

HELMUT HABERSTUMPF

# Theorie des Werkbegriffs

*Geistiges Eigentum und  
Wettbewerbsrecht  
190*

---

**Mohr Siebeck**

# Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht

herausgegeben von

Peter Heermann, Axel Metzger,  
Ansgar Ohly und Olaf Sosnitza

190





Helmut Haberstumpf

# Theorie des Werkbegriffs

Mohr Siebeck

*Helmut Haberstumpf*, geboren 1945; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Erlangen-Nürnberg; 1975 Promotion; 1974 zweites juristisches Staatsexamen; 1997 Bestellung zum Honorarprofessor an der Universität Bamberg; 1974–1980 Tätigkeit im bayerischen Justizdienst als Zivil-, Strafrichter und Staatsanwalt; 1980–1982 wissenschaftlicher Assistent an der Universität Erlangen-Nürnberg; 1982–2009 Zivilrichter am LG Nürnberg-Fürth und OLG Nürnberg, zuletzt als Vors. Richter am Landgericht; 1984–2008 Lehrbeauftragter an der Universität Bamberg; 1990–2017 Lehrbeauftragter an der Universität Erlangen-Nürnberg; 2009 Versetzung in den Ruhestand.

ISBN 978-3-16-163186-3 / eISBN 978-3-16-163187-0

DOI 10.1628/978-3-16-163187-0

ISSN 1860-7306 / eISSN 2569-3956 (Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Bodelshausen aus der Minion und Myriad gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist das Ergebnis eines langfristigen Forschungsprojekts, das ich mir für den Ruhestand nach meinem Ausscheiden aus dem aktiven Justizdienst vorgenommen hatte. Schon während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl meines verehrten Lehrers Prof. Hubmann haben mich die um den urheberrechtlichen Werkbegriff rankenden sprachphilosophischen und wissenschaftstheoretischen Grundfragen insbesondere zum Schutz wissenschaftlicher Werke stark beschäftigt. Das Thema des Urheberrechts ließ mich auch als Zivilrichter in verschiedenen auf das Immaterialgüterrecht spezialisierten Spruchkörpern nicht los. Die überkommenen zum Werkbegriff entwickelten dogmatischen Grundsätze und Formeln, an denen ich meine Entscheidungen auszurichten hatte, empfand ich dabei häufig als teilweise widersprüchlich und nicht ausreichend aussagekräftig, die praktischen Streitfragen mit einer überzeugenden Begründung zu lösen. Primäres Ziel des mir gesetzten Forschungsprojekts war daher, diese Defizite zu beseitigen und eine widerspruchsfreie Theorie des urheberrechtlichen Werkbegriffs zu präsentieren, die sich auch im Alltag bewährt und intuitiv befriedigende Ergebnisse liefert. Daneben ging mein Bestreben dahin, durch die gewählte Vorgehensweise zu zeigen, dass eine wahrheitsfähige, rationale Diskussion auch in juristischen Wertfragen jenseits der gängigen juristischen Methodenlehre möglich ist, die den Vergleich zu den Methoden in den empirischen Wissenschaften nicht zu scheuen hat. Wenn ich dabei auch manche zum Thema des Werkbegriffs eingenommene Auffassungen aufgeben musste, glaube ich dennoch, dass die Ausgangsposition, über den Begriff des Geistigen dem Wesen des urheberrechtlichen Werkes und der anderen Schutzgegenstände des Immaterialgüterrechts näher zu kommen, ein durchaus tragfähiges Fundament bekommen hat, auf dem die weitere rechtswissenschaftliche Forschung aufbauen kann.

Mein besonderer Dank gilt meiner lieben Frau, die mir geduldig den Rücken freihielt und während der langen Arbeitssitzungen auf meine Anwesenheit verzichten musste. Ich danke auch Herrn Prof. Dr. Ansgar Ohly und den Mitherausgebern der Schriftenreihe „Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht“ sowie dem Verlag Mohr Siebeck, dass sie es für wert befunden haben, meine Arbeit in die Schriftenreihe aufzunehmen.

Nürnberg, im August 2023

Helmut Haberstumpf



## Inhaltsübersicht

	Seite	Rn.
Vorwort .....	V	
Inhaltsverzeichnis .....	IX	
Abkürzungsverzeichnis .....	XVII	
<b>A. Einführung</b> .....	1	A1
I. Überblick .....	1	A1
II. Theoriengeschichtlicher Abriss .....	9	A15
<b>B. Ontologie des Werkes</b> .....	17	B1
I. Gesetzliche Ausgangslage .....	17	B1
II. Der Beitrag der Philosophie des Geistes .....	18	B4
III. Materialismus im Urheberrecht .....	23	B13
IV. Der subjektive Idealismus im Urheberrecht .....	45	B51
V. Werke als objektive, geistige Gegenstände .....	62	B82
<b>C. Identität des Werkes</b> .....	91	C1
I. Identität von Sprachwerken .....	93	C3
II. Identität von Bildwerken .....	112	C32
III. Identität von musikalischen und choreografischen Werken .....	132	C65
IV. Form und Inhalt, Idee und Ausdruck .....	158	C104
<b>D. Persönliches Schaffen</b> .....	251	D1
I. Persönlich, Geistig, Schöpferisch .....	251	D1
II. Starke Künstliche Intelligenz .....	257	D9
III. Künstliche Intelligenz als Rechtsperson im Urheberrecht .....	264	D19
<b>E. Schöpfung</b> .....	273	E1
I. Individualität .....	274	E2
II. Gestaltungshöhe .....	331	E74
III. Bearbeitungen und Sammelwerke .....	352	E103
<b>F. Der Werkbegriff und die Schutzgegenstände der verwandten Schutzrechte</b> .....	385	F1
I. Schutz von Lichtbildern, wissenschaftlichen Ausgaben und nachgelassenen Werken .....	387	F3
II. Schutz des ausübenden Künstlers und des Veranstalters .....	458	F99

## Inhaltsübersicht

	Seite	Rn.
III. Recht des Tonträgerherstellers, des Sendeunternehmens und des Filmherstellers .....	488	F143
IV. Recht des Datenbankherstellers und des Presseverlegers .....	518	F187
<b>G. Eine (kurze) Theorie des Werkbegriffs .....</b>	<b>551</b>	<b>G1</b>
Literaturverzeichnis .....	561	
Personen- und Stichwortverzeichnis .....	577	

## Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rn.
Vorwort .....	V	
Inhaltsübersicht .....	VII	
Abkürzungsverzeichnis .....	XVII	
<b>A. Einführung</b> .....	<b>1</b>	<b>A1</b>
I. Überblick .....	1	A1
1. Forschungsgegenstand und Gang der Untersuchung .....	1	A1
2. Methodik des Vorgehens .....	8	A12
II. Theoriengeschichtlicher Abriss .....	9	A15
1. Privilegienwesen .....	9	A15
2. Theorie des geistigen Eigentums .....	10	A16
3. Theorie des Persönlichkeitsrechts und der Immaterialgüterrechte ..	12	A18
4. Der gegenwärtige Stand .....	13	A20
<b>B. Ontologie des Werkes</b> .....	<b>17</b>	<b>B1</b>
I. Gesetzliche Ausgangslage .....	17	B1
II. Der Beitrag der Philosophie des Geistes .....	18	B4
III. Materialismus im Urheberrecht .....	23	B13
1. Materialistische Auffassungen im Softwarerecht .....	23	B15
a) Computerprogramme als Sachen? .....	24	B16
b) Computerprogramme als Sacheinheiten oder -gesamtheiten? ..	28	B23
2. Kunstwerke als materielle Objekte? .....	31	B28
a) Werke der bildenden Künste und sonstige Werke .....	31	B28
b) Reduktion des Werkes auf das Original .....	32	B31
c) Die Differenz zwischen den Eigenschaften des Werkes, des Originals und sonstiger Werkvorkommnisse .....	36	B36
3. Werke als physische Eigenschaften? .....	37	B38
a) Die Identitätsthese .....	38	B40
b) Rückführung von Werkeigenschaften auf physische Eigenschaften .....	40	B43
c) Theoretische Begriffe und die Sprachen der Einzelwissenschaften .....	42	B46
IV. Der subjektive Idealismus im Urheberrecht .....	45	B51
1. Die Lehre Fichtes .....	47	B55
2. Das Privatsprachenargument Wittgensteins .....	50	B60
3. Sind Werke entäußerte mentale Zustände ihres Urhebers? .....	54	B67

## Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rn.
4. Werke als Teile eines komplexen neuronalen Netzwerks? .....	56	B73
V. Werke als objektive, geistige Gegenstände .....	62	B82
1. Objektivität von Werken .....	64	B85
a) Subjektunabhängigkeit von Werken? .....	64	B86
b) Das Reich der Ideen .....	67	B91
2. Merkmale des Geistigen .....	71	B98
a) Unkörperlichkeit, nicht sinnliche Wahrnehmbarkeit .....	71	B99
b) Zeitlosigkeit, Unveränderlichkeit .....	73	B102
aa) Unveränderlichkeit (Dauerhaftigkeit) .....	75	B106
bb) Zeitlosigkeit .....	80	B112
c) Nichtwirklichkeit, Nichtwirksamkeit .....	83	B118
aa) Zur Realität von geistigen Gegenständen .....	83	B118
bb) Zur Wirksamkeit geistiger Gegenstände .....	86	B123
<b>C. Identität des Werkes</b> .....	<b>91</b>	<b>C1</b>
I. Identität von Sprachwerken .....	93	C3
1. Syntaktische Kongruenz .....	93	C3
2. Übereinstimmung in den Formulierungen .....	95	C6
3. Bedeutung (Sinn) des Sprachwerks .....	97	C9
a) Bedeutung als Ergebnis regelhafter Sprechhandlungen .....	98	C11
b) Einführung neuer bedeutungsvoller Worte unter Rückgriff auf den allgemeinen Sprachgebrauch .....	100	C15
c) Einführung neuer bedeutungsvoller Worte durch Handeln .....	105	C22
II. Identität von Bildwerken .....	112	C32
1. Kongruenz der Bildeigenschaften .....	112	C32
2. Die Abbildungsbeziehung .....	114	C38
a) Bildwerkstheorie .....	115	C39
b) Fiktionale bildliche Darstellungen und Entwürfe .....	116	C42
3. Konventionalität von darstellenden Bildern .....	118	C45
a) Herstellungskonventionen .....	120	C47
b) Verwendung von darstellenden Bildern .....	123	C53
4. Nichtgegenständliche Bilder, Ornamente, Formen .....	128	C59
III. Identität von musikalischen und choreografischen Werken .....	132	C65
1. Musikwerke .....	133	C67
a) Das Musikwerk als in sich geschlossene geordnete Tonfolge ....	133	C67
b) Ästhetik, Kunst und Zweckfreiheit .....	138	C73
aa) Die Rolle von Ästhetik und Kunst .....	139	C75
bb) Ästhetische Zwecke .....	143	C80
c) Die Bedeutung von Musik in der menschlichen Kommunikation .....	144	C83
aa) Ausdruck in der Musik .....	145	C84
bb) Konventionalität von Musik .....	149	C90
2. Choreografische und pantomimische Werke .....	151	C93
a) Formale Eigenschaften von Bewegungsabläufen und Gebärden .	151	C94
b) Konventionalität von Bewegungsabläufen und Gebärden .....	153	C98

## Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rn.
c) Verhältnis zu den anderen Werkgattungen .....	156	C101
IV. Form und Inhalt, Idee und Ausdruck .....	158	C104
1. Sinnlich wahrnehmbare Form der materiellen Mitteilungsträger (Vorkommnisse) .....	160	C107
2. Äußere Form des geistigen Werkgehalts .....	163	C112
3. Innere Form des geistigen Werkgehalts .....	165	C116
a) Innere Form als logische Struktur eines Sprachwerks .....	167	C120
b) Darstellungsweisen .....	171	C124
aa) Form und Inhalt bei darstellenden Werken .....	171	C124
bb) Die Entscheidung des BGH „Perlentaucher“ .....	174	C129
cc) Einheit von Form und Inhalt .....	177	C135
c) Dargestellte Welt in fiktionalen und nicht fiktionalen Werken ..	179	C137
4. Schutzunfähigkeit von aus Form und Inhalt bestehenden Teileinheiten des geistigen Gehalts .....	182	C141
a) Vorgegebenheit wissenschaftlicher Erkenntnisse .....	183	C144
aa) Empirische Forschung .....	184	C145
bb) Forschung in den formalen Wissenschaften .....	188	C151
cc) Geisteswissenschaftliche Erkenntnisfindung in den Geschichtswissenschaften .....	189	C152
dd) Rechtswissenschaftliche Erkenntnis- und Entscheidungsfindung .....	191	C154
b) Urheberrecht versus Erfinderrecht .....	196	C160
c) Monopolisierung von Erkenntnissen, Gedanken und Ideen durch das Urheberrecht? .....	201	C165
aa) Form der Darstellung .....	202	C166
bb) Gewebetheorie .....	203	C167
5. Idee und Ausdruck .....	207	C171
a) Zum Begriff der Idee .....	208	C173
b) Die Idee-Ausdruck-Relation .....	212	C179
c) Interessenabwägung .....	214	C183
aa) Gemeingut und nicht erfasste Nutzungshandlungen .....	215	C186
bb) Dogmatische Verortung der Interessenabwägung im deutschen Urheberrecht .....	221	C194
cc) Schrankenbasierte Interessenabwägung im europäischen Urheberrecht .....	223	C197
(1) Zitatausnahme .....	225	C199
(2) Ausnahme für Karikaturen, Parodien oder Pastiche ..	230	C206
d) Allgemeine Kriterien der Interessenabwägung .....	237	C213
aa) Wiedererkennbarkeit .....	237	C214
bb) Wesentlichkeit .....	240	C217
cc) Schöpferischer Abstand .....	242	C221
dd) Einfluss der Grundrechte .....	246	C226
e) Interessenabwägung im Rahmen des Entstellungs- und Änderungsverbotes .....	249	C230

## Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rn.
<b>D. Persönliches Schaffen</b> .....	251	D1
I. Persönlich, Geistig, Schöpferisch .....	251	D1
II. Starke Künstliche Intelligenz .....	257	D9
1. Ist Geist auf Gehirn reduzierbar? .....	258	D11
2. Kann starke KI den menschlichen Geist ersetzen? .....	260	D13
III. Künstliche Intelligenz als Rechtsperson im Urheberrecht .....	264	D19
1. Was spricht dafür? .....	264	D20
2. Was spricht dagegen? .....	266	D21
a) Der Maschineneinwand .....	266	D21
b) Die Church-Turing-These .....	267	D22
c) KI und der Zweck des Urheberrechts .....	269	D24
<b>E. Schöpfung</b> .....	273	E1
I. Individualität .....	274	E2
1. Prägung durch die Persönlichkeit des Urhebers .....	274	E3
2. Werkorientierte Deutungen des Individualitätsbegriffs .....	277	E7
a) Individuell, nicht kopiert .....	277	E8
b) Individuell, neu .....	278	E10
c) Individuell, einmalig, einzigartig .....	281	E13
d) Individuell, Urteil der Fachleute .....	284	E18
3. Der Schöpfungsprozess .....	289	E25
a) Individuell, nicht vorgegeben .....	290	E26
aa) Übernahme eines bereits existierenden geistigen Gehalts ...	291	E27
bb) Die Lehre vom Gestaltungsspielraum .....	292	E28
cc) Regelfolgen .....	295	E32
dd) Doppelschöpfung und unbewusste Entlehnung .....	301	E39
b) Die Lehre vom Gestaltungsspielraum neu interpretiert .....	307	E47
aa) Die Funktionstheorie .....	309	E50
bb) Technische und sonstige Zwänge .....	313	E53
c) Das Werk im Prozess .....	320	E61
d) Warum schützt das Urheberrecht individuelle Werke durch Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten? .....	323	E63
aa) Die Bedeutung des Werkbegriffs für die Rechtfertigung des Urheberrechts .....	323	E64
bb) Förderung kreativen Handelns .....	325	E66
cc) Förderung kreativen Handelns durch Gewährung ausschließlicher Rechte .....	326	E68
II. Gestaltungshöhe .....	331	E74
1. Das Problem der kleinen Münze .....	333	E76
2. Abgrenzung zum Geschmacksmusterrecht .....	337	E80
a) Stufentheorie .....	337	E80
b) Prävalenztheorie, ästhetischer Gehalt und die Auffassung der mit Kunst vertrauten Kreise .....	338	E81
c) Die Lage nach der BGH-Entscheidung „Geburtstagszug“ .....	341	E86

## Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rn.
d) Das Verhältnis von Neuheit und Eigenart zur Individualität . . . .	343	E89
aa) Neuheit und Eigenart . . . . .	343	E90
bb) Gestaltungsfreiheit und Musterdichte . . . . .	345	E92
cc) Regelfolgen im Geschmacksmusterrecht . . . . .	349	E98
III. Bearbeitungen und Sammelwerke . . . . .	352	E103
1. Bearbeitungen . . . . .	353	E105
a) Begriff der Bearbeitung oder anderen Umgestaltung in §§ 3, 23 UrhG . . . . .	355	E107
b) Persönliche geistige Schöpfung des Bearbeiters . . . . .	356	E108
c) Inhalt des Bearbeiterurheberrechts . . . . .	360	E113
d) Verhältnis zum Urheberrecht an dem bearbeiteten Werk . . . . .	360	E113
aa) Herstellungsfreiheit . . . . .	360	E114
bb) Veröffentlichung und Verwertung . . . . .	361	E115
cc) Freie Benutzung . . . . .	363	E117
(1) Hinreichender Abstand zum benutzten Werk (§ 23 Abs. 1 S. 2 UrhG n. F.) . . . . .	364	E119
(2) Ausnahme für Karikaturen, Parodien und Pastiches . . . . .	367	E122
2. Sammelwerke und Datenbankwerke . . . . .	369	E124
a) Begriff des Sammelwerks und Datenbankwerks . . . . .	371	E126
aa) Sammelwerk . . . . .	371	E126
bb) Datenbankwerk . . . . .	373	E128
b) Schutzvoraussetzungen . . . . .	374	E131
aa) Auswahl . . . . .	375	E132
bb) Anordnung . . . . .	378	E136
c) Schutzgegenstand . . . . .	380	E140
d) Schutzzumfang . . . . .	381	E142
<b>F. Der Werkbegriff und die Schutzgegenstände der verwandten Schutzrechte . . . . .</b>	<b>385</b>	<b>F1</b>
I. Schutz von Lichtbildern, wissenschaftlichen Ausgaben und nachgelassenen Werken . . . . .	387	F3
1. Lichtbildschutz . . . . .	387	F3
a) Die Abgrenzungsfrage . . . . .	389	F5
b) Schutzuntergrenze beim Lichtbildschutz . . . . .	391	F8
aa) Urbildtheorie . . . . .	393	F10
bb) Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung . . . . .	398	F16
cc) Schutz des wirtschaftlichen und organisatorischen Aufwands eines Lichtbildners . . . . .	401	F19
c) Ausnahme für Fotografien von gemeinfreien Werken . . . . .	407	F28
aa) Anwendungsbereich von § 68 UrhG . . . . .	409	F30
bb) Konsequenzen für die Systeme der verwandten Schutzrechte . . . . .	412	F34
cc) Ist der generelle Ausschluss des Lichtbildschutzes für Fotografien gemeinfreier Werke gerechtfertigt? . . . . .	414	F37

## Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rn.
dd) §68 UrhG und das Recht am geistigen Eigentum des Lichtbildners .....	420	F45
2. Schutz wissenschaftlicher Ausgaben .....	422	F48
a) Ausgabe urheberrechtlich nicht geschützter Werke oder Texte ..	424	F50
aa) Rekonstruktion des geistigen Gehalts eines nicht geschützten Werkes oder Textes .....	424	F51
bb) Abgrenzung zum Urheberrecht .....	425	F53
b) Wissenschaftlich sichtende Tätigkeit und Unterschiedlichkeit zu anderen Ausgaben .....	429	F58
aa) Wissenschaftlich sichtende Tätigkeit .....	429	F59
bb) Wesentliche Unterscheidbarkeit von bisher bekannten Ausgaben .....	431	F61
(1) Unterscheidbarkeit .....	431	F61
(2) Wesentlichkeit .....	432	F63
c) Schutzzumfang .....	434	F66
d) Ausnahme für wissenschaftliche Ausgaben gemeinfreier visueller Werke .....	436	F69
e) Verhältnis zu den Schutzrechten des § 71 und § 72 UrhG .....	437	F71
3. Schutz nachgelassener Werke .....	438	F73
a) Nachgelassenes Werk .....	439	F74
b) Erstmaliges Erscheinen und erstmalige öffentliche Wiedergabe ..	441	F77
aa) Verschollene Werke .....	441	F78
bb) Begriff des Erscheinens .....	442	F79
cc) Begriff der öffentlichen Wiedergabe .....	444	F81
dd) Beweisprobleme .....	445	F82
ee) Qualifizierte Art der Verbreitung und der öffentlichen Wiedergabe .....	447	F85
c) Erlaubtes Erscheinen und erlaubte öffentliche Wiedergabe .....	452	F91
d) Schutzzumfang .....	455	F94
e) Ausnahme für nachgelassene visuelle Werke? .....	456	F96
II. Schutz des ausübenden Künstlers und des Veranstalters .....	458	F99
1. Darbietung eines Werks oder einer Ausdrucksform der Volkskunst	459	F101
a) Darbietungsformen .....	459	F102
b) Gegenstand der Darbietung (Interpretationsgegenstand) .....	464	F108
aa) Werk .....	464	F108
bb) Ausdrucksformen der Volkskunst (Folklore) .....	468	F112
2. Künstlerische Darbietung .....	469	F113
a) Problemaufriss .....	469	F113
b) Gestaltungsspielräume für ausübende Künstler .....	470	F115
c) Wann ist eine Darbietung künstlerisch? .....	473	F118
d) Künstlerisch Mitwirkende .....	475	F121
3. Persönlichkeits- und Verwertungsrechte, Schutzzumfang .....	477	F124
a) Zu den Rechten des ausübenden Künstlers .....	477	F124
aa) Aufnahme, Vervielfältigung und Verbreitung .....	478	F125

## Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rn.
bb) Öffentliche Wiedergabe .....	481	F129
b) Schutzzumfang .....	483	F134
c) Ausnahme für Darbietungen gemeinfreier visueller Werke und Ausdrucksformen der Volkskunst .....	485	F138
4. Schutz des Veranstalters (§ 81 UrhG) .....	487	F140
III. Recht des Tonträgerherstellers, des Sendeunternehmens und des Filmherstellers .....	488	F143
1. Recht des Tonträgerherstellers (§ 85 UrhG) .....	488	F143
a) Schutzgegenstand .....	488	F144
aa) Erstmalige Festlegung von Tönen auf einem Tonträger .....	489	F145
bb) Maß des wirtschaftlichen, organisatorischen und technischen Aufwands .....	493	F150
b) Schutzzumfang .....	495	F153
c) Verhältnis zu anderen Schutzrechten .....	499	F157
2. Schutz des Sendeunternehmens (§ 87 UrhG) .....	500	F158
a) Schutzgegenstand .....	500	F159
aa) Erstmalige Ausstrahlung einer Funksendung .....	501	F160
bb) Sendeunternehmen .....	503	F164
b) Schutzzumfang .....	504	F166
aa) Aufzeichnung, Vervielfältigung und öffentliche Wiedergabe des Sendegutes .....	504	F167
bb) Schutzzumfang bei Nutzung von Teilen oder in veränderter Form .....	507	F172
cc) Ausnahme für gemeinfreie visuelle Sendeeinhalte .....	509	F173
c) Verhältnis zu den anderen Schutzrechten .....	509	F174
3. Schutz des Filmherstellers (§§ 94,95 UrhG) .....	510	F175
a) Schutzgegenstand .....	510	F176
aa) Erstmalige Fixierung auf einem Filmträger .....	511	F177
bb) Aufwand des Filmherstellers .....	512	F179
b) Schutzzumfang .....	513	F180
c) Ausnahme für filmisch festgehaltene gemeinfreie Werke .....	516	F183
d) Verhältnis zu den anderen Schutzrechten .....	518	F186
IV. Recht des Datenbankherstellers und des Presseverlegers .....	518	F187
1. Schutz des Datenbankherstellers (§ 87a UrhG) .....	518	F187
a) Schutzgegenstand .....	519	F188
aa) Datenbank als immaterieller Gegenstand .....	519	F188
bb) Begriff der Datenbank .....	521	F190
b) Investition bei der Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung des Inhalts .....	521	F191
aa) Berücksichtigungsfähige Investitionen .....	521	F191
bb) Wesentlichkeit der Investitionsleistung .....	525	F196
c) Neue Datenbank .....	528	F200
aa) Wesentliche Neuinvestition .....	528	F200
bb) Schutzgegenstand der neuen Datenbank .....	529	F202

## Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rn.
d) Schutzzumfang des Herstellerrechts .....	530	F204
aa) Vervielfältigung (Entnahme), Verbreitung und öffentliche Wiedergabe (Weiterverwendung) .....	531	F205
bb) Nach Art oder Umfang wesentlicher Teil.....	533	F208
cc) Wiederholte und systematische Nutzung unwesentlicher Teile .....	537	F212
2. Schutz des Presseverlegers (§§ 87f, 87g UrhG) .....	540	F216
a) Presseveröffentlichung .....	540	F217
b) Schutzgegenstand .....	542	F219
c) Inhalt der Verwertungsrechte und Schutzzumfang .....	545	F223
<b>G. Eine (kurze) Theorie des Werkbegriffs .....</b>	<b>551</b>	<b>G1</b>
Literaturverzeichnis .....	561	
Personen- und Stichwortverzeichnis .....	577	

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
a. F.	alte Fassung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BeckRS	Beck-Rechtsprechung zum Gewerblichen Rechtsschutz
Bd.	Band
Begr.	Begründung
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CPU	Zentraleinheit
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
Datenbank-RL	Richtlinie 96/9/EG über den rechtlichen Schutz von Datenbanken
DesignG	Designgesetz
d. h.	das heißt
ders./dies.	derselbe/dieselbe
Diss.	Dissertation
DSM-RL	Richtlinie 2019/790 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt
DZPhil	Deutsche Zeitschrift für Philosophie
Einf.	Einführung
Erw.grd.	Erwägungsgrund
etc.	et cetera
EuG	Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EU-GrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f., ff.	folgende/fortfolgende

## Abkürzungsverzeichnis

Folgerechts-RL	Richtlinie 2001/84/EG über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GebraMG	Gebrauchsmustergesetz
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
GG	Grundgesetz
GGV	Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung
GMV	Gemeinschaftsmarkenverordnung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (Zeitschrift)
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht (Zeitschrift)
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungsreport (Zeitschrift)
GRUR-RS	GRUR-Rechtsprechung
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
InfoSoc-RL	Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft
i. S. v.	im Sinne von
IuKDG	Informations- und Kommunikationsdienstegesetz
i. Verb. m.	in Verbindung mit
KG	Kammergericht
KUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und Fotografie (Kunsturhebergesetz)
LG	Landgericht
LS	Leitsatz
LUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst
MarkenG	Markengesetz
Marken-RL	Richtlinie 2008/95/EG über die Marken
MMR	Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechung Zivilrecht (Zeitschrift)
OGH	Österreichischer Oberster Gerichtshof
PatG	Patentgesetz
RBÜ	Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst
RegE	Regierungsentwurf

## Abkürzungsverzeichnis

RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie (EG bzw. EU)
Rn.	Randnummer
s.	siehe
S.	Satz, Seite
s. o., s. u.	siehe oben, siehe unten
Schutzdauer-RL	Richtlinie 2006/116/EG über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte
Software-RL	Richtlinie 2009/24/EG über den rechtlichen Schutz von Computerprogrammen
sog.	so genannt(e)
StVO	Straßenverkehrsordnung
TRIPS	Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums
u. a.	unter anderem
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht (Zeitschrift)
UrhG	Urheberrechtsgesetz
UrhGÄndG	Gesetz zur Änderung des Urheberrechts
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VerlG	Gesetz über das Verlagsgesetz
Vermiet- und Verleih-rechts-RL	Richtlinie 2006/115/EG zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums
Voraufl.	Vorauslage
WPPT	WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger
z.B.	zum Beispiel
ZGE	Zeitschrift für geistiges Eigentum
zit.	zitiert als
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht Rechtsprechungsdienst



## A. Einführung

### I. Überblick

#### 1. Forschungsgegenstand und Gang der Untersuchung

Der Begriff des geschützten Werkes ist ein Zentralbegriff des Urheberrechts, dessen wirtschaftliche und soziale Bedeutung in den letzten Jahrzehnten enorm zugenommen hat. Mit der Vollendung des Schöpfungsakts entstehen für den Urheber die im Gesetz vorgesehenen Monopolrechte und Ansprüche, ohne dass es weiterer Förmlichkeiten bedarf. Diese Rechte sind gegenständliche Rechte, weil sie sich auf einen Gegenstand, ein Werk der Literatur, Wissenschaft oder Kunst (§ 1 UrhG) beziehen. Was unter einem Werk zu verstehen ist, wird in § 2 Abs. 1 beispielhaft, nicht abschließend aufgezählt und in § 2 Abs. 2 UrhG als „persönliche geistige Schöpfung“ definiert. Auf europäischer Ebene geht der EuGH in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein Werk urheberrechtlich geschützt ist, wenn es das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung seines Urhebers ist.<sup>1</sup> Der in § 2 Abs. 2 UrhG definierte und vom EuGH entwickelte Werkbegriff enthält eine Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe, die verschiedene Interpretationsmöglichkeiten offenlassen. Er hat daher stets im Zentrum intensiver wissenschaftlicher und gerichtlicher Auseinandersetzungen gestanden, ohne dass über seine Kriterien ein Konsens zustande gekommen ist. In meiner Tätigkeit als Zivilrichter in Urheberrechtssachen ist mir das gelegentlich schmerzlich bewusst geworden.

Mit der vorliegenden Arbeit wird der Versuch unternommen, etwas Licht ins Dunkel zu bringen. Ausgangspunkt ist der in § 2 Abs. 2 UrhG definierte und vom EuGH entwickelte Werkbegriff, aus dem sich drei Merkmale herauschälen lassen, von denen jedes für sich notwendig und die zusammengenommen hinreichend dafür sind, dass ein urheberrechtlich geschütztes Werk entstanden ist: ein Merkmal, das auf die Person seines Urhebers hinweist, ein Merkmal, das hervorhebt, dass das Werk etwas Geistiges und schließlich ein Merkmal, dass es eine Schöpfung ist (→ Rn. B1). Der folgenden Diskussion dieser Merkmale liegt die Annahme zugrunde, dass sich der europäische und der Werkbegriff des deutschen Urheberrechts trotz der leicht unterschiedlichen Formulierung gleichen. Während den Merkmalen „persönlich“ und „Schöpfung“ in der aktuellen rechtswissenschaftlichen Forschung und Praxis größere Aufmerksamkeit ge-

---

<sup>1</sup> Z. B. EuGH GRUR 2009, 1041 Rn. 35 – Infopaq/DDF; EuGH GRUR 2019, 73 Rn. 36 f. – Levola Hengelo; EuGH GRUR 2019, 1185 Rn. 29 f. – Cofemel.

widmet wird, wird dem Aspekt des Geistigen zu geringe Beachtung geschenkt. Der Grund mag darin liegen, dass man Geistiges als etwas nicht so leicht Greifbares wahrnimmt und sich lieber an den handfesten materiellen Dingen und Erscheinungen orientieren will, in denen geistige Gegenstände vorkommen. Vordringlichste Aufgabe wird es deshalb sein, dieses Defizit zu beseitigen und der Frage nach der Seinsweise des Geistigen nachzugehen. Gibt es überhaupt Geistiges oder ist es in Wahrheit mit den materiellen Dingen und Erscheinungen, in denen es vorkommt, gleichzusetzen oder wenigstens auf sie rückführbar? Die Antwort auf diese Fragen ist nicht nur für das Urheberrecht, sondern auch für die Bestimmung der Schutzgüter der anderen Immaterialgüterrechte, des Erfinder-, Marken- und Designrechts sowie der verwandten Schutzrechte relevant. Denn auch sie stellen geistige Leistungen unter Schutz und gewähren Ausschließlichkeitsrechte an verselbstständigten geistigen Gütern.

- A3 Zur Klärung dieser Fragen, der Abschnitt B gewidmet ist, wird ein Blick auf die Probleme und Resultate der modernen Philosophie des Geistes unerlässlich sein. Durch den Verweis des Gesetzgebers auf den vorrechtlichen Begriff des Geistigen zwingt er die Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung dazu, sich der Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Menschen und seinen kulturellen Produkten in Literatur, Wissenschaft und Kunst zu stellen. Die in der Philosophie des Geistes vertretenen Positionen finden sich dementsprechend sämtlich – meist unausgesprochen – in Gerichtsurteilen und den Beiträgen der Urheberrechtswissenschaft wieder. Dabei geht es nicht darum, in der Philosophie erarbeitete Positionen ins Urheberrecht zu transformieren, sondern sie nach den vom Gesetzgeber gewählten Begrifflichkeiten in eine widerspruchsfreie, kohärente *juristische* Theorie einzufügen. Ergebnis der Überlegungen wird sein, dass Geistiges und Materielles jeweils selbstständige – wenn auch aufeinander bezogene – Kategorien des Seins sind. Wie materielle Gegenstände sind geistige Gegenstände objektiv identifizierbar, unterscheiden sich von jenen aber dadurch, dass sie sinnlich nicht wahrnehmbar, unveränderlich und kausal nicht wirksam sind. Vermischt man beide Kategorien des Seins miteinander, sind logische Paradoxien unvermeidlich. Als Beleg, dass diese Sicht auch die Seinsweise von Werken adäquat erfasst, kann angeführt werden, dass solche logischen Paradoxien im Urheberrecht nachweisbar sind (→ Rn. B81)<sup>2</sup>. Ein besonders augenfälliges Beispiel einer Kategorienvermischung bildet die Begründung der EuGH-Entscheidung „UsedSoft/Oracle“<sup>3</sup> zur Erschöpfung des Verbreitungsrechts an geschützten Computerprogrammen mittels Online-Übertragung, in der sich der Gerichtshof gleich zweimal in schwere logische Widersprüche verwickelt.<sup>4</sup>
- A4 Wenn nun die geistigen Gegenstände des Urheberrechts und der anderen Systeme des Immaterialgüterrechts nicht mit den sinnlich wahrnehmbaren materiellen Dingen und Erscheinungen zusammenfallen, in denen sie vorkommen

<sup>2</sup> *Haberstumpf* ZGE 2012, 284, 291 ff.

<sup>3</sup> EuGH GRUR 2012, 904 Rn. 42, 46, 47, 55, 59, 78 – UsedSoft/Oracle.

<sup>4</sup> S. u. → Rn. B94; *Haberstumpf* ZGE 2014, 470, 481 ff., 494 ff.

und die sich in ihren Eigenschaften ganz erheblich voneinander unterscheiden können, müssen sie unabhängig davon einzeln identifizierbar sein. Es werden Kriterien benötigt, mittels derer sie in ihren Materialisierungen als dieselben *wiedererkennbar* sind. Ohne solche Kriterien ist es z. B. in einem Urheberrechtsstreit nicht möglich festzustellen, wann ein geschütztes Werk identisch oder ähnlich in einem körperlichen Gegenstand vervielfältigt oder in unkörperlichen Erscheinungen wiedergegeben wird. Die Identitätsfrage wird in Abschnitt C I bis III ausführlich erörtert und durch einen Exkurs zum Marken- und Kennzeichenrecht ergänzt. Hier komme ich zu dem Ergebnis, dass der geistige Gehalt eines Werkes oder eines anderen Immaterialgutes dadurch konstituiert wird, dass sein Produzent mittels Zeichen eines unserer sozial *geregelt* Kommunikationssysteme etwas ausdrückt, einen für unser menschliches Handeln und Verhalten relevanten Sinn erzeugt. Weil wir im Elternhaus, im Schulunterricht und im Umgang mit anderen Menschen gelernt haben, nach welchen Regeln, Konventionen, Gepflogenheiten geistige Gegenstände produziert und verwendet werden, sind wir nicht nur in der Lage, sie zu verstehen, sondern auch ständig neue zu produzieren (zusammenfassend → Rn. C103).

Die Klärung der Frage, wie der geistige Gehalt eines literarischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Werks identifiziert werden kann, präjudiziert allerdings noch nicht die juristische Frage, ob bestimmte Aspekte oder Teile des geistigen Gehalts eines Werkes vom Urheberrechtsschutz auszunehmen sind. Es geht um das viel diskutierte grundsätzliche Problem, ob der Werkschutz nur die Form oder auch den Inhalt eines Werkes umfasst und wie geschützter Ausdruck und ungeschützte Idee voneinander zu trennen sind. In der Praxis wird es vor allem bei der Beurteilung von wissenschaftlichen und technischen Werken relevant, hat aber bereichsübergreifende Bedeutung. In Abschnitt C IV werden die denkbaren Interpretationsweisen der beiden begrifflichen Gegensatzpaare Form und Inhalt und Idee und Ausdruck ausführlich dargestellt und diskutiert. Es wird sich auch hier zeigen, dass der geistige Gehalt eines Werkes, der dessen Identität konstituiert, aus in sich geschlossenen Sinneinheiten, aus Einheiten aus Form und Inhalt, besteht, mit denen der Urheber etwas für unseres menschliches Handeln und Verhalten Bedeutsames ausdrückt. Er ist inhaltlich gedeutete Form oder anders ausgedrückt geformter Inhalt (→ Rn. C136). Die Unterscheidung zwischen geschützter Form und ungeschütztem Inhalt ist deshalb nicht nur in Bereich von Literatur und Kunst aufzugeben, sondern erweist sich auch für wissenschaftliche und technische Werke als unhaltbar. Wissenschaftliche Erkenntnisse in den verschiedenen Wissenschaftszweigen einschließlich der formalen Wissenschaften und der Jurisprudenz sind durch den jeweiligen Forschungsgegenstand nicht vorgegeben, sondern erfordern bei der Theorien- und Hypothesenbildung und deren systematischer Überprüfung Erfindungskraft, die schöpferisch sein kann und in der Regel auch ist (→ Rn. C158 f.). Die Freiheit des Inhalts wissenschaftlicher und technischer Werke folgt auch nicht aus einer Zusammenschau mit den technischen Schutzrechten. Der Schutz des Urheberrechts und des Erfinderrechts schließt sich nicht gegenseitig aus, auch wenn er

für dieselbe geistige Leistung, etwa die in einer Patentschrift beschriebene technische Lehre reklamiert wird. Beide Rechtssysteme gewähren Schutz vor unterschiedlich gearteten Handlungen (→ Rn. C163).

A6 Angesichts der Schwierigkeiten, die die urheberrechtliche Form-Inhalt-Dichotomie bereitet, rückt in der neueren Diskussion die Unterscheidung zwischen ungeschützter Idee und geschütztem Ausdruck verstärkt in den Vordergrund. Sie ist im angelsächsischen Rechtskreis unter dem Namen „idea/expression-dichotomy“ bekannt und hat in Europa ihren gesetzlichen Ausdruck in Art. 1 Abs. 2 S. 2 der Software-RL (§ 69a Abs. 2 S. 2 UrhG) gefunden. Das Problem besteht vor allem darin, dass unklar bleibt, was man sich unter ungeschützter Idee überhaupt vorzustellen hat und wie sie sich von dem geschützten Ausdruck unterscheidet. Es wird sich herausstellen, dass der Begriff der freien Idee nicht als kategorialer begriffen werden kann, mit dem man schöpferische Ideen fein säuberlich in geschützte und nicht geschützte aufteilen kann, sondern ein relationaler ist. Durch die Verwendung des Ausdrucks „zugrundeliegend“ in Art. 1 Abs. 2 S. 2 Software-RL (§ 69a Abs. 2 S. 2 UrhG) bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass mit freien Ideen und Grundsätzen Gedanken gemeint sind, die in einer bestimmten Relation zu einer geschützten Ausdrucksform stehen. Diese Idee-Ausdrucks-Relation, die für den Schutz von Computerprogrammen Eingang in das Gesetz gefunden hat, kann auf die anderen Werkarten erweitert werden. Wie ist sie aber inhaltlich auszufüllen? Die Relation muss zwei Grundbedingungen erfüllen: erstens darf die dem geistigen Gehalt eines Werkes zugrunde liegende Idee nicht geeignet sein, ihn zu einem geschützten Werk zu machen und zweitens darf die Übernahme einer zugrunde liegenden Idee in ein anderes Werk keine Urheberrechtsverletzung darstellen. Wann beide Bedingungen im Einzelfall erfüllt sind, kann nur durch eine umfassende Interessenabwägung festgestellt werden. Teilweise ist die erforderliche Interessenabwägung bereits in den gesetzlich umschriebenen Schrankenbestimmungen vorgenommen, die allerdings überwiegend identische oder wesentlich identische Nutzungen betreffen. Soweit sie nicht eingreifen, weil eine Verwertung in veränderter Form stattfindet, ist die Interessenabwägung innerhalb des Rechtsinstituts der freien Benutzung verortet, deren Kriterien trotz der scheinbar entgegenstehenden Rechtsprechung des EuGH in Sachen „Pelham/Hütter“<sup>5</sup> weder im deutschen noch im europäischen Urheberrecht obsolet geworden sind. Das hier vorgestellte Konzept einer „schrankenbasierten Interessenabwägung“ wird in Abschnitt C IV ausführlich erläutert und verteidigt.

A7 Aus dem Merkmal, dass ein geschütztes Werk ein geistiger Gegenstand ist, folgt, dass es von einer menschlichen Person geschaffen sein muss. Das Umgekehrte gilt jedoch nicht. Nicht alles, was Menschen schaffen, ist geistig. Die Gewissheit, nur menschliche Personen könnten urheberrechtlich geschützte Werke schaffen, patentfähige Erfindungen machen, geschütztes Design entwerfen oder sonstige geistige Gegenstände produzieren, ist durch das Aufkommen der Systeme

<sup>5</sup> EuGH GRUR 2019, 929 Rn. 57 ff. – Pelham/Hütter.

me der Künstlichen Intelligenz (KI) ins Wanken geraten. Vertreter der KI-Forschung behaupten, dass Systeme der Künstlichen Intelligenz bereits jetzt oder zumindest in näherer Zukunft in der Lage sind, autonom, d. h. ohne direkte Einflussnahme durch einen Menschen, Objekte hervorzubringen, die wir gewöhnlich geistige Schöpfungen nennen. Für den Werkbegriff hätte das zur Folge, dass das Merkmal „persönlich“ uminterpretiert werden und auch der Künstlichen Intelligenz der Status einer „elektronischen“ Person zuerkannt werden müsste, die die Rechte an Immaterialgütern erwerben und ausüben könnte. Diese Behauptung der KI-Forschung wird in Abschnitt D ausführlich diskutiert. Die derzeit bekannten KI-Systeme bieten allerdings keinen Anlass, das Merkmal „persönlich“ in seiner bisherigen Deutung aufzugeben. Ob das aber für die zukünftige Entwicklung aufrechterhalten werden kann, ist ungewiss. Gegen die Einführung einer elektronischen Person als Inhaber ausschließlicher Rechte an Immaterialgütern, auch wenn KI-Forschung ihre Behauptung wahr machen sollte, spricht entscheidend, dass KI-Systeme keinen menschlichen Körper haben und deshalb nicht wissen können, wie es ist, ein Mensch zu sein. Die Beurteilung, ob geistige Gegenstände etwas für unsere menschliche Lebensform Bedeutsames zum Ausdruck bringen und deshalb schützenswert sind, muss deshalb nach wie vor Menschen überlassen bleiben.

Mit dem Begriff der Schöpfung („Originalität“, „Individualität“) ist das entscheidende Kriterium benannt, das schützenswerte Werke aus der großen Masse von Geistesprodukten heraushebt, die Menschen tagtäglich hervorbringen. Die Versuche, ihn näher zu umschreiben, sind zahlreich und vielfältig. Sie werden in Abschnitt E I dargestellt und diskutiert. Weder eine rein personalistische noch eine rein werkorientierte Deutung des Begriffs wird dem Wesen der Schöpfung gerecht. Es muss vielmehr der Schöpfungsprozess ins Blickfeld gerückt werden, der die exklusive Beziehung zwischen Urheber und seinem Werk herstellt. Auf dieser Grundlage definiert der EuGH den Begriff der Originalität (Schöpfung, Individualität) negativ, indem er ausschließt, dass ein geistiger Gegenstand, dessen Ausdruck durch technische Erwägungen, Regeln oder andere Zwänge bestimmt wird, eine Schöpfung ist.<sup>6</sup> Dabei wird allerdings übersehen, dass alles geistige Schaffen regelfolgendes Handeln ist. Menschliche Äußerungen haben Sinn, wenn es Regeln und Gepflogenheiten gibt, die die Bedeutung der verwendeten Ausdrucksmittel festlegen. Bestehende Normen und Konventionen auf den einzelnen Schaffensgebieten, die auch ästhetische sein können, schränken den Gestaltungsspielraum für schöpferische Personen nur dann ein, wenn sie sich von ihnen zwingen lassen. Lässt sich im Einzelfall ausschließen, dass der Schöpfer eines Werkes sich ausschließlich an bestehenden, üblichen und bekannten Techniken und Regeln orientiert hat, steht fest, dass er in größerem oder kleinerem Maße eigene Regeln gesetzt und nach ihnen gehandelt hat. Für den Vorschlag, den Begriff der Schöpfung durch ein negatives Ausschlusskriterium dieser Art zu bestimmen, spricht vor allem unser Alltagsverständnis, wonach derjenige als

<sup>6</sup> Z. B. EuGH GRUR 2020, 736 Rn. 23 f. – Brompton.

kreativ gilt, der nicht in vorgefertigten Schemata und Klischees denkt und handelt. Für es spricht auch, dass es im Gegensatz zu den alternativ in Betracht kommenden Begriffsbestimmungen die Unterscheidung zwischen Doppelschöpfung und unbewusster Entlehnung zu erklären vermag. Doppelschöpfung und unbewusste Entlehnung stimmen darin überein, dass jemand eine Erstschöpfung erneut hervorbringt, ohne sich bewusst zu sein, dass sein Werk einem bereits entäußerten Werk entspricht. Eine individuelle Doppelschöpfung wird geschaffen, wenn auszuschließen ist, dass der Zweitschöpfer nach den Regeln des Erstschöpfers gehandelt hat. Die Doppelschöpfung ist daher individuell. Bei einer unbewussten Entlehnung kann dies nicht ausgeschlossen werden. Sie ist daher nicht individuell. Der entwickelte Begriff der Schöpfung ist nicht nur für Originalwerke anwendbar, sondern bewährt sich auch bei der Beurteilung von Bearbeitungen und Umgestaltungen sowie von Sammelwerken. Welchen Schutzzumfang das Urheberrecht im Fall von schöpferischen Veränderungen an einem geschützten Werk und bei der Schaffung eines Sammelwerkes bietet, wird in Abschnitt E III ausführlich behandelt.

- A9 Der mittels eines negativen Ausschlusskriteriums präzisierter Schöpfungsbegriff präjudiziert nicht, ob zusätzlich eine besondere Schutzhöhe, eine bestimmte Gestaltungshöhe, zu fordern ist, wie es lange Zeit in Deutschland speziell für Werke der angewandten Kunst befürwortet wurde. Ob man sich für eine großzügigere Schutzgewährung entscheidet oder an den – vermeintlich – höheren Schutzanforderungen im Bereich der angewandten Kunst festhält, hängt davon ab, wie man sich zum Problem der kleinen Münze stellt und wie sich Urheberrecht und Designrecht (Geschmacksmusterrecht) zueinander verhalten. Nach der Grundsatzentscheidung des BGH „Geburtstagszug“<sup>7</sup> geht die Tendenz zwar eindeutig in Richtung einer großzügigen Haltung. Der Streitpunkt, ob eine bestimmte Gestaltungshöhe erreicht werden muss, ist dadurch jedoch nicht eindeutig geklärt, weil der BGH an seiner vorher verwendeten Kunstformel festhält. Die Problematik der kleinen Münze und der Abgrenzung zum Designrecht wird in Abschnitt E II dargestellt und erörtert. Es wird dafür plädiert, die Forderung nach einer bestimmten Gestaltungshöhe fallen zu lassen und die Kunstformel, wonach es auf die Auffassung der für Kunst empfänglichen und mit Kunstanschauungen einigermaßen vertrauten Kreise ankommen soll, ersatzlos aus der Urheberrechtsdogmatik zu streichen, weil sie weder dazu taugt, den Begriff der Schöpfung zu präzisieren noch eine bestimmte Gestaltungshöhe zu bestimmen.
- A10 Ein Nebeneinander von Design- und Urheberschutz, wovon der BGH in der Entscheidung „Geburtstagszug“ inzwischen ausgeht,<sup>8</sup> macht allerdings nur Sinn, wenn es Erscheinungsformen von Erzeugnissen gibt, die neu und eigenartig, aber nicht individuell sind. Das ist nicht selbstverständlich, da auch die zwei- oder dreidimensionale Erscheinungsform eines Erzeugnisses ein geistiger Gegenstand, ein Formtyp, ist, der in einer Vielzahl von unterschiedlichen ma-

<sup>7</sup> BGH GRUR 2014, 157 Leitsatz 1 – Geburtstagszug.

<sup>8</sup> BGH GRUR 2014, 157 Rn. 35 ff. – Geburtstagszug.

teriellen Vorkommnissen realisiert und schöpferisch sein kann. Kann man Individualität überhaupt von Neuheit und Eigenart trennen oder ist Individualität nur eine Steigerung von Neuheit und Eigenart, wie es der früheren vom Reichsgericht entwickelten Stufentheorie entspricht? Die Antwort auf diese Frage macht es erforderlich, zu den Grundlagen des Designrechts vorzustoßen. Es wird sich zeigen, dass Musterentwerfer und Urheber sich in ihrem Schaffen jeweils an Regeln orientieren, wobei der Urheber eigene Regeln setzt und danach handelt, während der Designer seine Gestaltungsspielräume dadurch ausfüllt, dass er im Rahmen vorhandener ästhetischer und technischer Regeln bleibt und sie so fortführt, dass ein Erzeugnis einer eigenen Art entsteht (→ Rn. E99 ff.). Das Urheberrecht und Designrecht sind deshalb unabhängig voneinander. Mit diesen Überlegungen kann auch erklärt werden, warum die Interpretationsleistungen ausübender Künstler in der Regel keine schöpferischen Leistungen sind, wenn sie urheberrechtlich geschützte Werke darbieten. Sie verlassen den Rahmen der vom Schöpfer gesetzten Regeln nicht, sondern füllen nur deren Unbestimmtheitsstellen aus (→ Rn. F115).

Eine Theorie des Werkbegriff wäre unvollständig, wenn sie nicht auch die Schutzgegenstände der verwandten Schutzrechte einbeziehen würde. Ihnen ist gemeinsam, dass sie nicht auf schöpferischem Schaffen beruhen und sich auf die Produktion und Verbreitung von materiellen Sachen und unkörperlichen Erscheinungen beziehen, die geistige Gegenstände enthalten. In Abschnitt F wird den Fragen nachgegangen: Wie verhalten sich ihre immateriellen Schutzgegenstände zum Begriff des schöpferischen Werkes? Welche Kriterien bestimmen jeweils die Schwelle zum Erwerb des Schutzrechts und treten an die Stelle des Merkmals der Schöpfung im Urheberrecht und der Eigenart im Geschmacksmusterrecht? Welchen Umfang haben die den Inhabern der Leistungsschutzrechte jeweils gewährten Ausschließlichkeitsrechte? Auch wenn sie nicht auf schöpferischem Schaffen beruhen, bestehen eine Reihe von strukturellen Gemeinsamkeiten zum Urheberrecht. Schutzgegenstand ist nicht die Leistung selbst, die der jeweilige Rechtsinhaber erbringt, sondern sein Leistungsergebnis. Dieses besteht wiederum nicht in dem materiellen Leistungsergebnis, etwa dem Bild-, Ton- oder Filmträger, sondern in dem geistigen Gut, das es enthält. Ob eine Verletzung des Schutzrechts vorliegt, entscheidet sich schließlich allein danach, ob in dem angegriffenen Verletzungsgegenstand dieser geistige Gehalt identisch oder verändert vorkommt. In allen Fällen muss der Rechtsinhaber eine qualifizierte wirtschaftliche, organisatorische und technische Leistung erbringen, die eine bestimmte Mindestschwelle überschreitet. Teilweise ergibt sie sich wie im Beispiel des Datenbankherstellerrechts aus der gesetzlichen Umschreibung des Schutzrechts, teilweise muss sie wie im Fall des Lichtbildschutzes in den Schutztatbestand hineininterpretiert werden. Weil der Grund, das Leistungsergebnis zu schützen, in einer qualifizierten wirtschaftlichen, organisatorischen und technischen Leistung liegt, sind die verwandten Schutzrechte unabhängig vom Urheberrecht auch dann gegeben, wenn in ihren Leistungsergebnissen schöpferische Werke vorkommen. Beide Rechte können dann

jeweils selbstständig und unabhängig voneinander von ihren Rechtsinhabern ausgeübt werden, was auch nach Ablauf der urheberrechtlichen Schutzfrist gilt. In das Schutzrecht wird eingegriffen, wenn das immaterielle Leistungsergebnis im Ganzen oder in Teilen identisch oder verändert so reproduziert wird, dass die Verwertungsinteressen des jeweiligen Rechtsinhabers spürbar beeinträchtigt werden. Wann dies im Einzelfall anzunehmen ist, ist auf der Grundlage einer Interessenabwägung nach den Grundsätzen der freien Benutzung zu beurteilen. Die Entnahme kleiner Textschnipsel, kleiner Bildausschnitte, ganz kurzer Ton- oder Videosequenzen genügt dazu in der Regel nicht.

## 2. Methodik des Vorgehens

- A12 In dieser Arbeit wird darauf verzichtet, detaillierte Übersichten über die zum Werkbegriff vertretenen Auffassungen in Rechtsprechung und rechtswissenschaftlichem Schrifttum anzugeben und Linien aufzuzeigen, in welcher Weise sie sich entwickelt haben. Es ist auch nicht beabsichtigt, eine Gesamtdarstellung des Urheberrechts zu präsentieren. Es geht vielmehr um eine im Wesentlichen *zeitunabhängige* Erörterung des Werkbegriffs über die Grenzen der nationalen Urheberrechtsordnungen hinaus. Die anderen interessanten Fragen, welche Rechte im Einzelnen dem Urheber zuwachsen, wie sie im Rechtsverkehr ausgeübt und im Verletzungsfall durchgesetzt werden können, sowie wann sie wegen übergeordneter Allgemein- oder Partikularinteressen zu beschränken sind, bleiben weitgehend ausgeklammert. Auf sie wird nur dann eingegangen, wenn sie Rückschlüsse auf den Werkbegriff zulassen.
- A13 Meine Herangehensweise ist eine analytische.<sup>9</sup> Das bedeutet erstens, die zentralen Fragen, die sich um den Werkbegriff ranken, so präzise wie möglich zu formulieren. Zweitens soll der Raum der möglichen Antworten so vollständig wie möglich ausgelotet werden, indem die Hauptpositionen, die man im Hinblick auf diese Fragen einnehmen kann, als hypothetische Annahmen vorgestellt und auf ihre Konsequenzen hin getestet werden, gleichgültig ob sie in Rechtsprechung und Literatur vertreten werden. Und drittens sollen die Argumente diskutiert werden, die für und gegen die einzelnen Positionen sprechen. Es erhält diejenige Position den Zuschlag, die die Tests am besten übersteht und die intuitiv befriedigendsten Ergebnisse liefert. Ziel ist, die begrifflichen Implikationen, die mit den zentralen Merkmalen des Werkbegriffs verbunden sind, und die argumentativen Zusammenhänge so klar wie möglich herauszuarbeiten.
- A14 Was die Arbeit um den Werkbegriff einerseits so schwierig aber andererseits so reizvoll macht, ist, dass ständig über den Tellerrand des Urheberrechts hinausgeblickt und auf die Ergebnisse und Methoden aus anderen Wissenschaftszweigen namentlich der Kunst- und Wissenschaftstheorie, der Sprachphilosophie und der Geschichtswissenschaft zurückgegriffen werden muss. Große Aufmerksamkeit erfordert insbesondere das Verhältnis zu den anderen Systemen des Immaterialgüterrechts. Es wird allerdings nicht, wie ursprünglich geplant, im

<sup>9</sup> Beckermann (2008), S. VII ff., S. 461.

Rahmen eines eigenen Abschnitts beleuchtet, sondern in dem Zusammenhang behandelt, in dem die Abgrenzung zu dem jeweiligen Immaterialgüterrecht relevant wird. Als die Arbeit begonnen wurde, war nicht vorherzusehen, welche Ergebnisse sie haben wird. Rückblickend gesehen hätte die eine oder andere Argumentation etwas stringenter gefasst und manche Wiederholung vermieden werden können. Angesichts der gewählten Vorgehensweise war es ferner unvermeidlich, im Gang der Diskussion immer wieder auf frühere Überlegungen und spätere Ergebnisse zu verweisen, was mittels des Zeichens „→ Rn ...“ geschieht. Insgesamt mag dadurch die Übersichtlichkeit etwas gelitten haben und manchmal der Eindruck der Weitschweifigkeit entstehen. Insoweit bitte ich den Leser um Nachsicht. Wer an einem schnellen Zugang zu den wesentlichen Ergebnissen interessiert ist, möge sich zunächst an der kurzen Zusammenfassung der vorgestellten Theorie des Werkbegriffs in Abschnitt G orientieren.

## II. Theoriengeschichtlicher Abriss

### 1. Privilegienwesen

Zu den Gemeinplätzen in der Theorie- und Dogmengeschichte der Immaterialgüterrechte gehört es, auf den Beitrag zu verweisen, den die Aufklärung zur Rechtfertigung und für die Ausformungen dieser Rechte geleistet hat.<sup>10</sup> Die im 18. und 19. Jhd. aufkommende naturrechtlich begründete liberale ökonomische und politische Theorie des geistigen Eigentums bildete einen wirkungsmächtigen Gegenentwurf zu dem im Ancien Régime politisch vom Absolutismus und wirtschaftlich vom Merkantilismus geprägten Schutz geistiger Leistungen durch Polizei und Privilegien.<sup>11</sup> In der rechtshistorischen Forschung zum Urheberrecht wird zwar vertreten,<sup>12</sup> dass in den Druckprivilegien, insbesondere den Autorenprivilegien bereits der Gedanke des Urheberrechtsschutzes zum Ausdruck gekommen sei.<sup>13</sup> Gegen die Auffassung, mit der Erteilung eines Autorenprivilegs sei die Anerkennung eines im Augenblick der Werkschöpfung entstandenen, dem Urheber zustehenden ausschließlichen Rechts auf wirtschaftliche Nutzung des privilegierten Werks verbunden gewesen,<sup>14</sup> spricht aber vor allem die stets mitverfolgte wirtschaftspolitische und polizeiliche Zielsetzung der Privilegienerteilung sowie die Druckbezogenheit<sup>15</sup> auch der Autorenprivilegien, die nur im Druck erschienene – einschließlich nach heutigem Recht nicht schützbares<sup>16</sup> – Werke gegen Nachdruck schützten. Der Gedanke, der hinter den Druckprivi-

<sup>10</sup> Vgl. z. B. *Luf* (1988), S. 9 ff.; *Dölemeyer/Klippel* (1991), S. 185 ff. Rn. 4, 15 ff.

<sup>11</sup> *Dölemeyer/Klippel* (1991), S. 185 ff. Rn. 3.

<sup>12</sup> Vor allem von *Pohlmann* (1961), S. 13 ff.; *Pohlmann GRUR* 1962, 9 ff.

<sup>13</sup> Dagegen vor allem *Bappert* (1962), S. 183 ff.; vgl. auch *Dölemeyer/Klippel* (1991), S. 185 ff. Rn. 11 ff. Dazu auch → Rn. E71.

<sup>14</sup> So *Pohlmann* (1961), S. 33 f.

<sup>15</sup> *Bappert* (1962), S. 186 ff.

<sup>16</sup> *Kohler* (1907), S. 33.

legien stand, war nicht: Der Autor verdient den Schutz, sondern, wer das Wagnis unternimmt, ein Schriftwerk zu drucken, und die Kosten daran setzt.<sup>17</sup> Wie insbesondere *Dölemeyer/Klippel*<sup>18</sup> überzeugend herausgearbeitet haben, stand bei der Privilegienerteilung die Gewerbeförderung im Vordergrund, an dessen Seite die Zensur und steuerliche Zweckverfolgung trat. Sie diente dem absolutistischen-merkantilistischen Wirtschafts- und Gesellschaftssystem dazu, nach den Vorstellungen des Souveräns mehr oder weniger willkürlich<sup>19</sup> wirtschaftliche Prozesse zu steuern und obrigkeitsrechtlich zu kontrollieren. Mit dem Zusammenbruch des Ancien Régime verloren die Privilegien ihre Legitimation, was in Frankreich darin gipfelte, dass sie im Zuge der Großen Revolution aufgehoben wurden. Mit dem neuen liberalen Gesellschaftsverständnis, das die Herstellung eines freien Marktes und die Zurückdrängung des Staates aus dem Wirtschaftsgeschehen forderte, waren die bisherigen Mittel gewerblichen Rechtsschutzes und des Schutzes von Autor und Verlegern durch Privilegien, Polizei- und Zunftordnungen nicht mehr vereinbar.

## 2. Theorie des geistigen Eigentums

- A16 Um deren Interessen weiterhin zu schützen, mussten deshalb neue rechtliche Lösungen gefunden werden. Die Antwort gab die naturrechtlich begründete Theorie des geistigen Eigentums. Die Theorie des geistigen Eigentums fußt auf der Lehre von *John Locke*,<sup>20</sup> nach der das Sacheigentum seine Grundlage und Rechtfertigung in der Neu- und Umgestaltung einer ursprünglich allen zugänglichen naturgegebenen Sache durch eigene Arbeit findet:

„Jeder Mensch hat Eigentum an seiner eigenen Person. Auf diese hat ein Recht nur er allein. Die Arbeit seines Körpers und das Werk seiner Hände sind im eigentlichen Sinn sein Eigentum. Was immer er dem Naturzustand entrückt, hat er mit seiner Arbeit gemischt und ihm etwas eigenes hinzugefügt, es somit zu seinem Eigentum gemacht, das das gemeinsame Recht der anderen ausschließt.“

Obwohl Locke selbst seine Theorie nicht zur Begründung des geistigen Eigentums herangezogen hat,<sup>21</sup> konnten seine Gedanken unschwer auf das geistige Schaffen des Menschen übertragen werden.<sup>22</sup> Für die nachfolgende aufklärerische Rechtsphilosophie (z. B. Fichte, Schopenhauer, Hegel) zur Begründung der Rechte an immateriellen Gütern war wie bei Locke das normative Grundprinzip der Freiheit des Menschen grundlegend: Freiheit im Sinne von Autonomie, die den Menschen als Person unter die Anforderung vernünftiger Selbst-

<sup>17</sup> Kohler (1907), S. 33.

<sup>18</sup> *Dölemeyer/Klippel* (1991), S. 185 ff. Rn. 11 ff.

<sup>19</sup> Vgl. auch *Ulmer* (1980), S. 55.

<sup>20</sup> *Locke* (1960), II 5 § 27, deutsche Ausgabe, Zwei Abhandlungen über die Regierung, 1977, S. 215 ff.; dazu näher *Oberndörfer* (2005), S. 23 ff.; *Stallberg* (2006), S. 61 ff.

<sup>21</sup> *Oberndörfer* (2005), S. 38, 57 ff.

<sup>22</sup> Vgl. *Kersting ARSP 67* (1981), 157, 168.

bestimmung unter seinesgleichen stellt.<sup>23</sup> Im Recht und durch dieses sollte der Mensch als Subjekt verantworteter Freiheit Anerkennung und in den von der Rechtsgemeinschaft konstituierten bzw. institutionalisierten Rechtsbeziehungen Beachtung finden. Mit der in der Personenqualität jedes Menschen gegründeten gleichen Freiheit als Basis des Rechts ist der Begriff des Eigentums unmittelbar und notwendig verknüpft. Freiheit bedarf der Kategorie des Eigentums, um im Recht durch Rechtsausübung real zu werden. Denn die Person bedarf einer intersubjektiv anerkannten äußeren Sphäre menschlichen Handelns, soll Freiheit geschichtlich wirklich sein. Diese äußere Sphäre wird als Eigentum gekennzeichnet. In ihr als Inbegriff exklusiver Herrschaft vergegenständlicht sich der menschliche Wille. Dieser Eigentumsbegriff konnte somit anders als der Sacheigentumsbegriff des gemeinen Rechts nicht nur als Vollrecht an einem körperlichen Gegenstand bezeichnet, sondern als die ganze Summe von wirksamen Körper- und Geisteskräften aufgefasst werden, welche die Persönlichkeit ausmachen, so dass letztlich alle Rechte als Eigentum erscheinen konnten.<sup>24</sup> In seiner 1793 erschienenen Schrift „Beiträge zur Berichtigung der Urteile des Publikums über die Französische Revolution“<sup>25</sup> drückt dies z. B. *Fichte* wie folgt aus:

„Wir sind unser Eigentum. [...] Das reine Ich in uns, die Vernunft, ist Herr unserer Sinnlichkeit, aller unserer geistigen und körperlichen Kräfte.“

Diese Herleitung des Eigentums von seinem personellen Ursprung zeigt, wie der Vorgang der menschlichen Arbeit als eigentumsbegründendes Bindeglied zwischen der Person und den Sachgütern sowie den Ergebnissen menschlicher Geistestätigkeit in der Theorie des geistigen Eigentums fungiert.<sup>26</sup>

In Deutschland fanden die Gedanken des geistigen Eigentums ihren Widerhall in den heftigen Auseinandersetzungen über die Rechtmäßigkeit des Buchernachdrucks, die in der 2. Hälfte des 18. Jhdts. zwischen nord- und süddeutschen Verlegern geführt wurden. Allerdings standen dabei zunächst die Interessen der Verleger im Vordergrund. Die Theorie des geistigen Eigentums diente dazu, die Rechtsstellung des Verlegers gegenüber Nachdruckern zivilrechtlich zu begründen, deren Inhalt zu präzisieren und sie auf eine mit der Manuskriptablieferung erfolgende Eigentumsübertragung durch den Autor zurückzuführen.<sup>27</sup> Erst gegen Ende des 18. Jhdts. verschob sich der Blickwinkel auf den Autor. Die rechtswissenschaftliche Forschung<sup>28</sup> weist in diesem Zusammenhang auf den wegweisenden Einfluss hin, den die Abhandlung *Johann Gottlieb Fichtes* von

A17

<sup>23</sup> Dazu und zum Folgenden *Luf* (1988), S. 10 f.

<sup>24</sup> *Dölemeyer/Klippel* (1991), S. 185 ff. Rn. 18.

<sup>25</sup> *Fichte* (1793a), S. 39, 117; vgl. auch *Hegel* (1979), § 45.

<sup>26</sup> *Dölemeyer/Klippel* (1991), S. 185 ff. Rn. 18.

<sup>27</sup> *Bappert* (1962), S. 256 f.; *Vogel* (1978), S. 64; *Luf* (1988), S. 14; *Dölemeyer/Klippel* (1991), S. 185 ff. Rn. 19; *Gieseke* (1957), S. 97 f.

<sup>28</sup> *Vogel* in *Schricker/Loewenheim* (2020), Einl. Rn. 121; *Kohler* (1907), S. 77; *Bappert* (1962), S. 270 ff.; *Luf* (1988), S. 17 f.; *Stallberg*, (2006), S. 180 ff.; *Dölemeyer/Klippel* (1991), S. 185 ff. Rn. 20; *Vogel* (1978), S. 67 f.; *Gieseke* (1957), S. 97 f.; *Oechsler GRUR* 2009, 1101, 1102.

1793 „Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks“<sup>29</sup> auf diesen Wechsel der Perspektive hatte. Fichte unterscheidet zwischen der körperlichen und geistigen Seite des Buches. Auch an der geistigen Form des Buches, der Form der Gedanken,<sup>30</sup> „die Ideenverbindung, in der, und die Zeichen, mit denen sie vorgetragen werden“ entstehe ein Eigentumsrecht des Verfassers.<sup>31</sup> Daraus folgte er, dass der Nachdruck nicht nur einen schädigenden Eingriff in das Recht des Verlegers darstellt, sondern das Recht des Verfassers „kränkt“, welches sein „natürliches, angeborenes, unzuverlässendes Eigentumsrecht ist“.<sup>32</sup> Um die von Fichte getroffenen Unterscheidungen kreisen im Urheberrecht die bis heute nicht geklärten Fragen nach dem Verhältnis zwischen dem körperlichen Exemplar eines Werkes und dem darin enthaltenen Geistigen, zwischen Form und Inhalt eines Werkes und nach der Reichweite des Grundsatzes von der Freiheit der Gedanken.

### 3. Theorie des Persönlichkeitsrechts und der Immaterialgüterrechte

- A18** Auch wenn die Theorie des geistigen Eigentums geeignet war, die grundsätzliche Schutzbedürftigkeit von literarischen und künstlerischen Werken, Erfindungen, Marken usw. auch in einem liberalen wirtschaftlichen und politischen System zu rechtfertigen, stand ihrer Rezeption in den Rechtsalltag der Einwand der Rechtswissenschaft entgegen, dass es Eigentum nur an Sachen geben könne, und man sich deshalb nicht darauf einigen konnte, wie das naturrechtlich begründete geistige Eigentum positivrechtlich zu konstruieren sei.<sup>33</sup> An diesem Punkt setzten die sich Ende des 19. Jhdts. entwickelnden Theorien des Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechts an. Wegweisend waren dabei die Gedanken, die *Josef Kohler* in zahlreichen Schriften entwickelte. Er unterschied zwischen den Immaterialgüterrechten, die Rechte „an einem außerhalb des Menschen stehenden, aber nicht körperlichen, nicht faß- und greifbaren Rechtsgute“ begründen, und dem Persönlichkeitsrecht, dessen Rechtsgut innerhalb des Menschen steht „und von seinem Wesen grundsätzlich unzertrennlich, nur zufällig und ausnahmsweise ablösbar“ ist.<sup>34</sup> Auf diese Weise konnten Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht vom Sacheigentum abgekoppelt und entsprechend der unterschiedlichen Natur der jeweiligen Schutzgegenstände<sup>35</sup> einer eigenständigen gesetzlichen Regelung zugeführt werden. Der heute international verwendete Begriff des „Intellectual Property“ („Propriété Intellectuelle“)<sup>36</sup> zur Sam-

<sup>29</sup> *Fichte* (1793b), S. 223 ff.; ursprünglich veröffentlicht in Berliner Monatsschrift, 1793, Bd. 21, S. 443–483.

<sup>30</sup> Zur ontologischen Frage, was Fichte unter der Form der Gedanken versteht, ausführlich unten → Rn. B55 ff.

<sup>31</sup> *Fichte* (1793b), S. 227 f.

<sup>32</sup> *Fichte* (1793b), S. 233.

<sup>33</sup> *Dölemeyer/Klippel* (1991), S. 185 ff. Rn. 14, 65.

<sup>34</sup> *Kohler* (1907), S. 1.

<sup>35</sup> Vgl. *Kohler AcP* 82 (1894), 141, 151 ff.

<sup>36</sup> Z. B. im Namen von WIPO und TRIPS.

melbezeichnung dieser Rechtssysteme knüpft zwar terminologisch noch an die Theorie des geistigen Eigentums an, indem er anzeigt, dass sie ausschließliche Rechte an intellektuellen Gütern wie Erfindungen, Werken, Marken, Unternehmenskennzeichen usw. gewähren, über die deren jeweiliger Inhaber ähnlich wie ein Sacheigentümer verfügen kann. Dabei wird aber implizit vorausgesetzt, dass die Legitimität und Ausformung dieser Rechte nicht von einem naturrechtlich begründeten Begriff des Eigentums abgeleitet werden können, sondern auf einer positivrechtlichen Entscheidung des Gesetzgebers beruhen.

In der 1. Hälfte des 20. Jhdts. stand die Klärung des Verhältnisses der materiellen zu den ideellen Interessen, d. h. der Nutzungs-(Verwertungs-)rechte zu den Persönlichkeitsrechten z. B. von Urhebern oder Erfindern im Mittelpunkt der wissenschaftlichen Erörterungen. Im Anschluss an Kohler vertrat ein Teil der Lehre die sog. dualistische Auffassung, die das Erfinderrecht ebenso wie das Urheberrecht in zwei selbstständige Bereiche trennt. Durchgesetzt hat sich in Deutschland indes die monistische Theorie, die das Urheberrecht und die gewerblichen Schutzrechte als jeweils einheitliche Rechte mit verwertungsrechtlichem und persönlichkeitsrechtlichem Inhalt betrachtet. Gemeinsame Klammer der verschiedenen Rechtssysteme ist, dass sie sich auf den Schutz geistiger Leistungen beziehen und Vermögensrechte an verselbstständigten verkehrsfähigen geistigen Gütern gewähren, teilweise mit persönlichkeitsrechtlichem Gehalt teilweise ohne.<sup>37</sup>

A19

#### 4. Der gegenwärtige Stand

Die Zeiten der großen Würfe, die die Schutzgegenstände des Immaterialgüterrechts und deren Legitimation aus einer einheitlichen Wurzel herzuleiten und zu erklären versuchen, sind passé. Zwar deutete der BGH in seiner Entscheidung „Grundig-Reporter“<sup>38</sup> von 1955 die Nutzungsrechte des Urhebers noch als Ausstrahlungen seines durch den Schöpfungsakt begründeten geistigen Eigentums: „Die Herrschaft des Urhebers über sein Werk [...] wird ihm hiernach nicht erst durch den Gesetzgeber verliehen, sondern folgt aus der Natur der Sache, nämlich aus seinem geistigen Eigentum, das durch die positive Gesetzgebung nur seine Anerkennung und Ausgestaltung findet.“

A20

Richtungsweisend für das Urheberrecht wurden demgegenüber die Grundsätze, die das BVerfG in mehreren Entscheidungen wie folgt formulierte:<sup>39</sup>

A21

„Da es keinen vorgegebenen und absoluten Begriff des Eigentums gibt und Inhalt und Funktion des Eigentums der Anpassung an die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse fähig und bedürftig sind, hat die Verfassung dem Gesetzgeber die Aufgabe übertragen, den Inhalt und die Schranken des Eigentums zu bestimmen (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG). Das gilt auch für die vermögenswerten Rechte des Urhebers; sie bedürfen

<sup>37</sup> Dölemeyer/Klippel (1991), S. 185 ff. Rn. 80.

<sup>38</sup> BGH GRUR 1955, 492, 496; zustimmend Hubmann (1978), S. 50.

<sup>39</sup> Vor allem BVerfG GRUR 1972, 481, 483 – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfG GRUR 1980, 44, 46 – Kirchenmusik; BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 72 – Metall auf Metall.

ebenso wie das Sacheigentum der Ausgestaltung durch die Rechtsordnung. Der an das Grundgesetz gebundene Gesetzgeber kann aber hierbei nicht beliebig verfahren. [...] Im Einzelnen ist es Sache des Gesetzgebers, im Rahmen der inhaltlichen Ausprägung des Urheberrechts nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG sachgerechte Maßstäbe festzulegen, die eine der Natur und der sozialen Bedeutung des Rechts entsprechende Nutzung und angemessene Vergütung sicherstellen“<sup>40</sup>

- A22** Die Ausgestaltung des Urheberrechts – und der anderen Systeme des Immaterialgüterrechts – ist demnach nicht bloße Resultante des Kampfes der verschiedenen Interessen und Interessengruppen, der Urheber, Verwerter und Verbraucher, sondern muss die Natur und die soziale Bedeutung der jeweils gewährten Rechte angemessen berücksichtigen. Woher kommen aber die Maßstäbe, die den Inhalt des verfassungsmäßig garantierten Instituts des Privateigentums nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG bestimmen?
- A23** In der heutigen digital weltweit vernetzten Welt stellt sich dieses Problem besonders dringend. Geistige Gegenstände können überall, gleichzeitig und von jedermann, der die erforderlichen intellektuellen Fähigkeiten sie aufzunehmen besitzt, in einer gegenüber früher erheblich gesteigerten Weise genutzt werden, ohne dass der Gegenstand verbraucht wird. Das führt zu der Frage: Warum soll ein Gut, das von Natur aus nicht knapp ist, anderen entzogen und künstlich, d. h. mit den Mitteln des Rechts verknappt werden?<sup>41</sup> Bei dieser Frage setzt die zunehmend stärker werdende Kritik an den in der europäischen und nationalen Gesetzgebung erkennbaren Tendenzen zur Schutzerweiterung, Schutzverschärfung und härteren Durchsetzung namentlich des Urheberrechts an. Die dem Freiheitsgedanken des ursprünglichen Internet verhaftete Internetgemeinde lehnt entweder schon die Kommerzialisierung der im Internet verbreiteten Inhalte ab, was gelegentlich zur Forderung nach der Abschaffung des Urheberrechts führt,<sup>42</sup> oder bekämpft zumindest die rechtliche Ausgestaltung der derzeit geltenden Urheberrechtsordnungen<sup>43</sup>, soweit sie der unbeschränkten Verfügbarkeit von Werken, Informationen, Wissen und Kultur entgegensteht, weil diese eine essentielle Grundvoraussetzung für die soziale, technische und wirtschaftliche Weiterentwicklung unserer Gesellschaft sei.<sup>44</sup>
- A24** Die rechtliche Legitimation des traditionellen Urheberrechtsverständnisses und die Idee des geistigen Eigentums sind in eine Grundlagenkrise geraten. Die rechtswissenschaftliche Forschung der letzten Jahre beschäftigt sich daher zunehmend mit dem Problem, wie das Urheberrecht grundsätzlich und die aus ihm erwachsenden ausschließlichen Verwertungsrechte unter den Bedingungen der heutigen Informationsgesellschaft noch zu rechtfertigen sind. Zu nennen

<sup>40</sup> BVerfG GRUR 1972, 481, 483 – Kirchen- und Schulgebrauch.

<sup>41</sup> Vgl. *Stallberg* (2006), S. 26 f.

<sup>42</sup> Z. B. *Walleij* (2011), S. 249 ff., 257 ff.

<sup>43</sup> Vgl. *Dreier* in *Dreier/Schulze* (2022), Einl. Rn. 25.

<sup>44</sup> Aus dem Grundsatzprogramm der Piratenpartei Deutschland, [www.piratenpartei.de/Parteiprogramm](http://www.piratenpartei.de/Parteiprogramm) (abgerufen am 12.03.2023).

sind namentlich die Arbeiten von *Stallberg*,<sup>45</sup> *Hansen*<sup>46</sup> und *Jacob*,<sup>47</sup> die das Legitimationsproblem mit verschiedenen Ansätzen vielfältig beleuchten. Wie *Stallberg* überzeugend ausführt, muss dabei jede plausible moralische Begründung des Urheberrechts<sup>48</sup> ihren Anfang in der besonderen Qualität geistiger Werke nehmen.<sup>49</sup> Denn darin liegt die Natur der Schutzgegenstände der Immaterialgüterrechte, die es nach der Rechtsprechung des BVerfG bei der Ausgestaltung der jeweils gewährten Rechte zu berücksichtigen gilt. Die Natur des urheberrechtlich geschützten Werkes herauszuarbeiten, ist Ziel dieser Arbeit.

---

<sup>45</sup> *Stallberg* (2006).

<sup>46</sup> *Hansen* (2009).

<sup>47</sup> *Jacob* (2010).

<sup>48</sup> Dies gilt auch für die anderen Schutzgegenstände des Immaterialgüterrechts. Zum Markenrecht vgl. *Haberstumpf* ZGE 2011, 151, 158 ff., 195 ff.

<sup>49</sup> *Stallberg* (2006), S. 26, 300 ff.



## B. Ontologie des Werkes

### I. Gesetzliche Ausgangslage

§ 2 Abs. 2 UrhG definiert das Werk des Urheberrechts als eine persönliche geistige Schöpfung. Auf europäischer Ebene schützen die Software-RL, Datenbank-RL und Schutzdauer-RL<sup>1</sup> die von ihnen betroffenen Werke, wenn sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers<sup>2</sup> sind. Diese Begriffsbestimmung hat der EuGH<sup>3</sup> auf alle nach europäischem Recht schutzfähigen Werke ausgedehnt und legt sie seinen Entscheidungen zum Urheberrecht einheitlich zugrunde. Das deutsche Schrifttum<sup>4</sup> und die Rechtsprechung<sup>5</sup> sind sich weitgehend einig, dass sich aus den etwas unterschiedlichen Formulierungen in den Richtlinien und § 2 Abs. 2 UrhG keine Unterschiede in der Sache ergeben. Davon wird auch in dieser Arbeit ausgegangen. Wenn im Folgenden auf den Wortlaut von § 2 Abs. 2 UrhG Bezug genommen wird, sind deshalb die Formulierungen in den genannten europäischen Richtlinien mitgemeint. Aus ihnen lassen sich deutlich drei Merkmale herauschälen, die zusammen genommen hinreichend dafür sein sollen, wann etwas ein nach dem Urheberrecht geschütztes Werk ist:

- (M1) ein Merkmal, das auf die Person eines Urhebers hinweist („persönliche“, „the author’s own“, „propre à son auteur“),
- (M2) ein Merkmal, das hervorhebt, dass das Werk etwas Geistiges ist („geistige“, „intellectual“, „intellectuelle“) und schließlich
- (M3) ein Merkmal, das verlangt, dass das Werk eine „Schöpfung“ („creation“, „création“) ist.

---

<sup>1</sup> Art. 1 Abs. 3 S. 1 Software-RL; Art. 3 Abs. 1 S. 1 Datenbank-RL; Art. 6 S. 1 Schutzdauer-RL.

<sup>2</sup> In der englischen Fassung: „if it is original in the sense that it is the author’s own intellectual creation“; in der französischen Fassung: „s’il est original, en ce sens qu’il est la création intellectuelle propre à son auteur“.

<sup>3</sup> EuGH GRUR 2009, 1041 Rn. 35 – Infopaq/DDF; EuGH GRUR 2019, 73 Rn. 36f. – Levo-la Hengelo; EuGH GRUR 2019, 934 Rn. 19f. – Funke Medien/Bundesrepublik Deutschland; EuGH GRUR 2019, 1185 Rn. 29, 35 – Cofemel.

<sup>4</sup> Z. B. *Spindler* in Schricker/Loewenheim (2020), UrhG § 69a Rn. 17ff.; *Dreier* in *Dreier/Schulze* (2022), UrhG § 69a Rn. 25f.; *Czychowski* in *Fromm/Nordemann* (2018), UrhG § 69a Rn. 14ff.; *Grützmacher* in *Wandtke/Bullinger* (2022), UrhG § 69a Rn. 35ff.; *Haberstumpf* in *Büschler/Dittmer/Schiwy* (2015), UrhG § 69a Rn. 12.

<sup>5</sup> Z. B. BGH GRUR 2005, 860, 861 – Fash 2000; BGH GRUR 1994, 39f. – Buchhaltungsprogramm; OLG München CR 1999, 688; OLG Karlsruhe CR 1994, 607, 610.

- B2** Die größten Gemeinsamkeiten zu den Schutzgegenständen der anderen Immaterialgüterrechte, die international als Intellectual Property bezeichnet werden, liegen zweifellos in (M2). Denn sie schützen ebenfalls geistige Leistungen. Auch wenn im Erfinderrecht strittig ist, ob patentfähige Erfindungen auch schöpferischen Charakter haben können,<sup>6</sup> wird jedenfalls im Marken- und Unternehmenskennzeichenrecht sowie im heutigen Geschmacksmusterrecht (Designrecht) das Merkmal der Schöpfung nicht als eine notwendige Bedingung für den Erwerb der jeweiligen Rechte angesehen.
- B3** Deshalb sollen im Folgenden der Begriff des Geistigen und dessen Seinsweise im Vordergrund stehen. Daraus können Anhaltspunkte nicht nur für die Gemeinsamkeiten der verschiedenen Schutzrechte, sondern auch zur näheren Bestimmung der Merkmale (M1) und (M3) gewonnen werden, da sie ersichtlich in einem inneren Zusammenhang zu (M2) stehen. Zur Klärung dieser Fragen wird ein Blick auf die Probleme und die Resultate der modernen Philosophie des Geistes unerlässlich sein. Durch die Verweisung des Gesetzgebers auf den vorrechtlichen Begriff des Geistigen zwingt er die Urheberrechtswissenschaft und die Rechtsanwendung dazu, sich der Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Menschen und seinen kulturellen Produkten in Literatur, Wissenschaft und Kunst zu stellen.<sup>7</sup> Da Philosophie nicht an die Stelle der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft treten kann, geht es allerdings nicht um die Übernahme einer der philosophischen Positionen, die sich sämtlich meist unausgesprochen in Gerichtsurteilen und den Beiträgen der Urheberrechtswissenschaft wiederfinden, sondern um die Klärung, inwiefern sich deren Argumente und Begriffsbildungen für eine *juristische* Theorie des Werkbegriffs fruchtbar gemacht und zur Klärung juristischer Fragen herangezogen werden können.

## II. Der Beitrag der Philosophie des Geistes

- B4** Die Philosophie des Geistes zählt heute zu den aktivsten philosophischen Disziplinen.<sup>8</sup> Ihr derzeitiger Schwerpunkt liegt auf der Erörterung des sog. Leib-Seele-Problems, d. h. der Frage, ob und in welcher Hinsicht sich Psychisches von Physischem unterscheidet.<sup>9</sup> Unter Physischem wird dabei die Realität verstanden, wovon die Naturwissenschaften einschließlich der Neurologie handeln, während das Psychische im Gegensatz dazu den Inbegriff aller Zustände und Vorgänge bildet, die jeweils nur einem einzigen Subjekt bewusst sind.<sup>10</sup> Zum Themenspektrum der Philosophie des Geistes gehört aber auch die Welt des objektiv Geistigen, der Produkte menschlicher geistiger Aktivitäten, die sich in

<sup>6</sup> Vgl. Götting (2020), S. 51 Rn. 9, S. 143 Rn. 21.

<sup>7</sup> Vgl. Troller UFITA 50 (1967), S. 385 f.

<sup>8</sup> v. Kutschera (2009), S. 11.

<sup>9</sup> Sturma (2005), S. 9; v. Kutschera (2009), S. 12; einführend Liske in Kolmer/Wildfeuer (2011), Stichwort „Geist“, S. 890 ff.

<sup>10</sup> v. Kutschera (2009), S. 15 f.

den Schöpfungen in Recht, Wissenschaft und Kunst manifestieren<sup>11</sup> und in der neueren Philosophie wieder zunehmend Beachtung finden.<sup>12</sup> Die Welt des objektiven Geistes wurde vor allem vom deutschen Idealismus thematisiert, der den Begriff des Geistes nicht bloß als Synonym für menschliches Bewusstsein oder die Dimension des Mentalen verwendet, sondern ihn auch auf Phänomene im Bereich der Natur und des Sozialen erstreckte.<sup>13</sup> Philosophiegeschichtlich haben sich drei grundlegende Positionen herausgebildet, die jeweils in verschiedenen Spielarten vertreten werden und sich teilweise überschneiden: der Materialismus, Idealismus und Dualismus.

Der *Materialismus* behauptet, die gesamte Wirklichkeit sei physischer Natur oder zumindest auf sie reduzierbar. Nicht nur alle Einzelgegenstände der Welt sind materiell oder physisch, sondern auch alle ihre Eigenschaften.<sup>14</sup> Auf das Leib-Seele-Problem gewendet, heißt das, dass sich auch Psychisches in letzter Analyse als etwas Physisches erweist, oder zumindest sich darauf reduzieren lässt: Geist reduziert sich auf Gehirn<sup>15</sup>, d. h. auf Materie. Diese Position hat durch die moderne Neurowissenschaft und Gehirnforschung inzwischen wieder großen Auftrieb gewonnen.<sup>16</sup> **B5**

Die Gegenposition des philosophischen *Idealismus* behauptet dagegen, die ganze Wirklichkeit sei geistiger Natur: Alles ist subjektiv geistig oder objektiv geistig, d. h. alles ist mental (etwas Mentales) oder ideal (etwas Ideales).<sup>17</sup> Das Geistige bestehe aus Subjekten, deren mentalen Zuständen und Akten sowie den Produkten solcher Art. Derartige Produkte sind z. B. Vorstellungsinhalte, Theorien, Zahlen, Computerprogramme, Normen, Ideale usw. Subjekte sind Träger und Produzenten aller geistigen Realität, ohne Subjekte gibt es nichts Geistiges:<sup>18</sup> Die Wirklichkeit existiert letztlich nur in unseren Köpfen. **B6**

Als dritte klassische Position hat sich daneben der *Dualismus* etabliert, für den Seelisch-Geistiges und Physisches verschiedenartige und nicht aufeinander reduzierbare Bereiche der Wirklichkeit bilden. Überwiegend wird dabei aber angenommen, dass beide Bereiche wechselseitig aufeinander bezogen sind.<sup>19</sup> Eine solche Auffassung werden wir im Folgenden vertreten. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang die *Drei-Welten-Lehre*, deren bedeutendste Vertreter *Frege*<sup>20</sup> und *Popper*<sup>21</sup> sind. Sie ist eine ontologische Position, die die Existenz dreier Welten annimmt: die physische Welt, deren Gegenstände man grundsätz- **B7**

<sup>11</sup> v. Kutschera (2009), S. 16, 130.

<sup>12</sup> Vgl. *Gabriel* (2013), 2013, vor allem S. 177 ff. (Vom Sinn der Religion) und 214 ff. (Vom Sinn der Kunst).

<sup>13</sup> *Sturma* (2005), S. 11; vgl. auch *Meixner* (2015), S. 69, 72 ff.

<sup>14</sup> v. Kutschera (2009), S. 146, 161.

<sup>15</sup> v. Kutschera (2009), S. 136.

<sup>16</sup> *Sturma* (2005), S. 31 ff., 112 ff.

<sup>17</sup> *Meixner* (2015), S. 69, 73 ff.

<sup>18</sup> v. Kutschera (2009), S. 171.

<sup>19</sup> v. Kutschera (2009), S. 205, 212 ff.

<sup>20</sup> *Frege* (1918), S. 58 ff.; auch abgedr. in *Künne* (2010), S. 87–112.

<sup>21</sup> *Popper* (1993), S. 75, 109 ff.; *Popper* (2004), S. 263–287.

lich mit den Sinnen wahrnehmen kann (Welt 1), die Welt dessen, was sich im Bewusstsein von Menschen abspielt bzw. Teil des Bewusstseins ist und der inneren Wahrnehmung (Introspektion) zugänglich ist (Welt 2) und die Welt der objektiven Gedankeninhalte, d. h. die gesamte Kultur in all ihren Manifestationen, die ausschließlich durch Verstandestätigkeiten erfasst werden (Welt 3).<sup>22</sup> Welt 2 bildet den Mittler zwischen Welt 1 und Welt 3.<sup>23</sup> Das folgende Beispiel mag dies verdeutlichen: Der Bauplan eines Hauses als Produkt der geistigen Tätigkeit des Architekten gehört Welt 3 an. Er wird vom Bewusstsein des Baumeisters (Welt 2) erfasst und von ihm in ein konkretes Haus der Welt 1 umgesetzt. Genau genommen handelt es sich allerdings nur um eine Variante des Dualismus,<sup>24</sup> da man die Innenwelt des Menschen ebenfalls unter physischen und psychischen Gesichtspunkten betrachten kann und muss. Wenn in der folgenden Erörterung des Geistigen immer wieder auf das Bild der Drei-Welten-Lehre zurückgegriffen wird, dient dies nur der anschaulicheren Darstellung der Probleme. Eine Festlegung auf sie ist damit nicht verbunden.

- B8** In der Literatur und Rechtsprechung zum urheberrechtlichen Schutzgegenstand sind sämtliche dieser Positionen vertreten, eher selten in Reinkultur, meistens jedoch in einer Form, die Gedanken des Idealismus und des Materialismus miteinander vermischt. Einen *subjektiven Idealismus* vertritt, wer das Werk ausschließlich als Ausdruck des individuellen Geistes des Urhebers und Spiegelbild seiner Persönlichkeit zum Zeitpunkt der Schöpfung begreift<sup>25</sup> und den sinnlich wahrnehmbaren Erscheinungen (Buchexemplar, Schallwellen, optische Signale usw.) die Funktion zuweist, als bloßes Ausdrucksmittel den individuellen Geist des Urhebers anderen zugänglich zu machen.<sup>26</sup> Diese Betrachtungsweise ist mit der expressionistischen Theorie der Kunst, die das Werk eines Menschen ausschließlich oder überwiegend als einen Ausdruck seiner Persönlichkeit oder seines inneren Zustandes betrachtet,<sup>27</sup> eng verwandt. Die Merkmale (M1) „Persönlichkeit“ und (M3) „Schöpfung“ wären danach in Merkmal (M2) bereits weitgehend begrifflich enthalten. Nach dieser Auffassung wäre das Werk ontologisch in der Welt 2 zu verorten. Einer ihrer prominenten Vertreter ist Fichte.
- B9** In dieser Form hat der Idealismus im Urheberrecht heute keine Konjunktur mehr. Das Werk wird ausschließlich objektiv<sup>28</sup> gedeutet, und der individuelle Geist des Urhebers weitgehend ausgeblendet. Was allein in der Phantasie des Urhebers lebt, findet keinen urheberrechtlichen Schutz.<sup>29</sup> Das Werk ist also aus-

<sup>22</sup> Popper (2004), S. 285; vgl. auch Reicher (2010), S. 93 f.

<sup>23</sup> Popper (1993), S. 153 f.; Popper (2004), S. 269.

<sup>24</sup> Popper (2004), S. 273.

<sup>25</sup> Vgl. z. B. Kohler (1907), S. 135; Hubmann (1954), S. 29 f.; Müsse (1999), S. 62, 80, 82, 120 ff., 134.

<sup>26</sup> Zur Ausdruckstheorie im Bereich der Kunst allgemein vgl. Reicher (2010), S. 142 ff.; Wollheim (1982), S. 44 ff.

<sup>27</sup> Popper (2004), S. 83 ff., 286.

<sup>28</sup> Vgl. z. B. A. Nordemann in Fromm/Nordemann (2018), UrhG § 2 Rn. 16.

<sup>29</sup> Z. B. BGHZ 9, 237, 240 f. – Gaunerroman; BGH GRUR 1985, 1041, 1046 – Inkassoprogramm; Ulmer (1980), S. 130; Bullinger in Wandtke/Bullinger (2022), UrhG § 2 Rn. 19.

schließlich ein außerhalb des Menschen stehender objektiver Gegenstand. Versteht man es als geistiges Objekt, ist es dem Bereich der menschlichen Kulturleistungen und damit Welt 3 zuzuordnen. Der urheberrechtliche *Materialist* beheimatet es demgegenüber in der Welt 1. Er reduziert das Werk auf die sinnlich wahrnehmbaren Erscheinungen der physikalischen Außenwelt, in denen das Werk vorkommt,<sup>30</sup> und wird im rechtswissenschaftlichen Schrifttum neuerdings explizit von *Peukert*<sup>31</sup> vertreten. Materialistische Positionen sind in der Kunsttheorie bei Werken der bildenden Künste und vornehmlich im Software-Urheberrecht anzutreffen. Sie wurden durch die Entscheidung des BGH „ASP-Vertrag“<sup>32</sup> erheblich aufgewertet. Der BGH meint: Die der Steuerung des Computers dienenden Programme müssten, um ihre Funktion erfüllen zu können, in verkörperter Form vorhanden sein;<sup>33</sup> wie beim Erwerb eines Buches sei deshalb Gegenstand eines Software-Überlassungsvertrages stets die verkörperte geistige Leistung, also eine Sache.<sup>34</sup> Dem liegt letztlich ein in der Informatik weit verbreiteter Gedanke zugrunde, der den Computer als eine nicht zu Ende gedachte Maschine begreift, die durch Hinzufügen der Programme komplettiert wird.<sup>35</sup> Software reduziert sich also auf Hardware.<sup>36</sup>

Die herrschende Praxis steht irgendwie zwischen Materialismus und objektivem Idealismus. Auf der einen Seite wird daran festgehalten, dass das Werk einen objektiv fassbaren geistigen Gehalt hat und damit als kulturelle Leistung in Literatur, Wissenschaft und Kunst zu Welt 3 gehört, auf der anderen Seite aber verlangt, dass es eine sinnlich wahrnehmbare Formgestaltung besitzen muss,<sup>37</sup> also gleichzeitig in Welt 1 zu Hause ist.<sup>38</sup> Diese herrschende Auffassung ist jedoch nicht eindeutig und kann in verschiedener Weise interpretiert werden, was

B10

<sup>30</sup> *Wollheim* (1982), S. 20 f.

<sup>31</sup> *Peukert* (2018), S. 34 f., 58 ff., 128 ff., 188.

<sup>32</sup> BGH CR 2007, 75 Rn. 16 – ASP-Vertrag.

<sup>33</sup> So explizit *Marly* (2009), Rn. 681: „Um jedoch die genannte Steuerungsfunktion übernehmen zu können, ist es nicht ausreichend, dass das Computerprogramm in irgendeiner nicht materiellen Form vorliegt, etwa als Computerprogramm als solches allein im Kopf ihres Schöpfers existiert.“ Die Möglichkeit, dass es die Welt 3 geben könnte, zieht *Marly* nicht in Betracht. Aus der zutreffenden Prämisse, dass ein Computerprogramm nicht allein im Kopf seines Schöpfers existiert, folgt deshalb nicht, dass es ein Objekt der physischen Außenwelt, geschweige denn eine Sache sein muss.

<sup>34</sup> *Hoeren* (1989), Rn. 72 ff.; *Marly* (2009), Rn. 679 ff., 698; *König* (1991), Rn. 269 ff. Ebenso allgemein im Hinblick auf den Begriff der Information *Zech* (2012), S. 16–18.

<sup>35</sup> So *König* (1991), Rn. 253 unter Hinweis auf *Gorny* CR 1986, 673 und *v. Hellfeld* GRUR 1989, 471 Fn. 6a.

<sup>36</sup> So der Medientheoretiker *Kittler* (1993), S. 225, 234 ff.

<sup>37</sup> Z. B. BGH GRUR 1959, 251, 252 – Einheitsfahrtschein; *Loewenheim/Leistner* in *Schricker/Loewenheim* (2020), UrhG § 2 Rn. 47 ff.; *Schulze* in *Dreier/Schulze* (2022), UrhG § 2 Rn. 12, 13. Zur Frage, was es heißt, sich das Werk ohne sinnlich wahrnehmbare Form vorzustellen, vgl. *Haberstumpf* ZGE 2012, 284, 299 ff.

<sup>38</sup> Deziert anderer Ansicht in der Kommentarliteratur scheint nur *Rauer* in *BeckOK* UrhR (Stand 15.10.2022), UrhG § 2 Rn. 53, zu sein, der die sinnlich wahrnehmbare Formgestaltung eines Werkes nicht zum Werkbegriff rechnet, sondern ihr nur eine Bedeutung für das Entstehen des Urheberrechtsschutzes beimisst. *Rauer* weist sich damit als ein rein objektiver Idealist aus.

sich u. a. bei der Erörterung des Begriffs der äußeren Form zeigt,<sup>39</sup> die am Werk-schutz teilnehmen soll. Unter äußerer Form wird dabei die am Ausdrucksmittel orientierte Gestaltung wie die Sätze eines Schriftwerkes, die Tonfolge und Ton-verbinding eines musikalischen Werkes, die plastische Formung des Marmors<sup>40</sup> usw. verstanden.

**B11** Für den Idealisten *Hubmann*<sup>41</sup> z. B. ist die äußere Form ausschließlich eine Eigenschaft des geistigen Werkes und zählt somit zur Welt 3.<sup>42</sup> Für den Materialisten ist die Sache ebenfalls klar. Da alle geistig- seelischen Eigenschaften mit physischen Eigenschaften identisch<sup>43</sup> bzw. auf sie reduzierbar sind,<sup>44</sup> kann die äußere Form wie das Werk selbst nur eine Eigenschaft des sinnlich erfahrbaren Mitteilungsträgers sein,<sup>45</sup> in dem das Werk dritten Personen entgegentritt. Nach überwiegendem Verständnis formt der individuelle Geist des Urhebers dagegen nicht nur die Gestalt des Mitteilungsträgers, sondern auch das darin geistig Ausgedrückte. Die am Ausdrucksmittel orientierte Gestaltung des Werkes wäre danach etwas, das sowohl der Welt 1 als auch der Welt 3 zuzuordnen ist. Im obigen Beispiel des Bauplanes wäre danach das Architektenwerk, konkretisiert in der Gestaltung des Hauses, sowohl ein materielles Objekt wie auch Ausdruck des geistigen Bauplanes. In diesem Sinne müsste man sich die äußere Form wie das Werk selbst als eine Mischung von geistigen und materiellen Eigenschaften vorstellen.

**B12** Die herrschende Ansicht lässt sich allerdings auch in einem anderen Sinn interpretieren, wonach das Werk ein Kontinuum von Inhalt, innerer Form, äußerer Form und sinnlicher Erscheinungsweise der Vorkommnisse des Werkes ist. Die äußere Form bildet dabei das Bindeglied, das das Geistige des Werkes, je nach Werkart verschieden, in die materielle Form des Mitteilungsträgers umschlagen lässt oder nicht. Bei manchen Werkarten vornehmlich bei Sprachwerken bliebe sie der Welt 3 verhaftet, bei anderen Werkarten vornehmlich bei Werken der bildenden Kunst und Computerprogrammen wäre sie Bestandteil der Welt 1. Nach dieser Lesart wäre die äußere Form wie das Werk nicht aus Geistigem und Materiellem vermischt, sondern je nach Werkart ein geistiges oder ein materielles Objekt.

<sup>39</sup> Zur Problematik des Formbegriffs im Urheberrecht allgemein s. u. → Rn. C104 ff.

<sup>40</sup> *Hubmann* (1978), S. 31; *Müsse* (1999), S. 122.

<sup>41</sup> *Hubmann* (1978), S. 34; *Hubmann* (1954), S. 27 f., 72.

<sup>42</sup> Vgl. auch *Voigtländer/Elster/Kleine* (1952), § 1 Anm. II 2 c; *Kohler* (1888), S. 42, zum Verhältnis zwischen der Erfindung als etwas Geistigem und ihrer konkreten Darstellung, welche der Erfinder im Patent zu geben vermag.

<sup>43</sup> Vgl. näher *Beckermann* (2008), S. 65, 101.

<sup>44</sup> *Beckermann* (2008), S. 203 ff.

<sup>45</sup> *Troller UFITA* 50 (1967), S. 385, 401; *Berking* (2002), S. 35, 72; *Müsse* (1999), S. 121.

### III. Materialismus im Urheberrecht

Für den Materialisten sind geistig-seelische Phänomene nichts anderes als komplexe physische Erscheinungen. Nicht nur alle Einzelgegenstände der Welt sind materiell oder physisch, sondern auch alle ihre Eigenschaften. Da für ihn Geistiges nicht existiert, kann es auch keine Rechte an Geistigem geben. In dieser extremen Form stellt der Materialismus die theoretischen Grundlagen der Immaterialgüterrechte einschließlich des Urheberrechts prinzipiell in Frage, indem er ihnen ihre spezifischen Schutzgegenstände wegnimmt.<sup>46</sup> Speziell für das Urheberrecht scheint er die weitere beunruhigende Konsequenz zu haben, dass nach ihm geistige *Schöpfungen* nicht möglich sind. Diese Konsequenz wird in der Literatur und Rechtsprechung zum urheberrechtlichen Schutz wissenschaftlicher Werke auch tatsächlich gezogen, wenn die Rede davon ist, dass solche Werke im Wesentlichen nur Fakten wiedergäben.<sup>47</sup> *Hubmann* schreibt z. B. explizit:

„Die Wissenschaft ist der Wahrheit verpflichtet, wahr ist aber nur, was einem vorgegebenen Gegenstand entspricht. [...] Im Bereich des Wahren gibt es also keine schützenswerte Schöpferwürde, die Jünger der Wissenschaft sind auf die Entdeckerehre beschränkt.“<sup>48</sup>

Von der physischen mit den Methoden der Naturwissenschaften beschreibbaren Welt nehmen wir nämlich gewöhnlich an, dass sie kausal geschlossen ist<sup>49</sup> und die Erhaltungssätze der Physik gelten,<sup>50</sup> d. h. jedes physische Phänomen hat eine physische Ursache und aus Nichts entsteht nichts. Der Gesetzesbegriff der Schöpfung impliziert aber offenbar die Möglichkeit, dass der Urheber etwas noch nicht Dagewesenes erschafft, was kausal nicht erklärbar ist. Hat der Materialismus recht, müsste die Theorie des Immaterialgüterrechts und des Urheberrechts nicht nur für die wissenschaftlichen Werke neu geschrieben werden.

#### 1. Materialistische Auffassungen im Softwarerecht

Obwohl Computerprogramme nach europäischem wie auch nach deutschem Urheberrecht als literarische Werke bzw. Sprachwerke geschützt werden, wenn sie das Ergebnis der eigenen *geistigen* Schöpfung ihres Urhebers sind (Art. 1 Abs. 3 S. 1 Software-RL, § 69a Abs. 3 S. 1 UrhG), hat der Materialismus im deutschen Softwarerecht eine gewichtige Zahl von Anhängern gefunden,<sup>51</sup> in die sich sogar der BGH<sup>52</sup> eingereiht hat. Nach dieser Ansicht sind Computerprogramme

<sup>46</sup> So explizit der Medientheoretiker *Kittler* (1993), S. 235 f., wenn er unter Berufung auf die Church-Turing-These (dazu näher → Rn. B75) die Auffassung vertritt, dass „das Konzept des geistigen Eigentums unmöglich und bei Algorithmen am unmöglichsten geworden ist.“

<sup>47</sup> BGH GRUR 1981, 352, 355 – Staatsexamensarbeit; OLG Frankfurt ZUM 2012, 574, 577 – Habilitationsschrift. Dazu *Haberstumpf* ZUM 2012, 529, 530 ff.

<sup>48</sup> *Hubmann*, UFITA 24 (1957), 1, 8.

<sup>49</sup> Vgl. *Beckermann* (2008), S. 116; v. *Kutschera* (2009), S. 221 f.; *Sturma* (2005), S. 18.

<sup>50</sup> Vgl. *Beckermann* (2008), S. 51 ff.

<sup>51</sup> Nachweise → Rn. B9 Fn. 34.

<sup>52</sup> BGH CR 2007, 75 Rn. 16 – ASP-Vertrag.

keine geistigen Gegenstände, sondern Sachen oder zumindest im Rechtsverkehr rechtlich wie Sachen zu behandeln. Auch die Auffassung des EuGH in der Entscheidung „UsedSoft/Oracle“, dass beim Herunterladen eines Computerprogramms zum dauerhaften Gebrauch gegen ein adäquates Entgelt das Eigentum an einer körperlichen oder nichtkörperlichen Kopie des Programms übertragen wird,<sup>53</sup> könnte in diesem Sinne interpretiert werden.

a) *Computerprogramme als Sachen?*

- B16** Einer der nachdrücklichsten Verfechter materialistischer Positionen im Softwarerecht ist *König*, der sich auch zu ihrer Konsequenz bekennt, dass der Schutz von Computerprogrammen durch das Urheberrecht der Systematik sowohl des UrhG als auch des gesamten Immaterialgüterrechts zuwiderläuft.<sup>54</sup> Seine Hauptthese, die im Folgenden stellvertretend für vergleichbare Ansichten diskutiert werden soll, lautet:

(K) Die zur Steuerung von Computern eingesetzten Programme sind Sachen im Sinne des § 90 BGB bzw. Bestandteile von Sachen – des Rechners, der Festplatte o. ä. Diese Qualifizierung betrifft sämtliche Programme, gleichgültig, ob sie zur Hardware, zur Software oder zur Firmware gezählt werden.<sup>55</sup>

Die Begründung dieser These nimmt ihren Ausgangspunkt beim Begriff der Sache im Sinne des § 90 BGB. Maßgebend zur Qualifizierung eines Gegenstandes als Sache ist für König die reale Existenz<sup>56</sup> des Gegenstandes in Abhängigkeit von dessen Körperlichkeit.<sup>57</sup> Im Hinblick auf das Kriterium der Realität führt er aus, es zeige sich ein deutlicher Unterschied zwischen Rechten und Immaterialgütern einerseits und Computerprogrammen andererseits. Rechte existierten nicht objektiv, sondern seien in ihrer Wirkung von der Existenz der jeweiligen Rechtsordnung abhängig. In ähnlicher Weise seien auch Immaterialgüter lediglich Reflexionen des menschlichen Geistes. Denke man sich die Menschheit weg, seien weder Rechte noch Immaterialgüter feststellbar. Demgegenüber seien Computerprogramme – einmal geschaffen – in ihrer Existenz von dem Weiterbestehen der Menschheit unabhängig; sie existierten nicht lediglich in der Vorstellung, sondern unzweifelhaft tatsächlich. Gerade hierdurch würden sie sich von den reinen Ideen und auch Rechten unterscheiden.<sup>58</sup>

- B17** Da in dieser Argumentation die physische Existenz von Computerprogrammen bereits als Prämisse vorausgesetzt wird, kann man mit ihr sie weder beweisen noch die These, Computerprogramme seien geistige Gegenstände, wi-

<sup>53</sup> EuGH GRUR 2012, 904 Rn. 45, 46, 57, 58 – UsedSoft/Oracle.

<sup>54</sup> *König* (1991), Rn. 748.

<sup>55</sup> *König* (1991), Rn. 747.

<sup>56</sup> Zur Frage der Realität von Werken als geistigen Gegenständen s. u. → Rn. B118 ff.

<sup>57</sup> *König* (1991), Rn. 269.

<sup>58</sup> *König* (1991), Rn. 270 bis 272; ähnlich *Peukert* (2018), S. 188 (These 10).

derlegen. Die Vorstellung, Computerprogramme würden das Aussterben der Menschheit überleben, ist aber ebenso wenig plausibel wie die Vorstellung, den sonstigen sachlichen Hinterlassenschaften der Menschen wie Autos, Häusern usw. sei ein ewiges Leben beschieden. Der Natur ist es egal, ob ein bestimmter Atomhaufen ein Tisch, ein Flugzeug usw. ist; sie geht achtlos darüber hinweg, verändert und zerstört sie nach den Regeln von Ursache und Wirkung. Ist niemand mehr da, der Rechte oder Immaterialgüter feststellen könnte, gibt es auch niemanden mehr, der Häuser, Kühlschränke, Eisenbahnen usw. feststellen kann. Sollten allerdings wie Forscher, die auf Reste einer versunkenen Kultur stoßen, in fernen Zeiten außerirdische intelligente Wesen in unsere Galaxie gelangen, die in der Lage sind, unsere Hinterlassenschaften – falls noch vorhanden – in *ihrer Bedeutung für die ausgestorbene Menschheit* zu verstehen, dann bekommen diese Gegenstände ihren vorher gegebenen Sinn und können wieder z. B. als Tische, Bücher, Autos, Computer usw. gedeutet werden. Dann werden aber auch die in Bildern, Büchern, Datenträgern usw. zum Ausdruck kommenden geistigen Produkte der Menschen und die Regeln ihres sozialen Zusammenlebens wieder verstehbar.<sup>59</sup> Ein Unterschied zwischen sachlichen und geistigen Produkten der Menschheit lässt sich mit der diskutierten Überlegung nicht belegen.

Die Körperlichkeit und damit die Sachqualität von Computerprogrammen muss folglich ohne Rückgriff auf den Begriff der Realität begründet werden. Um diese darzulegen, zählt *König* zunächst eine Reihe von Erscheinungsformen von Computerprogrammen auf: gesteckte bzw. fest verdrahtete Schalttafeln, Lochkarten und -streifen, Magnetbänder/-platten und Disketten sowie integrale Maschinenteile in Form von Relais, Elektronenröhren und elektronischen Bauteilen.<sup>60</sup> Alle diese Erscheinungsformen seien körperlich und dienten wie Zahnrad-, Hebel- und Nockenschaltwerke in astronomischen Uhren oder Musikautomaten der technischen Steuerung eines anderen körperlichen Erzeugnisses.<sup>61</sup> Insoweit bestehe auch kein relevanter Unterschied zwischen fest verdrahteten Maschinenprogrammen und den Programmen, die zur Software gezählt würden. Dass letztere zur weiteren Verwendung im Hauptspeicher geladen werden müssten, betreffe nicht deren Körperlichkeit, sondern lediglich den Grad der Unmittelbarkeit der Steuerung.<sup>62</sup> Es fehle deshalb die immaterielle Komponente. Bei Immaterialgütern gelange dagegen nicht die Verkörperung zum Einsatz, sondern nur der nicht greifbare und damit auch nicht reale immaterielle Wert. Die Verkörperung eines Immaterialgutes diene lediglich zu deren Transport oder Aufbewahrung.<sup>63</sup> Während der geistige Gehalt einer Druckschrift vom materiellen Träger losgelöst und z. B. durch Vorlesen vermittelt werden könne, müsse ein Computerprogramm immer in einer bestimmten Verkörperung entweder als

B18

<sup>59</sup> Vgl. *Popper* (1993), 1993, S. 119.

<sup>60</sup> *König* (1991), Rn. 273.

<sup>61</sup> *König* (1991), Rn. 275 ff., 276.

<sup>62</sup> *König* (1991), Rn. 294, 301.

<sup>63</sup> *König* (1991), Rn. 322.

Sache oder Sachbestandteil einer übergeordneten Sacheinheit<sup>64</sup> existieren, um als solches nämlich als Steuerungsmittel eines Rechners existent zu sein.<sup>65</sup>

**B19** Diese Ausführungen lassen sich in folgendem Argument zusammenfassen, auf das sich auch die anderen Befürworter der Sachqualität von Computerprogrammen stützen:<sup>66</sup>

- (K1) Computerprogramme sind Mittel, die (mittelbar oder unmittelbar) fähig sind, einen Computer zu steuern.
- (K2) Nur körperliche Gegenstände sind (mittelbar oder unmittelbar) fähig, einen Computer zu steuern.
- (K3) Körperliche Gegenstände sind Sachen oder Sachbestandteile im Sinne von § 90 BGB.
- (K4) Also sind Computerprogramme Sachen oder Sachbestandteile im Sinne von § 90 BGB.

Das Argument ist logisch gültig.<sup>67</sup> Die Wahrheit der Konklusion (K4) ist also garantiert, wenn die Prämissen (K1) bis (K3) wahr sind. Da sich Computerprogramme unbestritten<sup>68</sup> durch ihre Befehls- und Steuerungsfunktion qualifizieren und dadurch von den anderen Software-Komponenten, wie z. B. Pflichtenheft, Anwenderhandbuch, Datenbankstrukturen und -inhalten abgrenzen, wird man an (K1) festzuhalten haben. Prämisse (K3) bringt zwar anders als der Wortlaut von § 90 BGB zum Ausdruck, dass die Körperlichkeit eines Gegenstandes eine hinreichende Bedingung<sup>69</sup> für dessen Sachqualität ist. Da aber Computerprogramme keine Tiere und keine Körper lebender Menschen sind, ist (K3) in diesem Zusammenhang ebenfalls zutreffend. Als problematisch könnte sich somit allenfalls Prämisse (K2) erweisen, auf die das Argument seine wesentliche Überzeugungskraft stützt. Um sie zu widerlegen, verwenden wir der Einfachheit halber einen indirekten Beweis, indem wir die Konklusion angreifen. Ist sie falsch, dann muss mindestens eine der Prämissen falsch sein.<sup>70</sup> Wenn man (K1) und (K3) nicht aufgeben will, kann also nur (K2) falsch sein.

**B20** Sachen im Sinne des § 90 BGB sind „nur körperliche Gegenstände“. Sind Computerprogramme keine körperlichen Gegenstände, dann sind sie keine Sachen. Auch wenn für die Beurteilung, ob ein körperlicher Gegenstand anzunehmen ist, nach allgemeiner Ansicht in erster Linie die Verkehrsauffassung maßgebend ist, ist als Mindestvoraussetzung zu fordern, dass der betrachtete

<sup>64</sup> König (1991), Rn. 403.

<sup>65</sup> König (1991), Rn. 365.

<sup>66</sup> BGH CR 2007, 75 Rn. 16 – ASP-Vertrag; Marly (2009), Rn. 680 ff.

<sup>67</sup> Es verwendet das logische Gesetz der Transitivität der Implikation, s. Joerden (2005), S. 31.

<sup>68</sup> Vgl. Haberstumpf in Büscher/Dittmer/Schiwy (2015), UrhG § 69a Rn. 4.

<sup>69</sup> Nach § 90 BGB ist die Körperlichkeit eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für das Vorliegen einer Sache im Sinne dieser Vorschrift, da der Körper lebender Menschen (vgl. Ellenberger in Grüneberg [2023], BGB Überbl. v. § 90 Rn. 1, § 90 Rn. 3) und von Tieren (§ 90a BGB) nicht als Sachen angesehen werden.

<sup>70</sup> Walther (1990), S. 9 ff., 16.

Gegenstand räumlich abgrenzbar sein muss.<sup>71</sup> Nehmen wir von *einem* bestimmten Computerprogramm, z. B. Windows 10, an, es sei ein körperlicher Gegenstand, dann müsste man ihn also als *einen* Körper räumlich lokalisieren können. Da es ein sehr weitverbreitetes Betriebssystem ist, ist aber anzunehmen, dass es auf vielen Millionen von stationären Rechnern und mobilen Endgeräten wie Notebooks, Tablet-Computern oder Smartphones in aller Welt installiert und gleichzeitig im Einsatz ist. Es kann natürlich in Zukunft – theoretisch unendlich oft und lang – auch auf Rechnern installiert oder Datenträgern gespeichert werden, die es noch gar nicht gibt und damit als Körper noch nicht identifizierbar sind. Es wird ständig herauf- oder heruntergeladen und ist während dieser Zeit als elektronischer Strom in Kabelsystemen und/oder in Form von elektromagnetischen Wellen terrestrisch oder im All unterwegs. Computerprogramme, für die das genannte Betriebssystem nur ein Beispiel ist, sind also überall und gleichzeitig nutzbar.<sup>72</sup> Da aber räumliche Individuen nicht als Ganze an verschiedenen Orten zur selben Zeit sein können,<sup>73</sup> können Computerprogramme folglich keine körperlichen Gegenstände sein. Es ist nämlich schon begrifflich nicht erklärbar, wie *ein und derselbe* Körper, der eine bestimmte abgrenzbare Stelle im dreidimensionalen Raum einnimmt, gleichzeitig andere Raumstellen besetzen kann. Wenn Körper verschiedene räumlich abgrenzbare Stellen in der physischen Welt einnehmen, sind sie verschiedene Körper, was natürlich nicht ausschließt, dass sie Körper gleicher Art sein können.

Aus diesem Grund sind Computerprogramme auch keine Bestandteile von übergeordneten Sachen, etwa von Computergeräten. Das macht zunächst der Vergleich mit Maschinenteilen, die wie Relais, Elektronenröhren oder elektronischen Bauteile die Maschine steuern,<sup>74</sup> deutlich. Wenn ein derartiger körperlicher Gegenstand mehrere unterschiedliche Sachen als deren Sachbestandteil steuern soll, muss er in der entsprechenden Anzahl hergestellt und mit der jeweiligen Sache so zusammengefügt werden, dass sie ihre gemeinsame Funktion erfüllen können. Ein einziges Computerprogramm ist dagegen in der Lage, eine potenziell unendliche Anzahl von raum-zeitlich abgrenzbaren Computergeräten zu steuern. **B21**

Dasselbe Problem ergibt sich, wenn man ein bestimmtes Programm in Bezug auf seinen *Einsatz in nur einem Computergerät* betrachtet. Computerprogramme sind Programme in jeder Gestalt, einschließlich des Entwurfsmaterials (§ 69a Abs. 1 UrhG; Art. 1 Abs. 2 S. 1, Abs. 1 S. 2 Software-RL). Computerprogramme sind somit nicht nur solche, die in einer Maschinsprache so formuliert sind, dass ihre Anweisungen direkt von der Zentraleinheit eines Computergerätes in- **B22**

<sup>71</sup> Ellenberger in Grüneberg (2023), BGB § 90 Rn. 1; Stieper in Staudinger (2017), BGB § 90 Rn. 2.

<sup>72</sup> Diese Ubiquität (Allgegenwärtigkeit) ist ein wichtiges Kriterium für Geistiges, s. Troller (1983), S. 55 ff.; Schack (2019), Rn. 19; Pierson in Pierson/Ahrens/Fischer (2010), S. 2; Stallberg (2006), S. 26. Dazu näher → Rn. B99 ff.

<sup>73</sup> Meixner (2004) S. 36.

<sup>74</sup> Vgl. König (1991), Rn. 275 ff.

terpretiert werden können, sondern natürlich auch ihre in einer höheren Programmiersprache abgefassten Vorstufen. Um diese ablauffähig zu machen, bedürfen sie eines Compilers oder Interpreters, der die Programmanweisungen in der höheren Programmiersprache in eine gleichwertige Folge von Anweisungen der Maschinensprache übersetzt, so dass die Zentraleinheit in der Lage ist, sie zu interpretieren und abzuarbeiten.<sup>75</sup> Das führt zu der Frage, welches Programm abläuft, wenn ein ursprünglich in einer höheren Programmiersprache abgefasstes Programm zum Einsatz kommt: das Programm höherer Stufe oder das Maschinenprogramm, das nach der Übersetzung in die Maschinensprache erzeugt wurde? Wenn man auf das Maschinenprogramm tippt, liegt man sicherlich richtig, man liegt aber genauso wenig falsch, wenn man sagt, dass das Programm höherer Stufe abläuft. Nichts spricht dagegen zu sagen: „im Augenblick führt die CPU einen SPRING-Befehl aus“ anstatt „im Augenblick führt die CPU einen 111010000-Befehl aus“<sup>76</sup>. Wenn man also wahrheitsgemäß aussagen kann, dass ein Programm in einer höheren Programmiersprache gleichzeitig mit seiner maschinensprachlichen Version abläuft, dann hat der Materialist im Softwarerecht auch in diesem Zusammenhang ein gravierendes Problem. Durch die Behauptung, ein Computerprogramm sei zumindest ein Sachbestandteil einer übergeordneten Sache, des Computergeräts, ist er nämlich auf die Konsequenz festgelegt, dass das unmittelbar ablauffähige Maschinenprogramm und seine Vorstufen als verschiedene Sachbestandteile bzw. Sachen anzusehen sind. Die Verkörperungen eines Maschinenprogramms und eines in einer höheren Programmiersprache formulierten Programms unterscheiden sich nämlich nicht nur im Grad der Unmittelbarkeit, die Hardware zu steuern, sondern nehmen auch verschiedene raum-zeitlich lokalisierbare Stellen in der physischen Welt 1 ein. Wie ist es dann aber möglich, dass sie als verschiedene Sachen oder Sachbestandteile der Computeranlage gleichzeitig zum Einsatz kommen und diese in genau derselben Weise steuern können?

*b) Computerprogramme als Sacheinheiten oder -gesamtheiten?*

- B23** Ein Computerprogramm kann begrifflich keine Einzelsache sein, weil es zur Steuerung einer potenziell unendlichen Anzahl von Computermaschinen einsetzbar ist. Ein Computerprogramm kann aber in einer – theoretisch unendlichen – Vielzahl von Sachen, z. B. in gesteckten bzw. festverdrahteten Schalttafeln, Lochkarten und -streifen, Magnetbändern/-platten, Disketten, CD-ROM, DVD, Relais, Elektronenröhren, elektronischen Bauteilen, verkörpert sein, die jede für sich fähig sind, ein Computergerät zu steuern. Man könnte folglich an der Sachqualität eines bestimmten Programms festhalten, indem man es sich als die *Gesamtheit (Klasse) seiner Verkörperungen*<sup>77</sup> vorstellt. In diesem Sinne wäre

<sup>75</sup> Vgl. z. B. Goldschlager/Lister (1990), S. 17; König (1991), Rn. 134 ff.

<sup>76</sup> Hofstadter (2008), S. 313.

<sup>77</sup> Zu der Vorstellung, Sprach- und Musikwerke seien Klassen ihrer Vorkommnisse, vgl. ausführlich Reicher (2019), S. 21 ff., 25 f.

dann der Name für ein Computerprogramm kein Name für einen geistigen Gegenstand, wie es der herrschenden Anschauung zum Werktitelschutz nach § 5 Abs. 3 MarkenG entspricht,<sup>78</sup> sondern ein Name, der die Gesamtheit seiner Verkörperungen unter einer einheitlichen Bezeichnung zusammenfasst.<sup>79</sup>

Die Zivilrechtsdogmatik unterscheidet in diesem Zusammenhang zwischen Sacheinheiten und Sachgesamtheiten, die auch als Sachinbegriffe bezeichnet werden.<sup>80</sup> Als Beispiele für Sacheinheiten gelten dabei Getreide-, Kohlen- oder Sandhaufen. Sie bestehen aus einer Vielzahl von Einzelsachen, denen für sich genommen kein rechtserheblicher wirtschaftlicher Wert zukommt, die aber nach der Verkehrsanschauung als ein besonders bezeichneter und bewerteter einheitlicher Gegenstand angesehen wird.<sup>81</sup> Für sie ist typisch, dass ihre Teile räumlich und zeitlich unmittelbar benachbart sind.<sup>82</sup> Die Sacheinheit bildet *eine* Sache im Rechtssinn. In Sachgesamtheiten oder Inbegriffen von Sachen werden dagegen meist verschiedenartige Sachen zusammengefasst, die durch einen gemeinsamen wirtschaftlichen Zweck verbunden und mit einer einheitlichen Bezeichnung versehen sind.<sup>83</sup> Beispiele für Sachgesamtheiten sind vor allem Warenlager, Inventare und Sammlungen. Die Rechtsprechung hat es auch für möglich gehalten, dass Hardware und Software (Betriebssystem, Compiler und Interpreter) im Rechtssinne eine einheitliche Sache sein können,<sup>84</sup> wenn sie als zusammengehörig verkauft werden. Anders als bei einer Sacheinheit bleiben bei der Sachgesamtheit die Einzelsachen allerdings rechtlich selbstständig.<sup>85</sup>

Es ist leicht ersichtlich, dass mit diesen Begriffsbestimmungen die Sachqualität eines Computerprogramms nicht begründet werden kann. Sacheinheiten, die sich aus räumlich und zeitlich unmittelbar benachbarten Teilen zusammensetzen, nehmen wie diese bestimmte räumlich und zeitlich abgrenzbare Stellen in der physikalischen Welt 1 ein. Dies trifft allenfalls für jede einzelne Verkörperung eines Computerprogramms, nicht aber für das Programm selbst zu, die es verkörpert, wie bereits dargelegt wurde.

Der Begriff des Computerprogramms umfasst außerdem nicht nur die Verkörperungen eines Programms, sondern natürlich auch solche physikalischen Erscheinungen der Welt 1, die nicht körperlich sind, es aber enthalten. Zu denken ist dabei namentlich an raum-zeitlich identifizierbare elektromagnetische,

<sup>78</sup> BGH GRUR 2005, 959, 960 – FACTS II; BGH GRUR 1997, 902, 903 – FTOS; BGH GRUR 1998, 155, 156 – Powerpoint; Fezer (2009), MarkenG § 15 Rn. 244 ff.; J. B. Nordemann/Nordemann-Schiffel in Ingerl/Rohnke/Nordemann (2023), MarkenG § 5 Rn. 78.

<sup>79</sup> So Peukert (2018), S. 61, 66 ff., 188 (These 12).

<sup>80</sup> Stieper in Staudinger (2017), BGB § 90 Rn. 66 f.; Grüneberg in Grüneberg (2023), BGB § 260 Rn. 2.

<sup>81</sup> Ellenberger in Grüneberg (2023), BGB Überbl. v. § 90 Rn. 5; Stieper in Staudinger (2017), BGB § 90 Rn. 66.

<sup>82</sup> Meixner (2004) S. 46, bezeichnet solche Sacheinheiten als Massen.

<sup>83</sup> Ellenberger in Grüneberg (2023), BGB Überbl. v. § 90 Rn. 5; Stieper in Staudinger (2017), BGB § 90 Rn. 67; Stresemann in Münchener Kommentar (2021), BGB § 90 Rn. 39.

<sup>84</sup> BGHZ 102, 135, 149.

<sup>85</sup> Stresemann in Münchener Kommentar (2021), BGB § 90 Rn. 39.

optische oder sonstige Signale, mit denen Programme (oder andere Werke) etwa beim Herunter- oder Heraufladen drahtlos über mehr oder weniger große Distanzen transportiert werden.<sup>86</sup> Und selbstverständlich ist ein drahtlos übertragenes Programm – unmittelbar oder erst nach einer Umwandlung seiner physikalischen Erscheinungsweise – genauso fähig, die Computermaschine des Empfängers zu steuern wie seine Verkörperung in einer höheren Programmiersprache, die womöglich beim Sender zurückgeblieben ist. Dieser Befund belegt zum einen, dass ein Computerprogramm keine Sachgesamtheit sein kann, und beweist zum anderen direkt, dass Prämisse (K2) falsch ist. Auch unkörperliche Gegenstände haben somit die Fähigkeit, unmittelbar oder mittelbar ein Computergerät zu steuern.

**B27** Dieser Befund könnte allerdings nahelegen, Computerprogramme als die Gesamtheit<sup>87</sup> und damit als Inbegriff aller Sachen und unkörperlicher Gegenstände aufzufassen,<sup>88</sup> in denen sie vorkommen. Mehrheiten von Sachen und sonstigen Wirtschaftsgütern bilden allerdings erst dann einen Inbegriff im Rechtssinne, wenn sie zum Gegenstand eines einheitlichen Rechtsverhältnisses gemacht werden können.<sup>89</sup> Es ist somit rechtlich möglich, eine Computeranlage mit verschiedenen Hardware-Komponenten, einem Betriebssystem, einem Compiler und Interpreter als eine Gesamtheit von Sachen und Rechten zum Gegenstand eines einheitlichen Kaufvertrages zu machen.<sup>90</sup> Das bedeutet aber, dass im Einzelfall zumindest bestimmbar sein muss, welche Einzelgegenstände zu einem solchen Inbegriff gehören,<sup>91</sup> da anderenfalls das betreffende Rechtsverhältnis nicht wirksam zustande kommt. Die Gesamtheit aller vergangener, gegenwärtiger und zukünftiger, körperlicher und unkörperlicher Vorkommnisse eines Computerprogramms oder eines sonstigen Werkes enthält aber zu keinem Zeitpunkt bestimmbare Einzelgegenstände, die einzelnen Rechtssubjekten zugeordnet und notfalls in einem Bestandsverzeichnis (vgl. § 260 Abs. 1 BGB) aufgelistet werden könnten. Das vom Gesetz verwendete Wort „Computerprogramm“ drückt vielmehr einen *Begriff* aus, der eine potenziell unendliche Zahl von Einzelgegenständen der Welt 1, die verschiedenste physikalische Eigenschaften aufweisen können, umfasst. Er bezeichnet daher keinen Inbegriff von Gegenständen. Wenn dagegen in einem Vertrag ein bestimmtes Computerprogramm zum Vertragsgegenstand gemacht wird, muss deshalb bestimmbar sein, was im Einzelnen gemeint ist, ein bestimmter Datenträger, der das Programm

<sup>86</sup> Vgl. *Haberstumpf* CR 2012, 561, 564; *Haberstumpf* GRUR Int. 2013, 627, 633.

<sup>87</sup> So *Rehbinder/Peukert* (2018), Rn. 30 f.; vgl. auch *Reicher* (2014), S. 182 ff., und *Reicher* (2019), S. 21 ff., 120 ff., zur Frage, ob Kunstwerke als die Gesamtheit aller physischen Gegenstände und Erscheinungen, in denen sie vorkommen, aufgefasst werden können.

<sup>88</sup> *Stresemann* in *Münchener Kommentar* (2021), BGB, § 90 Rn. 42; *Grüneberg* in *Grüneberg* (2023), BGB § 260 Rn. 2; *Stieper* in *Staudinger* (2017), BGB § 90 Rn. 73.

<sup>89</sup> *Grüneberg* in *Grüneberg* (2023), BGB § 260 Rn. 2; *Stresemann* in *Münchener Kommentar* (2021), BGB, § 90 Rn. 42.

<sup>90</sup> BGHZ 102, 148 ff.

<sup>91</sup> BGH NJW 1962, 1161; BGH NJW-RR 1994, 1537.

verkörpert, ein Recht, das Programm in bestimmter Weise zu nutzen oder beides. Aus der im Ergebnis durchaus zutreffenden vertragstypologischen Einordnung eines Vertrages über die Überlassung von Standardsoftware auf Dauer als Kaufvertrag, wie es der herrschenden Meinung in der Praxis und Literatur entspricht,<sup>92</sup> kann daher nicht geschlossen werden, dass Computerprogramme im Sinne des Urheber- oder Patentrechts Sachen, Sachbestandteile oder Sachgesamtheiten sind<sup>93</sup> und welchen ontologischen Status sie haben.

## 2. Kunstwerke als materielle Objekte?

### a) Werke der bildenden Künste und sonstige Werke

Nach unserem normalen Verständnis bereitet es keine Probleme, sich Werke der bildenden Künste als materielle Gegenstände vorzustellen. Ein Gemälde ist eine bemalte Leinwand, eine Skulptur ein Objekt, das z. B. aus Marmor oder Bronze besteht, und ein Werk der Architektur ein Gebilde aus Materialien wie Holz und Stein, das sich an einem bestimmten Ort befindet. Diese Gegenstände kann man anfassen, ansehen und raum-zeitlich identifizieren.<sup>94</sup> Bei den Werken der Dichtkunst und der Musik ist das schon erheblich schwieriger. Natürlich kann ich z. B. auf mein Exemplar von Goethe's Faust zeigen, das seit seiner Lektüre im Gymnasium eines meiner Bücherregale ziert, oder mich als Konzertabonnent auf eine Aufführung der 9. Symphonie von Beethoven freuen, die demnächst stattfinden wird. Damit aber jeweils den Faust oder die 9. Symphonie zu identifizieren, wäre aber augenscheinlich ebenso inadäquat wie einen Datenträger mit dem darauf gespeicherten Computerprogramm im Softwarerecht. Denn dasselbe Drama ist in vielen Büchern abgedruckt und wird zu den verschiedensten Zeiten und an den verschiedensten Orten vorgetragen. Ebenso besteht ein Musikwerk nicht aus einer bestimmten Aufführung, sondern kann vielfach aufgeführt und in Form von gedruckten Noten wiedergegeben werden.<sup>95</sup> Die hier zu diskutierende These, alle Kunstwerke seien materielle Objekte, scheint somit denselben Einwänden ausgesetzt zu sein wie die Annahme, alle Computerprogramme seien Sachen. B28

Um diese These, die mit *Wollheim*<sup>96</sup> als materielle Objekthypothese bezeichnet werden soll, dennoch zu retten, bieten sich zwei verschiedene Alternativen an: B29

- (1) Unterscheidung zwischen verschiedenen Arten von Kunstwerken, nämlich zwischen Werken der bildenden Künste, bei denen es sinnvoll er-

<sup>92</sup> Vgl. nur *Marly* (2009), Rn. 641 ff. mit umfangreichen Nachweisen in Fn. 161, 162. Dazu näher auch *Haberstumpf* NJOZ 2015, 793 ff.

<sup>93</sup> So auch z. B. *Zech* (2012), S. 346 ff. mit umfangreichen Nachweisen aus der Literatur.

<sup>94</sup> Vgl. *Wollheim* (1982), S. 18.

<sup>95</sup> Vgl. *Reicher* (2010), S. 97; *Reicher* (2019), S. 24.

<sup>96</sup> S. *Wollheim* (1982), S. 17. Zur Diskussion der materiellen Objekthypothese eingehend auch *Reicher* (2010), S. 115 ff.

scheint, sie mit bestimmten materiellen Gegenständen zu identifizieren, und sonstigen (Kunst-)Werken<sup>97</sup>

- (2) Ausdehnung der materiellen Objekthypothese auf alle (Kunst-)Werke, was bedingt, dass man auch außerhalb der bildenden Kunst Objekte herausgreifen kann, die dieselbe Rolle spielen wie bei den Werken der bildenden Künste.

- B30** Alternative (1) entspricht der früheren Konzeption der Urheberrechtsgesetzgebung in Deutschland, die es in den Gesetzen von 1871 und 1876 sowie im LUG von 1901 und dem KUG von 1907 für erforderlich hielt, zwischen Schriftwerken, Werken der Tonkunst, Abbildungen wissenschaftlicher oder technischer Art sowie choreographischen und pantomimischen Werken auf der einen Seite und Werken der bildenden Künste und der Photographie auf der anderen Seite zu differenzieren und jeweils eigenständige Regelwerke zu schaffen. Die neuere Gesetzgebung, die im UrhG und in den EU-Richtlinien ihren Ausdruck gefunden hat, hält an dieser Unterscheidung jedoch nicht mehr fest, sondern schützt auch Kunstwerke einheitlich dann, wenn sie persönliche *geistige* Schöpfungen bzw. wenn sie das Ergebnis der eigenen *geistigen* Schöpfung ihres Urhebers sind. Aus diesem Grund sollte auf Alternative (1) nur dann zurückgegriffen werden, wenn sie sich – wie nicht – aus anderen Gründen als zwingend erweist.

*b) Reduktion des Werkes auf das Original*

- B31** Alternative (2) würde demgegenüber der gesetzgeberischen Konzeption eines einheitlichen Werkbegriffs Rechnung tragen. Wenn man auf ein bestimmtes Gemälde oder eine Skulptur zeigt und dieses als ein Kunstwerk bezeichnet, nimmt man normalerweise auf das Original Bezug, das der Künstler eigenhändig gefertigt hat. Im Kunstbetrieb macht es nicht nur im Hinblick auf den Marktwert, sondern auch in ästhetischer Hinsicht einen gravierenden Unterschied, ob es sich bei Kunstobjekten um ein Original, eine Kopie oder eine Reproduktion handelt, auch wenn sie selbst bei genauester Betrachtung nicht auseinandergehalten werden können. Dementsprechend könnte man auch bei anderen Kunstwerken das Werk mit dem Gegenstand gleichsetzen und identifizieren, in dem der Urheber es erstmals entäußert hat, etwa mit dem Originalmanuskript, der Originalpartitur<sup>98</sup> oder mit der Druckplatte im Fall der Druckgrafik<sup>99</sup>.
- B32** Reduziert man das Kunstwerk auf das Original, so impliziert das offenkundig, dass die Existenz des Werkes mit der Existenz des Originalgegenstandes verbunden ist. Was aber gilt, wenn das vom Urheber selbst gefertigte Original nicht

<sup>97</sup> Dazu eingehend *Goodman* (1998), S. 101 ff., 113 ff., der zwischen „autographischen“ und „allographischen“ Kunstwerken unterscheidet, d. h. zwischen Künsten, bei denen wie z. B. in der Malerei und Bildhauerei Original und Werk zusammenfallen, und solchen, in denen dies wie in der Literatur und Musik nicht der Fall sein muss. Dazu *Patzig* (2014), S. 116 f.; *Reicher* (2019), S. 114 ff.; vgl. auch *Ingarten* (1962), S. 211.

<sup>98</sup> *Reicher* (2010), S. 97; *Peukert* (2018), S. 61 ff., spricht insoweit von „Master-Artefakt“.

<sup>99</sup> Ausführlich *Reicher* (2019), S. 32 ff.

mehr vorhanden ist? Beispiele dafür gibt es zuhauf: Den Papierstapel, auf den der Autor seinen Roman eigenhändig niedergeschrieben hat, hat er weggeworfen. Sein schöpferischer Stegreifvortrag oder seine spontane Musikdarbietung ist verklungen. Sein Originalgemälde wurde bei einem Brand im Atelier restlos zerstört. Zwar gibt es zweifellos Fälle, in denen das Original *und* das Werk verloren gegangen sind.<sup>100</sup> Der Verlust des originalen Gegenstands hat aber regelmäßig nicht den Verlust des Werkes zur Folge. Von dem Stegreifvortrag oder der spontanen Musikdarbietung können Aufzeichnungen, vom Manuskript Kopien oder vom Gemälde Fotografien angefertigt worden sein. Auch wenn das im heutigen Informationszeitalter für die jüngeren Generationen kaum mehr vorstellbar erscheint, gab es sehr lange Perioden der Menschheitsgeschichte, in denen Werke ausschließlich durch mündliche oder vokale Weitergabe bzw. Beschreibungen tradiert wurden.<sup>101</sup> Im Beispiel des im Atelier verbrannten Gemäldes könnte deshalb das Werk durchaus vom Künstler selbst aus seinem Gedächtnis heraus oder mittels Beschreibungen von Personen, die es gesehen haben, wieder rekonstruiert werden. Solange ein Kunstwerk, welcher Art auch immer, im Gedächtnis von Menschen verhaftet bleibt, kann es folglich den vollständigen Verlust des Originalgegenstands und selbst sämtlicher sonstiger Exemplare überleben.<sup>102</sup> Der Grund liegt darin, dass nicht nur körperliche oder unkörperliche physische Erscheinungen, sondern auch Personen als Träger von Werken in Frage kommen.<sup>103</sup>

Damit soll natürlich nicht geleugnet werden, dass der erstmaligen Originaläußerung des Urhebers im Verhältnis zu Kopien, Reproduktionen oder sonstigen physischen Erscheinungen, in denen das Werk vorkommt, eine besondere Rolle zukommt. Man könnte den gegen Alternative (2) geäußerten Bedenken entsprechen und gleichzeitig der besonderen Rolle des Originals gerecht werden, indem man das Kunstwerk nicht mit ihm identifiziert, sondern mit der Klasse derjenigen Gegenstände, die zum Original in der Relation der Gleichheit oder Ähnlichkeit stehen.<sup>104</sup> Diese Klasse kann den vollständigen Verlust einzelner ihrer Glieder und damit auch des Originalgegenstands überleben. Woher wissen wir aber, ob z. B. ein als Werkverkörperung präsentierter Gegenstand in diese Klasse fällt, wenn kein Original existiert oder wenn gerade kein Original zur Hand ist, mit dem wir diesen Gegenstand auf Gleichheit oder Ähnlichkeit vergleichen können? In einer solchen Situation befindet sich z. B. der Richter in einer Urheberrechtsstreitsache, dem zur Darlegung der Merkmale des Werkes üblicherweise nicht das Original, sondern irgendein anderes Exemplar oder gar nur eine Beschreibung des Werkes vorgelegt wird, und der entscheiden muss, ob der Gegenstand, gegen den der Kläger vorgeht, ein Verletzungsgegenstand ist

B33

<sup>100</sup> Wollheim (1982), S. 20.

<sup>101</sup> Vgl. Patzig (2014), S. 111 ff.

<sup>102</sup> Näher Reicher (2010), S. 98 f., 101 ff.; Ingarden (1962), S. 210.

<sup>103</sup> Dazu näher unten → Rn. B71, B86.

<sup>104</sup> So aus dem urheberrechtlichen Schrifttum Reh binder/Peukert (2018), Rn. 30 und ausführlich Peukert (2018), S. 58 ff.; dazu Wollheim (1982), S. 22.

oder nicht. Und selbst wenn ein Original noch existiert und greifbar ist, ist zu fragen, welche Kriterien dafür entscheidend sind, ob eine Dichterlesung durch einen Interpreten mit dem Papierstapel, auf dem der Dichter das Gedicht erstmals aufgeschrieben hat, oder die Beschreibung eines Gemäldes mit der vom Künstler bemalten Leinwand übereinstimmt. Die Dichterlesung, die in der Produktion von Schallwellen besteht, der vom Dichter beschriebene Papierstapel, der Papierstapel mit der Beschreibung des Gemäldes, die jeweils bestimmten Schwärzungen auf Papier aufweisen, und die bemalte Leinwand haben völlig verschiedene Eigenschaften. Welche dieser Eigenschaften sind aber relevant und entscheiden darüber, ob und wann sie ein bestimmtes Werk identisch oder ähnlich repräsentieren? Physische Erscheinungen dieser Art können sich ferner in fast allen Eigenschaften gleichen und dennoch in Bezug auf die Frage, ob sie ein Werk und welches enthalten, völlig verschieden sein. So ist es möglich, um ein Beispiel von *Goodman*<sup>105</sup> aufzugreifen, dass die Linien auf einer Zeichnung des Fujiyama von Hokusai den Linien eines Diagramms, das den Verlauf von Börsenkursen innerhalb einer Zeitspanne angibt, exakt gleichen. Und dennoch ist das eine Zeichnung, die als Werk der bildenden Kunst im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 UrhG regelmäßig schutzfähig ist, und das andere ein Diagramm, das zwar als Darstellung wissenschaftlicher oder technischer Art nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG zu qualifizieren ist, aber normalerweise die erforderliche Individualität nicht aufweist. Um Originale, Kopien und sonstige Erscheinungen zusammenklassifizieren zu können, reicht es somit nicht aus, darauf zu blicken, ob sie sich in allen Eigenschaften oder einer Vielzahl von Eigenschaften gleichen oder ähneln. Erforderlich sind vielmehr vorgängige Kenntnisse und Fähigkeiten, etwas als Werk zu erkennen und zu verstehen.<sup>106</sup> Die Annahme, bestimmte Exemplare oder Aufführungen seien solche eines bestimmten Romans, eines bestimmten Gemäldes oder eines bestimmten Musikstücks, weil sie sich gleichen oder ähnlich sind, dreht unsere natürliche Denkrichtung um: Ihre Gleichheit oder Ähnlichkeit folgt nämlich nicht daraus, ob sie viele Eigenschaften gemeinsam haben, sondern aus der *einen* Eigenschaft, dass sie vom selben Roman, Gemälde oder Musikstück handeln.<sup>107</sup> Es wird also ein vorgängiger *Begriff des geistigen (Kunst-)Werkes* benötigt, wie sich bereits oben bei der Diskussion der Frage, ob Computerprogramme Sachen sind, ergeben hat.

**B34** Daran kommt auch die von *Peukert* vertretene „rechtsrealistische, verhaltens- und artefaktbasierte IP-Theorie“<sup>108</sup> nicht vorbei. Denn wann etwas überhaupt ein „Master-Artefakt“ (Original), ein sekundäres Artefakt (körperliches Vielfältigkeitsstück, unkörperliche Erscheinung) oder etwas Anderes ist, hängt

<sup>105</sup> *Goodman* (1998), S. 212; vgl. auch *Scholz* (2004), S. 128.

<sup>106</sup> *Goodman* (1998), S. 104 ff.; *Haberstumpf* ZGE 2012, 284, 307.

<sup>107</sup> So *Wollheim* (1982), S. 22; *Woltersdorff* (2014), S. 54 ff.; *Haberstumpf* ZGE 2012, 284, 309 f. Das verkennen *Peukert* (2018), S. 34 f. und *Finke* (2022), S. 9 ff., die das Werk über die Identifizierung Ihres Tokens, d. h. über die sinnlich wahrnehmbaren Eigenschaften seiner Manifestation – gemeint ist wohl die Originalentäußerung des Urhebers – identifizieren wollen.

<sup>108</sup> *Peukert* (2018), S. 128 ff., 183 ff.; *Rehbinder/Peukert* (2018), Rn. 30 f.

davon ab, ob und welchen einzeln identifizierbaren geistigen Gegenstand ihr jeweiliger Produzent hervorgebracht hat. Es ist dieser geistige Gegenstand, der darüber bestimmt, welche Artefakte als Vorkommnisse eines bestimmten Werks, einer bestimmten Erfindung oder Kennzeichnung in einer Identitäts- oder Ähnlichkeitsbeziehung zueinanderstehen. Die Prüfung des Richters etwa in einem Urheberrechtsstreit, ob das als rechtsverletzend angegriffene Artefakt das Urheberrecht des Klägers tatsächlich verletzt, bezieht sich deshalb üblicherweise nicht darauf, ob es eine ausreichende Beziehung zum Master-Artefakt (Original) aufweist, weil es entstehungsgeschichtlich und/oder aufgrund relevanter Ähnlichkeiten auf dieses verweist bzw. mit ihm verbunden ist,<sup>109</sup> sondern ob in dem Verletzungsgegenstand ein bestimmtes geistiges (abstraktes) Werk identisch oder ähnlich vorkommt. Er vergleicht also, wie in den Abschnitten C I bis III noch detaillierter herausgearbeitet werden soll, nicht Exemplare, Artefakte oder sonstige materielle Erscheinungen miteinander, sondern die geistigen Gegenstände, die in ihnen vorkommen. Eine artefaktbasierte Interpretation der Schutzobjekte des Immaterialgüterrechts leugnet zu Unrecht deren reale Existenz.<sup>110</sup> Sie bildet deshalb keine realistische Alternative zu der allgemein akzeptierten Vorstellung, sie seien geistige (abstrakte) Gegenstände, und bietet dementsprechend auch in der alltäglichen Rechtspraxis keine stabilere Grundlage für juristische Entscheidungen.

Das den Sammler, Museumsdirektor, Kunsthistoriker oder Kunsthändler brennend interessierende Problem, ob ein bestimmtes Objekt ein Original ist, hat im Urheberrecht seinen gesetzlichen Niederschlag nur in § 26 UrhG<sup>111</sup> gefunden. Das Folgerecht bezieht sich ausschließlich auf Originale von Werken der bildenden Künste und von Lichtbildwerken – unter Ausschluss der Werke der Baukunst und der angewandten Kunst. Es trägt dem Umstand Rechnung, dass für bildende Künstler und Urheber von Lichtbildwerken anders als für Schriftsteller und Komponisten der Nutzen aus der Vervielfältigung, Verbreitung und öffentlichen Wiedergabe ihrer Werke wirtschaftlich an Bedeutung zurücktritt, während das Werkoriginal besondere Bedeutung besitzt und beträchtliche Wert-

B35

<sup>109</sup> Dem Verfasser dieses Buches, der jahrzehntelang als Zivilrichter auf den verschiedenen Gebieten des Immaterialgüterrechts einschließlich des Urheberrechts tätig war, ist aus seiner Praxis und aus den zur Begründung seiner Entscheidungen herangezogenen Gerichtsentscheidungen kein Fall erinnerlich, in dem es eine Rolle spielte, ob das vom Kläger vorgelegte Exemplar ein Originalexemplar oder auf es kausal zurückführbar ist. Die gegenteilige Behauptung von *Peukert* (2018), S. 131, 192 (These 30), ist daher ebenso unzutreffend wie seine Forderung (S. 138), der Klageantrag müsse das Master-Artefakt bestimmen angeben. Die alleinige Angabe des Master-Artefakts (Original) im Unterlassungsantrag führt vielmehr in der Regel zu dessen Unzulässigkeit wegen mangelnder Bestimmtheit (BGH GRUR 2003, 786, 787 – Innungsprogramm; *Haberstumpf* [2018], Kap. 7 Rn. 389, 400) und ist ansonsten, wenn gleichzeitig die konkrete Verletzungsform bestimmt beschrieben wird, entbehrlich. In der Praxis des Gerichtsalltags kommt somit dem „Master-Artefakt“ nur eine ganz untergeordnete und keineswegs die „unverzichtbare, letztlich zentrale Rolle“ zu.

<sup>110</sup> S. u. → Rn. B83: Thesen (G1), (G2) und → Rn. B118 ff.

<sup>111</sup> Art. 1, 2 der Folgerechts-RL 2001/84/EG (ABL. EU 2001 Nr. L 272, S. 32).

steigerungen erfahren kann.<sup>112</sup> Der im Verhältnis zu Kopien gesteigerte Marktwert von Originalen, der bei Veräußerungen im Kunsthandel realisiert werden kann, ist also der entscheidende Anknüpfungspunkt, um die wirtschaftlichen Nachteile der begünstigten Urheber gegenüber den anderen auszugleichen. Ansonsten macht das Urheberrecht in Bezug auf die Verwertungs- und Urheberpersönlichkeitsrechte keine Unterschiede zwischen Original und sonstigen Vervielfältigungsstücken.<sup>113</sup> Das ist natürlich kein Zufall. Denn für die Frage, in welchen physischen Erscheinungsformen ein bestimmtes Werk vorkommt und aus welchen es entnommen werden kann, spielt es keine Rolle, ob sie Originale sind und welchen Marktwert sie haben. Deshalb eignet sich z. B. im Urheberrechtsprozess jedes Exemplar, um die Eigenart des in ihm ausgedrückten Werkes darzulegen und in Erinnerung zu rufen. Das gilt auch für die Werke der bildenden Künste. Weder Alternative (1) noch Alternative (2) bieten somit belastbare Ansatzpunkte, die Seinsweise von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst adäquat zu erfassen.

*c) Die Differenz zwischen den Eigenschaften des Werkes, des Originals und sonstiger Werkvorkommnisse*

- B36** Das entscheidende Argument, weshalb auch im Bereich der bildenden Künste die materielle Objekthypothese aufgegeben werden muss, liegt darin, dass wir nicht über Originale oder sonstige Vorkommnisse von Werken reden, wenn wir über das in ihnen zum Ausdruck kommende Werk reden, und umgekehrt. Der Kunstkritiker, der ein bestimmtes Werk lobt, lobt nicht unbedingt eine bestimmte Aufführung oder ein bestimmtes Exemplar des Werkes. Und wer z. B. das Verblassen der Farben des originalen Wandbildes von Leonardos Abendmahl beklagt, äußert sich nicht negativ über das Abendmahl von Leonardo.<sup>114</sup> Über das Werk machen wir normalerweise andere Aussagen als über ihre Exemplare. Das an der Wand hängende Bild als materielles Ding hat zahlreiche Eigenschaften, die bei dem Bild als einem Kunstwerk der Malerei bzw. bei einem ästhetischen Gegenstand überhaupt nicht vorkommen und ihm gar nicht zugesprochen werden können.<sup>115</sup> Wenn beispielsweise auf der Webseite der Alten Pinakothek in München<sup>116</sup> über das Selbstportrait Dürers im Pelzrock zu lesen ist, der betonte Blick und die schöpferische Hand des Künstlers machten das Gemälde als künstlerisches Programmbild deutbar, dann ist nicht die Rede von der gerahmten Leinwand, die in den Räumen dieser Gemäldegalerie hängt. Denn diese hat

<sup>112</sup> Schulze in Dreier/Schulze (2022), UrhG § 26 Rn. 1; Haberstumpf in Büscher/Dittmer/Schiwy (2015), UrhG § 26 Rn. 1.

<sup>113</sup> § 17 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 S. 2, § 18 UrhG; Art. 2 lit. d, Art. 3 Abs. 2 lit. c, Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 InfoSoc-RL; Art. 1 Abs. 1, Abs. 2, Art. 3 Abs. 1 Vermiet- und Verleihrrechts-RL.

<sup>114</sup> Vgl. Wollheim (1982), S. 19.

<sup>115</sup> Ingarden (1962), S. 139 f.

<sup>116</sup> [www.pinakothek.de/albrecht-duerer/selbstbildnis-im-pelzrock](http://www.pinakothek.de/albrecht-duerer/selbstbildnis-im-pelzrock) (zuletzt aufgerufen am 21.7.2023).

keinen betonten Blick und besitzt keine schöpferische Hand.<sup>117</sup> Oft sind die Eigenschaften, die wir dem betrachteten Objekt zuschreiben, je nachdem, ob wir uns auf ein Exemplar oder das Werk beziehen, völlig konträr. So kann ein Kunstexperte über das Werk „Der heilige Georg“ von Donatello,<sup>118</sup> das im Museo Nazionale del Bargello in Florenz zu besichtigen ist, sinnvoll und nachvollziehbar sagen, es sei von Leben erfüllt, obwohl der Marmorblock, der es präsentiert, unbelebt ist. Oder wir sagen, ein Stillleben habe Tiefe, doch die Leinwand ist flach;<sup>119</sup> ein Fresko habe eine Leerstelle in der Mitte, doch die Wand, auf die es gemalt ist, ist intakt.<sup>120</sup>

Die Betrachtung der Werke der bildenden Künste hat es bestätigt: Das Werk des Urheberrechts kann nicht mit materiellen Objekten identifiziert oder auf solche Gegenstände reduziert werden. Die sinnlich wahrnehmbaren Erscheinungen, die ein bestimmtes Werk repräsentieren, bilden vielmehr eine Klasse, die durch die ihnen gemeinsam zukommende Eigenschaft, eben dieses Werk zu enthalten, gebildet wird. **B37**

### 3. Werke als physische Eigenschaften?

Auch wenn das Werk des Urheberrechts nicht mit materiellen Objekten gleichgesetzt oder auf sie reduziert werden kann, bleibt festzuhalten, dass es eines materiellen, d. h. sinnlich wahrnehmbaren Trägers bedarf, damit es von anderen Personen aufgenommen und verarbeitet werden kann. Als Träger kommen dabei nicht nur Sachen, in denen das Werk verkörpert ist, sondern auch unkörperliche Ereignisse in Betracht, etwa das Aussenden von Schallwellen, mit denen ein Interpret ein Sprachwerk vorträgt oder ein Musikwerk aufführt. Hierher gehört ferner das Aussenden von elektromagnetischen Wellen oder von elektronischen Strömen in drahtgebundenen Systemen, die das Werk über mehr oder weniger große Distanzen zu einem Empfänger oder einer Vielzahl von Empfängern transportieren. Werke sind somit *immer* in physischen Erscheinungen fundiert.<sup>121</sup> **B38**

Es stellt sich nun die Frage, in welchen Beziehungen das Werk zu diesen Erscheinungen steht. Mit den bisherigen Überlegungen, die es als plausibel erscheinen lassen, das Werk als die gemeinsame Eigenschaft seiner Vorkommnisse **B39**

<sup>117</sup> Haberstumpf ZGE 2012, 284, 295.

<sup>118</sup> Beispiel von Wollheim (1982), S. 23.

<sup>119</sup> Eingehend dazu Ziff (2014), S. 11 ff. Seine Schlussfolgerung (S. 26), es gebe in diesem Fall nur zwei Beschreibungen, nicht zwei Objekte, erscheint jedoch nicht plausibel. Wenn man dieselben Aussagen im Hinblick auf eine Fotografie des Originalgemäldes macht, müsste man nämlich annehmen, dass auch hier nur ein Objekt zweimal verschieden beschrieben wird. Die Fotografie ist aber sicherlich ein anderes „Ding“ als das Original. Deshalb kann z. B. die Aufführung eines Werkes ihrerseits – wie das aufgeführte Werk – in verschiedenen Dingen (vgl. § 77 UrhG) und verschiedenen unkörperlichen physikalischen Erscheinungen materialisiert sein (vgl. § 78 Abs. 1 UrhG); ebenso Woltersdorf (2014), S. 48 ff.

<sup>120</sup> Wollheim (1982), S. 31.

<sup>121</sup> Ingarden (1962), S. 207, bezeichnet z. B. das Gemälde als das physische Seinsfundament des Bildes.

zu begreifen, ist diese Frage allerdings noch nicht beantwortet. Die Annahme einer Abhängigkeit des Werkes von seinen Vorkommnissen gibt nämlich noch keinen Hinweis darauf, *wie* beides miteinander verbunden ist. Es dürfte zwar klar geworden sein, dass wir zwischen dem Werk selbst und seinem jeweiligen Träger klar unterscheiden müssen. Daraus folgt aber noch nicht, dass es einen anderen ontologischen Status als seine Vorkommnisse hat. Die Position des Materialismus besagt nicht nur, dass alle Einzelgegenstände der Welt materiell oder physisch sind, sondern auch alle ihre Eigenschaften. Danach wären das Werk selbst und die Eigenschaften, die wir einem bestimmten Werk etwa in der Kunstkritik zuschreiben und mit denen wir es identifizieren und von anderen Werken abgrenzen, ebenfalls physischer Natur und könnten auf physische Eigenschaften reduziert werden. Im Folgenden werden wir diese Problematik zunächst von einem Standpunkt aus diskutieren, der die Person des Produzenten eines Werkes oder eines sonstigen „geistigen“ Gegenstandes noch ausklammert, um dann im nächsten Abschnitt IV 4 (→ Rn. B74 ff.) auf das Spannungsverhältnis zwischen Materialismus und Idealismus aus der *subjektiven* Sicht des Urhebers wieder zurückzukommen.

#### a) Die Identitätsthese

**B40** Will man die Frage erörtern, welche Beziehungen zwischen den Eigenschaften eines Werkes und denen seiner sinnlich wahrnehmbaren Vorkommnisse<sup>122</sup> vom Standpunkt des Materialismus aus bestehen, ist es erforderlich, sich klar darüber zu werden, was es heißt, eine Eigenschaft sei physisch. Geht man davon aus, dass der Gegenstandsbereich des Physischen in die Domäne der Naturwissenschaften fällt, dann sind physische Eigenschaften solche, die durch Beobachtung und Experiment gegebenenfalls mit Hilfe von Instrumenten erkennbar sind. Sätze, in denen wir bestimmten Gegenständen physische Eigenschaften zuschreiben, sind danach Aussagen, die allein durch Beobachtung der raum-zeitlichen Vorgänge in der Natur verifiziert oder falsifiziert werden können.<sup>123</sup> Indem der Materialist alle Eigenschaften mit physischen Eigenschaften gleichsetzt, müsste er also bezogen auf die Eigenschaften, mit denen wir Werke des Urheberrechts identifizieren und beschreiben, grob gesprochen folgende These vertreten:

(E) Jedes Prädikat, das eine Werkeigenschaft ausdrückt, drückt eine beobachtbare Eigenschaft aus, d. h. zu jedem Werkprädikat gibt es ein physisches Prädikat, so dass beide dieselbe Eigenschaft ausdrücken.<sup>124</sup>

<sup>122</sup> Zur Beschreibung der Abhängigkeit der Eigenschaften mentaler Zustände (z. B. *Beckermann* [2008], S. 204 ff.), moralischer Werteigenschaften (z. B. *Hare* [1972], S. 110) und ästhetischer Eigenschaften (z. B. *Reicher* [2010], S. 61 ff.) von physischen Eigenschaften hat sich in der zeitgenössischen Philosophie der Begriff der Supervenienz, der in verschiedenen Varianten erörtert wird, eingebürgert. Vgl. auch v. *Kutschera* (2009), S. 140 ff.

<sup>123</sup> *Beckermann* (2008), S. 3 ff.

<sup>124</sup> Vgl. *Beckermann* (2008), S. 65, 101; *Tretter/Grünhut* (2010) S. 88. In der Philosophie des Geistes wird diese „Identitätstheorie“ auf das Verhältnis zwischen mentalen Zuständen und Er-

Die These kann in einem schwächeren und einem stärkeren Sinn interpretiert werden:

- (E1) Jedes Werkprädikat lässt sich mit Hilfe von Ausdrücken der physikalischen Sprache definieren.
- (E2) Jedem Werkprädikat kann ein physisches Prädikat zugeordnet werden, das zwar nicht synonym ist, aber dieselbe Eigenschaft ausdrückt.

(E1) entspricht dem semantischen Physikalismus, wie er ursprünglich von Carnap entwickelt wurde. Er geht davon aus, dass die physikalische Beobachtungssprache, mit der wir unmittelbare Erlebnisinhalte oder Phänomene wiedergeben, die einzige intersubjektive Sprache ist. Sie sei zudem in dem Sinne universal, als sich jeder Satz in sie übersetzen lasse.<sup>125</sup> So könnte nach einem Beispiel von Carnap das psychologische Prädikat „... ist aufgeregt“, das einer Person A zugeschrieben wird, bedeutungsgleich wie folgt wiedergegeben werden: „Struktur des Leibes des Herrn A, insbesondere seines Zentralnervensystems, die dadurch gekennzeichnet ist, dass Frequenz von Atmung und Puls erhöht sind und auf gewisse Reize noch weiter erhöht werden, dass auf Fragen meist heftige und sachlich unbefriedigende Antworten gegeben werden, dass auf gewisse Reize hin erregte Bewegungen eintreten und dergl.“<sup>126</sup> Ein Beispiel für die Variante (E2) wäre die Identitätsaussage, dass Wasser nichts anderes als H<sub>2</sub>O ist.<sup>127</sup> Hier wird ein bestimmter Stoff, den wir gewöhnlich damit identifizieren, dass er in Seen, Flüssen, Meeren vorkommt, der den Zustand von Eis, Schnee oder Dampf annehmen kann, geruch- und geschmacklos ist, den Durst stillt usw., mit seiner chemischen Zusammensetzung gleichgesetzt, obwohl „Wasser“ und „H<sub>2</sub>O“ nicht dieselbe Bedeutung haben. Während die Übersetzbarkeitsthese (E1), wie sie Carnap ursprünglich vertreten hat, nur das pragmatische Ziel hat, die Sprache der Physik als die für wissenschaftliche Zwecke am besten geeignete herauszustellen,<sup>128</sup> wird sie in der Identitätsthese (E2) insoweit verschärft, als den Eigenschaften, die wir mit Prädikaten aus anderen Wissenschaftssprachen und der Alltagsprache bestimmten Gegenständen zuschreiben, derselbe ontologische Status wie physischen Eigenschaften zugewiesen wird, so dass wir sie auch in der Beobachtungssprache der Physik ausdrücken können. Im Folgenden soll die These (E) in dieser stärkeren Version diskutiert werden. Können ihre

eignissen im Körper eines Menschen einschließlich des Urhebers bezogen. Da zu den mentalen Zuständen Vorstellungs-, Gefühls-, Gedankeninhalte usw. gezählt werden, kann die Identitätstheorie ohne Weiteres auf das Verhältnis zwischen dem Werk und seinen Vorkommnissen übertragen werden. Das Werk war ja schließlich einmal ein mentaler Zustand des Urhebers, der von ihm im originalen Vorkommnis entäußert wurde.

<sup>125</sup> Carnap Erkenntnis Bd. 2 (1931), 432, 448: Worte, die nicht in dieser Weise übersetzbar sind und in den sog. „Geisteswissenschaften“ oder „Kulturwissenschaften“ aufzufinden sind – Carnap nennt als Beispiele „objektiver Geist“, „Sinn der Geschichte“, enthalten danach Scheinbegriffe und sind bedeutungslos (S. 451).

<sup>126</sup> Carnap Erkenntnis Bd. 3 (1932), 107, 113, 114 f.

<sup>127</sup> Vgl. Tretter/Grünhut (2010) S. 85; Beckermann (2008), S. 133 ff.

<sup>128</sup> v. Kutschera Erkenntnis Bd. 35 (1991), 305 f.

ontologischen Implikationen erfolgreich in Frage gestellt werden, ist auch die schwächere Übersetzbarkeitsthese (E1) hinfällig.

- B42** Für die praktische Rechtsanwendung hätte ein derartiges Reduktionsprogramm durchaus seinen Reiz. Zur Frage, wann ein Werk, insbesondere ein Werk der bildenden Künste vorliegt, und wann es in einer das Urheberrecht verletzenden Weise nachgeahmt wird, bräuchte man z. B. nicht auf die „Auffassung der für Kunst empfänglichen und mit Kunstanschauungen einigermaßen vertrauten Kreise“<sup>129</sup> oder darauf zu rekurrieren, ob es ein „Kunstwerk“<sup>130</sup> ist. Könnte man nämlich Werkeigenschaften bzw. -prädikate über geeignete Übersetzungs- oder Reduktionsregeln auf unmittelbar beobachtbare Eigenschaften zurückführen bzw. mit Prädikaten, die solche Eigenschaften ausdrücken, definieren, dann wären zur Beantwortung der Fragen, wodurch ein bestimmtes Werk gekennzeichnet ist und wann es in urheberrechtlich relevanter Weise gleich oder ähnlich reproduziert wurde, weder Kunstsachverstand noch sonstiges Wissen über die Gebiete des Werkschaffens erforderlich. Diese Fragen könnte, wie es *Kummer* einmal formuliert hat, dann der „Normalbetrachter im Rahmen seiner natürlichen Optik“<sup>131</sup> durch bloßes Beobachten der etwa im Rahmen einer Urheberrechtsstreitsache vorgelegten Exemplare beantworten, ohne dass die Anschauungen und Wertungen des Betrachters eine Rolle spielen.

*b) Rückführung von Werkeigenschaften auf physische Eigenschaften*

- B43** Wie könnte aber die Rückführung von Werkprädikaten auf Prädikate für direkt beobachtbare Eigenschaften in concreto aussehen? Betrachten wir zunächst die folgende Liste von Werkprädikaten, mit denen wir uns normalerweise sinnvoll über Werke unterhalten können: Einem Roman schreiben wir beispielsweise zu, dass er spannend, langweilig, tragisch, erheiternd, witzig, grotesk, interessant, verworren, künstlich usw. ist. Von einer bildlichen Darstellung sagen wir häufig, sie sei symmetrisch, ausgewogen, ungestaltet, traurig, lebendig, dunkel, grauenhaft, elegant, obszön oder der Maler habe grelle, saftige, gebrochene Farben verwendet. Und bei Musikstücken ist oft die Rede von erregenden Rhythmen, von harten oder weichen, vollen oder dünnen Tönen, harmonischen Klängen oder Dissonanzen.<sup>132</sup> Um nun die These (E) zu testen, wollen wir aus dieser Liste die Prädikate „spannend“ und „traurig“ herausgreifen und annehmen, ersteres werde von einem bestimmten Roman und letzteres von einem bestimmten Gemälde ausgesagt. In Bezug auf den spannenden Roman könnte die Übersetzung in die Beobachtungssprache etwa wie folgt aussehen: Die Leser

<sup>129</sup> So z. B. BGH GRUR 2014, 175 Rn. 15 – Geburtstagszug; BGH GRUR 2012, 58 Rn. 17 – Seilzirkus; BGH GRUR 2011, 803 Rn. 31 – Lernspiele; BGH GRUR 1983, 377, 378 – Brombeermuster.

<sup>130</sup> Z. B. BGH GRUR 1957, 291, 292 – Europapost.

<sup>131</sup> *Kummer* (1968), S. 67.

<sup>132</sup> Vgl. *Ingarden* (1962), S. 166 ff.; *Sibley* (1979), S. 230 ff.; *Reicher* (2010), S. 57.