjektiven Neuheit“

Statt also auf die Neuheit im objektiven Sinne abzustellen, wie sie im Patentrecht unter dem Gesichtspunkt der Nichtzugehörigkeit zum Stand der Technik verlangt wird, soll nach deutschem Recht eine „subjektive“ Neuheit erforderlich sein. Subjektive Neuheit bedeutet in diesem Sinne, dass der Urheber eine bereits existierende Gestaltung weder bewusst noch unbewusst übernommen haben darf. Soweit dies der Fall ist, scheidet hiernach eine „individuelle“ Schöpfung aus, da der verkörperte individuelle Geist der eines anderen sei. Es soll dabei keine Rolle spielen, ob der Urheber das andere Werk gezielt nachgeahmt oder verwendet hat. Auch die unbewusste Übernahme fremden Gutes – sofern eine solche überhaupt denkbar ist – sei keine individuelle Schöpfung<sup>193</sup>.

192 Das Urheberrecht entfaltet nach ganz h. M. und Rechtsprechung keine Ausschlusswirkung in Form einer Priorität, die Nachschöpfungen entgegengehalten werden könnte, vgl. BGH GRUR 1971, S. 266 (268) – Magdalenenarie; BGH GRUR 1988, S. 812 (814) – Ein bisschen Frieden, m. Anm. *Schricker*; *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 2, Rdnr. 8; *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 41; *Möhring/Nicolini-Ahlberg*, § 2, Anm. 10 d. Dieser Unterschied zu den gewerblichen Schutzrechten resultiert auf folgender Tatsache: Im Immaterialgüterrecht existieren zwei unterschiedliche Schutzsysteme, und zwar ein partikuläres Schutzsystem, in dem das ausschließliche Recht nur jeweils einem Berechtigten zustehen kann, und ein universelles Schutzsystem, in dem jedem Schöpfer ein ausschließliches subjektives Recht zusteht, unabhängig davon, ob es nur das eine Werk oder mehrere anschauungsgleiche Werke gibt (*Kopff*, GRUR Int. 1983, S. 353). Anschauungsgleich bedeutet, dass zwei Erzeugnisse zwar im Detail unterschieden werden können, dies aber in der Praxis aufgrund deren Komplexität oder der Geringfügigkeit der Differenz nicht mehr festzustellen ist. Dadurch gehen von den zu unterscheidenden Kategorien von Immaterialgüterrechten unterschiedliche Wirkungen aus. Entweder das Recht entfaltet eine Sperrwirkung oder es bleibt gegenüber einer Doppelschöpfung neutral. Es steht zu erwarten, dass der technisch-wissenschaftliche Fortschritt immer mehr zum Entstehen unabhängig voneinander geschaffener anschauungsgleicher Güter führen wird. Es ist damit von entscheidender Bedeutung, dass der Gesetzgeber bei der Einfügung neuer Technologien in die bestehenden Gesetze sehr sorgfältig vorgeht. Ansonsten könnte die Ausschlusswirkung des Monopolrechts zu einem nicht gewollten Hemmschuh für die Innovation in einem bestimmten Industriebereich werden.

193 BGH GRUR 1971, S. 266 (268) – Magdalenenarie; GRUR 1988, S. 810 (811) – Fantasy; GRUR 1988, S. 812 (813 f.) – Ein bisschen Frieden; *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 41);



Auch ein Schutzfähigkeitsmerkmal der „subjektiven Neuheit“ fügt sich in die rechtsontologische Sicht des Urheberrechts nahtlos ein. Eine persönliche Beziehung zwischen Urheber und dessen „geistigem Kinde“ kann nur in diesem Verhältnis bestehen. Selbst wenn ein anderer sich der Nachahmung oder Übernahme nicht bewusst ist, kann er das Werk nicht mehr durch seinen individuellen Geist prägen, da es schon eine – einmalige – Prägung erfahren hat.

(dd) Nachweis der subjektiven Neuheit anhand objektiver Neuheitskriterien

Das Vorliegen einer subjektiven Neuheit ist – wie alle personenbezogenen Tatbestandsmerkmale – gerichtlich nur schwer überprüfbar. Die Rechtsprechung bedient sich daher objektiv nachweislicher Kriterien, denen indizielle Bedeutung für das Vorliegen einer subjektiven Neuheit beigemessen wird.

Im Rahmen einer solchen Prüfung werden die beiden streitbefangenen Werke auf ihre Gemeinsamkeiten hin untersucht. Wird ein gewisser Grad an Kohärenz festgestellt, gehen die Gerichte von einer starken Indizwirkung aus, die auf eine unzulässige Verwendung des älteren Werkes schließen lasse<sup>194</sup>. Es wird sogar das Vorliegen eines Anscheinsbeweises für das Plagiat angenommen<sup>195</sup>. Hierhinter steht die Annahme, dass zufällige Doppelschöpfungen<sup>196</sup>, also voneinander unabhängig geschaffene Werke mit weit gehend identischen charakteristischen Zügen, im Allgemeinen nicht denkbar sind<sup>197</sup>. Das Urheberrecht verleiht dem Rechtsinhaber damit faktisch ein rechtliches Monopol, man könnte von einem „Quasi-Monopolrecht“ sprechen<sup>198</sup>.

v. *Gamm*, § 2, Rdnr. 13. Es zeigt sich hieran, dass das Merkmal der subjektiven Neuheit zweierlei Bedeutung hat. Zum einen wird dies zur Bestimmung der Schutzfähigkeit verwendet und zum anderen bei der Abgrenzung von Bearbeitungen zu freien Benutzungen.

194 BGH GRUR 1971, S. 266 (268) – Magdalenenarie; BGH GRUR 1981, S. 267 (269) – Dirlada; BGH GRUR 1988, S. 812 (814) – Ein bisschen Frieden, m. Anm. *Schricker*.

195 BGH GRUR 1988, S. 812 (814) – Ein bisschen Frieden, m. Anm. von *Schricker*; hierzu auch *Fuchs*, S. 73. Der Beklagte muss dann beweisen, dass es sich um eine zufällige Doppelschöpfung handelt und den Anscheinsbeweis widerlegen, was kaum jemals möglich sein wird.

196 Zum Begriff vgl. *Schack*, Rdnr. 63.

197 Allerdings finden sich auch einzelne gerichtliche Entscheidungen über Werke der kleinen Münze, die eine solche Doppelschöpfung bejaht haben, vgl. Nachweise bei *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 17. Hierbei handelt es sich jedoch um seltene Ausnahmen.

198 Aufgrund der theoretischen Möglichkeit eines Schutzes der zufälligen Doppelschöpfung handelt es sich bei dem Urheberrecht dogmatisch gesehen nicht um ein echtes Monopolrecht am Werk. Das Urheberrecht schützt allein die individuelle Formgebung die das Werk ausmacht. Wenn an einer identischen Formgebung mehrere eigenständige Urheberrechte bestehen können, ist das gleiche Werk mehrfach geschützt. Der Urheber kann den anderen Urhebern mithin die Nutzung nicht untersagen (*Dreier/Schulze-Schulze*, § 23, Rdnr. 29).

Faktisch führt diese Handhabung zur Obsolenz des Grundsatzes, dass die objektive Neuheit kein urheberrechtliches Schutzkriterium ist. Der zur Überprüfung durchgeführte Vergleich objektiver Merkmale begründet die Erforderlichkeit, dass das neuere Erzeugnis sich vom vorbestehenden Werkschaffen unterscheidet, mithin „neu“ ist<sup>199</sup>.

## (ee) Der Gestaltungsspielraum

Ein weiterer – werkbezogener – Aspekt für die Schutzfähigkeit ist nach der Rechtsprechung der „Gestaltungsspielraum“<sup>200</sup>. Bei der Formgebung des Stoffes muss der Urheber einen Spielraum für die Entfaltung seiner Individualität vorgefunden und ausgenutzt haben. Je nach Werkart, der zur Realisierung verwendeten Formensprache und Zweckgebundenheit des Werkes kann dieser Spielraum stark variieren. Je größer der Gestaltungsspielraum, desto eher ist die Schutzfähigkeit zu bejahen<sup>201</sup>.

Ein relativ großes Variationsspektrum besteht vor allem bei nicht zweckgebundenen Werken der Literatur und Kunst<sup>202</sup>. Der Grad an Variabilität verringert sich durch das Hinzutreten von „inneren“ und „äußeren“ Faktoren. Den Gestaltungsspielraum verringernder innerer Faktor ist v. a. die verwendete Formensprache. So lassen Programmiersprachen, in denen Computerprogramme geschrieben werden, per se einen wesentlich geringeren Spielraum zu als „kommunikative“ Sprachen<sup>203</sup>. Hinzu tritt bei dieser Werkart, dass sie in hohem Maße funktionsdeterminiert und zweckgebunden ist. Aufgrund der Tatsache, dass Software darauf ausgerichtet ist, eine Aufgabe möglichst perfekt zu bewältigen, ist der Gestaltungsspielraum umso geringer<sup>204</sup>.

Vor diesem Hintergrund hat der Bundesgerichtshof in seiner Leitentscheidung „Inkasso-Programm“<sup>205</sup> statuiert, dass die den Urheberrechtsschutz bei Computerprogrammen begründende geistige Leistung in der „Form und Art der Sammlung,

199 Hierauf weist auch *Strömholm*, GRUR Int. 1996, S. 529 (531) hin.

200 Ständige Rechtsprechung, vgl. BGH GRUR 1985, S. 1041 (1047) – Inkasso-Programm; GRUR 1987, S. 704 (706) – Warenzeichenlexika; GRUR 1991, S. 130 (133) – Themenkatalog; GRUR 1993, S. 34 (36) – Bedienungsanleitung; OLG Hamm, GRUR 1989, S. 501 (502) – Sprengzeichnungen; OLG Hamburg, ZUM 1989, S. 43 (45) – Gelbe Seiten; OLG Frankfurt, GRUR 1990, S. 124 (126) – Unternehmen Tannenbergl; OLG Frankfurt, GRUR 1983, S. 753 (755) – Pengo; BAG, GRUR 1984, S. 429 (431) – Statikprogramme.

201 *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 33.

202 So kann eine Geschichte schon bei einem geringen Komplexitätsgrad ohne Weiteres mit anderen Worten erzählt werden, eine Musik fast immer auf unterschiedliche Weise komponiert oder ein Film mit unterschiedlichen Ausdrucksmitteln erzählt werden.

203 Vgl. Marly, Urheberrechtsschutz, S. 114 f. und unten, Fn. 994.

204 Siehe hierzu unten, Teil 2, Punkt IIL.3.a).

205 GRUR 1985, S. 1041 ff.

Einteilung und Anordnung des Materials“ liege<sup>206</sup>. Für eine das Individualitätskriterium erfüllende Auswahl- und Einteilungsleistung könne jedenfalls bei nicht hinreichend konkretisiertem Programmablauf sowohl in Bezug auf die Problemanalyse, den Datenflussplan und den Programmablaufplan als auch auf die eigentliche Quellcodeprogrammierung u. U. genügend Spielraum bestehen.

(ff) Eigenschöpferische Prägung als urheberbezogenes Merkmal?

Mitunter haben der Bundesgerichtshof und andere Gerichte bei der Schutzfähigkeitsprüfung den Begriff „eigenschöpferische Prägung“ verwendet<sup>207</sup>. Es stellt sich die Frage, ob hiermit ein urheberbezogenes Merkmal in die Prüfung einbezogen wurde oder ob sich auch dieser Aspekt rein auf die Ausgestaltung des Werkes selbst bezieht.

Hinweise darauf, dass die Gerichte mit diesem Begriff auf die persönliche Beziehung zwischen dem Geist des Urhebers und dem Schutzgut rekurren, sind den Entscheidungen regelmäßig nicht zu entnehmen. Das Merkmal findet in unterschiedlichen Zusammenhängen Erwähnung, so z. B. bei der Abgrenzung zwischen Bearbeitung und freier Benutzung<sup>208</sup> oder im Rahmen einer Prüfung der Schöpfungshöhe<sup>209</sup>. Während die Frage im Mittelpunkt stand, in welchem Maße sich das neuere Werk vom vorbestehenden unterschied, wurde in der letztgenannten Entscheidung anhand des Aspekts der eigenschöpferischen Prägung überprüft, ob ein wissenschaftliches Werk trotz des geringen Gestaltungsspielraums sich so weit vom Üblichen, Nahe liegenden oder Gebotenen abhebe, dass Urheberrechtsschutz in Betracht kommen könnte.

Die eigenschöpferische Prägung wird in diesen Zusammenhängen als rein werkbezogenes Merkmal verstanden. Es beschreibt hiernach die „quantitative“ bzw. die „qualitative“ Individualität des fraglichen Werkes, nämlich, ob dieses ein gewisses Maß an Besonderheit aufweise und sich damit vom vorbestehenden Werkschaffen und/oder vom Alltäglichen wesentlich abhebe.

206 BGH GRUR 1985, S. 1041 (1047) – Inkasso-Programm.

207 Vgl. BGH GRUR 1985, S. 1041 (1047) – Inkasso Programm, mit dem Hinweis, dass es der Darstellung und Gestaltung von wissenschaftlicher Lehre und Ergebnis an der erforderlichen eigenschöpferischen Prägung fehle. Vgl. weiter BGH GRUR 1981, S. 352 (353) – Staatsexamensarbeit; BGH GRUR 1994, S. 191 (203) – Asterix-Persiflagen (hier ist die Rede von „eigenpersönlicher Prägung“) BGH GRUR 1991, S. 130 (133) – Themenkatalog; OLG Köln GRUR 2000, S. 1022 (1023) – Technische Regelwerke; Offengelassen in BGH GRUR 2000, S. 317 (318) – Werbefotos.

208 Vgl. BGH GRUR 1994, S. 191 (203) – Asterix-Persiflagen.

209 BGH GRUR 1981, S. 352 (353) – Staatsexamensarbeit; OLG Köln GRUR 2000, S. 1022 (1023) – Technische Regelwerke.

Dagegen lassen sich einer älteren Entscheidung des OLG München Hinweise darauf entnehmen, dass man das Merkmal im Sinne eines urheberbezogenen Attributes definiert hat<sup>210</sup>. Es heißt hier:

„Ein Werk liegt nur vor, wenn ein sinnlich wahrnehmbares Gebilde vorhanden ist, das durch seine individuelle Prägung dem Geist des Schöpfers Gestalt und Ausdruck verleiht.“

Der Unterschied zu der erstgenannten Argumentation liegt klar auf der Hand. Im zweiten Fall weist das Merkmal der eigenschöpferischen Prägung auf die inneren Beziehungen zwischen dem individuellen Geist des Urhebers und dem Werk hin. Die Schutzfähigkeit wird vom Bestehen einer solchen Beziehung als elementarem Aspekt maßgeblich abhängig gemacht<sup>211</sup>. Dagegen haben die anderen Entscheidungen diese Frage gar nicht angesprochen. Die Frage, welche Umstände zu einer eigenschöpferischen Prägung des betreffenden Werkes führen, ob diese also auf eine persönliche Beziehung zwischen Schöpfergeist und Erzeugnis oder andere Einflüsse zurückgehen, wurde hier nicht behandelt.

(gg) Fazit

Ob der Einfluss individueller Eigenschaften des Urhebers auf das Werk und die eine daraus sich ergebende innere Beziehung zwischen Subjekt und Objekt von der Rechtsprechung als Schutzfähigkeitsmerkmal verlangt wird, bleibt danach unklar. Jedenfalls hat sich gezeigt, dass sehr unterschiedliche verwendete Formulierungen, wie „*Das Werk muss sich als Ergebnis seines {des Urhebers} individuellen geistigen Schaffens darstellen*“<sup>212</sup>, „*das Werk muss eine persönliche Schöpfung von individueller Ausdruckskraft sein*“<sup>213</sup> oder es müsse „*schöpferische Eigentümlichkeit*“<sup>214</sup>, „*schöpferische Eigenart*“<sup>215</sup> bzw. „*eigenschöpferische Prägung*“<sup>216</sup> besitzen, häufig ohne weitere Begründung synonym verwendet werden. Unterscheidungskraft kommt diesen Begrifflichkeiten daher ebenso wenig zu, wie man aus deren Verwen-

210 OLG München GRUR 1956, S. 433 (434) – Solange Du da bist.

211 Das OLG München verweist in diesem Zusammenhang auch ausdrücklich auf *Hubmann*, einen der wichtigsten Vertreter der rechtsontologischen Theorie (siehe oben, Punkt I.B.4.c.dd.(2)).

212 BGHZ 9, S. 262 (268) – Lied der Wildbahn.

213 BGH GRUR 1996, S. 673 (675) – Mauerbilder.

214 BGH GRUR 1994, S. 206 (207 f.) – Alcolix; BGH GRUR 1991, S. 449 (451) – Betriebssystem; BGH GRUR 1987, S. 704 (705) – Warenzeichenlexika; BGH GRUR 1986, S. 739 (740) – Anwaltsschriftsatz.

215 BGH GRUR 1992, S. 382 (385) – Leitsätze; BGH GRUR 1985, S. 1041 (1047) – Inkasso-Programm; BGH GRUR 1981, S. 352 (353) – Staatsexamensarbeit.

216 BGH GRUR 1985, S. 1041 (1047) – Inkasso Programm; BGH GRUR 1981, S. 352 (353) – Staatsexamensarbeit.

dung verlässliche Rückschlüsse auf das Verständnis vom Wesen des Urheberrechts ziehen kann.

Dass auch die sehr pragmatisch wirkende Argumentation der Rechtsprechung auf eine eher idealistische Sicht des Urheberrechts zurückgeht, ist jedenfalls nicht auszuschließen. Dieser Eindruck drängt sich vielmehr angesichts der verwendeten Terminologien geradezu auf, wenn dies auch in einem gewissen Widerspruch zu der pragmatischen Herangehensweise im Übrigen zu stehen scheint. Es liegt zwar auf der Hand, dass der Alltag der Gerichtspraxis für eine Auseinandersetzung mit derartig übergeordneten, abstrakten Überlegungen zum Wesen des Rechts zumeist keinen Raum lässt. Dennoch scheint eine idealisierende Sicht noch immer auf die Handhabung des deutschen Urheberrechts auszustrahlen<sup>217</sup>.

## (b) Stimmen in der Literatur

Werkbezogene Definitionsansätze des Individualitätsbegriffs finden sich in unterschiedlicher Ausprägung auch in der deutschen Literatur.

V. Gamm folgte in seinem Kommentar der schon damals (1968) herrschenden Rechtsprechung. Auch er stellte bei der Beurteilung von Individualität im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG maßgeblich auf objektiv messbare Faktoren ab, konkret den *schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad*. Ohne den Begriff der „Individualität“ überhaupt zu verwenden, heißt es hier:

„Der in der konkreten Formgestaltung zum Ausdruck gelangte geistig-ästhetische Gehalt muss den Rang einer geistigen Schöpfung (§ 2 Abs. II UrhG), d. h. einen schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad erreichen.“<sup>218</sup>

Das entscheidende Abgrenzungsmerkmal sah v. Gamm in der „Formgestaltung aus eigener Vorstellungskraft“. Ein eigener geistiger Gehalt sei nur dann vorhanden, wenn eigene Vorstellungen verwirklicht wurden und nicht bloß Vorhandenes nachgebildet wurde. Eine bloße Nachbildung sei gerade keine eigene Geistesleistung und somit dem urheberrechtlichen Schutz nicht zugänglich<sup>219</sup>. Der schöpferische Eigen-

217 Es scheint z. B. denkbar, dass die deutschen Gerichte anhand objektiver Faktoren die eigentlichen Schutzfähigkeitsmerkmale, z. B. eine persönliche Prägung des Werkes oder einen persönlich-individuellen Einfluss des Schöpfers auf den vorangegangenen Werkschöpfungsvorgang, nachzuweisen versuchen. Verlässliche Hinweise ergeben sich hierauf jedoch nicht. Auch die – mehrdeutigen und wenig aussagekräftigen – Begrifflichkeiten lassen so weit gehende Schlüsse kaum zu. Es wäre ebenso denkbar, dass die Begriffe ohne weiteren Hintergrund verwendet werden.

218 V. Gamm, § 2, Rdnr. 14 ff.

219 Zu diesem Schluss käme man auch über das Merkmal des Gestaltungsspielraums. Bei einer bloßen Nachahmung, d. h. einer 1:1 Kopie des älteren Werkes, wurde ein etwaiger Spielraum für die Ausgestaltung nicht genutzt.

tümlichkeitsgrad setze sich aus Gedankeninhalt, Form und Art der Gestaltung sowie der ästhetischen Wirkung zusammen. Diese literarischen und künstlerischen Elemente fügten sich zum geistig-ästhetischen Gesamteindruck der konkreten Gestaltung und bestimmten deren schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad<sup>220</sup>. Auch *v. Gamm* befürwortet den von der Rechtsprechung durchgeführten Vergleich zum Vorbestehenden im Rahmen des Merkmals der subjektiven Neuheit. Auf objektive Maßstäbe sei bei der Prüfung der Werkeigenschaft nur insoweit abzustellen, als einer vorbestehenden Gestaltung keine Eigentümlichkeit und Eigenprägung zugebilligt werden könne. Weiterhin sieht *v. Gamm* im Gestaltungsspielraum ein Merkmal der individuellen Schöpfung<sup>221</sup>. Für die Frage nach der Schutzfähigkeit von Computerprogrammen etwa führt er aus, dass selbst dann zumindest theoretisch genügend Möglichkeiten für eigenschöpferische Auswahl-, Anordnungs- und Einteilungsprinzipien vorhanden sein könnten, wenn eine technische Ideallösung den Lösungsweg und das Ergebnis für den Techniker vorgebe. Dies müsse für die grundsätzliche Schutzfähigkeit z. B. von Computerprogrammen ausreichen. *V. Gamm* schließt damit von den Umständen des Werkschaffens, etwa der Aufgabenstellung, dem zu verarbeitenden Material oder der angewendeten Methodik (z. B. eine bestimmte Programmiersprache) auf die Schutzfähigkeit des Werkes selbst.

Auch *Erdmann* vertritt analog der gängigen Rechtsprechung den werkbezogenen Ansatz. Mit der Ansicht von *v. Gamm* konform geht *Erdmann* auch in Bezug auf die sehr hohen Anforderungen, die nach seiner Ansicht an die urheberrechtliche Schutzfähigkeit in qualitativer Hinsicht zu stellen sind<sup>222</sup>.

Im Kommentar *Allfelds* zum LUG<sup>223</sup> wurde darauf abgestellt, dass ein Schriftwerk sich als Ergebnis individueller geistiger Tätigkeit, als ein eigentümliches Gepräge darstellen müsse. Dieses dürfe nicht lediglich als eine Wiederholung einer bereits vorhandenen Gedankenäußerung erscheinen, sondern müsse sich vom Vorhandenen abheben. Ein qualitativer Aspekt soll hiernach jedoch dem Merkmal der individuellen Schöpfung nicht zu entnehmen sein<sup>224</sup>.

*Ulmer* vertrat die Ansicht, dass Werke im urheberrechtlichen Sinne Gebilde seien, „die sich als Ergebnisse geistigen Schaffens von der Masse alltäglicher Sprachgebilde, gewöhnlicher Bauten, industrieller Erzeugnisse usw. abheben“<sup>225</sup>. „Die Individualität beruht auf der geistigen Leistung, durch die sich die Werke von schutzlosen Gebilden abgrenzen“ heißt es hier<sup>226</sup>. Schutzwürdig sind nach dieser Definiti-

220 *V. Gamm*, § 2, Rdnr. 14 ff., m. w. Nachw.

221 *V. Gamm*, WRP 1969, S. 96 (98). Gleicher Ansicht *Kolle*, GRUR 1974, S. 7 (9); ders. GRUR 1982, S. 443 (453); *Haberstumpf*, GRUR 1982, S. 142 (147).

222 Vgl. *Erdmann*, GRUR 1996, S. 550 (551).

223 Nach *Ulmer*, S. 32 f.

224 *Ulmer*, S. 33 ff.

225 *Ulmer*, S. 119.

226 *Ulmer*, S. 123.

on solche Werke, die einerseits eine gewisse Qualität haben und andererseits auf einer geistigen Anstrengung beruhen. Daneben vertritt *Ulmer* die Ansicht, dass es bei der Schutzfähigkeit nicht auf das Vorliegen oder das Maß einer persönlichen Prägung des Werkes ankomme<sup>227</sup>. Es genüge, wenn das Werk eine „persönliche Note“ aufweise.

Ähnlich geringe Anforderungen an die urheberrechtliche Schutzwürdigkeit stellt *Schricker*<sup>228</sup>:

„Grundvoraussetzung ist, dass das Werk „etwas“ aufweist, das über das bloße sinnlich wahrnehmbare Substrat hinausgeht, eine „Aussage“ oder eine „Botschaft“, die dem Bereich der Gedanken, des Ästhetischen oder sonstiger menschlicher Regungen oder Reaktionsweisen zugehört.“

Dieses Merkmal, verknüpft mit den Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 UrhG, ergebe folgende Definition des geschützten Werkes: „Die subjektiv neue, individuelle, eine Aussage implizierende menschliche Gestaltung, die zum Bereich der Literatur, Wissenschaft und Kunst in einem weiten Sinne gehört.“ Das Urheberrecht diene „dem Schutz qualifizierter menschlicher Kommunikation“. Diese Definition reflektiert in ihrer Weite die – spätestens seit Beginn der Einflussnahme der EU auf die Urheberrechtsentwicklung – zu verzeichnende Tendenz zu einer Ausweitung des Urheberrechts auf nahezu jede Art von Kommunikationsgut. Dass *Schricker* den Begriff der Individualität nicht urheber-, sondern werkbezogen versteht, wird an folgendem Zitat besonders deutlich. „Die Individualität des Werkes kann von der Persönlichkeit des Urhebers in unterschiedlicher Weise geprägt sein.“<sup>229</sup> Hieraus lässt sich schließen, dass es nach dieser Ansicht nicht darauf ankommt, ob die Individualität des Erzeugnisses auf eine im Rahmen des Schöpfungsaktes erfolgte individuelle Prägung durch die Urheberpersönlichkeit zurückzuführen ist. Entscheidend ist hiernach allein, ob das Ergebnis des Werkschaffens selbst individuell ist.

Ebenfalls nicht erforderlich ist nach dieser Auffassung eine nach außen sichtbare individuelle Prägung des Werkes, die den Geist gewissermaßen objektiv erkennen ließe<sup>230</sup>. Vielmehr sei die schutzbegründende Individualität danach zu beurteilen, „wie der Urheber die vorgegebenen Elemente verwertet und den von ihnen gelassenen Spielraum in eigenschöpferischer Weise ausgenutzt hat“<sup>231</sup>.

Auch *Loewenheim* folgt der „Spielraumtheorie“, indem er zur Bestimmung eines individuellen Geisteswerkes auf den außerhalb der Person des Urhebers liegenden

227 *Ulmer*, S. 124. Damit war *Ulmer* einer der wenigen, der sich im Rahmen der Werkbegriffserörterungen überhaupt mit den persönlichen Beziehungen zwischen Urheber und Schöpfung befasst hat.

228 *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 5 ff.

229 *Schricker*, GRUR 1991, S. 563 (567).

230 *Schricker*, GRUR 1991, S. 563 (567). Ob eine derartige Prägung überhaupt denkbar ist, mag an sich schon zweifelhaft erscheinen.

231 *Schricker*, GRUR 1991, S. 563 (567).

Faktor eines „*Spielraums für die Entfaltung persönlicher Züge*“ beim Schaffensvorgang als entscheidendes Merkmal voraussetzt<sup>232</sup>. Er führt aus:

„Wo sich Gestaltung oder Darstellung bereits aus der Natur der Sache ergeben oder durch Gesetze der Zweckmäßigkeit oder der Logik oder durch – auch technische – Notwendigkeiten vorgegeben sind, ist individuelles Schaffen nicht möglich.“<sup>233</sup>

Allerdings erwähnt *Loewenheim*, ohne die Abhängigkeiten zwischen beiden Faktoren zu verdeutlichen, neben der Abgrenzung anhand von objektiven Faktoren auch die Theorie von einer persönlichen Prägung des Werkes in seinen Ausführungen zur Individualität<sup>234</sup>. Auch *Schulze*<sup>235</sup> sucht die Individualität im Werk. Dieses müsse „*nicht nur anders als das bisherige, sondern darüber hinaus besonders sein*“. Entscheidend für die Schutzfähigkeit sei zudem das Gebrauchmachen von einem vorhandenen Gestaltungsspielraum<sup>236</sup>.

Ähnlich äußert sich auch *Strömholm*<sup>237</sup>, der im „Gestaltungsspielraum“ bei der Werkschöpfung das wesentliche Element des Individualitätsbegriffes sieht<sup>238</sup>. In einer späteren Abhandlung zu diesem Thema fügt er hinzu, dass neben einem Spielraum auch ein Mindestmaß an rechtserheblichen Elementen vorhanden sein müsse, „*die einem entsprechenden Bestandteil in einem früher ausgeführten Werk nicht ähnlich sind*“<sup>239</sup>. Hiermit befürwortet *Strömholm* bis zu einem gewissen Grad, das fragliche Objekt zu Beweis Zwecken auf seine Eigenschaft als objektive Neuheit zu untersuchen. Er unterscheidet die in der Rechtsliteratur geäußerten Ansichten danach, ob die Autoren bei der Ermittlung von Individualität eher auf den Schöpfungsvorgang oder das Ergebnis des Schaffens abstellen<sup>240</sup>.

Dabei spricht sich *Strömholm* ausdrücklich, insbesondere aus Gründen mangelnder praktischer Handhabbarkeit, gegen die sog. „Prägetheorie“ aus. Diese klassische Sicht des Werkbegriffs, die denkbar konsequenteste urheberbezogene Definition des Individualitätsbegriffs, nach dem das Werk den Stempel der Persönlichkeit des Schöpfers aufweisen muss, um Schutz zu genießen, sei geprägt von „*spätromantischen, wenn nicht älteren, ästhetischen und psychologischen Vorstellungen über die Werkschöpfung*“<sup>241</sup> und daher nicht mehr zeitgemäß.

232 *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 29.

233 *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 29.

234 Siehe sogleich Punkt (2).(a).

235 In: *Dreier/Schulze*, § 2, Rdnr. 18.

236 *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 33.

237 *Strömholm*, GRUR Int. 1989, S. 15 (16 f.), ders. GRUR Int. 1996, S. 529 (530).

238 *Strömholm*, GRUR Int. 1989, S. 19, beschreibt diesen Gestaltungsspielraum wie folgt: „*Die Summe der möglichen Varianten gibt den wahlfreien Sektor des Herstellers an; diese Elemente, die durch die Ausübung der Wahlfreiheit entstanden, können auf Schutz Anspruch erheben.*“

239 *Strömholm*, GRUR Int. 1996, S. 531.

240 So auch *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 6, der dies allerdings nicht vertieft.

241 *Strömholm*, GRUR Int. 1996, S. 531.



*Strömholm* geht sogar noch weiter und verwahrt sich allgemein gegen die Verwendung des Individualitätsbegriffes. Eine wie auch immer geartete Verbindung der Persönlichkeit des Autors sei „kaum empirisch beweisbar“, ganz gleich ob man diese im Schöpfungsvorgang oder im Werke suche<sup>242</sup>. Im Übrigen drücke der Begriff der Individualität, soweit er bezwecke, Arbeitsergebnisse in den Bereichen der Literatur, Wissenschaft und Kunst zu charakterisieren, nicht mehr aus, als dass das Werk, um grundsätzlich den urheberrechtlichen Schutz genießen zu können, so beschaffen sein müsse, dass ein Mindestmaß an Spielraum für eine freie Wahl bezüglich des einen oder des anderen als rechtserheblich anerkannten Elements vorhanden ist<sup>243</sup>. Mit anderen Worten, eine Unterscheidung von werk- und urheberbezogenem Verständnis des Individualitätsbegriffes ist hiernach, zumindest soweit man diese im Werk selbst zu suchen gedenkt, gar nicht möglich. Erklärt wird dies damit, dass, soweit das Werk auf persönliche Züge des Schöpfers hin untersucht werden soll, dies nur erfolgen könne, indem man einen Vergleich mehrerer Erzeugnisse desselben Urhebers anstelle, der allerdings nur Gemeinsamkeiten hinsichtlich nicht schützbarer und urheberrechtlich irrelevanter Faktoren, wie dem Stil oder der Manier, aufdecken könne. Möglich bleibe daher nur, mit dem Aspekt der Individualität das Vorhandensein und die Verwertung eines minimal vorhandenen Spielraumes auszudrücken, was bedeute, die Schutzfähigkeit des Werkes in den äußeren Umständen des Werkschaffens, und damit weder im Urheber noch im Werk und auch nicht in deren Beziehung zueinander, zu suchen.

Auch im Hinblick auf eine europaweite Vereinheitlichung, welche die begrifflichen und faktischen Unterschiede der Begriffe *Individualität* und *Originalität* überwinden möge, spricht sich *Strömholm* für eine „gereinigte Terminologie“ und damit für eine Abschaffung des Individualitätskriteriums aus<sup>244</sup>.

Ebenfalls der Gruppe der rein werkbezogenen Auslegungsansätze zuzuordnen ist die auf den Schweizer Rechtslehrer *Kummer* zurückgehende<sup>245</sup> Lehre von der „statistischen Einmaligkeit“<sup>246</sup>. Maßstab für den zur Bestimmung dieses Merkmals nöti-

242 *Strömholm*, GRUR Int. 1989, S. 17.

243 *Strömholm*, GRUR Int. 1989, S. 17.

244 *Strömholm*, GRUR Int. 1996, S. 533.

245 Vor *Kummer* vertrat bereits *Troller*, UFITA 50 (1967), S. 385 (412 f.) die Ansicht, eine Leistung sei individuell, wenn sie „wesensmäßig nur eine einzige Person erbringen kann“. Diese Meinung hat *Troller* auch später noch vertreten, siehe FS *Roeber* (1981), S. 413.

246 Vgl. *Kummer*, S. 30 ff. Die Lehre wurde durch die deutsche Rechtswissenschaft weit gehend abgelehnt. Befürwortend lediglich *Hörnig*, UFITA 99 (1985), S. 13 (55 ff.) und ebenso *K. Schmidt*, UFITA 77 (1976), S. 1 (22 ff.). Hingegen hat sich in der Schweiz auch die Gesetzgebung dem werkbezogenen Ansatz von der statistischen Einmaligkeit *Kummers* bei den Vorarbeiten zur schweizerischen Urheberrechtsreform Anfang der siebziger Jahre angenähert. In der Neufassung des Art 1 a) URG, der die Definition des Werkes enthalten sollte, war zwar auch davon die Rede, dass Werke, sofern sie eine individuelle Prägung aufweisen, ohne Rücksicht auf Wert oder Zweck geschützt sein sollten (vgl. UFITA 66 (1973), S. 177). Im

gen Vergleich mit anderem soll einerseits das Bestehende und andererseits das potenziell möglich Bestehende sein. Individuell ist danach alles, bei dessen Herstellung der Schöpfer einen Spielraum hatte, innerhalb dessen er zwischen verschiedenen Optionen die Wahl hatte.

Nach *Kummer* kann es auf qualitative Anforderungen für den Urheberrechtsschutz nicht ankommen und seien diese auch noch so gering<sup>247</sup>. Dies sei abzulehnen, da die Jurisprudenz ansonsten über das Kunstverständnis richten könnte. Kunst sei hingegen nicht justizierbar<sup>248</sup>. Hieran wird der stark verengte Fokus der Theorie auf einen „Kunsturheberschutz“ deutlich.

Folgt man den Ausführungen *Kummers*, muss „Individualität“ im urheberrechtlichen Sinne ausschließlich anhand werkbezogener Faktoren überprüft werden, deren Vorliegen bei Existenz urheberbezogener Aspekte in nahezu allen Fällen indiziert wäre<sup>249</sup>. Individuell ist hiernach, was sich nur bei einem bestimmten Autor auf diese Weise verwirklichen konnte<sup>250</sup>: „Jedem ist seine Fantasie angeboren; jeder äußert sich so, wie nur gerade er es tut; jeder malt mit seinem Blut.“ und weiter: „Jeder bringt seine eigene Leistung hervor, die nirgends auf ein genau gleiches Gegenstück stößt. Und eben diese individuelle Leistung gilt es zu schützen“. Jedes Erzeugnis, das

Kommentar zu dieser Vorschrift wird allerdings klar ausgedrückt, dass mit „individuell“ i.d.S. gemeint ist, dass die Schutzvoraussetzungen erfüllt seien, „sobald sich das Werk von den bestehenden oder potentiellen Werken abhebt. Das Werk muss demzufolge einmalig sein, was im statistischen Sinn aufzufassen ist“ (UFITA, ebd., S. 217). Die heutige h.L. sowie die Rechtsprechung auch der Schweiz lehnen hingegen die Lehre von der statistischen Einmaligkeit ab. Nachweise bei *Staub*, GRUR Int. 2001, S. 1 (4), der seinerseits diese in modifizierter Form wieder aufgreift.

- 247 Zur ebenfalls durch *Kummer* begründeten „Präsentationslehre“ (S. 75 ff.), nach der der Urheberrechtsschutz nicht eines gestalterischen menschlichen Schaffens bedarf, sondern es ausreichen soll, wenn der Urheber etwas Vorgefundenes als Werk präsentiert, bedarf es hier keiner Erörterungen. Diese Lehre wird zu Recht einheitlich abgelehnt (vgl. *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 16), da ansonsten dem Berechtigten selbst die Entscheidung über die Entstehung eines Schutzrechtes überlassen würde. Im Übrigen stimmt die Präsentationslehre auch mit den immaterialgüterrechtlichen Theorien überein. Die Präsentation von etwas Vorgefundem (wie etwa die berühmte „Föhrenwurzel“, die in diesem Zusammenhang immer angeführt wird) ist keine Schöpfung, da hierdurch nichts geschaffen wird. Wäre dem zu folgen, könnte jedermann sich durch den Präsentationsakt materielle Gegenstände und bestimmte Arten deren Verwendung zu Eigen machen. Eine Begründung für ein solches Schutzrecht dürfte schwer zu finden sein.
- 248 *Kummer*, S. 22 ff. Dies ist allgemeine Meinung, allerdings ist dagegen anerkannt und durch die ständige Rechtsprechung bestätigt, dass die Abgrenzung zwischen Gebrauchsmusterschutz und Urheberrechtsschutz auf der Definition von Kunst beruht, vgl. GRUR 1959, S. 289 (290) – Rosenthal-Vase, m. Anm. *Henssler*; v. *Rauscher auf Weeg*, GRUR 1967, S. 572 ff. Der BGH führt in der zitierten Entscheidung aus, der Begriff des „Kunstwerkes“ sei ein Rechtsbegriff, der (auch) in der Revision der gerichtlichen Überprüfung anheim stehe.
- 249 So auch *Staub*, GRUR Int. 2001, S. 1 (4).
- 250 *Kummer*, S. 52.

der Fantasie eines Menschen entspringt, soll hiernach also einmalig sein<sup>251</sup>. Urheberrechtlich geschützte Erzeugnisse seien individuell, da jeder Mensch sich auf eine ganz spezielle Weise artikuliert. Nicht geschützt sind danach nur solche Leistungen, die auch andere Personen identisch erbracht haben oder erbracht hätten, was bei einem Vorliegen einer bestimmten Zahl an Gestaltungsoptionen generell nicht mehr denkbar sei. Hierbei müssten die verschiedenen Formen des Ausdrucks, also bei Gedichten z. B. Sprache und optische Darstellung, besondere Anordnung der Wörter etc., im Kontext betrachtet werden.

Die Feststellung dieser Einmaligkeit in der Praxis will *Kummer* der menschlichen Intuition überlassen. Der Mensch habe eine natürliche Befähigung, das Individuelle vom Hergebrachten und Bestehenden zu unterscheiden<sup>252</sup>. Auf der anderen Seite legt er an speziellen Beispielen, wie etwa der Fotografie<sup>253</sup>, einer systematischen Gliederung<sup>254</sup> oder dem Computerprogramm<sup>255</sup> dar, an welchen Faktoren die statistische Einmaligkeit einer Schöpfung bemessen werden kann. So sei die Anzahl der verwendeten Elemente und die hieraus sich ergebende Zahl der möglichen Kombinationsmöglichkeiten ein Anhaltspunkt.

Das wesentliche Merkmal bei der Abgrenzung gegenüber ungeschützten Erscheinungen sieht *Kummer* in der Zweckmäßigkeit. „*Zweckfreie Darstellung physikalischer Abläufe ist haargenau die Grenze, die auch für das Urheberrecht aufteilt zwischen dem, was geschütztes Werk sein kann, und dem, was seiner Natur nach bereits außerhalb des Werkbegriffs steht.*“<sup>256</sup> Dabei ist *Kummers* Verständnis von der Zweckfreiheit sehr weit. Diese liege bereits dann vor, wenn der Gestaltungsspielraum so groß sei, dass die Auswahl der Gestaltungselemente eine gewisse Willkür erkennen lasse. So sei auch der Kartograf bei seiner Auswahl „kotierender Punkte“ trotz gewisser faktischer Anforderungen aus der Kartografischen Zeichensprache, so frei, dass „jeder Fleck der Karte“ die Handschrift des Kartografen verkörpere<sup>257</sup>. Maßgeblich sei hier, dass das natürliche Vorbild einer Kartenabbildung niemals eine konkrete Umsetzung in die Kartografische Sprache zulasse, sondern es von Seiten des Kartografen einer Generalisierung bedürfe, die die Schutzfähigkeit ausmache<sup>258</sup>. „Zweckfreiheit“ definiert sich hiernach also als Ausnutzung eines (auch minimalen)

251 *Kummer*, S. 30.

252 *Kummer*, S. 30.

253 *Kummer*, S. 207 ff.

254 *Kummer*, S. 111 ff.

255 *Kummer*, S. 198 ff.

256 *Kummer*, S. 70 ff. (71).

257 *Kummer*, S. 117.

258 *Kummer*, S. 120. Nicht geschützt seien hingegen die (topografischen) Daten.

Gestaltungsspielraumes bei der Schöpfung, wobei diese auch einer Aufgabenerfüllung dienen kann<sup>259</sup>.

Diese Theorie von der Schutzfähigkeit im Urheberrecht wurde in der Vergangenheit viel diskutiert und auch in einer neueren Schrift wieder aufgegriffen<sup>260</sup>. Hier wird die statistische Einmaligkeit als Kriterium zur Bestimmung von Individualität als geeignet angesehen, wenn dies praktisch operabel gemacht würde. Individuell sollen danach Erzeugnisse sein, bei denen hypothetische Parallelschöpfungen unwahrscheinlich sind<sup>261</sup>. Zur Beurteilung dieser Frage seien Aufgabenstellung, die möglichen (relevanten) Gestaltungselemente und die denkbaren gestalterischen Entscheidungen unter Einbeziehung der Gewohnheiten der betreffenden Schöpfergruppe zu untersuchen<sup>262</sup>. Hierdurch werde ein handhabbares, vor allem aber von persönlichkeitsbezogenen und ästhetischen Wertungen losgelöstes Schutzkriterium erzielt<sup>263</sup>.

Eine auf ähnlichen Kriterien wie *Kummer* aufbauende Neuinterpretation des Werkbegriffs versucht auch *Schmieder*<sup>264</sup>. Ihm geht es dabei um die Ausweitung des Urheberrechtsschutzes auf nicht vom Menschen geschaffene Güter. Ein derartiger Schutz sei anhand der folgenden, für die Werkeigenschaft maßgeblichen Kriterien möglich: Das Werk muss auf ästhetischem Gebiet objektiv neu sein (Originalität); es muss als Kunstwerk im soziologischen Sinne nutzbar sein (Marktfähigkeit); es muss auf persönlicher Urheberschaft beruhen, jedoch nicht notwendig im Sinne einer bewusst geplanten handwerklichen Herstellung, sondern ebenso gut im Sinne der individuellen Auswahl und Präsentation eines außerpersonalen (durch Zufall, Maschine usw. hervorgebrachten) Produkts (Individualität); der Urheber muss sich zu seinem Werk als einem gelungenen, veröffentlichungsreifen oder sonst (z. B. im Wege weiterführender Interpretation) nutzbaren Erzeugnis subjektiv bekennen (Identifikation)<sup>265</sup>. Wie *Schmieder* zu den einzelnen Kriterien kommt und mit welchen Gründen er diese für maßgeblich und gegenüber der herkömmlichen Prägetheorie für überlegen hält, wird an der knappen Darstellung nicht ganz deutlich<sup>266</sup>. Die Theorie von

259 Siehe hierzu die Ausführungen *Kummers*, S. 134 ff. zu den Werken der Ingenieure und der Architekten.

260 *Staub*, GRUR Int. 2001, S. 1 ff.

261 Auf das Argument der Zweckfreiheit verzichtet *Staub* ausdrücklich, vgl. GRUR Int. 2001, S. 1 (5). Diese soll nur insoweit ein Indiz sein, als zweckgebundene Werke immer einen geringeren Gestaltungsspielraum, mithin eine höhere Wahrscheinlichkeit der Parallelschöpfung aufweisen.

262 *Staub*, GRUR Int. 2001, S. 1 (4) ff.

263 *Staub*, GRUR Int. 2001, S. 1 (8).

264 *Schmieder*, UFITA 52 (1969), S. 107 ff.

265 So *Schmieder*, UFITA 52 (1969), S. 107 (113).

266 *Schmieder*, UFITA 52 (1969), S. 107 (113), gibt selbst an, die Kriterien lediglich zum Diskurs in den Raum stellen zu wollen.

einem Schutz rein aleatorischer Kunst findet nach dem klassischen Verständnis vom Werkbegriff jedoch keine Rechtfertigung<sup>267</sup>.

## (2) Der urheberbezogene Ansatz

### (a) Die Prägetheorie

Andere Anforderungen an die Werkqualität sind zu stellen, wenn man die Bedeutung des Tatbestandsmerkmals der Individualität an Faktoren definiert, die im Urheber oder in der Beziehung zwischen Urheber und Werk begründet liegen (hier als „urheberbezogene“ Aspekte bezeichnet). Ohne sich hier auf bestimmte Begriffe festlegen zu wollen, wäre der Begriff Individualität dann etwa im Sinne von „persönlich“ oder „an die Person gebunden“ zu verstehen<sup>268</sup>. Der grundlegende Unterschied zu dem oben genannten, rein werkbezogenen Definitionsmodell zeigt sich an den Ergebnissen, die bei der Verwendung des Terminus der Individualität in diesem Kontext entstehen. Während bei einem rein werkbezogenen Verständnis des Individualitätsbegriffs in der Regel ein Vergleich von Vorbestehendem und später Geschaffenem durchgeführt werden muss<sup>269</sup>, kann es hierauf im Rahmen einer urheberbezogenen Individualität nicht ankommen. Vielmehr stehen im Mittelpunkt die Beziehungen zwischen der Person des Urhebers und dem Werk, das aufgrund individueller Einflüsse seine „Besonderheit“ erlangt.

Die sog. „Prägetheorie“ basiert auf dem Gedanken, dass das Werk in seiner konkreten Formgebung eine Manifestation der Individualität des Urhebers darstellt<sup>270</sup>, dass es von der Persönlichkeit eines Menschen geprägt ist<sup>271</sup>. Das Werk ist hiernach eine nach außen in verobjektivierter Form in Erscheinung tretende Offenbarung des menschlichen Geistes, in der sich Gedanken, Gefühle und persönliche Eigenheiten

267 Siehe hierzu oben unter Punkt I.B.4.c.aa).

268 Eine klare Trennung von werkbezogenem und urheberbezogenem Verständnis des Begriffes „Individualität“ kann letztlich nicht gelingen. So lässt etwa eine Qualifikation als „personenbezogen/eigen“ den Rückschluss auf „objektiv andersartig oder originell“ zu, da, wie bereits ausgeführt, die persönlich beeinflusste Form sich auch in einer objektiven Andersartigkeit, sei es des Werkes selbst oder des Schöpfungsvorganges, realisiert. Ob und wie derartige Faktoren im Streitfall ermittelt werden können, ist allerdings eine hiervon strikt zu unterscheidende Frage.

269 *Strömholm*, GRUR Int. 1996, S. 531 befürwortet dies zu Zwecken der Beweisführung.

270 So etwa *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, *passim* (z. B. S. 40).

271 So *Böttner*, S. 124.

des Schöpfers niederschlagen<sup>272</sup>. Man könnte mit *Samson* sagen, dass Werke „*Niederschlag, Ausstrahlung des Geistes, der seelischen Vorgänge und Gefühle*“ sind<sup>273</sup>. Das Werk muss „*den individuellen Geist ausdrücken, gleichgültig, ob dies durch den Inhalt oder die Form oder durch beides geschieht*“<sup>274</sup>. Ein urheberrechtlich geschütztes Werk muss der Schöpfer „aus sich selbst“ geschaffen haben<sup>275</sup>. Hieraus lassen sich zwei wesentliche Aspekte der Prägetheorie bei der Bestimmung des Werkbegriffes und des Individualitätsbegriffs entnehmen. Zum einen gründet danach die Schutzwürdigkeit des Werkes auf der besonderen Beziehung zwischen Werk und Urheber, die sich aus der Einflussnahme persönlicher Eigenheiten des Urhebers auf das Werk in seiner konkreten Form erklärt. Zum anderen müssen sich die beeinflussenden „Charakterzüge“ des Schöpfers wiederum in der Formgebung wieder erkennen lassen<sup>276</sup>.

## (b) Vertreter der Prägetheorie in der Literatur

Im Schrifttum hat sich allen voran *Troller* dezidiert mit der rechtsphilosophischen Fundierung des Werkbegriffes auseinander gesetzt. In seinem rechtsphilosophischen Aufsatz „*Urheberrecht und Ontologie*“<sup>277</sup> legt er – stark vereinfacht wiedergegeben – dar, dass das Schutzobjekt des Urheberrechts ein Geisteswerk sei, das dazu diene, die Sinne des Menschen anzusprechen (er spricht von Ästhetik in diesem Sinne). Aufgrund des Einsatzes höchstpersönlicher Züge bei der Schöpfung sei das Werk stets einmalig. Wesentliches Merkmal des Geisteswerkes sei die Ästhetik. Eine Schöpfung im urheberrechtlichen Sinne finde hierin ihren Selbstzweck. Mit dem Einfluss persönlicher Züge meint *Troller* „persönliche Prägung“<sup>278</sup>. Das Werk müs-

272 So *Hubmann*, S. 33 ff. Vgl. weiter für die Prägetheorie *Schack*, Rdnr. 152 ff., 165, 261 ff.; *Rehbinder*, Rdnr. 43 ff.; Aus der älteren Lehre *Samson*, S. 9; *Vischer* in FS *Hug*, S. 259 (260 ff.); *Voigtländer-Elster-Kleine*, § 1 Anm. II 1 a; *Osterrieth/Marwitz*, S. 25 ff.; siehe auch *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 23; ders. GRUR 1987, S. 761 (765 f.).

273 So *Samson*, S. 9.

274 So *Rehbinder*, Rdnr. 151.

275 *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 31.

276 Besonders deutlich wird dies an folgendem Ausspruch *Hubmanns* (Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 37 f.): „*Man wird das wesentliche Merkmal der Schöpfung darin erblicken müssen, dass bei ihr der individuelle Geist selbst in eine äußere Form eingeht, dass er sich objektiviert und Ausdruck gewinnt, dass er sozusagen selbst Gestalt annimmt und aus dieser Gestalt wieder erkannt werden kann.*“

277 *Troller*, UFITA 50 (1967), S. 385 ff.

278 Beide Umschreibungen werden hier verwendet, vgl. etwa *Troller*, UFITA 50 (1967), S. 385 (398).

se einer bestimmten Person zugehören<sup>279</sup>, um individuell zu sein, meint *Troller* und weiter:

„Individuell ist eine geistige Leistung, die wesensmäßig nur eine einzige Person erbringen kann. Eine solche geistige Leistung ist jene, die ein ästhetisches Werk hervorbringt, das „eine persönliche Note“ oder „eine eigenpersönliche Prägung“ im Vordergrund (äußere Form) erkennen lässt.“<sup>280</sup>

Im Mittelpunkt der Lehre *Trollers* steht damit die auch von *Kummer* als Schutzfähigkeitskriterium propagierte Einmaligkeit des Werkes, die *Troller* anscheinend mit dem Begriff der *Individualität* gleichsetzt. Den Grund für diese Einmaligkeit sieht auch *Troller* in dem Einfluss eigenpersönlicher Züge des Urhebers auf das Werk<sup>281</sup>. Dies entspreche der ontologischen Wirklichkeit, der das Urheberrecht folge. *Troller* versteht den Individualitätsbegriff daher urheberbezogen als Merkmal persönlicher Beziehungen zwischen Urheber und Werk. Ausdrücklich lehnt er in diesem Zusammenhang die Lehre *Ulmers*<sup>282</sup> ab und spricht sich gegen ein rein funktionales und damit werkbezogenes Verständnis vom urheberrechtlichen Schutzgegenstand aus<sup>283</sup>.

Neben *Troller* hat sich auch *Hubmann* in verschiedenen Publikationen ausdrücklich für ein urheberbezogenes Verständnis vom Werk ausgesprochen und sich mit der theoretischen Fundierung und der Qualifizierung des urheberrechtlichen Schutzgegenstands eingehend auseinander gesetzt<sup>284</sup>.

Eine klare Abgrenzung zwischen werk- und urheberbezogenen Merkmalen findet sich in dem Kommentar von *Osterrieth* und *Marwitz* aus dem Jahr 1929. Die Autoren vertraten seinerzeit die Ansicht, dass eine individuelle Prägung wesentliches Merkmal des Werkes sei. Hierin liege der wesentliche Unterschied zwischen der urheberrechtlich geschützten Schöpfung und der Erfindung und somit auch der Wesensunterschied zwischen technischen und kulturellen Schutzrechten<sup>285</sup>. Zwar sei auch die Erfindung das Ergebnis eines geistigen und individuellen Arbeitsvorganges. Die hierbei ausgeübte geistige Tätigkeit unterscheide sich jedoch wesentlich von der im Rahmen eines Werkschöpfungsprozesses erbrachten, da deren Ergebnis bei der erfinderischen Kreativität ein „unpersönliches und neutrales“ sei. Die Eigen-

279 *Troller*, UFITA 50 (1967), S. 385 (411).

280 *Troller*, UFITA 50 (1967), S. 385 (412).

281 Die Theorien von *Kummer* und *Troller* gleichen sich indes nur auf den ersten Blick. Bei *Kummer* steht die „statistische Einmaligkeit“ – also ein rein werkbezogenes Kriterium – im Mittelpunkt der Schutzfähigkeitsprüfung. Er sieht in den urheberbezogenen Merkmalen der individuellen Prägung nur Indizien für diesen Aspekt. Für *Troller* stehen dagegen die sich auf das Werk prägend auswirkenden höchstpersönlichen Bindungen zwischen Subjekt und Objekt im Vordergrund.

282 Siehe hierzu bereits *supra* Punkt I.B.4.c.dd.(1).(b) und sogleich.

283 *Troller*, UFITA 50 (1967), S. 385 (388 und 398).

284 *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, *passim*, z. B. S. 37 ff.; *Hubmann*, S. 31. Auf die Ausführungen *Hubmanns* wurde schon an verschiedenen Stellen eingegangen.

285 *Osterrieth/Marwitz*, S. 25.

artigkeit der Erfindung liege in den in ihr selbst innewohnenden Eigenschaften, „die die gleichen sind, ob A oder B die Erfindung gemacht haben“. Dagegen verdanke das Geisteswerk seine Eigenart der Individualität des Schöpfers.

Eine individuelle Schöpfung (also ein Geisteswerk) liegt danach also nur dann vor, wenn sie nicht von zwei verschiedenen Individuen hätte hergestellt werden können. Eine vollkommene Übereinstimmung von zwei Werken ist also auch nach *Osterrieth/Marwitz* aufgrund der individuellen Prägung ausgeschlossen. Eine dogmatische Herleitung der somit vertretenen Prägetheorie findet sich in dem Werk indes nicht. Dafür gehen die Autoren im Weiteren auch auf die wesentliche Unterscheidung zwischen den eigentlichen Tatbestandsmerkmalen des Werkbegriffs und dem Aspekt ihrer praktischer Beweisfähigkeit ein. Sie erkennen, dass persönliche Prägung schwer nachzuweisen ist und geben dem Richter einen Regelkatalog an die Hand, der es ermöglichen soll, die einzelnen Schutzkriterien zu überprüfen<sup>286</sup>.

### (c) Weitere Hinweise auf die Prägetheorie

Weitere tiefer gehende Abhandlungen zur theoretischen Fundierung des Werkbegriffs bzw. zur Qualifikation des Werkes und dessen Merkmalen lassen sich dagegen nur schwer finden. Viele Autoren sprechen zwar den Aspekt einer „persönlichen Prägung des Werkes“ an, gehen hierauf jedoch nicht näher ein, sodass es schwer fällt, sich ein Bild über den Meinungsstand in der Rechtsliteratur zu machen. Hinweise auf ein sich an der Prägetheorie orientierendes Individualitätsverständnis finden sich z. B. bei *Schack*, der dem Merkmal der individuellen Prägung des Werkes durch die Persönlichkeit des Urhebers entscheidende Bedeutung beimisst<sup>287</sup>. Gleiches gilt für *Delp*, der meint, die Schutzfähigkeit erfordere „den zum Ausdruck gebrachten geistigen Gehalt, die vom Geist geprägte Konzeption oder Formgebung durch Entfaltung persönlicher Züge des Urhebers und durch die Erzielung statistischer Einmaligkeit...“<sup>288</sup>. Auch *Nirk*<sup>289</sup> setzt bei dem Merkmal der „Schöpfung“ an und führt aus, dass die Individualität einer geistigen Schöpfung voraussetze, „dass bei dem literarischen oder künstlerischen Schaffen persönliche Züge zur Entfaltung kommen“. Eine solche persönliche Eigenprägung müsse bei jedem schutzfähigen Werk vorhanden sein. Weitere Hinweise auf die Prägetheorie finden sich bei *Rehbinder*<sup>290</sup> *Marly*<sup>291</sup> und aus älterer Zeit bei *Voigtländer-Elster-Kleine*<sup>292</sup>.

286 *Osterrieth/Marwitz*, S. 30 ff.

287 In *Schack*, Rdnr. 165 heißt es: „Das Besondere des Werkes ist die Ausstrahlung der individuellen schöpferischen Persönlichkeit.“

288 *Delp*, 2. Auflage, Abschnitt V, Rdnr. 83.

289 *Nirk*, S. 66.

290 *Rehbinder*, Rdnr. 43 ff., 50, 151.



Eine klare Position beziehen auch *Nordemann* und *Vinck* in ihrem Kommentar zum Urheberrecht. Bis zur 8. Auflage dieses Werkes sprachen sich die Autoren ausdrücklich dafür aus, dass das Werk eine persönliche Prägung aufweisen müsse, um geschützt zu sein<sup>293</sup>. In der 9. Auflage wurde dann ausdrücklich die Abkehr von der bisherigen Auffassung verkündet<sup>294</sup>. Es sei zweifelhaft, ob § 2 Abs. 2 UrhG ein Tatbestandsmerkmal der persönlichen Prägung entnommen werden könne. Dies sei besonders im Hinblick auf weniger bekannte Künstler, die in dieser Eigenschaft keine Möglichkeit zur eigenpersönlichen Prägung des Werkes hätten, zweifelhaft. Es reiche vielmehr aus, wenn das Werk etwas Neues und Eigentümliches darstelle.

Das Beispiel mit den Schwierigkeiten weniger bekannter Künstler lässt aufhören. Diese Argumentation lässt darauf schließen, dass der Aspekt persönlicher Prägung durchaus unterschiedlich verstanden wird. Dies zeigt sich deutlich bei einem Vergleich mit der Lehre von *Troller* und *Hubmann*. Legt man deren Verständnis von der individuellen Prägung des Werkes zugrunde, ist es unerheblich, ob der Künstler bekannt ist oder nicht. Es kommt hiernach allein darauf an, dass dieser seine persönlichen Eigenheiten in den Schaffensvorgang eingebracht hat.

Dieser Eindruck scheint sich an den Ausführungen von *Loewenheim* zu bestätigen. Dieser erwähnt ebenfalls den urheberbezogenen Faktor der „individuellen Prägung des Werkes“ an verschiedenen Stellen und bezeichnet diesen sogar als „wesentliches Merkmal der Individualität“<sup>295</sup>. Augenscheinlich steht diese Haltung zunächst mit dem ansonsten eher werkbezogenen Verständnis *Loewenheims* zum Individualitätsbegriff im Widerspruch<sup>296</sup>. Dieser Eindruck wird an anderer Stelle noch verstärkt. Dort meint *Loewenheim*<sup>297</sup> mit Verweis auf *Ulmer*, es sei nicht nötig, dass das Werk „gewissermaßen den Stempel der Persönlichkeit des Urhebers trägt“. Auch *Loewenheim* sucht – wie *Nordemann* und *Vinck* – die persönliche Prägung mithin im Werk selbst, nicht aber im Schöpfungsprozess.

291 *Marly*, S. 104 ff. (105), setzt sich insbesondere mit der Schutzfähigkeit von Computerprogrammen unter diesem Aspekt auseinander.

292 § 1 Anm. II 1 a: „Von einem Geistes- (und Kunst-) Werk kann nur die Rede sein, wenn die Persönlichkeit – allerdings gleichgültig ob eine größere oder eine kleinere Persönlichkeit – darin zum Ausdruck kommt.“

293 *Fromm/Nordemann-Vinck*, 8. Auflage, 1994, § 2, Rdnr. 13. Allerdings verwendete *Vinck* in diesem Zusammenhang nicht den Ausdruck „Individualität“, sondern behandelte den Aspekt der persönlichen Prägung unter dem Merkmal der „persönlichen“ Schöpfung.

294 *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 2, Rdnr. 12.

295 *Schricker/Loewenheim*, § 2, z. B. Rdnr. 23 und 159; ders. GRUR 1987, S. 761 (765 f.). Hiernach sollen sich sogar Rechtsprechung und Literatur über diesen Punkt „weit gehend“ einig sein.

296 Siehe zu weiteren Ausführungen *Loewenheims* oben, Punkt I.B.4.c.dd.(1).(b).

297 *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 24.

#### (d) Zwischenergebnis

Die untersuchten Quellen zeigen, dass das hinter dem Terminus der „persönlichen Prägung“ stehende Verständnis vom Werkbegriff trotz terminologischer Übereinstimmung im Detail erheblich variiert. Hier stehen sich die „Rechtsontologen“ auf der einen und die Befürworter der Theorie *Ulmers* auf der anderen Seite gegenüber.

Nachdem die Ausführungen *Trollers* und *Hubmanns* bereits dargestellt wurden, lässt ein Blick auf die Ausführungen *Ulmers* deutliche Unterschiede erkennen. Dieser begreift die persönliche Prägung als werkbezogenes Tatbestandsmerkmal, das allein den Grad der Individualität des Werkes ausdrückt<sup>298</sup>. Der Versuch einer pragmatischen, sich von der stark idealisierenden Sicht der Rechtsontologen abhebenden Theorie wird hieran klar erkennbar.

Es zeigt sich damit, dass die Argumentationsmuster in der Literatur sich trotz der Verwendung gleicher Begriffe in wesentlichen Punkten unterscheiden. Die meisten Autoren gehen davon aus, dass ein urheberrechtlich geschütztes Werk individuell und von der Person des Urhebers geprägt sein muss. Elementare Unterschiede ergeben sich jedoch in Bezug auf die Frage, wodurch diese Prägung begründet wird und ob sie einer Verkörperung bedarf, die auch im Werk ablesbar ist. Hier können zwei Strömungen im Schrifttum unterschieden werden. Während die einen die Prägung durch den Urheber im Werk suchen<sup>299</sup> – ohne sich dezidiert damit auseinander zu setzen, worauf eine solche Prägung letztlich beruhen könnte –, sehen die anderen den Schwerpunkt im Schaffungsvorgang und der hierin begründeten inneren Beziehung zwischen dem Schöpfer und dem Werk. Die Akzente werden damit unterschiedlich gesetzt. Während die Vertreter der urheberbezogenen Prägetheorie eine – objektiv messbare – Verkörperung der persönlichen Prägung nicht fordern, sondern die Tatsache einer derartigen Personenbezogenheit an sich genügen lassen, suchen die anderen nach einer Verkörperung, ohne deren Ursprung als wesentlichen Aspekt zu verstehen.

Trotz aller Unterschiede zeigt sich an den vorstehend genannten Stimmen aus der Literatur indes auch, dass beide Strömungen letztlich auf einer gemeinsamen Grundannahme basieren: Das Werk ist ein persönliches Gut. Anders als andere Güter, die auf menschliches Schaffen zurückgehen, bei denen fest bestimmte Regeln die Ausformung bestimmen<sup>300</sup>, hängt die Formgebung des Werkes davon ab, wer

298 “Die Individualität kann von verschiedener Stärke sein. Am stärksten ist die Individualität, wenn das Werk den Stempel des Urhebers trägt“ heißt es bei *Ulmer*, S. 124. Dieser Auffassung schließt sich im Übrigen auch *Haberstumpf* (in FS GRUR, S. 1125 (1141) an.

299 Dies Verständnis wurde kritisch v. a. von *Strömholm* (GRUR Int. 1996, S. 531) hinterfragt, der meint, eine solche Interpretation des Individualitätsbegriffes sei anachronistisch.

300 z. B. Naturgesetze, naturwissenschaftliche Erkenntnisse, die „Regeln der Kunst“ oder funktionsorientiertes Streben nach Perfektion.

dieses geschaffen hat. Persönliche Prägung bedeutet, dass die Person des Urhebers nicht austauschbar ist, ohne dass sich auch das Werk hierdurch ändern würde<sup>301</sup>.

(e) Erkenntnisse aus der Debatte über den Schutz von Inhalt und/oder Form

Dieses (Zwischen-)Ergebnis bestätigt sich im Übrigen bei einem Blick auf die ehemals unter dem Stichwort eines Schutzes von „Inhalt oder Form“ geführten Debatte und die diesbezüglichen Ausführungen. Wie oben bereits dargestellt wurde<sup>302</sup>, unterscheidet die heute h. M. in Bezug auf die Schutzfähigkeit des Gutes nicht mehr zwischen Inhalt und Form, sondern zwischen dem individuellen und dem Allgemeingut. Nur die individuelle Gestaltung, die das Werk nach außen dokumentiert (individueller Ausdruck, innere Form), stellt hiernach das geschützte Gut dar<sup>303</sup>. Dies basiert auf der Annahme, dass jeder Urheber sich im Rahmen seiner Schöpfung am (ungeschützten) Allgemeingut<sup>304</sup> bedient. Der Einfluss des Vorbestehenden auf das eigene Werk variiert von bloßer Inspiration bis hin zur identischen Übernahme einzelner Formen<sup>305</sup>.

Individuelle (und damit geschützte) Elemente eines Werkes unterscheiden sich vom Allgemeingut darin, dass sie der Person des Urhebers entstammen. Das Allgemeingut – das wiederum von den geschützten Gütern Dritter unterschieden werden muss – wurde dagegen vom Urheber bereits vorgefunden<sup>306</sup>. Es bildet die Substanz des individuellen Schaffens in Form der allgemein zugänglichen Quellen, der Ideen

301 Die (Wertungs-) Frage, ob der Individualitätsbegriff darüber hinaus eine Bagatellgrenze impliziert oder implizieren solle, ist hiervon zu unterscheiden. Hierbei geht es – wie bei der anhaltenden Debatte über die Schöpfungshöhe – um die Frage, wie groß das Maß individueller Prägung durch den Urheber sein muss, um den Urheberrechtsschutz nicht über Gebühr auch auf „Werke der kleinen Münze“ auszudehnen.

302 Siehe hierzu bereits oben, Punkt I.B.4.c.dd.(1).(a).(aa).

303 Anschaulich beschreibt *Hubmann* (S. 31) die Unterschiede zwischen dem geschützten und dem Allgemeingut: „Die allgemeinemenschliche Anlage verbindet die Geister miteinander, sie ist von Natur aus allen mitgegeben, sie ist das allen Gemeinsame. Daher müssen auch geistige Gegenstände, die ihr entstammen, Gemeingut sein. Die individuelle Anlage ist dagegen das Trennende, Abgrenzende und Unterscheidende, sie macht das Einmalige jeder Persönlichkeit aus. Da sie von Natur aus dem einzelnen vorbehalten ist, hat er auf das mit ihr Geschaffene und aus ihr Hervorgegangene ein ausschließliches Anrecht.“ Auch *Kohler* hatte sich bereits zur Abgrenzung des (individuellen) Schutzgegenstandes vom Allgemeingut geäußert (AcP Nr. 182 (1894), S.142 ff. (153): „Der Begriff des Autorenguts ist abzugrenzen einmal gegenüber dem, was bereits an Ideen vorhanden ist und gegenüber dem, was seinen künstlerischen Charakter in sich trägt, also gegenüber dem, was der normale wohlgebildete Mensch unserer Kultursphäre von sich aus ohne Schöpferkraft hervorzubringen mag.“

304 Und natürlich auch den vorbestehenden Werken Anderer.

305 *Hubmann*, S. 32 f.; *Voigtländer/Elster/Kleine*, § 1 Anm. II 1 a.

306 So auch *Fromm/Nordemann-Vinck*, § 3, Rdnr. 9.

und Einfälle, Naturgesetze oder der Logik, Sprache oder Lebenssachverhalte. Durch den Vorgang der Werkschöpfung formt der Urheber diese Substanz zu einem konkreten, von anderen wahrnehmbaren Geisteswerk<sup>307</sup>. Diese spezielle Ausformung stellt das geschützte Gut dar.

Diese Auffassung vom Schutzgut ist heute wohl unbestritten<sup>308</sup>. Dass auch die Vertreter eines rein werkbezogenen Individualitätsbegriffs sich hierfür aussprechen, untermauert die oben geäußerte These, dass das Urheberrecht auch heute noch weiterhin als das Recht an einem personalisierten geistigen Erzeugnis verstanden wird und dass das Werk geschützt ist, da es von der Person des Urhebers geprägt wurde. Legt man dem Individualitätsbegriff – wie der Bundesgerichtshof – dagegen allein quantitative und qualitative Merkmale zugrunde, mangelt es an einer plausiblen Erklärung für die Unterscheidung des individuellen und geschützten vom ungeschützten Bereich. Attribute wie die – objektive oder subjektive – Neuheit, das Ausnutzen eines Gestaltungsspielraums oder die Besonderheit eines Geistesgutes lassen eine greifbare Abgrenzung des Schutzbereiches nicht zu, da sie nicht deutlich machen, was den „*public domain*“ von den individuellen Elementen des Schaffens unterscheidet.

Das Allgemeingut ist nicht etwa deshalb per se vom Schutz des Urheberrechts ausgeschlossen, weil es nicht neu oder originell sein kann, nicht ausgeformt ist oder bei dessen Ausformung keine Spielräume bestehen könnten<sup>309</sup>. Vielmehr fehlt es, nach heute allgemeiner Auffassung auch der Rechtsprechung<sup>310</sup>, an einer Rechtfertigung für deren Schutz – wie gesagt – allein deshalb, da der Urheber sie nicht durch Einsatz seiner individuellen Schaffenskraft erzeugt hat. Eine Zuordnung des individuellen Gutes ist dagegen möglich und gerechtfertigt, da dies einen außerhalb des Allgemeingutes stehenden Wert darstellt, der dem individuellen Wesen des Schöpfers entstammt<sup>311</sup>.

## (f) Zusammenfassung und Anmerkung

Die Betrachtung der neueren und älteren deutschen Rechtsliteratur hat gezeigt, dass – trotz gewisser Unterschiede im Detail – das Werk als personenbezogenes Gut ver-

307 *“Im Schöpfungsvorgang macht der menschliche Geist sich selbst zum Objekt der Wahrnehmung, zu einem Objekt der Außenwelt“*, heißt es bei Hubmann (S. 33). Vgl. auch Reh binder, Rdnr. 47 ff.

308 S. o. bei den Ausführungen in Punkt I.B.4.c.dd.(1).(a).(aa).

309 Etwas anderes könnte allenfalls für naturgegebene (also v. a. naturwissenschaftliche) Gesetze gelten.

310 Nachweise s. o. in den Fn. 164 und 165.

311 Hubmann, S. 33 spricht hier vom Zuordnungs- oder Schutzwürdigkeitsproblem. Vgl. hierzu auch Pahud, UFITA 2000/I, S. 99 ff.

standen wird. Dieser Aspekt fließt auch in die Beurteilung derer – vor allem der Rechtsprechung – ein, die das Werk ansonsten anhand rein pragmatischer, werkbezogener Merkmale definieren. Ob allerdings diese Vorstellung auf das Gros moderner Schutzgüter noch übertragbar ist, ist zumindest fraglich. Eine solche Sicht vom Werk hätte – jedenfalls bei konsequenter Zugrundelegung bei hierauf basierenden Fragen – vielerlei Konsequenzen für dessen Eigenschaften, von denen hier einige genannt werden sollen.

So wären, da die individuellen Eigenheiten eines jeden Menschen unterschiedlich sind und sich – jedenfalls im Detail – niemals vollkommen gleichen, auch alle personengeprägten Werke voneinander unterschiedlich<sup>312</sup>. Identische individuelle Schöpfungen wären dann gar nicht denkbar<sup>313</sup>, die zufällige Doppelschöpfung (nicht nur quasi-<sup>314</sup>) unmöglich<sup>315</sup>. Vielmehr lassen Intuition, eigene Betrachtungs- und Auffassungsweise, Stimmungen, Inspiration und Fantasie zwischen Schöpfer und Werk eine unnachahmliche persönliche Verbindung entstehen. Diese Verbindung

312 Vgl. auch *Schricker/Loewenheim*, § 23, Rdnr. 27: „Eine hundertprozentige Übereinstimmung wird zwar nach menschlicher Erfahrung kaum eintreten.“

313 So etwa *Osterrieth/Marwitz*, S. 25. Durch das heute sehr extensive Verständnis vom Schutzbereich des Urheberrechts (siehe zur Entwicklung Teil 2) erscheint dieser Grundansatz immer mehr als reine Theorie, da sich bei Werken, die unter Einsatz von Elektronik geschaffen werden, immer mehr anschauungsgleiche Ergebnisse feststellen lassen werden, vgl. *Kopff*, GRUR Int. 1983, S. 351 ff. (353).

314 Quasi unmöglich ist jedenfalls die Geltendmachung von Rechten für den späteren Urheber einer identischen Schöpfung, da dieser nach der Rechtsprechung beweisen muss, dass er sich an das vorbestehende Werk nicht, auch nicht unbewusst, angelehnt hat (siehe hierzu oben, Punkt I.B.4.c.dd.(1).(a).(dd)).

315 Es ist denkbar, dass viele Bücher über ein bestimmtes Thema geschrieben werden oder viele Musikstücke unter Verwendung derselben Tonart komponiert werden, ohne dass hierin eine Urheberrechtsverletzung in Form eines Plagiats, einer unfreien Benutzung liegen würde. Auch bei Kumulation vieler von verschiedenen Schöpfern gleichermaßen verwendeter Elemente ergibt sich keine andere Erkenntnis. So können mit den gleichen Farben, den gleichen Pinseln, unter Anwendung der gleichen Technik und Stilrichtung über ein identisches Thema wiederum theoretisch unendlich viele Bilder gemalt werden, die sich dennoch grundlegend, und damit ist gemeint hinsichtlich der hier relevanten Frage nach der Werkeigenschaft, voneinander unterscheiden. „Was in der Luft liegt und was die Zeit fordert, das kann in hundert Köpfen auf einmal entspringen, ohne dass einer dem anderen Abbruch tut“ sagte hierzu *Goethe*, Briefwechsel *Goethe-Zelter*, hrsg. von *Hecker*, 1913, S. 524, zit. nach *Rehbinder*, 10. Auflage, Rdnr. 49. Im Übrigen ist dies nicht auf eine mehr oder weniger hohe Zahl an Gestaltungsmöglichkeiten, die bei der Herstellung eines konkreten Erzeugnisses zur Verfügung stehen, zurückzuführen, sondern auf die Unendlichkeit menschlich-individueller Einflüsse. Nicht eine „statistische“ Einmaligkeit wie sie von *Kummer* zugrunde gelegt wird, ist es also, die das Merkmal der Individualität hiernach ausmacht, sondern der Aspekt der Individualisierung des Werkes.

basiert nicht – wie man meinen könnte – vorrangig auf Affektion, sondern vielmehr auf Affinität<sup>316</sup>.

Wer das Werk (allein) als ein Objekt persönlicher Prägung versteht, müsste konsequenterweise jedem nicht auf diese Weise individualisierten Erzeugnis geistigen menschlichen Schaffens den Schutz des Urheberrechts versagen. Dies könnte zu Problemen bei der Begründung des Urheberrechtsschutzes für vorrangig wirtschaftlich orientierte, meist moderne Schutzgüter führen.

### (3) Hinweise auf das Verständnis vom Werk aus dem geschriebenen Recht

Im Folgenden soll im Rahmen einer Untersuchung des geschriebenen Rechts der Frage nachgegangen werden, ob sich hieraus Hinweise auf die Bedeutung des Individualitätsbegriffs, und damit des Wesens des Werkes, ergeben. Ist die These *Hubmanns*<sup>317</sup> vom Werk als einmaligem geistigem Kind des Schöpfers wirklich ein Relikt der Vergangenheit oder orientiert sich das deutsche Recht noch immer an diesem Leitbild?

Nach dem klassischen Auslegungskanon der Methodenlehre sind zur Ermittlung der Rechtslage im Wege der Auslegung des Gesetzes fünf Kriterien zu berücksichtigen<sup>318</sup>. Soweit in der nachfolgenden Untersuchung von den klassischen Auslegungsregeln abgewichen wird, wurde dieser Weg bewusst und mit dem Ziel einer übersichtlichen Darstellung gewählt<sup>319</sup>.

316 Affinität bedeutet „Wesensverwandtschaft und dadurch bedingte Anziehung“. Dies trifft die persönliche Verbindung zwischen Urheber und Werk, welche die urheberbezogenen Ansätze zum Individualitätsbegriff sehen wollen, sehr gut. Subjekt und Objekt sind wesensverwandt, da das Wesen des Objekts durch das Wesen des Subjekts entscheidend geprägt wurde. Eine Affektion, also eine Zuneigung zum Werk, ist dagegen nicht erforderlich. Die Verbindung zwischen Urheber und Werk kann durchaus auch negative Empfindungen, eine negative Anziehungskraft erwecken.

317 *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 37 f. drückt er es wie folgt aus: „*Man wird das wesentliche Merkmal der Schöpfung darin erblicken müssen, dass bei ihr der individuelle Geist selbst in eine äußere Form eingeht, dass er sich objektiviert und Ausdruck gewinnt, dass er sozusagen selbst Gestalt annimmt und aus dieser Gestalt wieder erkannt werden kann. Bei ihr könnte die Individualität nicht hinweggedacht werden, ohne dass das Ergebnis ein wesentlich anderes wäre.*“

318 Dies sind namentlich der Wortsinn, der Bedeutungszusammenhang, die Regelungsabsicht, Zwecke und Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers und objektiv-teleologische Kriterien, vgl. *Larenz/Canaris*, S. 141 ff.

319 Es ist in der Methodenlehre anerkannt, dass ein Abweichen von dem allgemeinen Prüfungsaufbau nötig sein kann vgl. *Larenz/Canaris*, S. 148 f.

(a) Wortlaut des Urheberrechtsgesetzes und der Materialien

Da dem Wortlaut des Gesetzes eine klare Aussage nicht zu entnehmen ist, sind zur Auslegung der hinter § 2 Abs. 2 UrhG stehenden Regulationsabsicht die Quellen, die das Zustandekommen des Gesetzestextes protokollieren<sup>320</sup>, und die Gesetzesbegründung heranzuziehen<sup>321</sup>.

Es fällt auf, dass die Motive keine eindeutige Definition des Werkbegriffs vorhalten. Ohnehin sind die Erläuterungen in diesem Punkt recht dürftig. Es ergibt sich hieraus wenig mehr als aus dem eigentlichen Gesetzeswortlaut. Beide Erkenntnisgrundlagen liefern lediglich ein Indiz dafür, dass auch der Gesetzgeber seinerzeit von einer gewissen Urheberbezogenheit des Werkbegriffs ausgegangen war, indem die Schöpfung mit dem Attribut „persönlich“ näher definiert wird.

Dieses Indiz wird zunächst durch die Tatsache gestützt, dass erst mit der Änderung des Urheberrechtsgesetzes im Jahre 1965 der heute geltende Werkbegriff implementiert wurde. LUG und KUG enthielten eine dem § 2 Abs. 2 UrhG entsprechende Vorschrift nicht<sup>322</sup>. Dies gilt auch und besonders für das Merkmal der „persönlichen“ Schöpfung. Es ist daher nahe liegend, dass die Gesetzesverfasser des Urheberrechtsgesetzes von 1965 mit dem Aspekt der „persönlichen“ Schöpfung die Beziehung zwischen der Person des Urhebers und dem Werk hervorheben wollten<sup>323</sup>.

Ein Blick in die Motive widerlegt dies nicht. Hier heißt es lediglich, dass durch die Einführung der Werkdefinition „persönlich geistige Schöpfung“ nur die ohnehin in Rechtsprechung und Lehre durchgesetzte h.M festgeschrieben werden sollte<sup>324</sup>. Hiermit sei nicht etwa intendiert gewesen, Werke der „kleinen Münze“<sup>325</sup> mit „geringer“ Individualität aus dem Urheberrecht herauszudrängen<sup>326</sup>. Dem Vorschlag, das Werk als „Schöpfung eigentümlicher Prägung“ zu bezeichnen, sei man bewusst nicht gefolgt, da dies im Hinblick auf den Schutz der kleinen Münze bedenklich gewesen wäre<sup>327</sup>.

Diese Erläuterungen haben zu der hier untersuchten Frage, ob nach deutschem Recht zwischen Urheber und Werk ein individuelles Band bestehen muss oder nicht,

320 Also besonders die verschiedenen Entwürfe des Gesetzes und die Beratungsprotokolle.

321 Vgl. *Larenz/Canaris*, S. 151.

322 Vgl. Motive, UFITA 45 (1965), S. 252.

323 Anders die heute h. M., s. o. bei Punkt I.B.4.c.aa).

324 UFITA 45 (1965), S. 252.

325 Im Allgemeinen werden so Erzeugnisse genannt, die zwar objektiv als geistige Schöpfungen zu qualifizieren sind, dabei aber nur ein geringes Maß an Individualität aufweisen, vgl. *Schack*, Rdnr. 261.

326 Motive, UFITA 45 (1965), S. 252.

327 Diese Formulierung hätte in der Tat eine Signalwirkung in Richtung erhöhter Anforderungen an den persönlichen Einsatz bei der Werkschöpfung sowie den persönlichen Einfluss auf das Ergebnis des Schöpfungsvorgangs entfalten können.

keinen Bezug. Eingegangen wird hier nur auf die Qualität des Werkes, also das nötige Maß an Individualität. Dies ist Folgefrage zu der Beurteilung, was dem Aspekt der Individualität an sich zu entnehmen ist.

Zur eigentlichen Definition des Werkes findet sich in der Gesetzesbegründung nur folgende Aussage:

„Als „persönlich geistige Schöpfungen“ sind Erzeugnisse anzusehen, die durch ihren Inhalt oder durch ihre Form oder durch die Verbindung von Inhalt und Form etwas Neues und Eigentümliches darstellen.“<sup>328</sup>

Es scheint zunächst, als ließe sich hieran die Ansicht von *Thoms*<sup>329</sup> und *Schulze*<sup>330</sup> bestätigen, nach denen der Terminus „Schöpfung“ an sich schon die Schaffung und Entstehung von etwas objektiv Neuem/Andersartigem impliziert. Hieran lässt jedoch zweifeln, dass die ganz h. M. in der objektiven Neuheit – zu Recht – gerade kein Schutzfähigkeitsmerkmal sieht<sup>331</sup>. Ebenso gut – und hierfür spricht nicht zuletzt der Hinweis der Motive auf die Intention, die h. M. festschreiben zu wollen – kann hiermit die subjektive Neuheit gemeint sein. In diesem Fall handelte es sich bei dem Aspekt der Neuheit um ein urheberbezogenes Merkmal<sup>332</sup>.

Im Übrigen zeigt sich z. B. an der Kommentierung von *Voigtländer/Elster/Kleine* zum KUG auch, dass das Wort „eigentümlich“ ebenso gut als ein urheberbezogenes Attribut verstanden werden kann. Die Autoren verwenden diesen Begriff zur Begründung der von ihnen vertretenen Prägetheorie<sup>333</sup>.

Ebenso wenig ergibt der Versuch einer semantischen Untersuchung. Deutsche Sprachwörterbücher beschreiben das Wort „eigentümlich“ mit so – jedenfalls subjektiv – unterschiedlichen Synonymen wie „eigenartiges Wesen“<sup>334</sup>, „charakteristisch“, „seltsam“, „merkwürdig“ oder „verwunderlich“<sup>335</sup>. Eindeutige Schlüsse darauf, was die Motive hiermit in Bezug auf das Wesen des Werkes sagen wollten, sind daher kaum möglich.

Als Zwischenergebnis ist nach Auslegung von Gesetzes- und Begründungswortlaut festzuhalten, dass sich den Gesetzesmaterialien nur sehr vage Hinweise auf das Werkverständnis entnehmen lassen.

328 Motive, UFITA 45 (1965), S. 252.

329 *Thoms*, S. 247.

330 *Schulze*, S. 139.

331 Nachweise hierzu s. o., Fn. 191.

332 Die sog. subjektive Neuheit ist ein Faktor, der in der Person des Urhebers begründet liegt, die objektive Neuheit liegt dagegen allein im Werk begründet.

333 *Voigtländer/Elster/Kleine*, § 1 Anm. II 1 a.

334 So *Trübners* Deutsches Wörterbuch, 1940.

335 *Klappenbach/Steinitz*, Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache, 1977.



(b) Systematik und Bedeutungszusammenhang von § 2 Abs. 2 UrhG

Ist einer Vorschrift weder ein eindeutiger Wortsinn, noch eine klare Regelungsabsicht zu entnehmen, ist diese im Hinblick auf die maßgeblichen Wertentscheidungen und Prinzipien, das sog. „innere System“ des Gesetzes, in dessen Kontext sie eingefügt ist, zu untersuchen<sup>336</sup>. Hieraus können sich wiederum Hinweise auf den Regelungswillen des Gesetzgebers ergeben.

(aa) Schlussfolgerungen aus dem Kontext von Werkbegriff und Schöpferprinzip

Ein solcher Hinweis lässt sich dem Schöpferprinzip als wesentlichem Grundpfeiler des deutschen Urheberrechts entnehmen. Ein Grund für die – unabhängig von jeglicher Wertungsentscheidung begründete – Tatsache, dass dieses keinerlei Durchbrechung erfährt, wird darin gesehen, dass das Werk nach dem Grundverständnis des deutschen Rechts durch die persönliche Verbindung des Schöpfers zum Werk nur dessen Rechtskreis zugeordnet werden kann<sup>337</sup>. Eine solche Erklärung des Schöpferprinzips erscheint durchaus plausibel. Sie weist dabei auf eine naturrechtliche Begründung des Urheberrechts hin<sup>338</sup>.

Eine solche Erklärung für die Undurchbrochenheit des Schöpferprinzips trägt jedoch nur, wenn man ein personenbezogenes Wesen des Werks voraussetzt. Auch ansonsten spricht einiges für die Annahme, dass gerade in dieser verklärten Sicht vom urheberrechtlichen Schutzgegenstand ein wesentlicher Grund für die – offenbar eher unreflektierte – Entscheidung, ein undurchbrochenes Schöpferprinzip zur Maxime des deutschen Urheberrechts zu erklären, zu suchen ist. Wie an anderer Stelle noch aufgezeigt wird, wäre diese strenge Zuordnungsregel bei Zugrundelegung einer utilitaristischen Sicht des Urheberrechts keineswegs zwingend<sup>339</sup>.

Dass im deutschen Rechtskreis eine idealisierende Sicht vom urheberrechtlichen Schaffen noch immer auf das Rechtsverständnis Einfluss nimmt<sup>340</sup>, zeigt sich einerseits an einem Vergleich mit dem – auf utilitaristischem Fundament basierenden –

336 *Larenz/Canaris*, S. 149.

337 Vgl. *Rehbinder*, Rdnr. 248.

338 Vgl. zu den Hinweisen, die sich aus dem Schöpferprinzip in Bezug auf eine naturrechtliche Begründung des Urheberrechts ergeben, die Ausführungen oben, Teil 1, Kapitel 1, Punkt II.B.2).

339 Siehe hierzu unten, Kapitel 2, Punkt II.A.2.b.bb.(4).

340 Auch hier sei noch einmal an die treffende Einschätzung von *Ulmer* (S. 106) erinnert: „*Auch bleibt sie* {die naturrechtliche Begründung des Urheberrechts} *im Rahmen der gesetzlichen Regelung als Rechtsidee lebendig, unter deren Wirkung die Auslegung der Gesetze steht.*“

Copyright<sup>341</sup> und andererseits bei einem Blick auf die Unterschiede zu den gewerblichen Schutzrechten<sup>342</sup>. Sowohl im Patent-<sup>343</sup> als auch im Geschmacksmusterrecht<sup>344</sup> sind Durchbrechungen vom Grundsatz der Zuordnung zum Erbringer der schöpferischen bzw. kreativen Leistung anerkannt. Diese Tatsache führt primär auf eine Wertung zurück, nach der das Interesse des Arbeitgebers am Erhalt des Rechts das Interesse des Erfinders oder Musterurhebers überwiegt. Eine solche Wertung wird im Urheberrecht dagegen gar nicht erst vorgenommen<sup>345</sup>. Ein plausibler Grund hierfür erschließt sich nur dann, wenn man das Werk (wie oben dargestellt) – anders als die gewerblichen Schutzgüter – als personenbezogenes Gut versteht. Würde eine Wertung vorgenommen, spräche – angesichts der abweichenden Regelungen bei den gewerblichen Schutzrechten – per se einiges dafür, von dieser Regel in mancher Konstellation abzuweichen. Es drängt sich förmlich auf, dass dieser übliche Weg zur gesetzlichen Lösung von Interessenskonflikten durch eine naturrechtliche und idealisierende Sicht von Urheber und Werk verstellt ist<sup>346</sup>.

Eine systematische Harmonie zwischen Werkbegriff und Schöpferprinzip besteht damit nur, wenn der Werkbegriff urheberbezogen und das Werk als personenbezogenes Gut verstanden wird. Dies zeigt sich an einem Umkehrschluss: Wären (allein) die vom Bundesgerichtshof angewendeten Individualitätskriterien für das Werk charakteristisch, verbliebe der Auffassung von der Unbeschränkbarkeit des Schöpferprinzips<sup>347</sup> keine Rechtfertigung. Dies gilt umso mehr bei einer Anerkennung des Schutzes von Werken der kleinen Münze. Wenn anerkannt würde, dass den Urheber mit seiner Schöpfung in sehr vielen Fällen nicht mehr verbindet als die Erbringung einer minimalen kreativen Anstrengung, könnte kaum mehr begründet werden, warum nicht z. B. dem Arbeit- oder Auftraggeber, der immerhin das gesamte finanzielle Risiko der Verwertungsfähigkeit und Amortisierung trägt, das Schutzrecht zugesprochen wird<sup>348</sup>.

341 Hier ist es selbstverständlich, dass auch die Zuordnungsfrage einem Interessensausgleich zugänglich ist. Dies zeigt sich an der „*work-made-for-hire*-Doktrin“, siehe hierzu Kapitel 3, Punkt III.B).

342 Schon die Unterscheidung zwischen Urheberrecht und den gewerblichen Schutzrechten lässt darauf schließen, dass dem Schutzgegenstand des Urheberrechts eine andere, personenbezogene Eigenschaft zugeschrieben wird. Siehe *Dreier/Schulze-Dreier*, Einleitung, Rdnr. 29 ff.

343 Eingehend hierzu unten Kapitel 2, Kapitel 2, Punkt II.A.2.b.bb.(4).(b).

344 Siehe § 2 GeschmMG a. F. und § 7 Abs. 2 des neuen GeschmMG, das am 1. Juni 2004 in Kraft getreten ist. Siehe hierzu *Dreier/Schulze-Schulze*, § 7, Rdnr. 8, § 2, Rdnr. 175 ff.

345 Näheres hierzu und der Diskussion über Produzentenschutzrechte vgl. unten, Teil 3, Kapitel 2, Punkt II.A.).

346 So käme man z. B. bei Zugrundelegung eines leistungsbezogenen Zuordnungsprinzips im Zweifel in mancher Konstellation zu anderen Ergebnis als das Schöpferprinzip (siehe hierzu unten, Teil 4, Kapitel 3, Punkt II.D).

347 Von der auch das Bundesverfassungsgericht ausgeht, s. u., Kapitel 2, Punkt II.A.2.b.bb.(4).

348 In diesem Sinne auch *Larese* in FS *Vischer*, S. 719 (719 ff.) und andere Vertreter der schweizerischen Lehre. Siehe eingehend hierzu wiederum unten, Teil 3, Kapitel 2, Punkt II.).

Dies weist deutlich darauf hin, dass die hinter dem Schöpferprinzip stehende Wertung von andersartigen, persönlichen Bindungen zwischen Urheber und Werk ausgeht und damit anscheinend von einer idealisierenden, naturrechtlich geprägten Vorstellung vom Urheberrecht.

(bb) Schlussfolgerungen aus dem Kontext von Werkbegriff und Urheberpersönlichkeitsrecht

Auch der Ausgestaltung des Urheberpersönlichkeitsrechts im Urheberrechtsgesetz lassen sich in Bezug auf die Auslegung des Werkbegriffs und das Wesen des Werkes Indizien entnehmen. „Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen persönlichen und geistigen Beziehungen zum Werk“, heißt es in § 11 UrhG. Das monistische Prinzip führt zu einer Abhängigkeit beider Komponenten und dabei zu einer gewissen Dominanz der ideellen über die materielle Seite des Urheberrechts<sup>349</sup>.

Das uneingeschränkte Bestehen von Urheberpersönlichkeitsrechten zeigt, dass eine ideelle Bindung zwischen Urheber und Werk im deutschen Urheberrecht vorausgesetzt wird. Ideelle Interessen verschiedener Art sind denkbar. So soll das Urheberpersönlichkeitsrecht Leumund und Ehre des Urhebers schützen, die durch Beeinträchtigungen des Werkes geschädigt werden können<sup>350</sup>. Daneben dient es dem Urheber jedoch auch, Integrität und Authentizität seines „geistigen Kindes“<sup>351</sup> gesichert zu wissen.

Dass auch den deutschen Regelungen zum Urheberpersönlichkeitsrecht ein dem entsprechendes Ziel, die eigentliche Beziehung zwischen Urheber und Werk<sup>352</sup> zu schützen, zugrunde liegt, zeigt u. a. die Tatsache, dass der Gesetzgeber bei der Neuregelung 1965 erheblich über die internationalen Vorgaben aus Art. 6<sup>bis</sup> RBÜ hinausgegangen ist. Ausreichend wäre vor dem Hintergrund des hierin definierten internationalen Schutzniveaus des Urheberpersönlichkeitsrechts, den Urheber vor ehr- und rufschädigenden Eingriffen zu schützen. Das in das Urheberrechtsgesetz implementierte Urheberpersönlichkeitsrecht im engeren und weiteren Sinne<sup>353</sup> geht

349 Vgl. *Ulmer*, S. 114 ff. Folge dieser gesetzlichen Verknüpfung ist z. B. die Unübertragbarkeit des Urheberrechts gem. § 29 Abs. 1 UrhG, vgl. nur *Rehbinder*, Rdnr. 31; *Motive*, UFITA 45 (1965), S. 270 und oben, Kapitel 1, Punkt I.B.1).

350 *Dreier/Schulze-Schulze*, vor § 12, Rdnr. 1.

351 *Ulmer*, S. 209; gegen diese Parallele wendet sich *Larese*, Kulturbetrieb, S. 52 ff.

352 Und damit nicht nur einen Schutz von Ansehen und Ehre des Urhebers nach außen.

353 Unter dem Urheberpersönlichkeitsrecht im engeren Sinne werden die Kernvorschriften des Urheberpersönlichkeitsrechts in den §§ 12 – 14 UrhG verstanden, vgl. *Schricker/Dietz*, vor §§ 12 ff., Rdnr. 6 ff. Urheberpersönlichkeitsrechte im weiteren Sinne bezeichnet weitere Normen, die expliziten oder impliziten persönlichkeitsrechtlichen Charakter aufweisen. Dies sind beispielsweise die §§ 25, 29, 41, 42 UrhG, vgl. *Dreier/Schulze-Schulze*, vor § 12, Rdnr. 3.

hierüber jedoch weit hinaus<sup>354</sup>. Es schützt den Urheber auch vor Eingriffen, die keine „Außenwirkung“ haben, sondern die Beziehung zwischen Urheber und Werk beeinträchtigen<sup>355</sup>. Die Notwendigkeit eines solchen Persönlichkeitsschutzes an einem von der Schöpferperson abgetrennten Gegenstand erklärt sich, wenn man im Werk ein Stück „extrahierter Persönlichkeit“<sup>356</sup> sieht.

Aus dieser Erkenntnis ergibt sich ein systematisch begründetes Argument: Wenn das Urheberrecht eine besondere persönliche Beziehung zwischen Urheber und Werk voraussetzt, ist davon auszugehen, dass die persönliche Einflussnahme des Erzeugers auf den Schöpfungsprozess ein wesentliches Merkmal des Werkes ist. Wäre man dagegen von einem rein sachlichen Werkverständnis ausgegangen, entfielen in Bezug auf so manche Regelung des Urheberpersönlichkeitsrechts jegliche Erklärung und Rechtfertigung. Nicht zuletzt entbehrte in diesem Fall die Ungleichbehandlung mit dem Sacheigentum, bei dem ein dem Urheberpersönlichkeitsrecht entsprechender ideeller Schutz nicht anerkannt wird, jeglicher Begründung.

#### (cc) Schlussfolgerungen aus der Dichotomie von Urheber- und Leistungsschutzrechten

Auch dem abgestuften Schutzsystem für geistige Leistungen, das auf einer Dichotomie von Urheber- und Leistungsschutzrechten basiert, können Anhaltspunkte für die Auslegung des Werkbegriffs im Lichte der vorliegenden Fragestellung entnommen werden. Die dogmatische und konzeptionelle Differenzierung und Ungleichbehandlung der beiden Rechtsfamilien lässt darauf schließen, dass dem Werk – anders als anderen Schutzgütern – idealisierende Eigenschaften zugewiesen werden. Dies wiederum spricht gegen die Annahme eines rein werkbezogenen Individualitätsbegriffs. Dies soll im Folgenden anhand des verwandten Schutzrechts der ausübenden Künstler, das dem Urheberrecht am nächsten steht, aufgezeigt werden.

Vom rein werkbezogenen Ansatz einer Definition des Werkbegriffs ausgehend, versagen die allgemein konzertierten grundsätzlichen Unterscheidungsmerkmale

354 Dies zeigt sich beispielsweise an dem Zugangsrecht in § 25 UrhG sehr deutlich. Dies gehört nach h. M. zum „unauflöselichen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Band zwischen Urheber und Werk“ (*Schricker/Dietz*, vor §§ 12 ff., Rdnr. 9; *Dreier/Schulze-Schulze*, § 25, Rdnr. 1 jeweils m. w. Nachw.). Es soll dem Urheber ermöglichen, Zugang zu Werken zu erlangen, von denen er keine weiteren Exemplare besitzt und diese zu vervielfältigen.

355 Dies gilt z. B. für den Grundsatz der Unübertragbarkeit des Urheberrechts, der das Band zwischen Urheber und Werk schmiedet (siehe *Dreier/Schulze-Schulze*, § 29, Rdnr. 2 f.). Ein bloßer Schutz gegen Ruf- und Ehrverletzungen würde einer solch weit gehenden, unauflöselichen Bindung nicht bedürfen.

356 *Delp*, Abschnitt II, Rdnr. 1 spricht vom Werk als einer „Emanation der Schöpferpersönlichkeit“.

zwischen urheberrechtlich geschütztem Werk und leistungsschutzrechtlich erfasster Leistung. Auch die Leistung etwa eines ausübenden Künstlers kann außergewöhnlich sein, sich wesentlich von anderen unterscheiden, einen hohen ästhetischen oder künstlerischen Wert aufweisen und sich vom Maßstab bloßer handwerklicher Leistung abheben<sup>357</sup>.

Somit bliebe nur, den Anwendungsbereich von Urheberrecht und verwandten Schutzrechten daran abzugrenzen, dass der ausübende Künstler nicht ein Werk schafft, sondern ein geschaffenes Werk interpretiert oder darstellt. So betrachtet ist die durch die Leistung des ausübenden Künstlers geschaffene Darstellung nicht Ausdruck eigener Persönlichkeit, sondern eines fremden Geistes. Der wesentliche Unterschied – und das ist wohl unbestritten – bei der Abgrenzung der Leistung von der Schöpfung liegt also darin, wessen individueller Geist in einer bestimmten Darstellungsform ausgedrückt wird<sup>358</sup>.

Es erschiene widersinnig, einerseits aufgrund dieser Annahme die Schlechterstellung und Andersbehandlung der ausübenden Künstler oder anderer Leistungsschutzberechtigter zu begründen, auf der anderen Seite aber den Ausdruck der Individualität des Schöpfers oder eine Bindung zwischen Urheber und Werk nicht als Schutzkriterium anzusehen. Entsprechend erkennt auch der Bundesgerichtshof den Unterschied zwischen Werk und Darbietung darin, dass das Leistungsschutzrecht die Wiedergabe eines Werkes, das „*Urheberrecht hingegen die in dem Werk selbst zum Ausdruck gelangte persönliche geistige Schöpfung*“ schützt<sup>359</sup>. Dies zeugt wiederum davon, dass auch der Gesetzgeber dem Werk nicht ausschließlich sachliche Kriterien zuschreibt.

Da es auf die Art der Darstellung oder das Trägermedium urheberrechtlich nicht ankommt, müsste man bei der Bestimmung des Werkbegriffs an objektiven Faktoren auch die Leistungen der ausübenden Künstler als grundsätzlich urheberrechtsschutzfähig anerkennen<sup>360</sup>. Das dann einzig maßgebliche Tatbestandsmerkmal<sup>361</sup>, nämlich ob ein ausreichender, objektiv messbarer „Gestaltungsspielraum“ bei der Interpretation eines Stoffes – etwa für einen Schauspieler – besteht, dürfte bei den geringen Anforderungen, die die Rechtsprechung hieran stellt, in den meisten Fällen vorliegen. Auch die Interpretation eines Werkes kann sehr unterschiedlich und durch

357 Vgl. *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (989).

358 Vgl. statt vieler *Ulmer*, S. 17 und unten Punkt II.).

359 BGH GRUR 1984, S. 730 (732) – Filmregisseur m. Anm. *Schricker*.

360 Dies ist indes nicht der Fall. Wenn auch eine klare Unterscheidung nicht immer gelingt und eine Person gleichzeitig ausübender Künstler und Urheber sein kann (BGH GRUR 1984, S. 730 (732) – Filmregisseur m. Anm. *Schricker*) – zwischen Schöpfung und Darbietung wird strikt unterschieden; an demselben Geistesgut können nicht gleichzeitig Urheber- und Leistungsschutzrechte bestehen (BGH ebd.).

361 An den weiteren Merkmalen des Werkbegriffs, also an persönlicher Schöpfung, geistigem Gehalt und Formgestaltung dürfte im Regelfall ebenso wenig zu zweifeln sein, wie der Zugehörigkeit einer solchen Leistung zum Bereich der Kunst.

die Person des Schauspielers oder Musikinterpreten individuell geprägt ausfallen<sup>362</sup>. Man wird sogar davon ausgehen können, dass etwa die Regeln der Schauspielkunst oder der Intonation auch in Verbindung mit den Vorgaben, die das jeweilige Werk an den Darsteller stellt, weit flexibler sind, als z. B. der enge Gestaltungsrahmen, den Aufgabenstellung und technische Vorgaben bei der Programmierung eines Computerprogramms eröffnen.

Beschränkt man sich auf die Merkmale „originell“ und/oder „subjektiv neu“ oder „besonders“, reichte der Schutzbereich des Urheberrechts in manchen Fällen auch in die Tätigkeit der Tonträgerhersteller und Sendeunternehmen oder der Herausgeber nachgelassener Werke etc. hinein<sup>363</sup>. Eine solche Situation findet sich im US-amerikanischen *Copyright*, in dem die Schutzzuvoraussetzungen durch den werkbezogenen Begriff der *originality* definiert werden, ohne dass es auf ein „geistiges Band“ zwischen Urheber und Werk ankäme. Eine stringente Trennung von *Copy-* und *Performances Rights* sieht das Recht dort nicht vor. In der Entscheidung *Capitol Record vers. Mercury Records Corp.* etwa heißt es<sup>364</sup>:

„... in the vast number of renditions, the performer has a wide choice depending upon his gifts, and this makes his rendition pro tanto quite as original a ‘composition’ as an ‘arrangement’ or ‘adaption’ of the score itself, which § 1 (b) makes copyrightable.“

#### (dd) Schlussfolgerungen aus der Stellung des Urheberrechts im System der Immaterialgüterrechte

Auch das nach Schutzgegenständen differenzierende System der Immaterialgüterrechte, das sich in Urheberrechte einerseits und gewerbliche Schutzrechte andererseits untergliedert, könnte Hinweise auf die Auslegung des Werkbegriffs enthalten. Dies legt die systematische Sonderstellung des Urheberrechts auf dem Gebiet der Immaterialgüterrechte nahe.

Ein direkter Vergleich der beiden, systematisch und dogmatisch streng zu trennenden Regelungsgebiete lässt sich am besten anhand des – jedenfalls *de lege lata* – mit dem Urheberrecht nach der h. M.<sup>365</sup> eng verwandten Geschmacksmusterrechts anstellen, das – wie auch das Urheberrecht – Erzeugnisse der angewandten Kunst

362 Dies erkennt auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 893 (897) an; ebenso auch v. *Rauscher auf Weeg*, GRUR 1967, S. 572 (573);

363 Auch *Hubmann* (Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 37 f.) kam zu dem Schluss, dass die Differenzierung zwischen Leistung und Schöpfung nicht auf Basis des Neuheitsbegriffs oder der Besonderheit gelingen kann, da diese Attribute auch für viele Leistungen zutreffen. Der Unterschied liege vielmehr in der Besonderheit der Schöpfung begründet, in der die Person des Urhebers Gestalt angenommen habe (siehe oben, Fn. 317).

364 Zit. nach *Cohen Jehoram* in INTERGU (Hrsg.), *Author’s right without author?*, S. 33 (36).

365 Nachweise siehe sogleich unter Fn. 368 und 369.

schützt<sup>366</sup>. Dieses ungewöhnliche Regelungsgefüge wirft zunächst die Frage auf, in welchem Verhältnis beide Rechte zueinander stehen.

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass das deutsche Geschmacksmustergesetz im Jahre 2004 grundlegend reformiert wurde. Das „Geschmacksmusterreformgesetz“ geht zurück auf die Richtlinie 98/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1998 über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen. Nach Art. 6 Abs. 1 Geschmacksmusterreformgesetz ist das neue Geschmacksmustergesetz vom 12. März 2004 am 1. Juni 2004 in wesentlichen Teilen in und das alte „Gesetz betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen“ vom 11. Januar 1987 außer Kraft getreten<sup>367</sup>. Die Reform führte zu grundlegenden Veränderungen des Geschmacksmusterrechts, die sowohl den Inhalt der Regelungen als auch dessen Wesen und das Verhältnis zum Urheberrecht betreffen. Im Folgenden soll, um dies zu veranschaulichen, kurz auf die Lage vor und nach der Gesetzesreform eingegangen werden.

Nach der zum (noch) geltenden Recht entwickelten ganz h. M.<sup>368</sup> und ständigen Rechtsprechung<sup>369</sup> ist der Unterschied zwischen Urheber- und Geschmacksmuster-

366 Siehe § 1 GeschmMG.

367 Vgl. BGBl. I 2004, Nr. 11 vom 18. März 2004, S. 390 ff.

368 Statt vieler *Kur* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 34 und 40. Nicht eindeutig *Schricker/Loewenheim*, § 2, der Urheber- und Geschmacksmusterrecht zunächst (Rdnr. 33) anscheinend rein graduell abzugrenzen scheint, später (Rdnr. 157) hingegen einen Wesensunterschied der beiden Rechte erkennt.

369 So schon die nahezu einheitliche Rechtsprechung des RG in Bezug auf Werke der bildenden und angewandten Kunst, vgl. nur RGZ 155, S. 199 (202), wo es heißt: „*Wenn es dabei {bei der Anregung des ästhetischen Gefühls durch Anschauen} auch auf den höheren oder geringeren Kunstwert an sich nicht ankommt, so ist doch zur Abgrenzung gegenüber dem Geschmacksmuster, ..., daran festzuhalten, dass bei Kunstwerken der ästhetische Gehalt einen solchen Grad erreichen muss, dass nach den im Leben herrschenden Anschauungen noch von Kunst gesprochen werden kann*“ {es folgen Verweise auf vorangegangene Entscheidungen}. „*Der Unterschied {zwischen Geschmacksmusterschutz und Kunstwerkschutz,} liegt im Grade des Schönheitsgehalts, der bei einem Kunstwerk so groß sein muss, dass nach den im Leben herrschenden Anschauungen noch von Kunst gesprochen werden kann*“ (S. 205). Diese Argumentation wurde auch vom Bundesgerichtshof übernommen, vgl. GRUR 1952, S. 516 (517) – Hummel-Figuren; BGH GRUR 1959, S. 289 (290) – Rosenthal-Vase (mit kritischer Anmerkung von *Henßler*); GRUR 1961, S. 635 (637) – Stahlrohrstuhl. Anders argumentiert der Bundesgerichtshof bei der Erörterung der Schutzfähigkeit von Musikstücken. Hier wird als entscheidender Faktor die „Eigentümlichkeit“ des Stückes genannt. Ein Lied beruht notwendigerweise immer auf allgemein zugänglichen Faktoren, wie den Grundsätzen der Harmonik, der Rhythmik und der Melodik. Da allein die Anwendung dieser Grundlagen noch keine Schutzfähigkeit ausmacht, komme es hier darauf an, in welcher Weise diese in individueller Weise (also eigentümlich) arrangiert wurden, vgl. BGH GRUR 1981, S. 267 (268 f.) – Dirlada. Zwar ist auch hier davon die Rede, dass die schöpferische Eigentümlichkeit bei Musikwerken in ihrer „*individuellen ästhetischen Ausdruckskraft*“ läge. An diesen ästhetischen Gehalt dürften aber keine hohen Anforderungen gestellt werden. Von Kunst ist nicht die Rede. Die unterschiedliche Handhabung des Schutzes von Musikstücken einerseits und Werken

recht lediglich gradueller Natur. Werke der angewandten Kunst sind nach dem Bundesgerichtshof nur dann urheberrechtlich geschützt, wenn es sich hierbei „nach den im Leben herrschenden Anschauungen noch um Kunst“ handelte<sup>370</sup>. Judikatur und Lehre sind sich einig, dass für den Urheberrechtsschutz ein „ästhetischer Überschuss“ erforderlich sei<sup>371</sup>. Was hiermit gemeint sein soll, lässt sich abstrakt schwer beschreiben. Das Empfinden für Ästhetik und die Auffassung von Kunst ist bekanntlich sehr subjektiv, was die Handhabung des Abgrenzungsmerkmals außerordentlich erschwert.

Ebenso wie § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG (Werke der angewandten und bildenden Kunst) schützt das Geschmacksmusterrecht ästhetische Formgestaltungen<sup>372</sup>. Das Pendant zum urheberrechtlichen Werkbegriff fand sich im alten Geschmacksmusterrecht in § 1 Abs. 2 a. F. GeschmMG. Nur „eigentümliche Erzeugnisse“ sollten hier nach geschützt sein. Diese Eigentümlichkeit bezog sich allein auf das Produkt, nicht jedoch auf eine wie auch immer geartete persönliche Beziehung zwischen Hersteller und Produkt<sup>373</sup>. Wie der Urheberrechtsschutz beschränkte sich der Geschmacksmusterschutz hiernach auf Gestaltungen und Formgebungen, die das Durchschnittskönnen eines Mustergestalters merklich übersteigen und objektiv eigenartig sind<sup>374</sup>.

Schon im Hinblick auf die alte Rechtslage sprechen verschiedene Argumente gegen die Annahme, dass zwischen den Schutzobjekten der beiden Immaterialgüterrechte allein graduelle, qualitative Unterschiede bestünden. Ein solches ergibt sich bereits aus dem Abgrenzungsversuch des Bundesgerichtshofs, der auf der Unterscheidung von Kunst und „Nichtkunst“ basiert. Es ist zweifelhaft, ob eine solche Abgrenzung die Dichotomie der beiden Rechte wirklich zutreffend abbildet. Da ansonsten die ganz h. M. in Literatur und Rechtsprechung die Ansicht vertritt, dass (auch)<sup>375</sup> das Urheberrecht über den Kunstbegriff nicht urteilt<sup>376</sup>, ist die Argumenta-

der angewandten Kunst andererseits hat einen konzeptionellen Grund. Den Letzteren kommt, anders als den Musikwerken, das Geschmacksmusterrecht als Auffangschutzrecht zu. Es bedarf hier also grundsätzlich einer Abgrenzung zweier unterschiedlicher Sonderschutzrechte. Dies gilt auch für alle anderen Werkformen, die nicht auch einen praktischen Wert verkörpern. Aus diesem Grunde werden die Schutzanforderungen für Leistungen aus dem Bereich der angewandten Kunst generell höher angesiedelt.

370 BGHZ 22, S. 209 (214 f.) – Europapost und die Nachweise in Fn. 370.

371 Nachweise siehe in Fn. 369

372 Mit *Nirk*, S. 160, ist davon auszugehen, dass beide Begriffe den gleichen Gegenstand beschreiben.

373 Dem Geschmacksmusterrecht sind persönlichkeitsrechtliche Aspekte fremd, was sich u. a. daran zeigt, dass das Recht übertragbar ist (§ 29 Abs. 1 GeschmMG n. F.) und im Falle einer Erstellung im Arbeitsverhältnis dem Arbeitgeber zugesprochen wird (§ 7 Abs. 2 GeschmMG n. F.). Immerhin hat der Entwerfende nach § 10 GeschmMG n. F. das Recht, im Register als solcher namentlich genannt zu werden.

374 *Nirk*, S. 160.

375 Auch ansonsten ist im deutschen Recht anerkannt, dass es keinen eindeutig definierten Kunstbegriff geben kann (vgl. z. B. BVerfG NJW 1987, S. 2661; BGH ZUM 1991, S. 83 (84) –



tion im Übrigen auch nicht frei von Widersprüchen. Fragwürdig erscheint schon die hiermit implizierte Behauptung, zwischen Kunst und „Nichtkunst“ bestehe ein rein gradueller Unterschied<sup>377</sup>.

Bereits das alte Recht wies im Hinblick auf Ausgestaltung und Konzeption von Urheber- und Geschmacksmustergesetz so elementare Differenzen auf, dass sich der wesensmäßige Unterschied zwischen den beiden Schutzrechten geradezu aufdrängt. Dies zeigt sich allem voran an der Tatsache, dass das Geschmacksmuster ein Registerrecht ist<sup>378</sup> und dass das Schöpferprinzip nur eingeschränkt gilt. Das Recht war (und ist) übertragbar<sup>379</sup> und steht in Arbeitnehmerverhältnissen dem Arbeitgeber

Opus Pistorum). Kunst ist damit nicht justiziabel. Dennoch enthebt die Handhabung nicht vollständig von der schwierigen Abgrenzung. So besteht z. B. die Notwendigkeit, § 2 Abs. 1 Ziff. 4 UrhG, also den Begriff der bildenden Kunst zu definieren, um den Anwendungsbereich des § 26 UrhG, der nur „Werke der bildenden Künste“ betrifft, eingrenzen zu können. Die Rechtsprechung hat daher für solche Fälle eine Definition des Kunstwerks entwickelt (vgl. etwa BGH GRUR 1957, S. 391 (392) – Ledigenheim; GRUR 1959, S. 289 (290) – Rosenthal-Vase, m. Anm. Henssler; GRUR 1987, S. 290 (290) – Wohnanlage. Weitere Nachweise finden sich bei *Schricker/Loewenheim*, 1. Auflage, § 2, Rdnr. 92). Hiernach sind Werke der bildenden Kunst „*eigenpersönliche Schöpfungen, die mit den Darlegungsmitteln der Kunst durch formgebende Tätigkeit und vorzugsweise für die Anregung der für Kunst empfänglichen und mit Kunstanschauungen einigermaßen vertrauten Verkehrskreise hervorgebracht wurden, sodass von einer künstlerischen Leistung gesprochen werden kann.*“ Dieser Versuch einer Abgrenzung von Kunst und Nichtkunst ist in der Literatur sehr umstritten (vgl. etwa *Rehbinder*, Rdnr. 185). Er begegnet in der Tat Bedenken verschiedener Art. So sollen sich die kunsthandwerklichen Erzeugnisse, die nur über das Geschmacksmusterrecht geschützt werden können, von den Werken der bildenden Kunst durch ihren Gebrauchszweck unterscheiden (*Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 156; BGH GRUR 1995, S. 581 (582) – Silberdistel). Dies würde bedeuten, dass Kunst nur solche Produkte sein können, die keinen Gebrauchszweck aufweisen. Im Übrigen schafft diese Abgrenzung auch innersystematische Antagonismen in Bezug auf die ansonsten geltenden Grundregeln des Urheberrechts. Generell ist schließlich, z. B. bei Sprachwerken, allgemein anerkannt, dass ein etwaiger Gebrauchszweck dem Urheberrechtsschutz nicht entgegenstehen soll (siehe hierzu oben, Punkt 2), Nachweise in Fn. 122). Im Übrigen weist die Definition aufgrund ihrer tautologischen Formulierung auch erhebliche praktische (abgesehen von den rhetorischen) Schwächen auf (dies kritisiert auch *Rehbinder*, Rdnr. 184; dagegen *Schricker/Loewenheim*, 1. Auflage, Rdnr. 92). Eine Definition, in der der zu erklärende Begriff selbst nicht weniger als viermal (!) verwendet wird, ist praktisch kaum handhabbar und kann kaum zu trennscharfen Ergebnissen führen.

376 Vgl. etwa *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 132; *Ulmer*, S. 145. Dass Kunst nicht zu definieren ist, hat schon Kant vertreten, vgl. Nachweis bei *Erdmann* in FS v. *Gamm*, S. 389 (390, Fn. 6). Auch *Erdmann* ist dieser Ansicht, siehe S. 390 und 392; vgl. auch *Ulmer*, S. 145; BVerfG, NJW 1985, S. 261 (262) – Anachronistischer Zug.

377 So aber anscheinend auch die h. M., vgl. nur *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 177; *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 157.

378 Siehe Abschnitt 3 des GeschmMG, in dem das Anmeldeverfahren geregelt ist.

379 § 29 Abs. 1 GeschmMG n. F.

zu<sup>380</sup>. Ideelle Belange des Herstellers werden nicht geschützt. Mit anderen Worten: Die meisten elementaren Prinzipien des Urheberrechts (Monismus, Unübertragbarkeit, Schutz ideeller Interessen) finden sich im Geschmacksmusterrecht nicht wieder.

Angesichts des Umstands, dass die vorgenannten Maximen des Urheberrechts dessen Wesen maßgeblich prägen, zeigt sich die Wesensverschiedenheit der beiden Rechte. Während das Urheberrecht nach geltender Konzeption ein reines Individualrecht ist, in dessen Mittelpunkt der Schöpfer selbst steht<sup>381</sup>, war schon das alte Geschmacksmusterrecht auf das Schutzobjekt ausgerichtet. Dies zeigte sich besonders deutlich an den hierin enthaltenen Durchbrechungen des Schöpferprinzips<sup>382</sup> und dem fehlenden Persönlichkeitsrecht.

Systematisch betrachtet wäre entweder das Geschmacksmuster oder der Urheberrechtsschutz für die angewandte Kunst mithin überflüssig, wenn das Werk sich nicht (auch) über urheberbezogene Elemente definierte. Dies war auch schon zum Zeitpunkt der großen Urheberrechtsreform des Jahres 1965 der Fall. Über den bereits unter KUG und LUG anerkannten Schutz<sup>383</sup> der kleinen Münze wären (in gewissem Maß besondere oder auch „eigentümliche“) Alltagsschöpfungen im Bereich der angewandten Kunst ohne Weiteres urheberrechtsschutzfähig<sup>384</sup>. Auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Gebrauchszwecks käme es – bei konsequenter Anwendung der ansonsten im Urheberrecht angelegten Maßstäbe – ebenso wenig an, wie auf eine künstlerische Gestaltung. Auch die umstrittene<sup>385</sup> Gestaltungshöhe im Urheberrecht, die ursprünglich einzig entwickelt wurde, um den Schutzbereich von Geschmacksmuster- und Urheberrecht gegeneinander abgrenzen zu können<sup>386</sup>, würde damit an Bedeutung verlieren.

Dennoch stellte sich das alte Geschmacksmusterrecht als eine Art Zwitter zwischen gewerblichem Schutzrecht und Urheberrecht dar. Dies zeigt schon dessen Bezeichnung als „Gesetz betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen“ und

380 § 7 Abs. 2 GeschmMG n. F., vgl. hierzu Dreier/Schulze-Schulze, §7, Rdnr. 8.

381 Siehe oben, Punkt B.2).

382 In § 2 GeschmMG a. F. wurde sogar der „Inhaber der gewerblichen Anstalt“, in dessen Auftrag das Muster oder Modell erstellt wurde, als „Urheber“ bezeichnet.

383 Siehe die Motive, UFITA 45 (1965), S. 252.

384 Eine andere Situation herrschte bei Abfassung des Gesetzes im Jahre 1876 vor. Bevor das Geschmacksmusterrecht eingeführt wurde, konnte für den Schutz von Form- und Farbgestaltungen nur auf das Urheberrecht zurückgegriffen werden, das seinerzeit jedoch hohe Anforderungen an die Gestaltungshöhe stellte (siehe Begründung zum Regierungsentwurf für ein Geschmacksmusterreformgesetz, BT-Drcks. 15/1075, S. 29).

385 Nachweise siehe unten, Fn. 412.

386 Siehe zur Entstehungsgeschichte des Merkmals der Gestaltungshöhe *Schricker* in FS *Kreile*, S. 715 (716). Hiernach kam dieses erstmals 1958 in Form des Begriffs der „Künstlerischen Gestaltungshöhe“ auf, was den eindeutigen Bezug zum Spannungsfeld bei den Erzeugnissen der angewandten Kunst verdeutlicht.

verschiedenen anderen sprachlichen und inhaltlichen Anlehnungen<sup>387</sup>. Die Reform des Geschmacksmusterrechts diene ausdrücklich u. a. dazu, diese Bezugnahmen, die als historisch überholt angesehen werden<sup>388</sup>, abzuschaffen<sup>389</sup>. Das neue, als „Gesetz über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen“ bezeichnete Regelwerk sollte ein „*eigenständiges gewerbliches Schutzrecht schaffen, das nicht nur eine Ableitung eines bestehenden Schutzrechts darstellt*“. Durch die Umsetzung der, der Reform zugrunde liegenden, Richtlinie werde „*der enge Bezug des Geschmacksmusterrechts zum Urheberrecht beseitigt*“<sup>390</sup>. Durch diese Formulierungen in der Gesetzesbegründung wird auf die systematische Unterscheidung zwischen gewerblichen Schutzrechten und Urheberrecht explizit hingewiesen.

Auf diese Unterscheidung durch das neue Geschmacksmusterrecht weisen Änderungen an verschiedenen Normen hin, von denen hier nur einige genannt werden können. So stellt die neue, in § 2 Abs. 1 GeschmMG n. F. befindliche Definition des Schutzobjekts nicht mehr auf die „Eigentümlichkeit“, sondern nunmehr ausdrücklich auf die (relativ-objektive) Neuheit und die „Eigenart“ ab. Letzterer Begriff wird in § 2 Abs. 3 GeschmMG n. F. näher definiert. Wenn sich auch hierdurch gegenüber dem geltenden Recht keine inhaltlichen Veränderungen ergeben sollen<sup>391</sup>, zeigen sich die Unterschiede zum Urheberrecht nunmehr deutlicher als zuvor<sup>392</sup>; Eigenart und Neuheit i.d.S. sind eindeutig rein objektbezogene Merkmale, die sich schon semantisch grundlegend von den Begriffen „persönliche geistige Schöpfung“ unterscheiden. Auch verdeutlicht die Tatsache, dass das Urheberrecht anders als die gewerblichen Schutzrechte keine objektive Neuheit des Werkes verlangt<sup>393</sup>, dessen

387 So lehnte sich die alte Regelung zur Entstehung des Geschmacksmusterrechts (§ 7 Abs. 1 GeschmMG a. F.) an das urheberrechtliche „Schöpfungsprinzip“ an, vgl. Begründung zum Regierungsentwurf für ein Geschmacksmusterreformgesetz, BT-Drcks. 15/1075, S. 29 und 48.

388 Zur Erklärung s. o., Fn. 384.

389 Begründung zum Regierungsentwurf für ein Geschmacksmusterreformgesetz, BT-Drcks. 15/1075, S. 29.

390 Begründung zum Regierungsentwurf für ein Geschmacksmusterreformgesetz, BT-Drcks. 15/1075, ebd. Diese Abkehr vom Urheberrecht wird auf Seite 51 noch einmal ausdrücklich hervorgehoben: „*Eine ausdrückliche Bestimmung des Schutzgegenstands erscheint deshalb geboten, weil durch den vorliegenden Entwurf der urheberrechtliche Charakter des früheren Geschmacksmusterrechts entfällt.*“

391 Begründung zum Regierungsentwurf für ein Geschmacksmusterreformgesetz, BT-Drcks. 15/1075, S. 33.

392 Es wurde schon verschiedentlich darauf hingewiesen, dass für den Urheberrechtsschutz nach h. M. und nach konsequenter Auslegung auf eine objektive Neuheit des Werkes nicht ankommen kann, vgl. oben Punkt I.B.4.c.dd.(1).(a).(bb).

393 Für Nachweise vgl. Fn. 191.

Charakter als Schutzrecht am personenbezogenen Immaterialgut<sup>394</sup>. Andere wesensmäßige Unterschiede wurden immerhin beibehalten<sup>395</sup>.

Ausgestaltung und Entstehungsgeschichte des neuen Geschmacksmustergesetzes weisen deutlich darauf hin, dass sich das Urheberrecht in seinem Wesen von den modernen gewerblichen Schutzrechten elementar unterscheidet. Wäre das Urheberrecht ein pragmatisch ausgestaltetes Immaterialgüterrecht, dessen Anforderungen an den Schutzgegenstand objektiviert, wirtschaftlich ausgerichtet und leicht handhabbar wären, bestünde für das Geschmacksmusterrecht an sich schon kein Bedarf. Es würde dann zum Schutze der kleinen Münze in der angewandten Kunst genügen, die Schöpfungshöhe abzusenken, wie dies in anderen Bereichen bereits geschehen ist. Genau das Gegenteil, nämlich eine ausdrückliche Abkehr vom Urheberrecht und ein klares Bekenntnis zur gewerblichen Eigenschaft des Schutzrechts, wurde indes angestrebt.

Andere Gründe für das Streben nach einer Ungleichbehandlung zum Urheberrecht sind dabei nicht ersichtlich. Zwar könnte man argumentieren, der Urheberrechtsschutz sei nach der heutigen Ausgestaltung für solche Schutzgüter überdimensioniert und schränke v. a. das Freihaltebedürfnis im Design-Bereich zu sehr ein<sup>396</sup>. Angesichts der geringen Anforderungen an die Gestaltungshöhe bei Musik- und Sprachwerken oder dem Design vergleichbaren, anderen „Zweckschöpfungen“ (man denke etwa an Computerprogramme), erschiene eine Ungleichbehandlung des „Designs“ (als Gegenstand des Geschmacksmusterrechts) allerdings kaum gerechtfertigt.

Die Anachronismen und Friktionen des Urheberrechts und dessen Unangepasstheit in Bezug auf den Schutz von Schutzgütern mit vorrangig wirtschaftlicher Bestimmung (wie designerischen Leistungen) treten damit deutlich zu Tage. Die Eignung eines auf die Schöpferpersönlichkeit zugeschnittenen, persönlich-individuellen Rechts für den Schutz des modernen, schnelllebigen geistigen Schaffens wird zunehmend fraglich.

#### (4) Zwischenergebnis

Es hat sich gezeigt, dass das geltende Urheberrechtsgesetz sowohl angesichts seines inneren Systems als auch angesichts seiner Stellung im System der Immaterialgüter-

394 Siehe hierzu bereits oben, Fn. 192.

395 Dies gilt v. a. für die Registerpflicht (§ 27 GeschmMG n. F.); die Übertragbarkeit (§ 29 GeschmMG n. F.); und den Arbeitgeberschutz (§ 7 Abs. 2 GeschmMG n. F.).

396 Hierauf wird in den Teilen 3 und 4 eingegangen werden.

rechte als Recht über persönliche Geisteswerke<sup>397</sup> ausgestaltet ist. Dies legt nahe, der Werkqualität bei konzeptionell stringenter Handhabung des Rechts mehr als rein objektbezogene Merkmale abzufordern<sup>398</sup> und gewisse, auf Affinität basierende persönliche Beziehungen zwischen Hersteller und Produkt als Schutzfähigkeitsmerkmal zu fordern. Man könnte sagen, dass sich das durch das deutsche Urheberrecht geschützte Werk dadurch auszeichnet, dass der Schöpfer hierzu eine „innere Verbundenheit“ hegt.

Es bestätigt sich damit auch die Annahme, dass das deutsche Urheberrecht noch immer<sup>399</sup> auf einer naturrechtlichen Rechtsphilosophie fundiert, die bedeutende Re-

- 397 “Persönliche“ Werke sind solche, die eine entsprechende Qualifikation aufweisen, bei denen also eine innere Verbundenheit zwischen Urheber und Erzeugnis besteht. Als „unpersönlich“ (so auch *Rehbinder*, Rdnr. 624) sollen im Verlauf dieser Arbeit dahingegen Geistesschöpfungen bezeichnet werden, bei denen eine innere Verbundenheit, also ein Bezug zwischen Erzeugnis und Urheberpersönlichkeit nicht besteht oder zumindest gegenüber den funktionsorientierten, pragmatischen Merkmalen des Erzeugnisses als vernachlässigenswert in den Hintergrund treten. Man könnte auch von „entpersönlichten Werken“ sprechen (so *Kotsiris*, UFITA 119 (1992), S. 5 ff. (insbes. 21 ff.)). „Entpersönlichung“ bedeutet hiernach die Entfernung des Werkes von der Urheberpersönlichkeit. Dies kann auf verschiedene Faktoren zurückzuführen sein. Geht im Gesamtwerk z. B. eine große Zahl von speziellen Einzelleistungen auf, bleibt an diesem wenig Raum für persönliche Affinität der einzelnen Urheber. Sollte es sich bei den Teilen um zwar schöpferische, aber dabei sehr spezielle Formen handeln, sprechen die äußeren Umstände auch in diesem Verhältnis eher gegen individuelle Bindungen. Gerade bei modernen Werkarten treten auch solche Faktoren einer Entpersönlichung hinzu, die der Intention oder der Funktion des Werkes, mithin dem Werk als solchem inhärent sind. Zu nennen sind z. B. wirtschaftliche Wertschöpfung, Aspekte der Ökonomie und des Marketings sowie der Effektivität des Werkes bei der Erfüllung bestimmter Zwecke. Mit dem Grad der Anforderungen aus seiner technisch-funktionalen Bestimmung, nimmt potenziell das Maß persönlicher Beziehungen zwischen dem Werk und seinem Schöpfer ab (siehe hierzu auch die eingehende Untersuchung von *Peukert* (Die psychologische Dimension des *Droit Moral* in *Rehbinder* (Hrsg.): Die psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 113 ff.), der diese Aspekte mit interdisziplinärem Blick unter Heranziehung der Psychologie beleuchtet). Existenzberechtigung und Schutzbedürftigkeit ziehen solche Schutzgegenstände nicht aus der Tatsache ihres bloßen Daseins, sondern aus pragmatischen Anforderungen deren sozialen Umfelds (so auch *Kotsiris*, UFITA 119 (1992), S. 5 (21 ff.)). Von einer „aristotelischen Größe“ (*Kotsiris*, ebd., S. 23) in Richtung einer ontologischen Selbstständigkeit des schöpfergeprägten Gegenstandes des Urheberrechts kann hier kaum mehr die Rede sein. An der Diversifizierung zwischen „persönlichen“ und „unpersönlichen“ Werken wird auch das maßgebliche Unterscheidungsmerkmal für den in Teil 4 erarbeiteten Entwurf eines differenzierenden Werkschutzsystems anknüpfen. Vgl. näheres hierzu auch unten bei den Ausführungen zum „Personalisierungsquotienten“ in Teil 3 Kapitel 1, Punkt I.B).
- 398 Genau gesagt bestünde der Werkbegriff hiernach aus drei urheberbezogenen (persönliche, geistige und individuelle Schöpfung) und zwei werkbezogenen Kriterien (Wahrnehmbarkeit, Schöpfungshöhe).
- 399 Die Vorstellung von einer inneren Verbundenheit zwischen Urheber und Werk hat es schon in der Antike gegeben, vgl. *Visky*, Geistiges Eigentum der Verfasser im antiken Rom (1961), nachgedruckt in UFITA 106 (1987), S. 17 ff., z. B. S. 28. Bereits nach römischem Recht

gelungselemente nach wie vor dominiert und die Anwendung und Auslegung des Gesetzes zumindest beeinflusst<sup>400</sup>.

Das Urheberrecht nimmt damit eine Ausnahmestellung im System der Immaterialgüterrechte ein. Es unterscheidet sich wesensmäßig von den gewerblichen Schutzrechten, dem Copyright und den verwandten Schutzrechten, die weniger auf die Person fokussieren, die das Gut geschaffen hat, sondern mehr auf das Gut selbst. Die Schutzgüter der anderen Immaterialgüterrechte zeichnen sich nicht dadurch aus, dass sie persönlich-individuell sind, sie hätten ebenso gut in gleicher Form auch von einer anderen Personen hergestellt werden können.

Demgegenüber fällt auf, dass die praktische Rechtsanwendung dies – jedenfalls auf der Ebene des Werkbegriffs – anders handhabt<sup>401</sup>. Der durch Rechtsprechung und Gesetzgeber skizzierte Schutzbereich des Urheberrechts zeigt, dass es auf urheberbezogene Individualität bei der Beurteilung der Werkeigenschaft praktisch nicht (mehr) ankommen kann. Ansonsten müsste vielen unpersönlichen Werken (z. B. einer Vielzahl „geistiger Gebrauchsgüter“, also technisch-funktionaler Werke) der Urheberrechtsschutz versagt werden.

Indem ein solcher Schutz dennoch anerkannt wird, entstehen anscheinend elementare Unstimmigkeiten zwischen der Konzeption und der Handhabung des Urheberrechts<sup>402</sup>. Die Handhabung des Werkbegriffs entspricht mehr der eines gewerblichen Schutzrechts, ohne dass dies sich vor dem bestehenden gesetzlichen Rahmen rechtfertigen würde. Vor allem aber ergeben sich hierdurch Friktionen mit der inhaltlichen Ausgestaltung des so – mit Annahme der Werkqualität – anerkannten Schutzrechts<sup>403</sup>. Die „Entpersönlichung des Werkes“<sup>404</sup>, besser des Werkbegriffs, fügt sich in das sonstige Regelungsgefüge des geltenden Urheberrechts nicht stimmig ein. Schon auf den ersten Blick lassen sich Schwierigkeiten erahnen, wenn die Frage nach dem „Ob“ nicht in Einklang mit dem „Wie“ des Schutzes beantwortet

herrschte die Auffassung vor, dass das Recht an Geistesgütern persönlichkeitsrechtlicher Natur sei, wenngleich freilich noch keine entsprechenden Gesetze vorhanden waren. Vgl. weiterhin *Boyth* in FS *Kreile*, S. 109 (113). Eine eingehende Abhandlung über die Geschichte des geistigen Eigentums, beginnend in der Antike, findet sich bei *Bappert*, *Wege zum Urheberrecht*, S. 23 ff.

400 Hiervon ging auch *Ulmer* (S. 106) aus, der schreibt: „*Auch bleibt sie* {die naturrechtliche Begründung des Urheberrechts} *im Rahmen der gesetzlichen Regelung als Rechtsidee lebendig, unter deren Wirkung die Auslegung der Gesetze steht.*“

401 Siehe oben, Punkt I.B.4.dd.(1).(a).

402 So auch *Dreier/Schulze-Dreier*, Einleitung, Rdnr. 15 ff., die verschiedene Spannungsfelder aufzeigen, in denen sich das Modell des geltenden Urheberrechts heute befindet. Ob und inwieweit dies zu Problemen, etwa zu Dysfunktionalitäten führen kann, wird Gegenstand der weiteren Erörterungen sein.

403 Dies gilt besonders für den Umfang des Urheberrechts, die enge, gar monistische Ausgestaltung von Verwertungs- und Persönlichkeitsrecht und die Zuordnung des Rechts. Siehe hierzu die Ausführungen in Teil 2 und 3.

404 Siehe hierzu oben, Fn. 646.

wird. Ergeben sich hieraus praktische und dogmatische Schwierigkeiten, sind zwei Lösungswege denkbar: Entweder die Handhabung des Werkbegriffs wird in Einklang mit der inhaltlichen Ausgestaltung gebracht oder das Gesetz wird in wesentlichen Aspekten an die Expansion des Schutzbereichs angepasst<sup>405</sup>. Es sei schon an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass wohl nur der letztgenannte Weg denkbar erscheint. Angesichts der Aufgaben, die sich einem Urheberrecht in der Informationsgesellschaft stellen, drängt sich bei Normen, die ersichtlich auf romantischen-ideellen Vorstellungen basieren, der Verdacht auf, nicht mehr im Einklang mit den zu regelnden Rechtstatsachen zu stehen<sup>406</sup>.

Die hiermit begründeten Zweifel, ob das Urheberrecht in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung den Anforderungen an eine moderne „Magna Charta der Informationsgesellschaft“ gerecht werden kann, geben Anlass, der Entwicklung des deutschen Urheberrechts in bestimmten Punkten weiter nachzugehen.

## ee) Die Gestaltungshöhe

Der Vollständigkeit halber sei der Aspekt der Gestaltungshöhe hier im Rahmen der Ausführungen zum urheberrechtlichen Werkbegriff angesprochen. Das Merkmal der Gestaltungs- oder Schöpfungshöhe wurde am Einzelfall weit gehend durch die Rechtsprechung entwickelt und ausgestaltet<sup>407</sup>. Die Judikatur bedient sich der Gestaltungshöhe in solchen Fällen als Korrektiv, in denen der Urheberrechtsschutz aufgrund der extensiven Handhabung des § 2 Abs. 2 UrhG Erzeugnisse erfassen würde, für die dieser als unangemessen angesehen wird. Es handelt sich – mit anderen Worten – heutzutage um eine Art „*de minimis*-Schranke“, die in gewisser Weise als Mittel für eine Flexibilisierung des Urheberrechts eingesetzt werden kann: Geistesgüter, für die das starke Urheberrecht nicht angemessen erscheint, etwa weil hieran ein Freihaltebedürfnis besteht, werden gar nicht geschützt. Ursprünglich diente die Gestaltungshöhe – wie bereits angesprochen wurde – freilich einem anderen Zweck. Das Merkmal wurde von *Ulmer* entwickelt, um eine praktisch handhabbare Abgrenzung

405 Ein „schleichender Wandel“, der wie bisher nur auf dem Weg einer Fortschreibung des Schutzbereichs vollzogen wird, kann ein konsistentes Regelungsgefüge indes nicht herbeiführen. Durch Rechtsfortbildung können die wesentlichen Elemente des Urheberrechts nicht verändert oder angepasst werden. Dies zeigt sich sehr deutlich an der diametralen Entwicklung von Schutzrecht und Schranken, vgl. hierzu Teil 2, Punkt iV.B.4).

406 Zur Entwicklung des Rechts am Beispiel der digitalen Schutzgegenstände vgl. Teil 2. So auch *Strömholm*, GRUR Int. 1996, S. 531 (531), der sich aufgrund dieses Antagonismus‘ zwischen tatsächlichen Anforderungen an das und konkreter Ausgestaltung des Urheberrechts für grundlegende Reformen ausspricht.

407 Nachweise siehe z. B. bei *Haberstumpf* in FS GRUR, S. 1144 ff.

zwischen zwei sich wesentlich unterscheidenden Schutzrechten, dem Geschmacksmuster- und dem Urheberrecht, zu ermöglichen<sup>408</sup>.

Mittlerweile wendet die Rechtsprechung das Merkmal der Gestaltungshöhe auf alle Werkarten an<sup>409</sup> und setzt sich hierdurch unterschiedlich begründeter Kritik aus<sup>410</sup>. So fordert eine starke Linie in der Rechtsliteratur die vollständige Aufgabe dieses Aspekts<sup>411</sup>. Nur so könne die expansive Entwicklung des Kulturschaffens im weiten Sinne durch das Urheberrecht erfasst werden<sup>412</sup>. Das Merkmal der Individualität sei zur Begrenzung des urheberrechtlichen Schutzbereiches ausreichend.

Eine andere Ansicht kritisiert die Rechtsprechung aufgrund der uneinheitlichen Handhabung der Schöpfungshöhe. Eine Ungleichbehandlung der Werkarten im Hinblick auf die Schutzuntergrenze<sup>413</sup> sei mit dem einheitlichen Werkbegriff des § 2 Abs. 2 UrhG nicht vereinbar<sup>414</sup>. Dagegen stellen die Gerichte je nach Werkart unterschiedliche Anforderungen an das Maß der (werkbezogen verstandenen) Individualität<sup>415</sup>. Während v. a. bei wissenschaftlichen Werken<sup>416</sup>, Werken der angewandten

408 Siehe oben, Punkt I.B.4.c.dd.(3).(b).(dd) und Fn. 386.

409 Ausnahmen bilden Computerprogramme und elektronische Datenbanken. Bei diesen Schutzgütern, die aufgrund der Umsetzung von EU-Richtlinien in das deutsche Urheberrechtsgesetz aufgenommen wurden, gilt ein anderer, europarechtskonformer, Werkbegriff. Dieser lässt die Begrenzung des Schutzbereichs durch Annahme einer Schöpfungshöhe nicht zu. Siehe ausführlich hierzu unten, Punkt I.B.4.d).

410 Nach *Schricker* (in FS *Kreile*, S. 719) ist dem Urheberrechtsgesetz keinerlei Hinweis auf die Gestaltungshöhe zu entnehmen. Vielmehr basiere die unreflektierte Erhebung dieses Aspekts zu einem allgemeinen Tatbestandsmerkmal auf einem Trugschluss der Jurisprudenz. Der einzige sinnvolle Anwendungsbereich könne in der Abgrenzung von Geschmacksmuster- und Urheberrechtsschutz liegen. Angesichts der aktuellen Reform des Geschmacksmusterrechts würde *Schricker* der Gestaltungshöhe sicherlich auch diesen Nutzen absprechen. Eine widersprechende Ansicht wird in den Dissertationen von *Thoms*, (S. 247) und *Schulze* (S. 139) vertreten. Beide Autoren argumentieren, dass der Begriff „Schöpfung“ zum einen die Schaffung und Entstehung von etwas Neuem, zum anderen auch einen gewissen Grad an Besonderheit impliziere. Hieran zeige sich, dass das Gesetz Mindestanforderungen an das Maß der Individualität stelle (siehe hierzu schon oben, Fn. 180)

411 *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 6 f.; ders. in FS *Kreile*, S. 719; *Reimer*, GRUR 1981, S. 572 (574); *Strömholm*, GRUR Int. 1996, S. 531. *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 2, Rdnr. 19 ff. sind sogar der Ansicht, dass eine Anhebung der Schutzvoraussetzungen über den Wortlaut des § 2 UrhG hinaus, also in Form der nicht im Gesetz genannten Schöpfungshöhe, einen Verstoß gegen Art. 14 GG nach sich ziehe. Daher sei nur der Individualitätsbegriff zur Bemessung der Schutzfähigkeit berufen. Dies würde auch ausreichen, da ein Allerweltserzeugnis nicht individuell sein könne. *Nordemann/Vinck* gehen damit auch von einem objektiven Individualitätsbegriff aus.

412 Vgl. v. a. *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 6 f.; ders. in FS *Kreile*.

413 Zu der Problematik des „relativen Werkbegriffs“ vgl. in diesem Zusammenhang *Engisch* in FS v. *Gamm*, S. 369 ff.

414 *Schulze*, GRUR 1987, S. 769 (772), weitere Nachweise bei *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 32. A. A. *Schricker/Loewenheim*, ebd.; *Reimer*, GRUR 1981, S. 574.

415 Vgl. hierzu die Darstellung bei *Haberstumpf* in FS GRUR, S. 1144 ff.



Kunst<sup>417</sup> und dem Gebrauchszweck dienenden Schriftwerken, wie z. B. Bedienungsanleitungen<sup>418</sup>, Anwaltsschriftsätzen<sup>419</sup> oder Lexika<sup>420</sup>, ein eher strenger Maßstab angelegt wird, zeigt sich die Judikatur bei der Anerkennung des Urheberrechtsschutzes für Filmwerke<sup>421</sup> oder Werke der Musik<sup>422</sup> wesentlich großzügiger.

Die Gründe für diese Ungleichbehandlung scheinen unterschiedlicher Natur zu sein. Offenbar dient die strenge Handhabung bei Werken der angewandten Kunst dazu, das Urheberrecht – neben dem besser angepassten Geschmacksmusterrecht – nur in Sonderfällen zur Anwendung gelangen zu lassen. Vorrangig findet die uneinheitliche Behandlung der Schutzuntergrenze jedoch ihre Begründung in der variierenden Vielfalt des verfügbaren Formenschatzes und damit letztlich in der Umsetzung der ordnungspolitischen Umsetzung des Freihaltebedürfnisses. Vor allem Quasi-Monopolrechte<sup>423</sup> auf wissenschaftliche Werke bergen bei zu extensiver Anerkennung die Gefahr unangemessener Behinderung von Forschung und Fortentwicklung<sup>424</sup>. Die in diesem Bereich häufig zu verwendende, hochspezialisierte Formensprache lässt einerseits – mangels ausreichendem Gestaltungsspielraum – regelmäßig Zweifel an der Individualität aufkommen<sup>425</sup> und bedingt andererseits das Risiko, durch den Schutz einer einzigen Formulierung auch den Inhalt, die dahinter stehenden Erkenntnisse und Lehren, der freien Verwendungsfähigkeit zu entziehen<sup>426</sup>.

Auch in Bezug auf die Höhe der durch das Merkmal der Gestaltungshöhe gesetzten Schutzwelle besteht Uneinigkeit. Während die einen nach einem generell niedrigen Niveau verlangen<sup>427</sup>, sprechen sich andere für das Gegenteil aus<sup>428</sup>. Von

416 Vgl. etwa BGH GRUR 1981, S. 352 (352) – Staatsexamensarbeit.

417 BGHZ 22, S. 209 (214 ff.) – Europapost.

418 BGH GRUR 1993, S. 34 (36) – Bedienungsanleitung.

419 BGH GRUR 1986, S. 739 (740 f.) – Anwaltsschriftsatz.

420 BGH GRUR 1987, S. 704 (706) – Warenzeichenlexika.

421 BGH GRUR 1984, S. 730 (732) – Filmregisseur, m. Anm. *Schricker*.

422 BGH GRUR 1988, S. 812 (814) – Ein bisschen Frieden, m. Anm. *Schricker*. Vgl. hierzu *Köhn*, ZUM 1994, S. 287 ff.

423 Siehe zum Begriff oben, Fn. 198.

424 Hierzu *Schricker/Loewenheim*, § 2 Rdnr. 60 ff.

425 Vgl. BGH GRUR 1981, S. 352 (355) – Staatsexamensarbeit; BGHZ 39, S. 306 (311) – Rechenschieber.

426 Das sich aus Forschung und Wissenschaft ergebende Freihaltebedürfnis gebietet jedoch, derartige Elemente vor Individualschutzrechten zu bewahren, vgl. nur *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 93.

427 *Fuchs*, S. 73. Die Extremposition ist diesbezüglich *Schricker* und *Nordemann/Vinck* zuzuschreiben, die die Schöpfungshöhe – wie gesagt – gänzlich abschaffen wollen. Nachweise oben, Fn. 411.

428 Vgl. *Thoms*, S. 247; *Schulze*, S. 139; *Schack*, Rdnr. 264 ff.; *Rehbinder*, Rdnr. 61; v. *Rauscher auf Weeg*, GRUR 1967, S. 572 (573); *Hubmann*, S. 39; *Dietz*, Europäische Gemeinschaft, S. 60 ff. (62 ff.); *Erdmann*, GRUR 1996, S. 550 (551). *Samson*, S. 12 vertritt einen anderen Ansatz. Zwar seien die Werke der kleinen Münze grundsätzlich zu schützen, dies könne jedoch nur gelten, solange das jeweilige Erzeugnis den Bereichen der Wissenschaft, Literatur und

dieser Seite wird z. T. argumentiert, dass das Urheberrecht ein Kulturschutzrecht sei, das durch Ausdehnung auf reine Wirtschaftsgüter verwässert werde<sup>429</sup>. Das Urheberrecht sei nicht berufen, Schutzlücken zu schließen, die in Bezug auf die Absicherung von Investitionen auftreten könnten<sup>430</sup>. Hierfür seien vielmehr Sonderschutzrechte zu schaffen, die den Anforderungen moderner Schutzgegenstände besser Rechnung tragen könnten. Das System des Urheberrechts sei auf diese Weise vor systematischen Brüchen und Funktionsstörungen zu bewahren<sup>431</sup>. Es sei mit seiner schöngestigen Ausrichtung – auch in veränderter Form – für den Schutz industrieller Leistungen ungeeignet.

Dem wird wiederum entgegnet, dass der Funktionsauftrag des Urheberrechts sich im Zuge der Harmonisierungsmaßnahmen auf europäischer und internationaler Ebene sowie aufgrund der Entwicklung, besonders der Technik, gewandelt habe<sup>432</sup>. Der bloße Schutz von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst im engeren Sinne sei nicht mehr durchführbar, da die Vorgaben der internationalen Verpflichtungen irreversibel in eine andere Richtung gingen. Gegen die Schaffung eines Sonderschutzes spreche vor allem, dass ein solcher nicht dem internationalen Rechtsrahmen unterfallen würde und somit schon auf nationaler Ebene kaum konsensfähig sei<sup>433</sup>.

Der Streit muss hier nicht entschieden werden. Es genügt die Feststellung, dass die Gestaltungshöhe weder bestimmt noch geeignet ist, ein „harmonisches Gleichgewicht“ zwischen Gewähr und Ausgestaltung des Urheberrechtsschutzes herzustellen. Die Gestaltungshöhe zielt nicht darauf ab, „unpersönliche Werke“ dem Schutzrecht zu entziehen, sondern solche, die „wenig originell“ sind<sup>434</sup>. Es ist weiterhin fraglich, ob die hierdurch gefundene Lösung, bestimmten Werken auf Basis einer Art Qualitätskontrolle den Urheber- und damit regelmäßig jeden Rechtsschutz ganz zu versagen, wirklich sinngerecht ist. Für Korrekturen etwaiger Unstimmigkeiten

Kunst zuzuordnen sei. Die extensive Auslegung dieser Begriffe durch die Rechtsprechung sei mit den Regeln des neuen UrhG von 1965 nicht mehr zu vereinbaren. Gleicher Ansicht ist auch *Schraube*, UFITA 61 (1971), S. 127 (143), der zudem den Schutz der kleinen Münze ablehnt, da solche Werke keine „kulturelle Funktion“ erfüllen.

429 Vgl. die Nachweise in Fn. 428 und besonders *Dietz*, Europäische Gemeinschaft, S. 62 ff.

430 *Schulze*, GRUR 1987, S. 769 (776).

431 So *Schulze*, GRUR 1987, S. 769 (777 f.).

432 Vgl. die Nachweise in Fn. 412 und 427.

433 Vgl. zu diesen Punkten *Loewenheim*, GRUR 1987, S. 768. In der Tat haben sich durch die Umsetzung der europäischen Richtlinien zum Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen und Datenbanken sowie der Schutzdauerrichtlinie (für Lichtbilder) Änderungen im deutschen Gesetz vollzogen, denen ein Umdenken auch der gerichtlichen Sprechpraxis folgen musste. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Computerprogramme. Siehe zu dieser Entwicklung unten, Teil 2.

434 Dass beide Aspekte sich wesentlich unterscheiden, sollte angesichts der hier vorgenommenen Differenzierung zwischen werk- und urheberbezogenen Schutzmerkmalen deutlich geworden sein.

des geltenden Rechts kann die Gestaltungshöhe jedenfalls nicht dienen, da hierüber kein Einfluss auf die Ausgestaltung des Schutzrechts ausgeübt werden kann<sup>435</sup>.

d) Die Definition des Werkbegriffs in § 69a Absatz 3 UrhG und in Art. 6 Schutzdauerrichtlinie bzw. Art. 3 Abs. 1 Datenbank-Richtlinie

In § 69a Abs. 3, Sätze 1 und 2 UrhG zeigt sich, dass nicht für alle Werkarten der gleiche Werkbegriff gilt. Jedenfalls sprachlich unterscheiden sich die Schutzanforderungen von Computerprogrammen von § 2 Abs. 2 UrhG. Das urheberrechtlich geschützte Computerprogramm ist hiernach individuell, wenn es das Ergebnis einer „eigenen geistigen Schöpfung“ des Urhebers ist. Die Formulierung ist Ergebnis einer wortgleichen Umsetzung von Art 1 Abs. 3 der Computerprogramm-Richtlinie<sup>436</sup>.

Ob in dieser gegenüber dem § 2 Abs. 2 UrhG anders lautenden Definition des Werkbegriffs auch ein inhaltlicher Unterschied liegt, ist umstritten. Die wohl h. M. verneint dies und meint, die Abweichung diene nur der Klarstellung<sup>437</sup>. Beiden Werkbegriffen ließen sich die gleichen Tatbestandsvoraussetzungen entnehmen. Dies gelte im Hinblick auf den Begriff der Individualität. Ausreichend sei hierfür eine „eigenpersönliche Ausnutzung des bestehenden Gestaltungsspielraums“<sup>438</sup>. Nötig sei die anderslautende Formulierung nur gewesen, um zu signalisieren, dass der Schutz von Computerprogrammen ab einer einheitlich niedrigen Schutzuntergrenze zu gewähren sei<sup>439</sup>.

435 Dass und aus welchen Gründen gerade eine inhaltliche Korrektur des Schutzrechts sinnvoll ist, wird unten (Teil 4) eingehend behandelt.

436 Richtlinie des Rates 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen vom 14. Mai 1991, Abl. EG) Nr. L 122 vom 17.05.1991 S. 42 = abgedruckt in GRUR Int. 1991, S. 545 ff.

437 Vgl. *Schricker/Loewenheim*, § 69a, Rdnr. 14; *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 69a, Rdnr. 6; *Kappes*, S. 266 f. Ähnlich *Lehmann*, GRUR Int. 1991, S. 327 (328).

438 Dieser betrifft vor allem die Wahlmöglichkeiten „hinsichtlich Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des Materials bei der Problemanalyse, der Erstellung des Datenfluss- und des Programmablaufplans“, so *Dreier/Schulze-Dreier*, § 69a, Rdnr. 26.

439 *Schricker/Loewenheim*, § 69a, Rdnr. 17 meinen hierzu, die Regelung sei auf „die frühere Rechtsprechung des BGH gemünzt“; es solle verhindert werden, dass ein Computerprogramm in einem europäischen Staat geschützt werde und in einem anderen nicht. So auch *Dreier/Schulze-Dreier*, § 69a, Rdnr. 25. Angespielt wird hiermit auf die vor der Umsetzung der Computerprogramm-Richtlinie ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Dieser hatte in der Entscheidung „Inkasso-Programm“ (GRUR 1985, S. 1041 (1047 f.) hohe Anforderungen an die Schöpfungshöhe bei Computerprogrammen gestellt. Diese seien nur geschützt, wenn das Programm-schaffen die Leistungen eines Durchschnittsprogrammierers „erheblich“ übersteige. Eingehend hierzu Teil 2, Kapitel 1, Punkt II.C.2). Hierfür spricht auch die Begründung der Bundesregierung zum zweiten Urheberrechtsänderungsgesetz, in der die Rede davon ist, dass Gesetzgebungsbedarf hinsichtlich der Schutzfähigkeit von Computer-

Die Gegenmeinung sieht in der anders lautenden Formulierung des Softwarewerkbegriffs eine Abkehr von der allgemeinen deutschen Regelung und eine Annäherung an das angloamerikanische Verständnis vom urheberrechtlichen Schutzgegenstand<sup>440</sup>. Hierdurch werde erreicht, dass bei Computerprogrammen nicht die Persönlichkeit des Programmierers (Urhebers) im Mittelpunkt des Werkbegriffes stehe, sondern die Merkmale, die das Copyright mit dem Begriff „*originality*“ umschreibe. Der Werkbegriff des § 69a UrhG unterscheide sich von der allgemeinen Regelung in § 2 Abs. 2 UrhG dadurch, dass Computerprogrammenschutz bereits dann entstehe, wenn eine Software nicht bloß kopiert wurde und bei der Herstellung ein Mindestmaß an Können und Mühen aufgewendet wurde<sup>441</sup>. Die Vorgabe des Art. 1 Abs. 3 der Computerprogramm-Richtlinie habe die Mitgliedsstaaten verpflichtet, sich in Bezug auf Software vom kontinentaleuropäischen Urheberrechtsverständnis abzuwenden.

Auch der Ursprung dieser Diskussion ist im unterschiedlichen Verständnis vom Wesen des deutschen Urheberrechts und, darauf basierend, in der unterschiedlichen Auffassung vom Individualitätsbegriff zu suchen. So ähnelt die rein werkbezogene Sicht, die ja alle Werkarten betrifft, weit gehend dem angloamerikanischen Verständnis vom Werkbegriff<sup>442</sup>. Somit ist es nur konsequent, Sinn und Zweck der abweichenden Formulierung in § 69a Abs. 3 UrhG allein in einem Hinweis auf die Gestaltungshöhe zu sehen. Entnimmt man dagegen dem herkömmlichen Werkbegriff persönlich-individuelle Komponenten, lässt der Austausch des Wortes „persönlich“ gegen das Wort „eigene“ auf eine (auch) inhaltliche Rechtsänderung schließen.

Aus der hier aufgezeigten Interpretation des Werkbegriffs folgt, dass der allgemeine Werkbegriff sich von der für Computerprogramme geltenden Werkdefinition wesensmäßig unterscheidet. Dies zeigt sich jedenfalls an § 69a Abs. 3 Satz 2 UrhG, nach dem zur Bestimmung der Schutzfähigkeit keine anderen Kriterien anzuwenden sind, als nach Satz 1 vorgegeben. Das Computerprogramm ist stets dann geschützt, wenn es eine eigene geistige Schöpfung darstellt<sup>443</sup>.

programmen bestehe. Dies sei erforderlich, da durch die Verwendung der Formulierung „eigene geistige Schöpfung“ im Sinne des Harmonisierungszwecks der Richtlinie klargestellt würde, dass die Schutzuntergrenze bei dieser Werkart sehr niedrig anzusetzen sei, vgl. UFI-TA 123 (1993), S. 182 (184).

440 *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 105 (dort Fn. 234), v. a. S. 123 f., der von einem Bruch der kontinentaleuropäischen Staaten mit ihrem Urheberrechtsverständnis ausgeht.

441 Vgl. *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 125 f.

442 Näher zum Werkbegriff im Copyright, unten, Kapitel 3, Punkt III.A).

443 Die allgemeinen Merkmale der Schöpfung, der Geistigkeit und der Formgebung entsprechen hier der Interpretation von § 2 Abs. 2 UrhG, siehe *Dreier/Schulze-Dreier*, § 69a, Rdnr. 26. Neben dem Umstand, dass das Programm dem eigenen Schaffen entstammen muss, also nicht lediglich kopiert sein darf, sind keine weiteren Anforderungen zu stellen. Die Anwendung persönlich-individueller Tatbestandsmerkmale verbietet sich bei Computerprogrammen mit-hin.

Damit wird deutlich, dass das Wesen des urheberrechtlich geschützten Computerprogramms sich von dem anderer Werkarten grundlegend unterscheidet und anderen Anforderungen untersteht<sup>444</sup>. Dies hat – abgesehen von einer bei Einführung der Regelung möglicherweise obligatorischen Umsetzungsverpflichtung – auch gute Gründe. So trifft der dem deutschen Werkbegriff zugrunde liegende Gedanke, dass der Urheber zum Werk persönliche Beziehungen hegt, in Bezug auf Computerprogramme besonders hier kaum zu. Der Schutz von Computerprogrammen ist ein pragmatisches Instrument, dem idealisierende Aspekte noch ferner stehen als anderen modernen Werkformen<sup>445</sup>. Daher lag es wesentlich näher sich im Rahmen einer europäischen Harmonisierung des Softwareschutzes, an das englische Verständnis vom Schutzgegenstand des Urheberrechts anzunähern, als den unpassenden deutschen Individualitätsbegriff aufzugreifen.

Anders als bei der nahezu wortgleichen Umsetzung der Software-Richtlinie wurde die Datenbank-Richtlinie<sup>446</sup> nur teilweise in das Urheberrechtsgesetz implementiert. Gleiches gilt für die Schutzdauer-Richtlinie<sup>447</sup>. Beide europäischen Legislativakte enthielten Vorschriften zum Werkbegriff<sup>448</sup> mit gleichem Inhalt wie die Computerprogramm-Richtlinie. In beiden Fällen hat sich der deutsche Gesetzgeber entschieden, die entsprechenden Regelungen nicht umzusetzen. Es bleibt damit in Bezug auf diese Schutzgegenstände bei dem Erfordernis einer persönlichen geistigen Schöpfung.

Allerdings kann kaum angenommen werden, dass der Trend, den die Europäische Gesetzgebung mit der Computerprogramm-Richtlinie aufgenommen und den sie in der Formulierung des Art. 3 Datenbank-Richtlinie bestätigt hat<sup>449</sup>, vom deutschen Gesetzgeber nunmehr boykottiert werden soll<sup>450</sup>. Hierauf wird unten noch näher einzugehen sein.

444 So auch *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 126; a. A. *Lehmann* in Computerprogramme II, S. 8, Rdnr. 5.

445 Siehe hierzu Teil 2, Punkt II) *passim*.

446 Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, Abl. EG Nr. L 77 vom 27.03.1996, S. 20 = GRUR Int. 1996, S. 806.

447 Richtlinie 93/98 des Rates vom 29.10.1993 zur Harmonisierung des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, Abl. EG Nr. 290 vom 24.11.1993, S. 9 = GRUR Int. 1994, S. 141.

448 Vgl. Art. 6 Schutzdauer-Richtlinie zu Lichtbildwerken und Art. 3 Abs. 1 Datenbank-Richtlinie.

449 Man kann angesichts der eindeutigen Tendenz von der Entwicklung zu einem „europäischen Werkbegriff“ sprechen. So auch *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 124; *Leistner*, 68 ff.

450 Schließlich wird auch in der Begründung zum IuKDG (BT-Drcks. 13/734, S. 43), durch dessen Art. 7 die Datenbank-Richtlinie umgesetzt wurde, betont, dass es nicht Ziel der Nichtumsetzung der europäischen Formel zum Werkbegriff sei, von den europäischen Vorgaben abzuweichen.

Es ist daher davon auszugehen, dass auch ohne gesetzliche Klarstellung Datenbankwerke einem neuen Werkbegriff unterliegen sollen, der nur noch eine eigene, also nicht von anderen übernommene, geistige Schöpfung erfordert und somit weder persönliche Züge im Werk i.S.d. Prägetheorie voraussetzt, noch eine besondere Gestaltungshöhe, etwa im Sinne eines „deutlichen Überragens“ von der Durchschnittsgestaltung.

## C) Die Interessenlage im Urheberrecht und deren Regulierung durch die Schutzrecht- Schrankensystematik und das Urhebervertragsrecht

### 1) Die Ausgleichsfunktion des Urheberrechts

Die Interessenlage an Geistesschöpfungen ist überaus vielschichtig und der Gesetzgeber ist gehalten, dem durch die Ausgestaltung des Urheberrechtsgesetzes<sup>451</sup> angemessen Rechnung zu tragen. Die aus dem Urheberrecht fließenden und an der Nutzung der Schöpfung bestehenden Interessen fallen zumeist in den Schutzbereich verfassungsrechtlich geschützter Güter<sup>452</sup>. So stellen die ideellen Belange des Urhebers einen Ausschnitt seiner Grundrechte auf Menschenwürde und freie Entfaltung der Persönlichkeit dar, die durch Art. 2 Abs. 1 und 1 Abs. 1 GG garantiert werden<sup>453</sup>. Die vermögensrechtliche Komponente des Urheberrechts, also die Verwertungsbefugnis, fällt unter die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG<sup>454</sup> und wird somit durch den Grundsatz der Sozialbindung des Eigentums in Art. 14 Abs. 2 GG beschränkt<sup>455</sup>. Nach Art 14 Abs. 1 Satz 2 GG ist der Gesetzgeber gehalten, das (Eigentums-)Recht am Werk auszugestalten. Hierbei sind die Belange des Gemeinwohls zu berücksichtigen (Art. 14 Abs. 2 GG)<sup>456</sup>. Folglich wirkt der Schutz des Urheberrechts nicht ab-

451 *Schack*, MMR 2000, S. 59 (62); BGHZ 17, S. 266 (278) – Grundig Reporter.

452 Siehe unten Kapitel 2.

453 *Rehbinder*, Rdnr. 135. Vgl. näheres hierzu unten, Kapitel 2.

454 Siehe etwa BVerfGE 31, S. 229 (239) = GRUR 1972, S. 481 (483) – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 31, S. 248 (251) = GRUR 1972, S. 485 (486) – Bibliotheksgroschen; BVerfGE 31, S. 270 (272) = GRUR 1972, S. 487 (487) – Schulfunksendungen; BVerfGE 49, S. 382 (392) = GRUR 1980, S. 44 (46) – Kirchenmusik; BVerfGE 79, S. 29 (40) = GRUR 1989, S. 193 (196) – Vollzugsanstalten. Vgl. hierzu auch *Oekonomides* in FS *Ulmer*, S. 25 (28 f.).

455 Das künstlerische Schaffen betrifft daneben auch den Schutzbereich anderer Grundrechte, wie der Meinungsfreiheit und der Freiheit von Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre gemäß Art. 5 Abs. 1 und 3 GG.

456 *Dreier/Schulze*, Einleitung, Rdnr. 39.

solut. Er unterliegt unterschiedlichen Beschränkungen, um seiner Ausgleichsfunktion Genüge zu tun.

Da die unterschiedlichen – durch das Urheberrecht betroffenen – Interessen bei der Frage, ob das Schutzrecht seinen Anforderungen (noch) gerecht wird, wesentlich sind, sollen diese im Folgenden näher beleuchtet werden. Da eine umfassende Untersuchung dieses komplexen Gefüges hier nicht möglich ist, beschränken sich die Ausführungen über die Interessenlage auf die materiellen Interessen der Rechtsinhaber sowie die Nutzungsinteressen der Konsumenten bzw. der Endnutzer<sup>457</sup>. Möglicherweise vorhandene ideelle Interessen sollen dagegen vernachlässigt werden, wobei nicht verkannt wird, dass auch die hiermit zusammenhängenden Schutzrechte mit den Interessen von Verwertern und Nutzern (u. U. erheblich) kollidieren können.

## 2) Konzeption und Ausgestaltung der Ausgleichsinstrumentarien im geltenden Urheberrecht

Der Herstellung eines Ausgleichs der widerstreitenden, durch das Urheberrecht berührten Interessen dienen einerseits die Schutzrecht-Schrankensystematik und andererseits das Urhebervertragsrecht. Die Konzeption beider Regelungsbereiche ist sichtlich primär an den Belangen des Urhebers, des *homo creator*, ausgerichtet<sup>458</sup>. Diese Grundzielsetzung erklärt auch die weiteren wesentlichen Ausgestaltungsmerkmale des Urheberrechtsgesetzes, wie etwa das Schöpferprinzip, die Gewähr weit reichender Ausschließlichkeitsrechte, die Unübertragbarkeit des Urheberrechts und das monistische Prinzip. § 11 Satz 1 UrhG drückt dies deutlich aus: „Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen und in der Nutzung des Werkes“. Diese einseitige Ausrichtung der gesetzlichen Regelungen spiegelt die Grundwertung, von der der Gesetzgeber bei Abfassung des Gesetzes ausgegangen ist, deutlich wider: zu schützen sind vor allem die Interessen der Urheber.

457 Genau genommen ist der Begriff „Konsument“ für Nutzer von urheberrechtlichen Werken nicht korrekt. Dieser leitet sich von dem lateinischen Wort „*consumere*“, also „verbrauchen“, ab; allerdings werden urheberrechtliche Werke im Zuge der Nutzung eben gerade nicht verbraucht. Da der allgemeine Begriff des Nutzers indes zu weit gehend ist, um die mit dem Begriff des Konsumenten angesprochene Nutzergruppe konkret zu identifizieren, und der Begriff „End-Nutzer“ allzu sperrig erscheint, soll vorliegend dennoch von Konsumenten die Rede sein. Hierfür spricht auch, dass dieser in der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung etabliert ist (auch beispielsweise Hilty in *Ohly/Klippel*, S. 107 ff. spricht von den Konsumenten als der dritten vom Urheberrecht zu berücksichtigenden Interessengruppe).

458 Hilty, ZUM 2003, S. 983 (986).

### 3) Durch das Urheberrecht betroffene Interessengruppen

Die monopolare Ausrichtung des Gesetzeswortlauts auf den Urheber darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Urheberrecht auch andere Interessengruppen tangiert, die zum Teil erheblich auch in ihren Grundrechten betroffen sind. Dies sind einerseits die Nutzer (besser: die Konsumenten<sup>459</sup>) und andererseits die Verwerter<sup>460</sup>.

Durch die Ausgleichsinstrumentarien des Urheberrechts werden im Wesentlichen nur Zwei-Parteien-Verhältnisse abgebildet, wie sie in klassischen Verwertungsszenarien, ähnlich der folgenden Beispielsfälle, auftreten.

Beispiele für klassische Verwertungsszenarien:

(1) Der Urheber schreibt eine Kurzgeschichte, verlegt diese im Selbstverlag und verkauft sie in Buchform an den Endverbraucher (betroffene Interessengruppen: Urheber – Konsument).

(2) Der Urheber schreibt eine Kurzgeschichte und räumt die Verwertungsrechte einem Verlag ein (betroffene Interessengruppen: Urheber – Verwerter).

(3) Der Verlag bringt die Kurzgeschichte in Buchform in Verkehr (betroffene Interessengruppen: Verwerter – Konsument).

(4) Der Verlag verkauft die Rechte an der Kurzgeschichte an einen anderen Verlag (betroffene Interessengruppen: Verwerter – Verwerter).

Untersucht man das Urheberrechtsgesetz im Hinblick auf Normen, in denen die vorgenannten Interessenkollisionen einem Ausgleich zugeführt werden, fällt auf, dass das Gesetz nur auf die Konstellationen 1 und 2 eingeht. Durch die Ausschließlichkeitsrechte wird der Urheber vor einer ungenehmigten Nutzung von Verwertern und Konsumenten durch das Urhebertvertragsrecht vor einer Übervorteilung bei dem Abschluss von Nutzungsrechtsverträgen (insbesondere mit Verwertern) geschützt. Absolute Rechtspositionen, die originär dem Schutz des Verwerter (etwa vor den Urhebern, Konsumenten oder anderen Verwertern) dienen, enthält das Urheberrechts-

459 Der Begriff „Nutzer“ erscheint im Rahmen der Differenzierung urheberrechtlicher Interessengruppen nicht trennscharf. Nutzer sind diejenigen, die ein Werk verwenden, ohne Urheber zu sein. Nutzer sind also sowohl die Rezipienten (oder Konsumenten) als auch die Werkverwerter. Es werden daher im Folgenden die Begriffe Konsumenten und Verwerter verwendet, auch wenn der Bedeutungsgehalt des Begriffs Konsument an sich auf Werknutzer nicht unmittelbar zutrifft (s. o., Fn. 457).

460 Die Verwerter sind keine Urheber, sie haben mit dem kreativen Schaffen unmittelbar auch nichts zu tun (so auch *Hilty in Ohly/Klippel* (Hrsg.), S. 107 (113)). Man könnte sie auch als Produzenten bezeichnen, da sie die geschützten Werke so aufbereiten, dass sie wahrnehmbar werden (z. B. durch die Realisierung einer Tonträgeraufnahme) und das Endergebnis „verwerten“, also hiermit Geschäfte machen.



gesetz – außer im Rahmen der Leistungsschutzrechte – nicht<sup>461</sup>. Die Verwerter werden auf einen derivativen Erwerb von urheberrechtlichen Schutzpositionen verwiesen<sup>462</sup>. Eine Anerkennung als selbständige Interessengruppe lässt sich den urheberrechtlichen Regelungen nicht entnehmen.

Vor dem Hintergrund des naturrechtlich geprägten Begründungsansatzes und beisehen des vom historischen Urheberrechtsgesetzgeber vorausgesetzten Regelfalls, in dem der verwertende Rechtsinhaber mit dem Schöpfer identisch ist, mag diese Konstruktion einleuchten. Immerhin ist der Schöpfer hiernach in seiner persönlichen Verbundenheit zum Werk zu schützen. Auch trägt er in dieser Konstellation das alleinige zeitliche, persönliche und wirtschaftliche Risiko bei Werkerzeugung und -verwertung<sup>463</sup>.

Betrachtet man das Regelungskonzept jedoch vor dem Hintergrund der tatsächlichen Umstände der kulturindustriellen Massenproduktion und -verwertung und analysiert die Motivationslage des Gesetzgebers, wird deutlich, dass die praktisch wichtigsten Interessenskonflikte an anderer Stelle zu suchen sind. Auch die konkrete Ausgestaltung des Urheberrechtsgesetzes und dessen Novellen lassen sich immer weniger allein oder auch nur vorrangig mit einem Konflikt zwischen dem Urheber und den Konsumenten erklären<sup>464</sup>. Wenn der vom Urheberrecht geregelte Interessenskonflikt sich überhaupt jemals auf ein solch bipolares Spannungsverhältnis beschränkt haben sollte (was durchaus zweifelhaft ist), trifft das jedenfalls heutzutage nicht mehr zu<sup>465</sup>.

Vielmehr zeigt sich zum einen, dass die Verwerter im Rahmen des urheberrechtlichen Interessensausgleichs mittlerweile eine vorherrschende Rolle einnehmen. Es ist daher – zumindest – von einem tripolaren Interessenskonflikt auszugehen. Zum anderen wird bei näherem Hinsehen schnell deutlich, dass deren Interessen keineswegs pauschal mit denen der Urheber gleichgesetzt werden können. Vielmehr sind die drei maßgeblichen Interessengruppen (Urheber, Verwerter, Konsumenten) schon in sich überaus inhomogen, es ist häufig nicht einmal möglich, die Beteiligten nur einer der genannten Gruppen zuzuordnen<sup>466</sup>. Diese Konvergenz der Interessen er-

461 Allein einige vertragsrechtliche Bestimmungen, z. B. die §§ 39 Abs. 2, 69b, 88-90 UrhG oder § 8 VerlG dienen dem Schutz des Verwerter vor dem Urheber.

462 Dies ergibt sich aus dem Schöpferprinzip (§ 7 UrhG) und dem Grundsatz der Unübertragbarkeit des Urheberrechts (§ 29 Abs. 1 UrhG).

463 *Schack*, Rdnr. 10; *Rehbinder*, Rdnr. 73.

464 So auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (992); ders. in *Ohly/Klippel*, S. 107 (113 ff.).

465 *Hilty*, in *Ohly/Klippel*, S. 107 (113 ff.).

466 Dies ist u. a. darauf zurückzuführen, dass Konsumenten durch moderne technische Mittel, v. a. Online-Technologien, zunehmend zu Urhebern, aber auch zu Verwertern werden. Gerade das „Web 2.0“ ermöglicht es mit bislang ungekannt leicht zu handhabenden Mitteln den in analogen Vorzeiten zur Passivität verdamnten Endnutzern, selbst kreativ tätig zu werden und ihre kreativen Errungenschaften selbst zu verwerten. Auf diese Weise wird aus dem Nutzer ein Urheber und aus dem Urheber ein Verwerter. Dies ist heutzutage keineswegs eine Rand-

schwert es erheblich, Belange einzelner Betroffener isoliert zu bewerten<sup>467</sup>. Hinzu kommt, dass die Rechte am Werk seit eh und je in den weitaus meisten Konstellationen nicht vom Urheber selbst, sondern von einem Verwerter ausgeübt werden<sup>468</sup>. Die urheberrechtlichen Instrumentarien gehen mithin von einem Standardfall aus, der derzeit eher die Ausnahme ist<sup>469</sup>. Dies gibt Anlass, die gesetzlichen Mechanismen anhand der tatsächlichen Situation auf ihre Aktualität zu untersuchen.

Die Belange am Urheberrechtsschutz in jeder Facette darzustellen, scheint indes kaum möglich<sup>470</sup>. Selbst wenn man sich auf die schutzwürdigen Interessen beschränken würde<sup>471</sup>, wären diese doch so vielfältig, dass eine umfassende Untersuchung jeglichen Rahmen sprengen würde. Denn jedes Mitglied einer der drei Interessengruppen kann unterschiedliche Ziele verfolgen, wodurch eigenständige, u. U. sogar rein individuell zutreffende Anforderungen an die urheberrechtliche Ausgestaltung entstehen können.

Die folgenden Ausführungen sollen sich daher darauf beschränken, die generellen Interessen der jeweiligen Gruppe im Regelfall – also in typischen Verwertungskonstellationen – darzustellen und zu überprüfen, ob und wie dies im geltenden Recht

erscheinung mehr, sondern der – wahrscheinlich vorherrschende – Ausdruck der modernen „Informationsgesellschaft“.

467 Durch die zunehmende Erstreckung des urheberrechtlichen Schutzbereichs auf Schutzgüter der kleinen Münze (siehe hierzu eingehend Teil 2, Punkte II.) und III.) und die Fortentwicklung von (v. a. digitalen) Technologien, die den Menschen bei der Schöpfungsleistung erheblich unterstützen, spielen besondere Fähigkeiten, besonderes Wissen oder Kreativität des Schöpfers für den Urheberrechtsschutz in manchen Bereichen eine zunehmend untergeordnete Rolle. Es ist daher zu beobachten, dass die ehemals klar zu unterscheidenden Interessengruppen der Urheber (z. B. Künstler, Autoren und Wissenschaftler) und der Nutzer sich einer trennscharfen Abgrenzung mehr und mehr entziehen. Unter Einsatz digitaler Technik kann angesichts der geringen Schutzvoraussetzungen nahezu jeder geschützte Werke hervorbringen und anbieten (was sich an der Vielfalt der im Internet erhältlichen Geistesschöpfungen deutlich zeigt). Damit zeichnet sich auch eine Konvergenz zwischen den ehemals trennbaren Gruppen der Anbieter und der Rezipienten ab. Durch Online-Technologien wird die Grundlage für moderne, kostengünstige und aufwandsoptimierte Distributionsformen geschaffen, derer sich auch Laien bedienen können. Dieser Umstand verkompliziert eine dezidierte Untersuchung der unterschiedlichen Interessen und -gruppen erheblich.

468 *Dreier/Schulze-Schulze*, vor § 31, Rdnr. 1; *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (992). Es wird sich herausstellen müssen, ob und inwieweit diese Tradition durch das „Web 2.0“ aufgebrochen wird und sich die klassischen Verwertungsketten auf breiter Basis verändern. Die Entwicklung ist diesbezüglich sehr im Fluss, wie man an den Veränderungen etwa in der Musikindustrie oder dem Journalismus deutlich sehen kann.

469 Siehe hierzu eine Studie über die Beschäftigungsverhältnisse in den kreativen Berufen (*Hummel* 2000, S. 6) und eingehend unten, Fn. 1517.

470 Siehe eingehend *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 ff.

471 Was hieße, etwa das Interesse an einer ungehinderten wirtschaftlichen Nutzung fremder Werke zum eigenen materiellen Vorteil und ohne eigene Investitionen in die Erstellungsleistung (sog. „Trittbrettfahrer“, vgl. *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (990)) außer Acht zu lassen.

Berücksichtigung findet. Die Darstellung der einzelnen Gesichtspunkte ist damit weder abschließend, noch ist anzunehmen, dass jedes Interesse in jedem Einzelfall auch bestehen wird. Ebenso wenig werden die aufgeführten Belange im Folgenden auf ihre Schutzwürdigkeit überprüft, im Einzelnen gewichtet, gegeneinander abgewogen oder verfassungsrechtlich eingeordnet. Hierauf wird zum Teil an anderer Stelle eingegangen<sup>472</sup>.

#### a) Die Interessen der Urheber

Der Urheber hat im Regelfall eine Doppelstellung inne, aus der sich zwei unterschiedliche Anforderungen an den Urheberrechtsschutz, ergeben. Primär ist er der kreative Schöpfer, der im Rahmen seiner Arbeit darauf angewiesen ist, auf den Leistungen anderer aufzubauen, von diesen zu lernen, sich inspirieren zu lassen, sich mit diesen auseinander zu setzen und auch fremde Leistungsergebnisse ganz oder teilweise zu übernehmen. Sekundär ist der Urheber zumeist aber auch Verwerter, der an den wirtschaftlichen Erträgen seiner Errungenschaften partizipieren und sein Werk – auf welche Weise auch immer – vermarkten will. Um diesen Unterschied zu verdeutlichen, soll nachfolgend zwischen den Schutzinteressen im Schaffens- und denen im Verwertungsbereich unterschieden werden.

#### aa) Die Schutzinteressen des Urhebers im Schaffensbereich

Im Rahmen seiner kreativen Arbeit wird der Urheber durch die Schutzrechte Dritter, u. U. sogar seine eigenen Schutzrechte, behindert<sup>473</sup>. Um in seiner schöpferischen Entfaltungsfreiheit nicht über Gebühr beschränkt zu werden, ist er darauf angewiesen, auf einen möglichst umfangreichen, frei zugänglichen Inhalts- und Formenschatz zugreifen zu können. Mit anderen Worten: Der Urheber hat, jedenfalls in Bezug auf das vorbestehende Werkschaffen, einerseits ein Interesse an einer hohen Schutzuntergrenze und andererseits an einem geringen Schutzzumfang. Diesem Interesse steht ein starkes, weit reichendes und mit geringer Zugangsschwelle versehenes Urheberrecht entgegen<sup>474</sup>. Sinkt die Schutzuntergrenze, schwindet gleichermaßen der Spielraum, geistigen Inhalten und Ideen eine individuelle Gestalt zu verleihen

472 Eine verfassungsrechtliche Untersuchung erfolgt unten in Kapitel 2.

473 Die Rechte an seinem eigenen Werk können den Urheber z. B. dann behindern, wenn er einen Inhalt zum zweiten Mal gestalten, etwa einen weiteren Roman über das gleich Thema schreiben, will, er aber an seinem ersten Werk einem Dritten (hier etwa einem Verlag) exklusive, umfassende Nutzungsrechte eingeräumt hat.

474 So auch *Dreier/Schulze-Schulze*, § 24, Rdnr. 1.

hen. Wird der Schutzzumfang ausgedehnt, beschränkt dies den Urheber in seinen Möglichkeiten, sich an vorbestehende Geistesgüter anzulehnen.

Das Urheberrecht bedient sich bei der Regulierung der beiden Spannungsfelder des Werkbegriffs (Individualität, Gestaltungshöhe), der Abgrenzung von abhängigen (Bearbeitungen) und eigenständigen Schöpfungen (freie Benutzung)<sup>475</sup> sowie der Ausgestaltung der Schrankenregelungen (z. B. des Zitatrechts). Sämtliche Regelungaspekte müssen ausgewogen ausgestaltet und gehandhabt werden, um den Urheber im Schaffensbereich nicht übermäßig zu beeinträchtigen.

Auf der anderen Seite hat der Urheber im Schaffensbereich in Bezug auf seine eigene Schöpfung aber auch ein Interesse an einem leicht zu erlangenden Schutz, also an einer nicht zu hoch angesetzten Schutzuntergrenze und einem formlosen Rechts-erwerb. Dieses Interesse strahlt zudem auch auf den Verwertungsbereich aus. Die Erlangung des eigenen Rechts dient dem Urheber möglicherweise als Anreiz, Werke zu schaffen, da es die Voraussetzungen für eine unmittelbare Realisierung des wirtschaftlichen Wertes seiner Schöpfung darstellt und zudem einen Schutz seiner ideellen Interessen am Werk zur Folge hat.

#### bb) Die Schutzinteressen des Urhebers im Verwertungsbereich

Die Interessen des Schöpfers im Verwertungsbereich sind schon auf grundsätzlicher Ebene vielfältiger. Seine Anforderungen an die Ausgestaltung des Urheberrechtsschutzes hängen von verschiedenen Faktoren ab. Hierzu zählt insbesondere, ob und in welcher Form ein rechtliches Beziehungsgeflecht zwischen dem Urheber und einem Dritten (im Zweifel einem Verwerter) besteht, im Rahmen dessen der Schöpfungsakt erbracht wird, und die Position des Urhebers in der Verwertungskette.

Um die unterschiedlichen Interessen der Urheber im Verwertungsbereich zu untersuchen, sollen im Folgenden vier Fallgruppen typischer Verwertungskonstellationen, an denen der Urheber beteiligt ist, unterschieden werden<sup>476</sup>:

1. Abhängige Arbeitnehmerwerke, die ein angestellter Urheber im Rahmen seiner arbeits- oder dienstvertraglichen Pflichten schafft;
2. Auftragswerke;
3. Freie Werke, die der Urheber schafft und zur Verwertung einem Werkmittler überlässt;
4. Freie Werke, die der Urheber selbst verwertet.

475 Siehe zu diesem Konfliktbereich im Einzelnen unten, Teil 2, Punkt IV.B.1).

476 Eine im Ergebnis zumindest ähnliche Unterscheidung nimmt *Dreier in Klumpp* et al. (Hrsg.), S. 261 (265 ff.) bei seiner Untersuchung urheberrechtlicher Anreize für die Erbringung von Innovationen vor.

Verwerter ist der Urheber – bei einem weiten Verständnis von diesem Begriff – in all diesen Fällen, da den jeweils ihm gegenüberstehenden Dritten (Arbeit-, Auftraggeber, Verwerter, Konsument) eine Nutzung des Werkes nur aufgrund derivativen Nutzungsrechtserwerbs (oder u. U. gesetzlicher Lizenzen) gestattet ist. Die Konstellation 4 unterscheidet sich von den anderen Fällen allerdings dadurch, dass der Urheber sein Werk selbst auf den Markt, genauer: an den Endverbraucher, bringt.

#### (1) Konstellation 1 und 2: Pflichtwerke angestellter Urheber und Auftragswerke

Die beiden ersten Konstellationen gleichen sich insoweit, als der Urheber das Werk für einen anderen erstellt, mit dem er vor der Werkschöpfung bereits in einer vertraglichen Verbindung stand. Dieser andere nimmt dann die (weitere) Verwertung des Werkes vor, im Regelfall ist der Urheber aufgrund eines *buy-out*-Vertrages auf der Basis einer einmaligen Pauschalvergütung hieran nicht mehr beteiligt<sup>477</sup>. Da der Urheber das Werk nicht selbst auf den Markt bringt, ist für ihn die Reichweite des Schutzrechts, z. B. der Schutz vor Nachschaffungen oder die Ausgestaltung der Schrankenvorschriften, allenfalls von sekundärem Interesse<sup>478</sup>. Nur bei einer ausnahmsweise erfolgsabhängigen Ausgestaltung seiner Beteiligung an der Werkverwertung werden seine Belange hierdurch nennenswert berührt<sup>479</sup>.

Die Interessen des Urhebers werden in diesen Konstellationen mithin nicht durch die Ausgestaltung des Schutzrechts, sondern durch die des Urhebervertragsrechts geschützt<sup>480</sup>. Dieses basiert auf der Grundannahme dass sich der Urheber gegenüber dem Verwerter zumeist in einer schwachen Verhandlungsposition befindet; eine Annahme, die bis heute in den weitaus meisten Konstellationen zutreffen dürfte<sup>481</sup>.

477 Zur Zulässigkeit eines solchen vgl. die Nachweise bei *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (1003), Fn. 107.

478 Ob sich die Reichweite des Schutzrechts in solchen Konstellationen überhaupt auf die Interessen des Urhebers an wirtschaftlicher Partizipation auswirkt, hängt von der Frage ab, ob die dem Urheber vom Arbeit- oder Auftraggeber gezahlte Vergütung hiervon abhängt. Erfahrungswerte darüber, ob ein weniger starkes Recht tatsächlich zu einer geringeren Gegenleistung für den *buy-out* der Nutzungsrechte führen würde, liegen indes nicht vor. Angesichts der üblicherweise schwachen Verhandlungsposition des Urhebers gegenüber seinem Vertragspartner (siehe hierzu sogleich), muss dies bezweifelt werden.

479 So auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (986 und 1003).

480 Hinzu tritt das Interesse des Urhebers an hoher Bekanntheit, der Erlangung von Renommee (*Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (1003)). Dies wird durch das Namensnennungsrecht gem. § 13 UrhG geschützt.

481 Seltene Ausnahmen mögen bestehen, wenn sich ein Urheber großer Popularität oder einem herausragenden Renommee erfreut, vgl. such *Rehbinder*, RdNr. 75.

Das Urhebervertragsrecht trägt dem Rechnung, indem es dem Urheber z. B.<sup>482</sup> einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung zubilligt<sup>483</sup>, ihn vor Verfügungen schützt, die er nicht gewollt hat<sup>484</sup> oder deren Reichweite er nicht absehen konnte<sup>485</sup> und auch in Arbeitsverhältnissen die allgemeinen urhebervertragsrechtlichen Normen für anwendbar erklärt<sup>486</sup>. Die genannten Schutznormen dienen in erster Linie dem Alimentations-, daneben aber auch dem Amortisierungsinteresse des Urhebers (siehe hierzu sogleich unter Punkt (2)). Die Schutzintention des Urhebervertragsrechts bedingt angesichts der Verhandlungsdisparität zwischen den üblicherweise sich gegenüberstehenden Vertragsparteien, dass die Dispositionsfreiheit im Bereich urheberrechtlicher Lizenzverträge erheblich eingeschränkt ist. Insoweit ähneln die Regelungen des Urhebervertragsrechts bestimmten Bereichen des Zivilrechts in denen, wie z. B. im Arbeits-, Minderjährigen- oder Verbraucherschutzrecht, bestimmte Personengruppen besonderen Schutz vor vertraglicher Übervorteilung – oder gar sich selbst – erfahren.

In den Konstellationen 1 und 2 decken sich die Anforderungen des Urhebers an die Ausgestaltung des Urheber- bzw. Urhebervertragsrechts weit gehend<sup>487</sup>. Er hat ein Interesse daran, bei den Vertragsverhandlungen nicht übervorteilt und in der Verhandlungssituation vom Gesetz unterstützt zu werden. Einzig die Umstände des Vertragsschlusses (Arbeitsvertrag in dem einen, Werk- und/oder Lizenzvertrag im anderen Falle) und das durch diesen begründete Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Parteien mögen u. U. partiell abweichende Interessen begründen, die hier nicht näher erörtert werden sollen.

482 An dieser Stelle könnten noch viele andere Schutznormen aus dem Urhebervertragsrecht (im weiteren Sinne) und anderen Regelwerken genannt werden. Zu den urheberschützenden Vorschriften zählt z. B. auch das Übertragungsverbot in § 29 Abs. 1 UrhG; die Verzicht- und Abtretungsverbote in Bezug auf Vergütungsansprüche (siehe etwa §§ 32 Abs. 3, S. 1; 32a Abs. 3, S. 1; 63a UrhG) und auch die Bereichsausnahme in § 30 GWB, die es den Urhebern entgegen des Kartellverbots in § 1 GWB erlaubt, sich zu Verwertungsgesellschaften zusammenzuschließen, um ihre Rechte effektiver auszuüben.

483 Vgl. § 32 UrhG.

484 Vgl. den sog. Zweckübertragungsgrundsatz in § 31 Abs. 5 UrhG, aus dem gefolgert wird, dass das Urheberrecht die Tendenz habe, soweit wie möglich beim Urheber zurückzubleiben, vgl. Dreier/Schulze-Schulze, § 31, Rdnr. 110 m. w. Nachw. Bei Unklarheiten über die Reichweite der vertraglich vereinbarten Rechtsübertragung gilt somit der Grundsatz „*in dubio pro auctore*“.

485 Vgl. die neuen §§ 31a, 32c UrhG, die zum 1.1.2008 den alten § 31 Abs. 4 UrhG ersetzt haben und nach denen der Urheber die Verwendung seines Werkes in neuen Nutzungsarten entweder über ein Widerrufsrecht verhindern oder hierfür eine Vergütung geltend machen kann. Vgl. weiterhin § 40 UrhG, der für Verträge über künftige Werke die Schriftform anordnet (Abs. 1 Satz 1) und ein Sonderkündigungsrecht gewährt (Abs. 1 Satz 2).

486 Vgl. § 43 UrhG.

487 Hiervon geht auch § 43 UrhG aus.

## (2) Konstellation 3: Freie Werke, die durch einen Werkmittler verwertet werden

Auch die Konstellation 3 weist aus Sicht der urheberrechtlichen Interessen mit den erstgenannten Fällen maßgebliche Parallelen auf. Begibt sich der Urheber voll umfassend seiner Verwertungsbefugnis gegen eine pauschale Vergütung, ist seinen Interessen vorrangig durch die Ausgestaltung des Urhebervertragsrechts Rechnung zu tragen. Neben das, in den Konstellationen 1 und 2 vorherrschende, Alimentationsinteresse tritt hier jedoch das Amortisierungsinteresse des Urhebers. Schafft er das Werk nicht aufgrund eines Vertrages für einen anderen, hat der Urheber schließlich nicht die Möglichkeit, seine Investitionen vertraglich abzusichern. Er trägt damit das Amortisierungsrisiko zunächst allein<sup>488</sup>, während dieses bei erfolgsunabhängigen vorab vereinbarten Vergütungen allein den Verwerter und bei erfolgsbezogenen Vergütungen Urheber und Verwerter trifft.

Die Sicherung des Investitionsrisikos auf Seiten des Urhebers erfolgt im Rahmen der allgemeinen urhebervertragsrechtlichen Normen, woran sich zeigt, dass der selbst verwertende Urheber nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht die Ausnahme, sondern die Regel ist. Hierfür spricht auch die Tatsache, dass dem Investitionsschutz der Verwerter nur in gewissen Sondersituationen (eben den genannten Konstellationen 1 und 2) durch vertragsrechtliche Bestimmungen Rechnung getragen wird. So werden z. B. durch die §§ 69b<sup>489</sup>, 88 ff.<sup>490</sup> UrhG oder die §§ 2 Abs. 1, 8, 30 f. VerIG<sup>491</sup> die den Interessen des Schöpfers dienenden urhebervertragsrechtlichen Schutznormen abgeschwächt oder präzisiert. Die Sondervorschriften regeln Fälle, in denen Dritte (Arbeitgeber, Produzenten, Verlage) typischerweise ein hohes Investitionsrisiko tragen. Dessen Berücksichtigung rechtfertigt es, die von den urhebervertragsrechtlichen Regelungen betroffenen Interessen anders zu gewichten als in den Regelfällen<sup>492</sup>.

## (3) Konstellation 4: Freie Werke, die der Urheber selbst verwertet

Vertreibt der Urheber sein Werk (ausnahmsweise) selbst auf dem Markt, sind seine Interessen anders gelagert. Er sieht sich hier einerseits dem Verbraucher und andererseits Konkurrenten gegenüber und muss für die Realisierung des wirtschaftlichen Wertes seiner Arbeit selbst Sorge tragen. Insofern hat er ein Interesse an einem star-

488 *Schack*, Rdnr. 10; *Rehbinder*, Rdnr. 73.

489 Diese Norm regelt den gesetzlichen Übergang der Verwertungsbefugnis auf den Arbeitgeber von Softwareprogrammierern.

490 Diese Normen schützen den Filmhersteller in seinen Investitionen (siehe anschaulich v. a. § 90 UrhG).

491 Diese Normen schützen die Interessen des Verlegers.

492 Vgl. zu den § 88 ff. UrhG etwa *Dreier/Schulze-Schulze*, vor §§ 88 ff., Rdnr. 1.

ken Schutzrecht, das ihn in die Lage versetzt, Trittbrettfahrer<sup>493</sup> von der Werkverwertung auszuschließen und ihm eine möglichst umfassende finanzielle Beteiligung an der Nutzung seines Werkes sichert.

Wie gesagt ist das Urheberrechtsgesetz vorrangig auf den Schutz dieses Interesses ausgerichtet. Jedem Urheber eines Geisteswerkes, das die Anforderungen des Werkbegriffs erfüllt, wird durch das Ausschließlichkeitsrecht grundsätzlich die Entscheidung über jegliche wirtschaftliche Auswertung seiner Leistungen zuerkannt<sup>494</sup>; ihm steht ein Verfügungs-, ein Ausschließungsrecht gegenüber jedermann zu. Nur in Ausnahmefällen wird dies zu Gunsten höherrangiger Interessen der Allgemeinheit auf einen bloßen Vergütungsanspruch beschränkt<sup>495</sup> und nur in besonderen Ausnahmekonstellationen entfällt auch dieser Anspruch auf eine wirtschaftliche Partizipation<sup>496</sup>. Diese Regel-Ausnahme-Systematik<sup>497</sup> findet – theoretisch – eine Rechtfertigung in den naturrechtlichen Grundgedanken des Urheberrechts, insbesondere der Theorie vom geistigen Eigentum.

Die Annahme, dass der selbst verlegende Urheber ebenso wie ein Verwerter ein Interesse an einem weit reichenden Ausschließlichkeitsrecht mit möglichst geringen Beschränkungen hat, liegt zunächst nahe. Indes trifft dies nur teilweise zu, die Übereinstimmung der Belange von Urhebern und Verwertern ist auch in solchen Fällen keineswegs absolut<sup>498</sup>.

493 Zum Begriff s. o., Fn. 471.

494 Vgl. *Rehbinder*, Rdnr. 74. Realisiert wird dies durch die offenen Kataloge der Werkarten in § 2 Abs. 2 UrhG und der Verwertungsrechte in § 15 UrhG.

495 Siehe z. B. § 27 Abs. 2 UrhG, der die Ansprüche bei dem Verleih von Werken durch Bibliotheken und ähnliche Organisationen regelt. Der freie Zugang zum Kulturgut und dessen Gebrauch wird den Interessen an einer Kontrolle über den Verleih durch ein Verbotrecht übergeordnet. Ein weiteres Beispiel der Reduzierung der absoluten Urheberrechte auf einen Vergütungsanspruch findet sich in § 49 Abs. 1 S. 2 UrhG, der eine Sondervorschrift für die Verbreitung tagesaktueller Presseartikel enthält. Hier sind es die Informationsinteressen der Öffentlichkeit, die eine Reduzierung der urheberrechtlichen Befugnisse rechtfertigen (vgl. *Fromm/Nordemann-Nordemann*, § 49, Rdnr. 1). Eine weitere, praktisch besonders bedeutende, Schranke findet sich § 53 ff. UrhG, der den privaten und sonstigen eigenen Gebrauch durchervielfältigung vom Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers freistellen. Die Vergütung erfolgt hier mittelbar durch die in §§ 54 ff. UrhG geregelten Reprographie- und Geräteabgaben. Die Vergütungsansprüche werden in diesem System der Höhe nach durch Gesetz festgelegt (siehe § 54 d UrhG i.V.m. der Anlage zum UrhG über die Vergütungshöhe). In der Beschränkung auf einen Vergütungsanspruch wurde bei Einführung des Urheberrechtsgesetzes im Jahre 1965 eine „sanfte Eingriffsform“ gesehen, die der Tatsache Rechnung trage, dass in manchen Fällen nur das Verbot- nicht aber das Vergütungsrecht des Urhebers die Interessen der Allgemeinheit unangemessen belastet.

496 Siehe z. B. § 52 Abs. 1 Satz 3 UrhG. Für bestimmte Zwecke, die im öffentlichen Interesse liegen, entfällt hiernach die generelle Vergütungspflicht für öffentliche Wiedergaben bei Veranstaltungen.

497 Ein solches Prinzip galt auch bereits im LUG und im KUG.

498 So auch mit ausführlicher Begründung *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (1003).



Unterschiede ergeben sich zunächst daraus, dass der Urheber neben einer rein ökonomischen Intention mit der Verwertung auch persönliche, gewissermaßen „mittelbar ökonomische“ Interessen verfolgt. So wird es vielen Urhebern vordringlich darauf ankommen, sich ein Renommee zu verschaffen<sup>499</sup>. Das Primärinteresse liegt dann nicht darin, möglichst hohe Einnahmen mit der Werkverwertung zu erzielen oder gar bestimmte Nutzer vom Zugang oder der Rezeption seines Werkes auszuschließen<sup>500</sup>.

Aus diesem und anderen Gründen können für den Urheber z. B. Einschränkungen seines Verbotsrechts zu Gunsten gesetzlicher Lizenzen, die mit kollektiv wahrgenommenen Pauschalvergütungsansprüchen kompensiert werden, sogar vorteilhafter sein<sup>501</sup>. So kann der selbst verlegende Urheber bei der Vermarktung seines Werkes auf die Hilfe der Verwertungsgesellschaften zurückgreifen, wodurch ein aufwandsarmes Inkasso seiner wirtschaftlichen Beteiligung gewährleistet ist. Hierauf wird der Urheber dann angewiesen sein, wenn ihm – wie so häufig – ein professionelles Vertriebssystem mit den hierfür notwendigen personellen und sonstigen Ressourcen nicht zur Verfügung steht.

Ein Beispiel für die Vorzüge gesetzlicher Lizenzen aus Sicht der Interessen der Urheber ist die Privatkopieschranke in § 53 Abs. 1 UrhG. Obgleich diese das Urheberrecht beschränkt, entstehen dem Schöpfer hieraus Vorteile, in deren Genuss er bei uneingeschränkter Gewähr seiner Abwehrrechte gegen Vervielfältigungen im privaten Bereich nicht kommen würde. So führt § 53 Abs. 1 UrhG und das Modell der mittelbaren Vergütung über die Leermedien- und Geräteabgaben gem. § 54 ff. UrhG (a) zu einer breiteren Streuung seines Schutzgutes; (b) zu einer wirtschaftlichen Partizipation an Nutzungshandlungen, die ansonsten weder verhindert noch wirtschaftlich kompensiert werden könnten<sup>502</sup> und (c) zur Teilnahme an einem für den Urheber unkomplizierten Vergütungserhebungs- und -ausschüttungsverfahren.

(a) Trotz des Verbots einer Weiterverteilung von Privatkopien an die Öffentlichkeit (vgl. § 53 Abs. 6 UrhG) kommt § 53 UrhG eine vor allem aus Sicht der Interessen der Allgemeinheit bedeutende Verteilungsfunktion zu. Diese wird erfüllt, da

499 Dieser Gesichtspunkt kann es durchaus sinnvoll und auch auf längere Sicht lukrativ erscheinen lassen, z. B. bei Erstlingswerken, wirtschaftliche Belange gänzlich zurückzustellen, um durch das kostenlose Angebot eine größere Verbreitung zu erzielen. Besonders im Internet wird diese Methode oft angewendet, was wohl nicht selten eher auf „PR-Aspekte“ als auf die wenig zuverlässigen Abrechnungsmethoden und Zugangsbeschränkungen zurückzuführen sein wird.

500 So auch das BVerfG GRUR 1990, S. 183 (184) – Vermietungsvorbehalt.

501 Gleicher Ansicht wiederum *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (1003).

502 Hiervon geht auch die Bundesregierung nach wie vor aus, vgl. den Regierungsentwurf für ein „Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“, BT-Drcks. 16/1828, S. 19.

Privatkopien *de lege lata* nicht vom eigenen Original angefertigt werden müssen<sup>503</sup> und im privaten Umfeld weitergegeben dürfen<sup>504</sup>, sodass eine Streuung der Privatkopien möglich und rechtmäßig ist<sup>505</sup>.

(b) Die Beschränkung des Verbotsrechts auf einen Anspruch auf angemessene Vergütung bedeutet für den (selbst verlegenden) Urheber im Bereich der privaten Nutzung keinen Nachteil. Er hat kein Interesse daran, Nutzer von der Verwendung seines Werkes auszuschließen, soweit er hieran wirtschaftlich partizipiert<sup>506</sup>. Hat er – wie hier – ohnehin keine Möglichkeit, sein Verbotsrecht effektiv auszuüben und die Nutzer zur Zahlung einer individuellen Nutzungsvergütung zu bewegen<sup>507</sup>, garantiert ihm das mittelbare Vergütungssystem zu einer Beteiligung, die über den Erhalt des Verbotsrechts nicht realisierbar wäre<sup>508</sup>. Würde der Gesetzgeber sein Ausschließlichkeitsrecht nicht beschränken und ein alternatives Kompensationssystem vorsehen, könnte dem Beteiligungsgrundsatz<sup>509</sup> des Urhebers im Bereich der privaten Vervielfältigung nicht Rechnung getragen werden, da ein gleichzeitiges Bestehen von gesetzlichem Vergütungsanspruch und Verbotsrecht in Bezug auf ein Ver-

503 *Fromm/Nordemann-Nordemann*, § 53 UrhG Rdnr. 4; *Schricker/Loewenheim*, § 53 UrhG Rdnr. 11; BGH GRUR 1997, 459 (462) = NJW 1997, 1363 – CB-infobank I; BGH GRUR 1997, 464 (466) = NJW 1997, 1368 – CB-infobank II.

504 Vgl. hierzu *Kreutzer*, GRUR 2001, S. 193 (200).

505 Denkbar ist z. B. der folgende Fall: Ein Nutzer leiht einen Film in der Videothek aus, kopiert sich diesen zweimal, gibt die weitere Kopie an einen Freund weiter, der sich wiederum von der Kopie eine weitere Kopie anfertigt usw. Je nach der verwendeten Vervielfältigungstechnologie, also der Qualität der entstehenden Derivate, kann auf diese Weise eine weite Streuung des Werks erreicht werden, ohne dass weitere „Original“-Vervielfältigungsstücke erworben werden müssen. Dieser Effekt entsteht besonders bei digitalen Kopien, die weitgehend verlustfrei angefertigt werden können, ist aber hierauf nicht beschränkt. Auch bei Vervielfältigungen auf Papier bleibt die Qualität des Originals regelmäßig auch nach mehrfacher Vervielfältigung der ersten und weiteren Kopien erhalten.

506 Ob diese Partizipation an Vervielfältigungshandlungen im privaten Umfeld angemessen und damit für den Urheber befriedigend ist, hängt von der Höhe der Vergütungen und der Verteilungspraxis der Verwertungsgesellschaften ab. Eine unzureichende wirtschaftliche Beteiligung des Urhebers weist daher nicht auf die Nachteiligkeit der gesetzlichen Lizenz an sich, sondern vielmehr auf deren Umsetzung hin.

507 Vgl. nur *Dreier/Schulze-Dreier*, § 53, Rdnr. 1. Die Möglichkeiten, die sich dem Urheber bei einem Einsatz von DRM-Systemen zur Kontrolle und Abrechnung von Nutzungshandlungen im privaten Umfeld ergeben könnten, sind heute noch ungewiss und sollen an dieser Stelle nicht kommentiert werden. Vgl. hierzu unten, Teil 3, Kapitel 3, Punkt III.B) und die weiterführenden Ausführungen und Nachweise in Fn. 1630 und 1631.

508 So auch BVerfG GRUR 1990, S. 183 (184) – Vermietungsvorbehalt.

509 Nach dem durch die Rechtsprechung herausgearbeiteten (vgl. BGHZ 17, 266 (282) – Grundig Reporter) und mittlerweile in § 11 Satz 2 UrhG normierten Beteiligungsgrundsatz ist der Urheber tunlichst an dem wirtschaftlichen Nutzen zu beteiligen, der aus seinem Werk gezogen wird, und zwar bei jeder einzelnen Nutzung des Werkes.

wertungsrecht nicht denkbar ist<sup>510</sup>. Die Beschränkung des Vervielfältigungsrechts dient damit letztlich der Durchsetzung des Beteiligungsgrundsatzes.

(c) Vor diesem Hintergrund beschert die über die § 54 ff. UrhG gewährleistete Beteiligung dem Urheber einen Mehrwert. Dies würde sogar dann gelten, wenn private Nutzungshandlungen kontrollierbar wären. Für den sich selbst vermarktenden Urheber wäre der massenhafte Abschluss individueller Vereinbarungen wegen des hiermit verbundenen Aufwandes im Zweifel nicht realisierbar<sup>511</sup>. Dagegen muss er bei der Partizipation am Vergütungssystem weder die Voraussetzung für seine wirtschaftliche Beteiligung schaffen (etwa Verträge aushandeln und abschließen) noch hierüber selbst abrechnen oder diese einziehen. Der Urheber muss – mit anderen Worten – für die Realisierung seiner wirtschaftlichen Partizipation im Einzelfall nicht Sorge tragen.

Die Erkenntnisse über die Vorzüge des pauschalen Vergütungssystems im Bereich der privaten Vervielfältigung führen zu einem überraschenden Befund: Die Beschränkung des Rechts nebst alternativer Kompensation bietet dem Urheber gegenüber der uneingeschränkten Geltung des Ausschließlichkeitsrechts selbst dann noch mehr Möglichkeiten bei der Durchsetzung seiner Interessen, wenn die gesetz-

510 Pauschalvergütungen stellen stets nur eine Gegenleistung für faktisch mögliche und rechtlich zulässige Vervielfältigungshandlung dar (vgl. den Wortlaut von § 54 Abs. 1 UrhG: die hiernach Vergütungspflichtigen haften auf eine angemessene Vergütung nur „für die durch die Veräußerung der Geräte sowie der Bild- oder Tonträger geschaffene Möglichkeit, solche Vervielfältigungen vorzunehmen.“). Sie können entsprechend nur erhoben werden, wenn die Vornahme von Vervielfältigungen gesetzlich gestattet ist. Dies drückt *Bornkamm* (ZUM 2003, S. 1010) sehr anschaulich aus: „Der vom Gesetzgeber geschaffene Vergütungsanspruch hat im Übrigen noch eine Schattenseite. Er setzt eine entsprechende Kopierfreiheit voraus. Um dem Urheber jedenfalls eine Vergütung für diese Nutzung seiner Werke zukommen zu lassen, muss das, was ohnehin nicht unterbunden werden kann, ausdrücklich erlaubt werden.“ Das Alternativverhältnis von Verbotsrecht und Vergütungsanspruch ist auch dogmatisch zwingend. Nach h.A. ist der im Zusammenhang mit einer gesetzlichen Lizenz gewährte Vergütungsanspruch das „Relikt des jeweiligen Nutzungsrechts“, das durch den Gesetzgeber von vornherein nicht als Verbotsrecht, sondern als schuldrechtlicher Anspruch ausgestaltet ist (vgl. *Dreier/Schulze-Schulze*, § 15, Rdnr. 15; v. *Diemar*, S. 64 f.). Mit anderen Worten: der Vergütungsanspruch ist gegenüber dem Verbotsrecht ein *aliud*, eine dogmatische Alternativkonstruktion. Eine Kumulation von unbeschränktem Ausschließlichkeitsrecht und Vergütungsanspruch ist daher nicht denkbar. Im Übrigen würde dies auch ungerechtfertigte Folgen nach sich ziehen. Eine solche Konstellation hätte unweigerlich Doppelvergütungen für diejenigen Nutzer zur Folge, die ordnungsgemäß Rechte zur privaten Nutzung erwerben. Sie wäre dann verpflichtet, den individualvertraglich vereinbarten Anspruch auf Lizenzgebühren und den Vergütungsanspruch zu erfüllen.

511 Auch ist höchst fraglich, ob die Urheber zukünftig in der Lage sein werden, automatische Systeme zum digitalen Rechtemanagement zu administrieren und hieraus sich ergebende Forderungen zu realisieren. Auch diesbezüglich bleibt letztlich die technische Entwicklung abzuwarten.

lich festgelegten Vergütungssätze für Nutzungshandlungen nach § 53 UrhG nicht mehr angemessen sind<sup>512</sup>.

Aus Sicht der Verwerter, wie sich an deren vehementer Kritik an Privatkopie und Pauschalvergütung deutlich zeigt<sup>513</sup>, wird dieser Aspekt dagegen häufig anders einzuschätzen sein. Diese haben generell ein erhöhtes Interesse an Kontrolle über ihre Inhalte und entsprechend ausgestalteten Abwehrrechten. Auch können auf Schrankenregelungen basierende Pauschalvergütungen gegenüber evtl. verfügbaren technischen Schutzmöglichkeiten nachteilig erscheinen. Zudem werden Vergütungssätze, selbst wenn diese aus Sicht des Urhebers angemessenen erscheinen, für einen Verwerter – z. B. wegen dessen Kostenstruktur – nicht selten zu gering sein.

## b) Die Interessen der Verwerter

Viel häufiger als es die urheberrechtlichen Regelungen implizieren, ist es gerade der Verwerter, dessen Interessen mit den widerstreitenden Belangen der Konsumenten und der Allgemeinheit kollidieren. Da zumeist nur er das Immaterialgut auf dem Markt anbietet, kommt es regelmäßig zu Friktionen nicht nur mit den Interessen der Urheber, sondern auch der anderen Marktteilnehmer. Dies sind namentlich die Konkurrenten und die Konsumenten.

### aa) Die Schutzinteressen der Verwerter gegenüber den Urhebern

Die Tatsache, dass die Werkmittler aufgrund des Schöpferprinzips und der Unabtretbarkeit des Urheberrechts auf einen derivativen Rechtserwerb der Verwertungsrechte von den Schöpfern angewiesen sind, führt für diese zu einem internen Interessenskonflikt. Auf der einen Seite steht das Anliegen, möglichst einfach und mit geringem finanziellen Aufwand die Nutzungsrechte an den von Dritten geschaffenen Werken erlangen und auswerten zu können. Im Rahmen der Verwertung ist zudem die Klarheit über die eigene Rechtsposition an den „eingekauften“ Werken von wesentlicher Bedeutung<sup>514</sup>. Vor diesem Hintergrund wären für die Verwerter zunächst eher schwach ausgestaltete Urheberrechte von Vorteil. Andererseits aber sind sie selbst bei der Amortisierung ihrer (u. a. für den Rechtserwerb aufgebrauchten) Investitionen im Verhältnis zu Konkurrenten und Nutzern auf ein starkes und weit reichendes Recht angewiesen.

512 Dies ist in der Tat der Fall, vgl. *Kreutzer*, ZUM 2003, S. 1041 (1042).

513 Siehe hierzu unten, Teil 2, Punkt IV.B.4.c.aa).

514 So *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (995).

Das Urheberrechtsgesetz steht den Verwertern in diesem Dilemma nur unvollkommen zur Seite, da es einerseits den Vollrechtserwerb unterbindet und ihnen andererseits keine eigenen, an die eigenen Belange angepassten Ausschließlichkeitsrechte an geschützten Werken zugesteht<sup>515</sup>. Für die Werkmittler bedeutet dies, dass ihre Rechtsposition untrennbar mit der des Urhebers verbunden ist.

In der Praxis ist das Interesse an einem starken Urheberrechtsschutz für die Verwerter vorherrschend. Dies folgt aus der faktischen Gegebenheit, dass sich die Verwerter im Verhältnis zu den Urhebern durch Lizenzverträge vertraglich – soweit es das Urhebervertragsrecht zulässt – absichern können. Hier besteht regelmäßig auf Seiten der Verwerter eine größere Verhandlungsmacht, sodass der Erwerb weit gehender Schutzrechte zumeist möglich sein wird. Haben sie diese Schutzposition erworben, ist für die Verwerter nur noch das Verhältnis zu denjenigen von Bedeutung, mit denen sie nicht in vertraglicher Beziehung stehen (v. a. die Konkurrenten). Hier wiederum sind die Verwerter auf starke Schutzrechte angewiesen.

Will man sich vom Schöpferprinzip nicht lösen und den Werkmittlern keine eigenen Schutzrechte an den geistigen Schöpfungen der Urheber gewähren, ist ihnen im Spannungsfeld mit den Urheberinteressen nur durch Regelungen zu helfen, die einen erleichterten, möglichst weit reichenden, jedenfalls aber klar definierbaren Rechtserwerb ermöglichen<sup>516</sup>. Aufgrund seiner alleinigen Fokussierung auf den Schöpfer fehlt es dem Urheberrechtsgesetz jedoch an einer entsprechenden Zielbestimmung, da diese dem Interesse des Urhebers an einem Schutz vor dem Verwerter wiederum diametral entgegenstehen würde. Entsprechend werden den genannten Belangen der Verwerter weder durch eine Übertragbarkeit des Vollrechts noch (weit gehend) durch urhebervertragsrechtliche Sonderregelungen Rechnung getragen. Diese einseitige Ausrichtung hat für den Verwerter in der Praxis viele Unsicherheiten zur Folge, die nicht ausschließlich in der „Natur der Sache“ eines jeden derivativen Rechtserwerbs zu suchen sind<sup>517</sup>. Vielmehr ist ein Großteil der Gefahren für eine erfolgreiche Auswertung und Amortisierung der getätigten Investitionen auf die einseitigen urheberrechtlichen Wertungen und die hierauf basierende komplexe Handhabung des

515 Die verwerterbezogenen Leistungsschutzrechte (z. B. das Tonträgerhersteller oder das Datenbankherstellerrecht) beziehen sich auf andere Schutzgegenstände und berühren daher die Rechte an den bei der Verwertung der eigenen Güter genutzten Werken (z. B. den Kompositionen auf den Tonträgern oder den in eine Datenbank aufgenommenen Schöpfungen) nicht (so in Bezug auf das Datenbankherstellerrecht *Dreier/Schulze-Schulze*, vor §§ 87a ff., Rdnr. 8). Im Spannungsfeld mit den Urheberinteressen ergeben sich aus den Leistungsschutzrechten für den Berechtigten mithin keine Vorzüge.

516 Selbst wenn das Urheberrecht diesen Anforderungen entsprechen würde, würde dies nichts daran ändern, dass ein derivativer Rechtserwerb, aufgrund den sich bei vertraglichen Rechtsübertragungen stets ergebenden Unsicherheitsfaktoren, gegenüber ex lege entstehenden Befugnissen generell von Nachteil ist.

517 Siehe hierzu Fn. 516.

Urhebervertragsrechts sowie die vielen Einschränkungen der Dispositionsfreiheit und Auslegungsgrundsätze<sup>518</sup> zurückzuführen<sup>519</sup>.

bb) Die Schutzinteressen der Verwerter gegenüber Konkurrenten

Der Verwerter hat im Verhältnis zu seinen Konkurrenten ein Interesse an weit reichenden Abwehrrechten, um eine ungefragte Übernahme und Verwertung „seiner“ Werke verhindern zu können<sup>520</sup>. Dieses Interesse erstreckt sich regelmäßig auch auf die Kontrolle über Mehrwertdienste (Bsp: Pressebeobachtungsdienste<sup>521</sup>) und Sekundärmärkte (Bsp: Merchandising<sup>522</sup>). Selbst wenn der Verwerter solche Segmente nicht bedienen will, versetzt ihn das Schutzrecht bei entsprechender Reichweite in die Lage, diese, soweit sich hieraus eine Konkurrenz für den eigenen Markt ergibt, zu unterbinden oder, soweit der Verwerter sich hiervon wirtschaftliche Vorteile verspricht, nur gegen Lizenzgebühren zu gestatten.

Um sich gegen Mitbewerber und v. a. Piraten und Trittbrettfahrer zu wehren, haben die Verwerter zudem ein Interesse an der Gewähr effektiver Rechtsmittel, die die Durchsetzung ihrer Rechte ermöglichen.

518 Beispiele sind wiederum die Zweckübertragungslehre nach § 31 Abs. 5 UrhG oder die als nicht-disponibel ausgestalteten Ansprüche auf eine angemessene Vergütung (etwa aus §§ 32, 32a, 32c UrhG).

519 So auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (995), der angesichts dessen auf gesetzgeberischen Handlungsbedarf hinweist. Siehe näher hierzu unten, Teil 3, Kapitel 2, Punkt I.B).

520 Auf den ersten Blick könnte man annehmen, dass sich dieses Interesse wiederum daran relativiert, dass jeder Verwerter auch selbst Konkurrent sein kann, ergo, auch ein eigenes Interesse an nicht zu weit gehenden Rechten hat. Zu solch internen Interessenskollisionen wird es bei Unternehmen der „produzierenden Kulturindustrie“ jedoch im Zweifel nicht kommen. Deren Betätigungsfeld liegt in erster Linie in der Herstellung, Finanzierung und Verwertung von neuen geschützten Werken, nicht in der Zweitverwertung von Werken Dritter. Nur durch diese Verknüpfung und die hiermit geschaffene Möglichkeit, Neuerscheinungen zuerst auf den Markt zu bringen, können sich beispielsweise die großen Film- oder Musikkonzerne ihre bedeutende Marktposition erhalten. Ein Interesse an schwachem oder keinem Urheberrechtsschutz hat dagegen die „Schattenkulturwirtschaft“, wie sie von *Hilty* (ZUM 2003, S. 983 (991)) bezeichnet wird. Hiermit gemeint sind Unternehmen, die Produktionen nicht selbst vornehmen oder finanzieren, sondern die Werke anderer zum eigenen Vorteil wirtschaftlich auswerten wollen, ohne hierfür Rechte einzuholen. Aus Sicht des Urheberrechts sind deren Interessen generell nicht schutzwürdig, da diese allein darin liegen, investitionsaufwendige und wertvolle Inhalte ohne Gegenleistung zu übernehmen und sich hierdurch zu bereichern.

521 *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (991). Solche Dienste untersuchen von den Rechtsinhabern (z. B. online) veröffentlichte Nachrichten für die Nutzer und geben diesen auf der Basis individueller Nutzerprofile Hinweise auf für sie interessante Angebote. Siehe zur urheber- und wettbewerbsrechtlichen Vereinbarkeit solcher Services BGH GRUR 2002, S. 902 ff. – Paperboy.

522 Siehe zum Schutz von Sekundärmärkten durch Urheber- und andere Schutzrechte *Dreier in Schricker/Dreier/Kur*, S. 51 ff.

Das Urheberrechtsgesetz trägt den genannten Interessen durch die Regelungen über die Verwertungsrechte (§§ 15 ff. UrhG), die verwandten Schutzrechte (§§ 70 ff. UrhG), die ergänzenden Schutzbestimmungen (§§ 95a ff. UrhG) sowie die Rechtsfolgen (§§ 97 ff. UrhG) Rechnung. Im Bereich der Rechtsdurchsetzung werden die Interessen der Verwerter mit Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG<sup>523</sup> weiter gestärkt werden.

#### cc) Die Schutzinteressen der Verwerter gegenüber den Konsumenten

Es wurde schon darauf hingewiesen, dass die Interessen der Verwerter im Verhältnis zu den Konsumenten denen der selbst verwertenden Urhebern ähnlich sind<sup>524</sup>. Gleich gelagert wird zumeist das Interesse daran sein, an der Verwendung der Werke durch den Endnutzer möglichst weit gehend finanziell beteiligt zu werden. Allerdings werden die Anforderungen von Urhebern und Verwertern nicht selten bei der Frage, wie die Gewähr einer solchen Partizipation durch das Gesetz ausgestaltet sein soll, auseinander gehen. So mögen zumindest manche Verwerter über weiter gehende Möglichkeiten verfügen – etwa über DRM-Systeme –, das Nutzerverhalten zu kontrollieren, individuell zu kontrahieren und Einzelvergütungen einzuziehen. Während also die Urheber mangels Infrastruktur und Kontrollmöglichkeiten häufig eher an Schranken und korrespondierenden alternativen Vergütungssystemen interessiert sein werden, mögen solcherlei Modelle für Verwerter mitunter zu unerwünschtem Kontroll- und Einnahmeverlust führen. Dies verdeutlicht die Tatsache, dass von Seiten der Wirtschaft z. T. die Abschaffung der Pauschalvergütungssysteme einschließlich der Schrankenregelungen gefordert wird, auf denen diese basieren<sup>525</sup>. Allerdings trifft dies wiederum nicht auf alle Verwerter und alle Marktsegmente zu, sondern im Zweifel ausschließlich auf größere Unternehmen<sup>526</sup>. Ein einheitliches Interesse der Verwerter an der Abschaffung von pauschalen Vergütungssystemen und Schrankenbestimmungen wird daher nicht bestehen<sup>527</sup>. Vielmehr mag das Motto „Schützen,

523 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums. Die Richtlinie ist nach deren Art. 20 bis zum 29. April 2006 in das nationale Recht umzusetzen.

524 S. o., Punkt I.C.3.a.bb.(3).

525 Vgl. hierzu *Kreutzer*, ZUM 2003, S. 1041 (Fn. 3) m. w. Nachw. Hiergegen *Kreile*, ZUM 2003, S. 1018 (1019).

526 Kleinere und mittlere Unternehmen dürften bei der Erfassung des privaten Gebrauchs bzw. dem Einsatz komplexer DRM-Technologien hingegen häufig die gleichen Probleme haben, wie die selbstverlegenden Urheber. Zu diesen s. o., Punkt I.C.3.a.bb.(3).

527 Ein „alternativer Weg“ wurde von Seiten der Musikindustrie im Rahmen der Diskussionen über den sog. „2. Korb“ der Reform des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft ange-regt. Von dieser Seite wurde verlangt, die Privatkopie zu verbieten und dennoch Pauschalgebühren zu erheben. Dies sei von daher gerechtfertigt, da sich nicht alle Nutzer an ein Vervielfältigen

was man schützen kann. Vergüten, was man nicht schützen kann.“<sup>528</sup> die Interessen der Verwerter generell zutreffend wiedergeben.

Soweit Schrankenbestimmung und alternative Kompensationssysteme existieren, haben alle Verwerter, mehr noch als die Urheber<sup>529</sup>, ein Interesse an angemessenen Vergütungssätzen. Zudem sind sie auch gegenüber den Nutzern auf wirksame Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten angewiesen<sup>530</sup>.

### c) Die Interessen der Allgemeinheit (der Nutzer)

Die Interessen der „Allgemeinheit“ zu beschreiben, ist besonders schwierig. Es liegt auf der Hand, dass eine homogene Gruppe, die man als „die Allgemeinheit“ bezeichnen könnte, nicht existiert. Ebenso wenig ist es naturgemäß möglich, einheitliche Bedürfnisse „der Allgemeinheit“ zu definieren. Vielmehr sind die durch das Urheberrecht tangierten Konsumenten einer Vielzahl unterschiedlicher, z. T. sich überschneidender, Gruppen zuzuordnen<sup>531</sup>, die z. T. sehr spezifische partikulare und kollektive Interessen an der Verwendung urheberrechtlich geschützten Materials verfolgen und entsprechende Anforderungen an ein ausgewogenes Schutzrecht stellen<sup>532</sup>. Da diese hier nicht im Einzelnen aufgeführt werden können, bietet es sich an, zu abstrahieren und die Vielfalt der allgemeinen Interessen vereinfacht anhand des kleinsten gemeinsamen Nenners der Konsumentenbelange darzustellen.

Vorrangig hat die Allgemeinheit das Interesse, wertvolle kulturelle Inhalte möglichst ungehindert zu nutzen<sup>533</sup>. Es besteht also ein allgemeines Interesse an einer

fältigungsverbot im privaten Bereich halten würden, vgl. *Gebhardt*, ZUM 2003, S. 1022 (1024). Eine solche Kumulation von uneingeschränktem Verbotsrecht und gesetzlichem Vergütungsanspruch ist indes weder dogmatisch denkbar noch interessengerecht, vgl. oben, Fn. 510.

528 So Bundesjustizministerin *Zypries* in einem Interview der Computerzeitschrift *c't* über Fragen des geistigen Eigentums, vgl. *Sietmann*, *c't* Heft 16/2004, S. 158 ff. (siehe: <http://www.heise.de/ct/04/16/158/>); dies. ZUM 2003, S. 981).

529 Diese profitieren eher als die Verwerter allein von einer weiten Verbreitung ihrer Werke, vgl. oben, Punkt I.C.3.a.bb).

530 Dies gilt v. a. angesichts der heutigen Möglichkeiten, geschütztes Material ohne Zustimmung der Rechtsinhaber über das Internet oder andere Datenarchitekturen (beispielsweise *Filesharing*) allgemein verfügbar zu machen.

531 Man denke z. B. an die Wissenschaftler, die Informationsvermittler (z. B. die Bibliotheken), die Endnutzer, die Studierenden, die Anbieter von Mehrwertdiensten etc.

532 Siehe im Einzelnen zu den Interessen der Allgemeinheit oben I.C.3.c.).

533 Vgl. BGH GRUR 2003, S. 956 (957) – *Gies-Adler*. Es erscheint nicht glücklich, dieses Interesse mit dem Begriff der „Informationsfreiheit“ zu umschreiben. Der Terminus ist bekanntlich durch das Verfassungsrecht (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) belegt; allerdings schützt die grundrechtliche Informationsfreiheit nur vor staatlichen Behinderungen der Information aus frei zugänglichen Quellen. Geschützte Werke sind dagegen gerade nicht Bestandteil der frei



weiten Verbreitung von geschützten Werken. Die freie Entfaltung und Fortbildung der Persönlichkeit des Einzelnen ist von der Nutzung fremden Geistesgutes abhängig<sup>534</sup>. Vor dem Hintergrund der Bedeutung urheberrechtlich geschützten Materials als Kommunikations- und Kulturgüter, u. a. für den Prozess der Meinungsbildung und die freiheitlich demokratische Grundordnung, korrespondieren die Belange der Allgemeinheit auch mit öffentlichen Belangen.

Das Interesse an ungehinderter Nutzung verlangt zunächst nach einer weit reichenden Zustimmungs- und Vergütungsfreiheit. Sowohl Verbotsrecht als auch Vergütungspflicht können den Nutzer von einem Zugang zu geschützten Werke ausschließen. Das Urheberrechtsgesetz erkennt die schutzwürdigen Belange der Konsumenten unter der Wertung an, dass es die soziale Eingebundenheit des Urhebers in eine Gesellschaft und der Wert von geistigen Schöpfungen für die Allgemeinheit<sup>535</sup> gerechtfertigt erscheinen lassen, den Umfang der Ausschließlichkeitsrechte in gewissen Sonderfällen einzuschränken<sup>536</sup>.

Auch hier zeigt sich wiederum eine Überschneidung der Interessen von Rechtsinhabern und Konsumenten. Beide profitieren von einer weiten Verbreitung der Werke. Dies gilt jedoch auf Seiten der Rechtsinhaber (vor allem der Verwerter) nur insofern, als sie an Zugang und Nutzung – möglichst unter Durchsetzung eigener Konditionen – wirtschaftlich beteiligt werden. Dagegen erscheint für die Konsumenten ein möglichst freier und kostenloser Zugriff auf geschütztes Material zunächst wünschenswert.

Auch dieses Interesse der Konsumenten relativiert sich indes an einem weiteren Faktor: der florierenden Produktion von Geistesgütern. Wenn man davon ausgehen kann, dass Existenz und Reichweite von Immaterialgüterrechten Auswirkungen auf die Herstellung von Geistesgütern haben – v. a. dass sich aus dem Schutzrecht Anreize für die Kulturschaffenden (Kreative, Industrie) ergeben<sup>537</sup> –, ist zu unterstellen,

zugänglichen Quellen. Dies gilt jedenfalls, solange der Urheber einer Nutzung durch jedermann nicht zugestimmt hat. Vgl. hierzu BVerfG, EuGRZ 2001, S. 59 (63 f.); AK/*Hoffmann-Riem*, Art. 5, Rdnr. 103) und die Ausführungen unten, Kapitel 2, Punkt II.A.3.a.a).

534 Vgl. *Rehbinder*, Rdnr. 81.

535 Die Allgemeinheit hat ein berechtigtes, verfassungsrechtlich verbrieftes Interesse daran, kommunikative Inhalte und Informationen möglichst frei zu konsumieren. Vgl. zu der verfassungsrechtlichen Bewertung der dem Urheberrecht entgegenstehenden Belange unten, Kapitel 2, Punkt II.A.3.a). *Hoeren*, MMR 2000, S. 3 (1) bezeichnet dieses Interesse als „Informationsfreiheit“. Diese sei Anfangs- und Endpunkt der urheberrechtlichen Interessenabwägung, dergegenüber die Monopolisierung durch das Urheberrecht einer Rechtfertigung bedürfe, siehe hierzu unten, Fn. 599. Auch v. *Becker*, GRUR 2004, S. 104 (108) hält diese Sicht für vertretbar.

536 Dies gebiete die Sozialbindung des Urheberrechts, vgl. etwa BGHZ 114, S. 368 (371) – *Liedersammlung*.

537 Auch das Bestehen und das Maß der durch das Urheberrecht geschaffenen Anreize werden durch dessen Ausgestaltung beeinflusst. Das Recht muss den Interessen der Kulturschaffenden entsprechen, um Anreize schaffen zu können. Kollidieren die Belange der an der Entste-

dass auch die Konsumenten von einem – jedenfalls ausgewogenen – Urheberrecht profitieren.

Dies heißt indes nicht, dass die Konsumenten ein Interesse an einem möglichst weit gehenden Urheberrechtsschutz hätten. Vielmehr reicht dies nur so weit, wie das Recht zur Schaffung der notwendigen Anreize erforderlich ist. Die vorstehenden Ausführungen sollten verdeutlicht haben, dass eine Erweiterung des Schutzrechts nicht ohne Weiteres erhöhten Anreiz zum Schaffen bei allen am Schaffensprozess Beteiligten nach sich ziehen wird. Eine Hypothese, nach der starke Rechte großen, schwache Rechte dagegen nur geringen Anreiz zur Schaffung und Nutzung von Werken entfalten, würde die komplexen rechtlichen und ökonomischen Zusammenhänge verkennen. Evident wird hierbei vernachlässigt, dass auch die Interessen der nachschaffenden Urheber sowie Konsumenten auf die Anreizwirkung des Rechts erheblichen Einfluss haben. Hat das Recht etwa zur Folge, dass die Freiheiten der berechtigten Konsumenten bei dem Umgang mit geschütztem Material so weit beschränkt werden, dass diese von deren Erwerb absehen, nimmt auch der Anreiz zur Produktion neuer Werke ab.

Das komplexe Thema der Effizienzsteigerung des Urheberrechts über Herstellung eines ausgewogenen Interessensausgleichs kann hier nicht umfassend dargestellt werden<sup>538</sup>. Tatsache ist, dass weder die Urheberrechtswissenschaft noch die Forschung im Bereich der ökonomischen Analyse des Rechts oder die Empirie bis heute eindeutig klären konnte, wie ein idealer Ausgleich von Schutzrecht und Beschränkungen auszusehen hätte<sup>539</sup>, um allen vom Urheberrechtsschutz betroffenen Belangen optimal Rechnung zu tragen. Genügen soll vor diesem Hintergrund die Feststellung, dass auch vor dem Aspekt der Anreizfunktion des Urheberrechts eine ausgewogene Berücksichtigung der Interessen von Urhebern, Verwertern und Konsumenten erforderlich ist.

Dies führt zu einer weiter gehenden Erkenntnis. Ist ein ausgewogenes Urheberrecht erforderlich, um die notwendigen Anreize für das – allen Beteiligten zugute kommende – Werkschaffen zu entfalten, haben alle Beteiligten im Umkehrschluss ein gleichgelagertes Interesse an einem ausgewogenen Urheberrechtsschutz.

hung von Werken Beteiligten, ist ein möglichst optimaler Ausgleich herzustellen. Ein Recht, das diesem Anspruch nicht genügt, ist auch in seiner Anreizfunktion beeinträchtigt, da die benachteiligte Gruppe nicht oder weniger gewillt sein wird, seinen Beitrag zu leisten. Schließlich sind auch die Interessen der Konsumenten angemessen einzubeziehen. Sind diese nicht bereit, Werke gegen Entgelt zu rezipieren, nimmt der Anreiz im produktiven Bereich wiederum ab, da eine Amortisierung der Kosten nicht mehr gewährleistet ist. Siehe weiter zur Anreizfunktion des Urheberrechts oben, Fn. 111 und unten, Fn. 1883.

538 Weitere Ausführungen zur Anreizfunktion des Urheberrechts finden sich oben, Fn. 111 und unten, Fn. 1883.

539 *Bechtold*, S. 320, 333 ff. (eingehend hierzu S. 320 ff.).

#### 4) Fazit

Betrachtet man die im vorangegangenen Abschnitt beschriebenen typischen Verwertungsszenarien in der heutigen Kulturwirtschaft, zeigt sich, dass Interessenkollisionen zwischen Rechtsinhabern und der Allgemeinheit üblicherweise im Verhältnis Verwerter-Endnutzer auftreten werden. Dies ist immer dann der Fall, wenn der Urheber an der Auswertung seiner Schöpfung auf dem Markt nicht beteiligt ist, weil er seine Rechte am Werk durch einen *buy-out* auf einen Werkmittler übertragen hat. Die Tatsache, dass die Interessen von Urhebern und Verwertern – gerade in solchen Fällen – nicht gleichgelagert sind, sich die Ausgestaltung von Rechten und Schrankenbestimmungen im Urheberrechtsgesetz aber dennoch in der Regel an dem Idealtypus des freischaffenden und selbst verwertenden Schöpfers<sup>540</sup>, mithin an dem Verhältnis Urheber – Nutzer orientiert, erhellt, dass die hierhinter stehenden Wertungen nicht selten an der Realität vorbeigehen werden<sup>541</sup>.

#### II) Die verwandten Schutzrechte

Obwohl auch im Urheberrechtsgesetz geregelt, unterscheiden sich die geschützten immateriellen Leistungen der ausübenden Künstler, der Tonträger-, Film- und Datenbank-Hersteller, der Sendeunternehmen, der Fotografen einfacher Lichtbilder und der Herausgeber nachgelassener Werke schon wesensmäßig von den persönlich geistigen Schöpfungen. Der maßgebliche Unterschied zwischen Werk und Leistung liege darin, dass bei einer Schöpfung der individuelle Geist in die geschützte Ausdrucksform eingehe und hierin selbst Gestalt angenommen habe. Der Urheber schöpft damit ein Werk. Dagegen ist der Leistungsschutzberechtigte nur Werkmittler, dessen Beitrag sich darin erschöpft, ein fremdes Werk wiederzugeben, „ohne dass der subjektive Geist selbst in das Ergebnis eingeht“<sup>542</sup>.

So unterschiedlich wie die Gruppen der Leistungsschutzberechtigten sind auch die Schutzzwecke der jeweiligen Vorschriften und deren Ausgestaltung. Gemein ist den verwandten Schutzrechten, dass durch sie eine individuelle Leistung geschützt wird, die dem Kulturschaffen im weitesten Sinne zuzuordnen ist<sup>543</sup>. Aus diesem Grund wird der Einsatz honoriert. Bei den ausübenden Künstlern wird die künstlerische Darbietung geschützt. Die Vorschriften für Tonträgerhersteller, Sendeunter-

540 *Pahud*, S. 44; *Dietz* in *FG Schricker*, S. 6.

541 So auch *Hilty*, *ZUM* 2003, S. 983 (993 f.).

542 *Hubmann*, S. 42.

543 *Rehbinder*, 10. Auflage, Rdnr. 58. Wobei angesichts der sehr unterschiedlichen Arten von Leistungsschutzberechtigten deutlich wird, dass das „Kulturschaffen“ ein sehr dehnbarer Begriff ist.