

Abschnitt 2 Das Werk

§ 2 Geschützte Werke

(1) Zu den geschützten Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst gehören insbesondere:

- 1. Sprachwerke, wie Schriftwerke, Reden und Computerprogramme;
2. Werke der Musik;
3. pantomimische Werke einschließlich der Werke der Tanzkunst;
4. Werke der bildenden Künste einschließlich der Werke der Baukunst und der angewandten Kunst und Entwürfe solcher Werke;
5. Lichtbildwerke einschließlich der Werke, die ähnlich wie Lichtbildwerke geschaffen werden;
6. Filmwerke einschließlich der Werke, die ähnlich wie Filmwerke geschaffen werden;
7. Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art, wie Zeichnungen, Pläne, Karten, Skizzen, Tabellen und plastische Darstellungen.

(2) Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur persönliche geistige Schöpfungen.

Übersicht Rn.

I. Allgemeines 1-17
1. Bedeutung, Sinn und Zweck der Norm, systematische Stellung im Gesetz 1-3
2. Früheres Recht 4-6
3. EU-Richtlinien und Werkbegriff des EuGH 7-14
4. Internationales Urheberrecht 15-17
II. Tatbestand 18-42
1. Beispielskatalog 18
2. Werkbegriff (Abs. 2) 19-42
a) Gesetzliche Definition 19
b) Neutralität des Werkbegriffs 20-23
c) Objektivität des Werkbegriffs 24-26
d) Persönliche geistige Schöpfung 27-42
aa) Persönliche Schöpfung 29, 30
bb) Wahrnehmbare Form 31
cc) Individualität 32-37
dd) Keine Gestaltungshöhe erforderlich 38-41
ee) Beurteilungszeitpunkt 42
III. Schutzgegenstand 43-53
1. Kein Schutz für Lehren, Tatsachen, Ideen, Stilmittel und Technik 43-45a
2. Individualität, Form und Erscheinungsbild 46
3. Individualität und Inhalt 47-49a
4. Individualität und Spielidee 50
5. Schutz für Werkteile 51
6. Werkeinheit und Verbindung von Werkarten 52
7. Schutz des Werktitels 53
IV. Die einzelnen Werkkategorien 54-234b
1. Sprachwerke wie Schriftwerke, Reden und Computerprogramme (§ 2 Abs. 1 Nr. 1) 54-121a
a) Einordnung 54, 55
b) Unterschiedliche Arten von Sprachwerken 56
c) Individualität 57, 58
d) Schutz der kleinen Münze 59-66
e) Einzelfälle 67-121a
2. Werke der Musik (§ 2 Abs. 1 Nr. 2) 122-131
a) Einordnung 122-127
b) Individualität 128-130
c) Schutz der kleinen Münze 131

3.	Pantomimische Werke einschließlich der Werke der Tanzkunst (§ 2 Abs. 1 Nr. 3) .....	132–136
	a) Einordnung .....	132, 133
	b) Individualität .....	134, 135
	c) Schutz der kleinen Münze .....	136
4.	Werke der bildenden Künste einschließlich der Werke der Baukunst und der angewandten Kunst und Entwürfe solcher Werke (§ 2 Abs. 1 Nr. 4) .....	137–190
	a) Einordnung .....	137–140
	b) Individualität .....	141–151
	c) Entwürfe .....	152
	d) Mischformen .....	153
	e) Einzelfälle .....	154–190
5.	Lichtbildwerke einschließlich der Werke, die ähnlich wie Lichtbildwerke geschaffen werden (§ 2 Abs. 1 Nr. 5) .....	191–200
	a) Einordnung .....	191–195
	b) Individualität .....	196, 197
	c) Kleine Münze und Abgrenzung zum verwandten Schutzrecht für einfache Lichtbilder (§ 72) .....	198–200
6.	Filmwerke einschließlich der Werke, die ähnlich wie Filmwerke geschaffen werden (§ 2 Abs. 1 Nr. 6) .....	201–209
	a) Einordnung .....	201–204
	b) Individualität .....	205
	c) Kleine Münze und Abgrenzung zum verwandten Schutzrecht für Laufbilder (§§ 95, 94) .....	206–209
7.	Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art, wie Zeichnungen, Pläne, Karten, Skizzen, Tabellen und plastische Darstellungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 7) .....	210–229
	a) Einordnung .....	210, 211
	b) Individualität .....	212
	c) Schutz der kleinen Münze .....	213
	d) Einzelfälle .....	214–229
8.	Nicht genannte Werkarten .....	230–234b
	a) Multimediawerke .....	231
	b) Fernsehshows .....	232
	c) Werbekonzepte .....	233
	d) Schemata .....	234
	e) Kunstaktionen .....	234a
	f) Virtuelle Werke .....	234b
V.	Prozessuales .....	235–242
1.	Prüfung der Schutzfähigkeit .....	235
2.	Darlegungs- und Beweislast .....	236–241
3.	Sachverständigengutachten .....	242

## I. Allgemeines

### 1. Bedeutung, Sinn und Zweck der Norm, systematische Stellung im Gesetz

- 1 Das Werk** ist der zentrale Begriff des UrhG und damit gleichsam **das Tor zum Urheberrecht**: Nur ein Werk, das die Voraussetzungen von § 2 erfüllt, genießt urheberrechtlichen Schutz. § 2 zählt im Rahmen seines Beispielkataloges in Abs. 1 zunächst die Werkarten auf, die einem Urheberrechtsschutz grundsätzlich zugänglich sind; Abs. 2 definiert dann das Werk als „persönliche geistige Schöpfung“. Die persönliche geistige Schöpfung ist allerdings infolge des durch den EuGH gebildeten autonomen unionsrechtlichen Werkbegriffs europäisch im Sinne einer „eigenen geistigen Schöpfung“ auszulegen (vgl. Rn. 9). § 2 ist zwar die Zentralnorm des UrhG für den Werkschutz. Gleichwohl finden sich auch in anderen Normen auf § 2 aufbauende Unterfälle: § 3 stellt klar, dass auch Übersetzungen und andere Bearbeitungen eines Werkes wie selbstständige Werke geschützt werden, § 4 definiert die Sammelwerke und als Unterfall davon das Da-

tenbankwerk; schließlich enthält § 69a besondere Bestimmungen über den Schutz der Computerprogramme und definiert in Abs. 3, unter welchen Voraussetzungen ein Computerprogramm Individualität besitzt und damit als Werk im Sinne von § 2 anzusehen ist.

Werke können nur solche der **Literatur, Wissenschaft und Kunst** sein. Diese Begriffe besitzen für den Werkbegriff aber nur insoweit Bedeutung, als sie eine Ab- und Eingrenzung der urheberrechtlichen Schutzbereiche vor allem zu den technischen Schutzrechten gewährleisten sollen (Dreier/Schulze/Schulze<sup>7</sup> § 1 Rn. 4 und 6; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Leistner<sup>6</sup> Rn. 2 und 5). Unterfällt eine geistige Leistung einer der in dem Beispielskatalog des Abs. 1 aufgeführten Werkkategorien, bedarf es keiner tatsächlichen Feststellung, ob Literatur, Wissenschaft oder Kunst vorliegen. Soweit allerdings im Bereich der angewandten Kunst die Gestaltung eines Gebrauchsgegenstandes in Frage steht, ist regelmäßig abzugrenzen zwischen technisch bedingten Merkmalen, die nicht urheberrechtlich schutzfähig sind und den ästhetischen Merkmalen, die durch eine künstlerische Leistung geschaffen worden sind (i. E. vgl. Rn. 45a und BGH GRUR 2012, 58, 60 Rn. 20 ff. – *Seilzirkus*). Der Bundesgerichtshof versteht unter einer künstlerischen Betätigung die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden; es handele sich um ein Ineinander von bewussten und unbewussten Vorgängen, die rational nicht aufzulösen seien. Beim künstlerischen Schaffen wirkten Intuition, Fantasie und Kunstverstand zusammen, wobei Kunst nicht primär Mitteilung, sondern Ausdruck sei, und zwar der individuellen Persönlichkeit des Künstlers (BGH GRUR 2012, 819, 820 f. Rn. 17 – *Blühende Landschaften*). Die Frage, ob eine Gestaltung als Kunst anzusehen ist oder nicht, spielt aber – wie erwähnt – im Normalfall der urheberrechtlichen Prüfung keine Rolle, sondern nur im Grenzbereich zwischen Urheberrecht und Technik oder dann, wenn es um den erweiterten Anwendungsbereich des Zitatrechts im Hinblick auf Kunstwerke geht (vgl. § 51 Rn. 23 f. und BGH GRUR 2012, 819, 820 Rn. 14 und 17 ff. – *Blühende Landschaften*).

Neben dem Werkschutz gewährt das UrhG **verwandte Schutzrechte**. Es handelt sich hierbei regelmäßig um Leistungen, die keine persönlichen geistigen Schöpfungen darstellen und damit nicht als Werke qualifiziert werden können, aber im Zusammenhang mit, bei der Aufführung oder dem Vortrag von Werken erbracht werden oder einen Unterbauschutz zu bestimmten Werkkategorien darstellen: So gewähren die verwandten Schutzrechte der §§ 70 und 71 UrhG Schutz an bestimmten Leistungen im Zusammenhang mit gemeinfreien Werken, schützen die §§ 82, 85, 87, 87a, 87f und 94 UrhG die unternehmerische Leistung der Bühnen- und Konzertunternehmen, Tonträgerhersteller, Sendeunternehmen, Datenbankhersteller, der Presseverleger und Filmhersteller, § 73 den ausübenden Künstler, also den Sänger, Musiker oder Schauspieler, der ein Werk darbietet und gewähren schließlich die §§ 72, 87a und 95 UrhG Schutz für einfache Fotografien, Datenbanken und Filme, die dem Werkschutz nicht zugänglich sind, weil ihnen die persönliche geistige Schöpfung fehlt. Die verwandten Schutzrechte der §§ 70–95 UrhG, die im Sprachgebrauch auch **Leistungsschutzrechte** genannt werden, besitzen keine zentrale Schutznorm wie der Werkschutz mit § 2; ihre besonderen Schutzvoraussetzungen sind deshalb den jeweiligen Normen zu entnehmen.

## 2. Früheres Recht

Vor dem Inkrafttreten des UrhG am 1. Januar 1966 war der urheberrechtliche Werkschutz in zwei verschiedene Gesetze aufgeteilt: So schützte das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19. Juni 1901 (RGBl. S. 227) – allgemein **Literatururhebergesetz** (LUG) ge-

nannt – „die Urheber von Schriftwerken und solchen Vorträgen oder Reden, welche dem Zwecke der Erbauung, der Belehrung oder der Unterhaltung dienen“ (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 LUG), „die Urheber von Werken der Tonkunst“ (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 LUG) und „die Urheber von solchen Abbildungen wissenschaftlicher oder technischer Art, welche nicht ihrem Hauptzweck nach als Kunstwerke zu betrachten sind. Zu den Abbildungen gehören auch plastische Darstellungen“ (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 LUG). Choreographische und pantomimische Werke wurden wie Schriftwerke geschützt, allerdings nur dann, wenn der Bühnenvorgang festgelegt war (§ 1 Abs. 2 LUG). Demgegenüber wurde die Bildkunst und die Fotografie über das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 9. Januar 1907 (RGBl. S. 7) – allgemein **Kunsturhebergesetz** (KUG) genannt – geschützt, und zwar sowohl die Werke der bildenden Künste und der Fotografie (§ 1 KUG) als auch „Erzeugnisse des Kunstgewerbes“ und „Bauwerke, soweit sie künstlerische Zwecke verfolgen“, die insoweit den Werken der bildenden Künste gleichgestellt wurden (§ 2 KUG).

- 5 Auch wenn weder LUG noch KUG eine Definition des Werkes wie § 2 Abs. 2 UrhG enthielten, ist doch davon auszugehen, dass zwischen UrhG einerseits und LUG sowie KUG andererseits **keine grundsätzlichen Unterschiede in der Definition des Werkes** bestanden (Schricker/Loewenheim/Katzenberger/Loewenheim<sup>6</sup> § 129 Rn. 13). Auch unter Geltung von LUG und KUG mussten alle Werke Individualität besitzen, im Sinne einer Schöpfung geschaffen, sinnlich wahrnehmbar sein und sich von dem Vorbekanntem abheben (Ulmer, Urheber- und VerlagsR<sup>3</sup> S. 81 f.; Allfeld<sup>2</sup> § 1 LUG Rn. 9 f.; Elster S. 94 ff. und S. 178 ff.). Ein Unterschied besteht lediglich beim Schutz der pantomimischen Werke und der Werke der Tanzkunst: Während § 1 Abs. 2 LUG ihren Schutz von einer Festlegung abhängig machte, ist dies gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UrhG nicht mehr erforderlich (vgl. Rn. 133).
- 6 Nach der **Übergangsbestimmung des § 129** sind die Vorschriften des UrhG auch auf die vor seinem Inkrafttreten geschaffenen Werke anzuwenden, es sei denn, dass die urheberrechtliche Schutzfrist zu diesem Zeitpunkt bereits abgelaufen war (§ 129 Abs. 1 S. 1; Einzelheiten s. dort). Soweit sich seit dem Inkrafttreten des UrhG Änderungen bei den Anforderungen an die Schutzfähigkeit bestimmter Werke ergeben haben, wie dies beispielsweise § 69a Abs. 3 für die Computerprogramme durch eine deutliche Absenkung der Gestaltungshöhe mit sich gebracht hat (vgl. Rn. 32 und vgl. § 69a Rn. 14, 16 ff.), gilt die Neuregelung gleichermaßen auch für vor ihrem Inkrafttreten geschaffene Werke (§ 137d Abs. 1).

### 3. EU-Richtlinien und Werkbegriff des EuGH

- 7 In der Europäischen Union ist das Urheberrecht nur stückweise harmonisiert (vgl. Einl. UrhG Rn. 37). Dies gilt auch für den Werkbegriff: Es sind bislang lediglich drei EU-Richtlinien ergangen, die Regelungen zum Werkbegriff enthalten, und zwar die Software-RL zu **Computerprogrammen**, die Schutzdauer-RL in einem Nebenregelungsbereich zu **Fotografien** und die Datenbank-RL zu **Datenbanken**. In ihrem jeweiligen Regelungsbereich bestimmen die Richtlinien zum Werkbegriff, dass bei Computerprogrammen, Fotografien und Datenbanken jede *eigene geistige Schöpfung* als individuelles Werk anerkannt und urheberrechtlich geschützt werden muss; zur Bestimmung ihrer Schutzfähigkeit dürfen *keine anderen Kriterien* angewendet werden. Im Hinblick auf Computerprogramme hat der deutsche Gesetzgeber die Vorgabe der Richtlinie in § 69a Abs. 3 UrhG direkt umgesetzt (Art. 1 Abs. 3 der Software-RL; abgedruckt im Anhang V1). Die entsprechenden Vorgaben der Schutzdauer-RL zu Fotografien (Art. 6; abgedruckt im Anhang V4) und der Datenbank-RL (Art. 3 Abs. 1; abgedruckt im Anhang V1) sind nicht direkt in das UrhG eingeflossen, weil der

deutsche Gesetzgeber davon ausging, dass das UrhG den Vorgaben der Richtlinien bereits entsprach.

Trotz dieser nur teilweisen Harmonisierung des Werkbegriffs geht der EuGH bereits seit der *Infopaq*-Entscheidung aus dem Jahr 2009 (GRUR Int. 2010, 35 – *Infopaq*) von einem einheitlichen unionsrechtlichen Werkbegriff aus. Dieser orientiert sich nicht an einem bestimmten Werkkatalog – den es auf EU-Ebene nicht gibt –, sondern definiert die Schutzvoraussetzungen für ein Werk einheitlich und ohne spezielle Anforderungen für bestimmte Werkarten. Danach liegt ein Werk im Sinne des Urheberrechts immer dann vor, wenn es sich um eine **eigene geistige Schöpfung** des Urhebers handelt, so ausgesprochen zunächst für einen aus 11 Wörtern bestehenden Auszug aus einem Presseartikel, also für ein Sprachwerk in EuGH GRUR Int. 2010, 35, 39 Rn. 33 bis 37 und 47 – *Infopaq*, und dann nachfolgend für eine grafische Benutzeroberfläche eines Computerprogramms in EuGH GRUR Int. 2011, 148, 151 Rn. 45 – *Benutzeroberfläche*, zu einer Porträtfotografie in EuGH GRUR 2012, 166, 168 Rn. 87 – *Painer*, zu einem Benutzerhandbuch für ein Computerprogramm in EuGH GRUR 2012, 814, 816 Rn. 65 und 67 – *SAS Institute*, zu den Spielplänen für die Begegnungen der englischen und der schottischen Fußballmeisterschaften in EuGH GRUR 2012, 386, 388 Rn. 37 f. – *Football Dacato/Yahoo* sowie zu Fußballspielen selbst (die allerdings als solche schutzlos geblieben sind: EuGH GRUR 2012, 156 Rn. 97 – *Football Association Premier League/ Murphy*). Der EuGH begründet seinen Ansatz mit Art. 2 lit. a Info-RL, aus dem folge, dass das Schutzobjekt des Urheberrechts ein Werk sei; sodann folgert er aus Art. 2 Abs. 5 und 8 RBÜ, dass es sich bei Werken der Literatur und Kunst um geistige Schöpfungen handeln müsse. Da auch Art. 1 Abs. 3 Software-RL, Art. 3 Abs. 1 Datenbank-RL und Art. 6 Schutzdauer-RL Computerprogramme, Datenbanken oder Fotografien als Werke nur dann schützten, wenn es sich bei ihnen um eigene geistige Schöpfungen ihres Urhebers handele und auch die Info-RL, die einen harmonisierten Rechtsrahmen des Urheberrechts festlege, gem. ErWG 4, 9–11 und 20 auf demselben Grundsatz beruhe, sei das Urheberrecht generell auf ein solches Schutzobjekt anzuwenden, bei dem es sich um ein Original in dem Sinne handele, dass es eine eigene geistige Schöpfung seines Urhebers darstelle (grundlegend EuGH GRUR Int. 2010, 35, 39 Rn. 33–37 – *Infopaq*; nachfolgend unter Berufung darauf EuGH GRUR Int. 2011, 148, 151 Rn. 45 – *Benutzeroberfläche*; EuGH GRUR 2012, 166, 168 Rn. 87 – *Painer*). Die Auffassung des EuGH ist zwar insoweit bedenklich, als der Werkbegriff tatsächlich nur für einzelne Werkarten harmonisiert ist und weder die Schutzdauer-RL noch die Info-RL eine Harmonisierungsvorgabe auch für die Schutzvoraussetzungen des Urheberrechts enthalten (s. a. *Jan Bernd Nordemann* FS Schwarz S. 97, 99). Dem EuGH ist aber zuzugestehen, dass das Schutzobjekt des Urheberrechts ein einheitliches sein muss, weil der einheitliche Rechtsrahmen, der nicht nur durch die Info-RL, sondern auch durch die Schutzdauer-RL geschaffen worden ist, ansonsten doch uneinheitlich bleiben würde.

Ausgehend von diesem **autonomen und einheitlichen unionsrechtlichen Werkbegriff** hat der EuGH allerdings die Voraussetzungen hierfür erweitert, hervorgerufen durch eine Vorlageentscheidung des niederländischen *Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden* zu der Frage, ob der Geschmack eines Käses urheberrechtlich geschützt sein könne. Neben der ersten Voraussetzung, dass ein Original in dem Sinne vorliegt, dass es eine eigene geistige Schöpfung seines Urhebers darstellt, kommt nun *kumulativ* eine zweite Voraussetzung hinzu, nämlich, dass eine Ausdrucksform des urheberrechtlichen Schutzobjekts vorliegt, die es mit hinreichender Genauigkeit und Objektivität identifizierbar werden lässt (EuGH GRUR 2019, 73 Rn. 35, 37 und 40 – *Levola Hengelo*). Der Geschmack eines Käses konnte deshalb die Voraussetzungen an den urheberrechtlichen Werkschutz nicht erfüllen, weil im Gegensatz zu literarischen, bildnerischen, filmischen oder

musikalischen Werken bei dem Geschmack eines Lebensmittels die Identifizierung auf subjektiven und veränderlichen Geschmacksempfindungen und -erfahrungen beruht, die eben nicht wirklich „objektiverbar“ sind (EuGH GRUR 2019, 73 Rn. 42 – *Levola Hengelo*). Seither betont der EuGH jeweils **diese beiden kumulativen Voraussetzungen**, nämlich

- (1) ein Original in dem Sinne, dass es eine eigene geistige Schöpfung des Urhebers darstellt und
- (2) das in Form eines Elementes vorliegt, das eine solche geistige Schöpfung zum Ausdruck bringt.

Diese weiteren Entscheidungen ergingen – obwohl die zweite Voraussetzung in diesen Fällen eigentlich unproblematisch vorgelegen hat – zu militärischen Lageberichten, also Schriftwerken (EuGH GRUR 2019, 934 Rn. 19 und 20 – *Funke Medien/ Bundesrepublik Deutschland [Afghanistan Papiere]*), zu der Gestaltung einer Jeanshose sowie einem Sweatshirt und einem T-Shirt, und damit Werken der angewandten Kunst (EuGH GRUR 2020, 1185 Rn. 29 – *Cofemel/G-Star*), und zu einem Faltrad, also ein weiteres Mal zu einem Werk der angewandten Kunst (EuGH GRUR 2020, 736 Rn. 22 – *Brompton/Get2Get*).

- 10** Für die erste Voraussetzung, also die **Originalität im Sinne einer eigenen geistigen Schöpfung** hebt der EuGH hervor, dass der Urheber bei der Schöpfung freie kreative Entscheidungen getroffen und somit in der Gestaltung seinen schöpferischen Geist in origineller Weise zum Ausdruck gebracht haben muss (EuGH GRUR 2019, 934 Rn. 23 – *Funke Medien/Bundesrepublik Deutschland [Afghanistan Papiere]*). Der Urheber muss dabei einen vorhandenen Gestaltungsfreiraum genutzt und so seinen schöpferischen Geist in origineller Weise zum Ausdruck gebracht haben; darin muss sich zwar die Persönlichkeit des Urhebers widerspiegeln, die Gestaltung aber nicht prägen (vgl. die insoweit aktuelle Spr. des EuGH GRUR 2020, 1185 Rn. 54 – *Cofemel/G-Star* und EuGH GRUR 2019, 934 Rn. 23 – *Funke Medien/Bundesrepublik Deutschland [Afghanistan Papiere]*; vgl. im Übrigen Rn. 30 sowie Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Leistner<sup>6</sup> Rn. 50). Dabei sind bei einem Schriftwerk die zugrunde liegenden Fakten ebenso „abzuziehen“ und nicht zu berücksichtigen wie bei einem Werk der angewandten Kunst, Technik und Gebrauchseigenschaften (EuGH GRUR 2019, 934 Rn. 24 – *Funke Medien/Bundesrepublik Deutschland [Afghanistan Papiere]*; EuGH GRUR 2020, 736 Rn. 24 – *Brompton/Get2Get*; vgl. zu Schriftwerken Rn. 54 ff. sowie zu Werken der angewandten Kunst Rn. 137 ff.). Es genügt generell auch nicht, lediglich festzustellen, dass das urheberrechtliche Schutzobjekt eine ästhetische Wirkung hat, also „schön“ ist; vielmehr ist insbesondere bei Werken der angewandten Kunst festzustellen, worin genau die Gestaltungsleistung des Urhebers liegt, die die Entscheidungsfreiheit und die Persönlichkeit widerspiegelt (EuGH GRUR 2020, 1185 Rn. 54 – *Cofemel/G-Star*, vgl. Rn. 145 ff.). Der EuGH betont ferner, dass Gedanken und Ideen urheberrechtlich frei bleiben müssen (EuGH GRUR 2020, 736 Rn. 27 – *Brompton/Get2Get*, vgl. Rn. 57 ff.).

- 11** Das zweite Kriterium, nämlich das **Vorliegen eines Elementes, das eine solche geistige Schöpfung mit hinreichender Genauigkeit und Objektivität zum Ausdruck bringt**, erfordert nach der Rechtsprechung des EuGH, dass im Sinne der Rechtssicherheit das zu schützende Objekt Gegenstand eines präzisen und objektiven Ausdrucks sein muss und nicht abhängen dürfe von subjektiven, veränderlichen Empfindungen, wie dies bei dem Geschmack eines Käses der Fall wäre (EuGH GRUR 2019, 73 Rn. 41 f. – *Levola Hengelo*). Damit dürfte auch klar sein, dass bspw. der Geruch von einem Parfüm einem urheberrechtlichen Schutz ebenfalls nicht zugänglich ist, weil auch ein solcher Geruch eben auf subjektiven und veränderlichen Empfindungen beruht und daher nicht präzise und objektiv identifizierbar ist (vgl. hierzu *Balaňá* GRUR Int. 2005, 979, 982 ff. mit ausführlichen Hinweisen auf insbesondere die entsprechende französische Rechtsprechung sowie *Levola Hengelo*, EuGH GRUR 2019, 73 mit Hinweis auf Urteil des

Hooge Rat vom 16.6.2006 „Lancôme“ (ECLI:NL:HR:2006:AU8940), der die Schutzfähigkeit des Geruchs eines Parfüms noch bejahte, dagegen Cour de Cass. vom 10.12.2013 (ECLI:FR:CCASS:2013:CO01205)). Allerdings trennt der EuGH nicht exakt zwischen den beiden kumulativen Voraussetzungen. So wird in *Brompton* zunächst zur ersten Voraussetzung des *Originals* hervorgehoben, dass die Schaffung nicht durch technische Erwägungen, Regeln oder durch andere Zwänge bestimmt worden sein darf, die der Ausübung künstlerischer Freiheit keinen Raum gelassen haben (EuGH GRUR 2020, 736 Rn. 23 f. – *Brompton/Get2Get*), dann zur zweiten Voraussetzung aber noch einmal betont, dass sich aus der notwendigen hinreichenden Genauigkeit und Objektivität ergebe, dass sich der Urheberrechtsschutz nicht auf Gedanken erstreckt, sondern Gedanken und Ideen urheberrechtlich frei bleiben müssten, um den technischen Fortschritt und die industrielle Entwicklung nicht zu behindern (EuGH GRUR 2020, 736 Rn. 25 bis 27 – *Brompton/Get2Get*). Hinreichend genau und objektiv die Schöpfung zum Ausdruck bringt auch ein Möbelsystem, das aus wenigen Einzelementen besteht, die in Modulbauweise kombiniert werden, weil der dadurch wiederkehrende charakteristische Gesamteindruck eine objektive Identifizierung ermöglicht (BGH GRUR 2024, 131 Rn. 13 – *USM-Haller*).

Irgendeine Art von **Gestaltungshöhe** kennt der autonome unionsrechtliche Werkbegriff **nicht**. Vielmehr sind alle Werke ausnahmslos urheberrechtlich geschützt, wenn sie die beiden kumulativen Voraussetzungen der Originalität und der hinreichenden objektiven Bestimmbarkeit erfüllen; der EuGH hat insoweit klargestellt, dass der Umfang des Schutzes nicht vom Grad der schöpferischen Freiheit des Urhebers abhängt und für alle Werke gleich hoch ist (EuGH GRUR 2020, 1185 Rn. 35 – *Cofemel/G-Star*; EuGH GRUR 2012, 166 Rn. 97 bis 99 – *Painer*). Dies bedeutet, dass einerseits auch die **kleine Münze** im Rahmen des autonomen unionsrechtlichen Werkbegriffs ausnahmslos Schutz genießt und es keine Ausnahmen im Sinne höherer Schutzanforderungen für bestimmte Werkarten (mehr) geben kann (vgl. insoweit zu den früher höheren Schutzanforderungen im Bereich der Schriftwerke Rn. 54 ff. und bei Werken der angewandten Kunst Rn. 137 ff.). Andererseits darf aber die Aussage des EuGH nicht missverstanden werden. Sie bezieht sich nämlich ausdrücklich auf den Schutz nach der Info-RL (EuGH GRUR 2020, 1185 Rn. 35 – *Cofemel/G-Star*); die Info-RL enthält aber lediglich eine Harmonisierung des Vervielfältigungsrechtes in Art. 2, des Rechtes der öffentlichen Wiedergabe sowie der öffentlichen Zugänglichmachung in Art. 3 und des Verbreitungsrechtes in Art. 4, nicht aber auch des Bearbeitungsrechtes, über das der Schutzzumfang des Urheberrechts gegenüber nicht autorisierten Bearbeitungen und Plagiaten gewährleistet wird (BGH GRUR 2023, 571 Rn. 13 – *Vitrinenleuchte*; vgl. zur Info-RL Einl. Rn. 44; zum Schutzzumfang des Urheberrechts vgl. § 23 Rn. 27 ff.).

Ergebnisse **künstlicher Intelligenz** bleiben auch nach dem autonomen unionsrechtlichen Werkbegriff schutzlos, weil eine eigene geistige Schöpfung eines Urhebers vorliegen und somit ein Mensch tätig gewesen sein muss; eine Software kann auch nicht ihren schöpferischen Geist in origineller Weise zum Ausdruck gebracht haben; auch das setzt die Tätigkeit eines Menschen voraus. Zur entsprechenden Schutzvoraussetzung nach deutschem Recht vgl. im Übrigen Rn. 29.

Der **BGH** ging zunächst davon aus, dass seine Rechtsprechung zur persönlichen geistigen Schöpfung nach § 2 Abs. 2 den Vorgaben des autonomen unionsrechtlichen Werkbegriffs des EuGH entspricht (zuerst in BGH GRUR 2021, 1290 Rn. 58 – *Zugangsrecht des Architekten*, nachfolgend dann auch in BGH GRUR 2024, 386 Rn. 25 – *E2*); BGH GRUR 2022, 899 Rn. 29 – *Porsche 911*, BGH, Beschl. v. 28.7.2022 – I ZR 11/22 Rn. 24 – *Badman & Robben* und BGH GRUR 2023, 571 Rn. 13 – *Vitrinenleuchte*). Nach einer Vorlageentscheidung des schwedischen Berufungsgerichtes für Marken und Patente „Svea Hovrätt“ hielt es der

BGH dennoch – und zwar nur gut 6 Wochen nach BGH GRUR 2024, 386 Rn. 25 – E2) – für erforderlich, auch selbst vorzulegen (BGH GRUR 2024, 131 – *USM-Haller*). Der BGH möchte insoweit vom EuGH wissen (1) ob bei Werken der angewandten Kunst höhere Anforderungen an die freien kreativen Entscheidungen zu stellen sind als bei anderen Werkarten (BGH GRUR 2024, 131 Rn. 15 ff. – *USM-Haller*), (2) ob bei der Prüfung der Originalität auch auf die subjektive Sicht des Schöpfers abzustellen ist (BGH GRUR 2024, 131 Rn. 24 ff. – *USM-Haller*) und (3) ob für die Beurteilung ausschließlich auf den Zeitpunkt der Schöpfung abgestellt werden muss oder eine spätere Anerkennung in Kunstkreisen berücksichtigt werden kann (BGH GRUR 2024, 131 Rn. 37 ff. – *USM-Haller*). Die Vorlage schließt also die Frage ein, ob an es bei Werken der angewandten Kunst höhere Anforderungen an die Schutzfähigkeit gibt und damit letztendlich an einer Gestaltungshöhe festzuhalten ist oder nicht (BGH GRUR 2024, 131 Rn. 20–23 – *USM-Haller*). Der BGH geht dabei davon aus, dass wegen der langen urheberrechtlichen Schutzfrist für alle Werkarten einschließlich der Werke der angewandten Kunst und der bildenden Kunst eine nicht zu geringe Gestaltungshöhe zu fordern sei (BGH GRUR 2024, 131 Rn. 22 – *USM-Haller*; BGH GRUR 2021, 1290 Rn. 60 – *Zugangsrecht des Architekten*; BGH GRUR 2015, 1189 Rn. 44 – *Goldrapper*; BGH GRUR 2014, 175 Rn. 40 – *Geburtstagszug*). Vgl. hierzu im Einzelnen Rn. 38 ff.

#### 4. Internationales Urheberrecht

- 15 Der Schutz der Werke nach den internationalen Konventionen richtet sich vor allem nach der **Revidierten Berner Übereinkunft (RBÜ)**, dem Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (**TRIPS**) und dem **Welturheberrechtsabkommen (WUA)**. Einzelheiten zu diesen Konventionen sowie weiteren internationalen Verträgen vgl. Einl. UrhG Rn. 44 ff. und vgl. Vor §§ 120 ff. Rn. 12 ff. Art. 2 Abs. 1 RBÜ enthält eine Definition der „Werke der Literatur und Kunst“, nach der hiervon umfasst sind

*„alle Erzeugnisse auf dem Gebiet der Literatur, Wissenschaft und Kunst, ohne Rücksicht auf die Art und Form des Ausdrucks, wie: Bücher, Broschüren und andere Schriftwerke; Vorträge, Ansprachen, Predigten und andere Werke gleicher Art; dramatische oder dramatisch-musikalische Werke; choreographische Werke und Pantomimen; musikalische Kompositionen mit oder ohne Text; Filmwerke einschließlich der Werke, die durch ein ähnliches Verfahren wie Filmwerke hervorgebracht sind; Werke der zeichnenden Kunst, der Malerei, der Baukunst, der Bildhauerei, Stiche und Lithographien; photographische Werke, denen Werke gleichgestellt sind, die durch ein der Photographie ähnliches Verfahren hervorgebracht sind, Werke der angewandten Kunst; Illustrationen, geographische Karten; Pläne, Skizzen und Darstellungen plastischer Art auf dem Gebieten der Geographie, Topographie, Architektur und Wissenschaft.“*

Art. 2 Abs. 3 RBÜ stellt klar, dass auch Übersetzungen, Bearbeitungen, musikalische Arrangements und andere Umarbeitungen eines Werkes der Literatur oder Kunst den gleichen Schutz wie die ihnen zugrunde liegenden Originalwerke genießen. Daneben werden auch Sammlungen von Werken der Literatur oder Kunst wie beispielsweise Enzyklopädien und Anthologien dem Werkschutz unterstellt (Art. 2 Abs. 5 RBÜ). Auch die RBÜ versteht wohl unter einem Werk nur eine „persönliche geistige Schöpfung“ (*Wilhelm Nordemann/Vinck/Hertin* Art. 2 RBÜ Rn. 1), wobei sich allerdings die Prüfung, was als Werk anzusehen ist, im Einzelfall nach dem **Recht des Schutzlandes** richtet, also des Landes, in dem der Schutz für die urheberrechtlich relevante Schöpfung beansprucht wird (*Wilhelm Nordemann/Vinck/Hertin* Art. 2 RBÜ Rn. 1; Einzelheiten vgl. Vor §§ 120 ff. Rn. 2 f., 6 f., 15; dies gilt auch nach dem deutschen internationalen Privatrecht s. BGH GRUR 2015, 264, 265 Rn. 24 – *Hi Hotel II*; OLG Frankfurt GRUR 2014, 863, 864 – *Jesus-Wachträumerin*). Den einzelnen Verbandsländern ist durch Art. 2 RBÜ jedoch vorbehalten, nur solche Werke der Literatur und

Kunst zu schützen, die auf einem materiellen Träger festgelegt sind (Art. 2 Abs. 2 RBÜ) und die Werke der angewandten Kunst nur einem Schutz über das Designrecht zu unterwerfen (Art. 2 Abs. 7 RBÜ). Der konventionsrechtliche Schutzanspruch beschränkt sich auf den Katalog in Art. 2 RBÜ. Die Aufzählung der einzelnen Werkarten ist jedoch insoweit nicht erschöpfend, als der Verbandsurheber Schutz unter Gesichtspunkt der Inländerbehandlung auch für solche Werkarten beanspruchen kann, die in Art. 2 RBÜ nicht genannt sind, jedoch vom inländischen Recht darüber hinausgehend geschützt werden (Art. 19 RBÜ; *Wilhelm Nordemann/Vinck/Hertin* Art. 2 RBÜ Rn. 2). Erkennt das Recht des Schutzlandes eine bestimmte, im Katalog des Art. 2 Abs. 1 RBÜ genannte Werkart generell nicht als schutzfähig an, so kann sich der Verbandsurheber unmittelbar auf die RBÜ berufen; dies gilt auch dann, wenn das Recht des Schutzlandes dieser Werkart einen anderen als einen urheberrechtlichen Schutz gewährt, beispielsweise die Schöpfung einem verwandten Schutzrecht zuordnet oder sie lediglich dem Wettbewerbsrecht unterstellt (*Wilhelm Nordemann/Vinck/Hertin* Art. 2 RBÜ Rn. 3). Eine Ausnahme gilt wie erwähnt gem. Art. 2 Abs. 7 RBÜ nur für die Werke der angewandten Kunst, die auch über das Designrecht geschützt werden dürfen.

Die **TRIPS** („Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights“) beziehen über Art. 9 die Art. 1–21 RBÜ mit Ausnahme von Art. 6<sup>bis</sup> RBÜ vollständig ein und ergänzen die in Art. 2 RBÜ genannten Werkarten lediglich durch eine ausdrückliche Erwähnung der Computerprogramme und Datenbanken (Art. 10 Abs. 1 und 2 TRIPS). Es ist deshalb letztendlich die RBÜ, die das für den urheberrechtlichen Werkschutz maßgebliche internationale Übereinkommen darstellt. **16**

Das WUA spricht demgegenüber nur von **17**

„*Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst, wie Schriftwerken, musikalischen und dramatischen Werken, Filmwerken sowie Werken der Malerei, Stichen und Werken der Bildhauerei,*“

bestimmt aber nicht näher, um welche urheberrechtlichen Werke es sich im Einzelnen handeln soll (*Wilhelm Nordemann/Vinck/Hertin* Art. I WUA Rn. 1). Da es sich aber auch bei dem „Katalog“ aus Art. I WUA lediglich um einen Beispielskatalog handelt, kann letztendlich jeder Konventionsstaat bestimmen, welche Werke er in welcher Form schützen will, solange mindestens die in Art. 1 ausdrücklich genannten Werkarten geschützt werden (*Wilhelm Nordemann/Vinck/Hertin* Art. I WUA Rn. 3 f.). Auch für das WUA gilt grundsätzlich das Prinzip des Schutzlandes, d. h. die Anforderungen an den Werkbegriff richten sich grundsätzlich nach den Vorschriften des Landes, in dem Schutz beansprucht wird (*Wilhelm Nordemann/Vinck/Hertin* Art. I WUA Rn. 4).

## II. Tatbestand

### 1. Beispielskatalog

§ 2 Abs. 1 enthält lediglich einen **nicht erschöpfenden Beispielskatalog**; das **18** folgt aus dem Wort „insbesondere“ vor der Aufzählung der Werkarten. Ergebnisse geistiger Tätigkeit des Menschen, die den Anforderungen der „persönlichen geistigen Schöpfung“ gem. Abs. 2 genügen, ohne in der Aufstellung von Abs. 1 zu erscheinen oder ohne klar in eine der dort aufgezählten Werkkategorien eingeordnet werden zu können, sind demnach ebenfalls urheberrechtlich geschützte Werke (BGH Beschl. v. 28.7.2022 – I ZR 11/22 Rn. 24 – *Badman & Robben*; BGH GRUR 1985, 529, 529 – *Happening*). Die fortschreitende geistige, kulturelle, aber auch technische Entwicklung schafft neue Kunstgattungen und Werkformen. Schon bald nach dem Inkrafttreten des UrhG galt dies zunächst für die sog. Ton-Collagen, bei denen aus Politiker-Reden Textstellen herausge-

schnitten, musikalisch unterlegt und dann rhythmisch montiert wurden (OLG München *Erich Schulze* OLGZ 178 – *Pol(h) Hitparade* m. Anm. von *Wilhelm Nordemann*), für die Tonband-Collagen mit der Mischung von Geräuschen und Musik sowie für die O-Ton-Collagen (Original-Ton-Collagen) mit einer akustischen Zusammenstellung von Interviews, Geräuschen des täglichen Lebens und elektronischen Sphärenklängen. Sodann entstand mit den Computerprogrammen eine neue Werkart von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung; sie sind nach anfänglichen Diskussionen, ob sie überhaupt dem Urheberrecht unterfallen, den Sprachwerken zugeordnet worden und seit der Urheberrechtsnovelle vom 24. Juni 1985 ausdrücklich in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG genannt (Einzelheiten vgl. Vor §§ 69a ff. Rn. 1). In den letzten Jahren hat die sog. Land-Art eine gewisse Bedeutung gewonnen: Christo zieht Vorhänge durch Täler oder verhüllt den Berliner Reichstag (BGH GRUR 2002, 605 – *Verhüllter Reichstag*; KG GRUR 1997, 128 – *verhüllter Reichstag*); Walter de Maria errichtet in New Mexiko ein Lightning Field, wo 400 in den Wüstenboden gerammte Stahlpfähle so angeordnet sind, dass bei den offenbar dort häufigen Gewittern faszinierende Lichterscheinungen bewirkt werden (DIE ZEIT Nr. 42 vom 9.10.1992, S. 71). Endlich hat die technische Entwicklung das Multimediawerk als neue Werkart aus Text, Ton, Bildern, Daten, Computerprogrammen und oftmals auch Musik entstehen lassen (vgl. Rn. 231). Von der Rechtsprechung demgegenüber nicht als Werke anerkannt worden sind beispielsweise die Rechen-Oberfläche einer Faxe-Karte (vgl. § 69a Rn. 23, 32, 47) und das Format einer Fernsehshow (vgl. Rn. 232). Es ist deshalb auch nicht notwendig, ein Werk für den urheberrechtlichen Schutz zwingend in eine der sieben Werkkategorien einzuordnen (vgl. BGH GRUR 1985, 529, 529 – *Happening*). Lediglich bei einem Werk, das vor dem Inkrafttreten des UrhG am 1.1.1966 geschaffen worden ist, kann es auf die genaue Einordnung in eine Werkkategorie ankommen, weil Bühnenwerke nach § 1 Abs. 2 LUG schriftlich oder auf andere Weise festgelegt sein mussten (s. BGH GRUR 2014, 65, 70 Rn. 31 ff. – *Beuys-Aktion*; der BGH hat OLG Düsseldorf GRUR 2012, 173 – *Beuys-Fotoreihe* daher aufgehoben). Ferner sind Konstellationen denkbar, bei denen Schöpfungen in zwei verschiedene Werkkategorien fallen und sich der Schutz dann aus der Kombination der beiden Werkkategorien ergibt, bspw. aus der Kombination einer Zeichnung nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 mit einem Slogan nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 (BGH, Beschl. v. 28.7.2022 – I ZR 11/22 Rn. 17 und 24 f. – *Badman & Robben*).

## 2. Werkbegriff (Abs. 2)

- 19 a) Gesetzliche Definition:** Der Begriff der persönlichen geistigen Schöpfung in Abs. 2 stellt eine gesetzliche Definition des urheberrechtlich geschützten Werks dar. Er ist jedoch ein **unbestimmter Rechtsbegriff**, der der Ausfüllung und Konkretisierung im Einzelfall entweder in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht bedarf. Ob eine Schöpfung ein urheberrechtlich geschütztes Werk ist, kann deshalb – innerhalb des vom Gesetz vorgegebenen einheitlichen Rahmens – noch in der Revisionsinstanz nachgeprüft werden (BGH GRUR 1961, 635, 637 – *Stahlrohrstuhl I*; BVerwG NJW 1966, 2374, 2376 – *Die Rechnung ohne den Wirt*; vgl. Rn. 235). Der Werkbegriff ist unionsrechtlich auszulegen (vgl. Rn. 7 ff. und BGH GRUR 2024, 131 Rn. 12 f. – *USM-Haller*; BGH GRUR 2024, 386 Rn. 25 – *E2*); BGH Beschl. v. 28.7.2022 – I ZR 11/22 Rn. 24 – *Badman & Robben*; BGH GRUR 2022, 899 Rn. 29 – *Porsche 911*; BGH GRUR 2021, 1290 Rn. 58 – *Zugangsrecht des Architekten*).
- 20 b) Neutralität des Werkbegriffs:** Der Werkbegriff ist im weitesten Sinn **zweck-, qualitäts- und aufwandsneutral**. Es ist also bei einem urheberrechtlich geschützten Werk gleichgültig, zu welchem Zweck es geschaffen wurde, wie hoch seine künstlerische, literarische oder sonst welche Qualität ist oder mit welchem Aufwand es entstand.

**Zweckneutralität** bedeutet, dass der Wille des Werkschöpfers, ein belehrendes, unterhaltendes, ästhetisches oder zu gebrauchendes Werk zu verfassen irrelevant ist. Was früher unter ganz anderen gesellschaftlichen und politischen Gegebenheiten ernst und erzieherisch wirken sollte, heute aber nur noch Lachen oder Unverständnis hervorruft, bleibt dennoch urheberrechtlich geschützt, wenn die erforderlichen Werkeigenschaften vorliegen und die Schutzfrist noch nicht abgelaufen ist. Auch der praktische Zweck eines Werkes, etwa einer Werbegrafik oder eines Formulars (BGH GRUR 1959, 251, 252 – *Einheitsfahrtschein*) oder die völlig fehlende Zweckbestimmung durch den Urheber – etwa bei geheimen Tagebüchern – spielen für die Werkeigenschaft keine Rolle. Deshalb ist die Berücksichtigung des Gebrauchszwecks von Sprachwerken einerseits und von Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art andererseits, wie sie einige neue Entscheidungen des Bundesgerichtshofs bei der Beurteilung der Werkqualität vornehmen, unrichtig (vgl. Rn. 60 ff. und 211).

21

Der Zweck, zu dem ein Werk erschaffen wurde, kann bei der Einordnung in eine bestimmte Werkkategorie hilfreich sein; er darf aber grundsätzlich nicht dazu führen, unterschiedliche Anforderungen an die Schutzfähigkeit zu stellen (vgl. Rn. 31 ff.). Dies gilt auch für den Bereich der Kunst, sodass der Zweck, zu dem ein Werk der Kunst erschaffen worden ist, zwar der Unterscheidung zwischen bildender und angewandter Kunst dienen kann, nicht aber unterschiedliche Anforderungen an die Schutzfähigkeit mit sich bringen darf (vgl. Rn. 139 und vgl. Rn. 146 ff.).

22

**Aufwandsneutralität** bedeutet, dass der Arbeitsaufwand, der zur Herstellung eines Werks erforderlich war, für die Beurteilung der Schutzfähigkeit außer Acht zu bleiben hat. Vielmehr ist für die Beurteilung des Werkbegriffs i. S. v. § 2 Abs. 2 UrhG nur das Ergebnis entscheidend, wie es dem Betrachter gegenübertritt (st. Rspr. s. BGH GRUR 1985, 1041, 1048 – *Inkasso-Programm*; BGH GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*; BGH GRUR 1981, 352, 354 – *Staatsexamensarbeit*; OLG Hamburg ZUM 2004, 386 – *Handy Logos I*; LG Köln MMR 2008, 556, 558 – *Virtueller Dom in Second Life*).

23

**c) Objektivität des Werkbegriffs:** Der Werkbegriff ist des Weiteren objektiv. Gemeint ist damit, dass nach **objektiven Kriterien** zu ermitteln ist, ob das, was jemand geschaffen hat, als Kunstwerk anzusehen ist oder nicht (*Ulmer* GRUR 1968, 527; *Samson* UFITA 56 [1970], 117; *Gerstenberg* FS Wendel S. 89, 94 ff.). Der mittlerweile 35 Jahre zurückliegende Versuch *Kummers*, an die Stelle des objektiven Werkbegriffes die subjektive Bestimmung des Urhebers zu setzen (*Kummer* S. 75), musste schon deshalb scheitern, weil danach jedermann sich subjektiv absolute Rechte, wie die aus dem Urheberrecht fließenden Befugnisse, nach Belieben selbst hätte gewähren können – eine mit unserem Rechtssystem schlechthin unvereinbare Vorstellung. Die von Kummer begründete *Lehre von der statistischen Einmaligkeit* (vgl. Rn. 29) hat sich deshalb auch zu Recht in Deutschland nicht durchgesetzt Rn.vgl. Rn. 29 sowie auch BGH GRUR 2024, 132, 133 – *USM-Haller*). Auch *Schmieder* hat seinen an der „Marktfähigkeit“ des Werkes und seiner „Bildung“ durch den Werkschöpfer orientierten Vorschlag inzwischen aufgegeben (*Schmieder* UFITA 52 [1969], 107, 113; *ders.* FS Röber S. 389; *ders.* NJW 1994, 3340). Ebenso wenig kann die Schutzfähigkeit eines Werkes vertraglich vereinbart werden (BGH GRUR 1991, 533 – *Brown Girl II*; OLG Stuttgart ZUM 2011, 173, 179 – *Stuttgart* m. w. N.).

24

Aus dem vorstehend genannten Grund kann auch das Urteil von Kunstsachverständigen, Museumsdirektoren und Kritikern nicht allein entscheidend sein, ebenso wenig wie dasjenige des Kunsthandels und seiner Kunden. Nicht alles ist Kunst, was einmalig ist, Geld kostet und manchmal sogar die öffentliche Ausstellung lohnt; Souvenirs bekannter Persönlichkeiten und Gegenstände von

25

historischem Interesse sind Beispiele dafür. Eine gleichmäßig mit blauer Farbe bemalte, auf einen rechteckigen Rahmen gespannte Leinwand wird nicht deshalb zu einem urheberrechtlich geschützten Werk, weil die Stuttgarter Staatsgalerie dafür eine beträchtliche Summe ausgegeben hat und das Bild als moderne Kunst präsentiert, dasselbe gilt für den in gleichmäßige Falten gelegten Vorhang, der im Hamburger Bahnhof in Berlin die Längswand eines Nebenraums ausfüllt, nachdem er von einem städtischen Kunstamt als „Kunst“ angekauft wurde. Wie sollte auch ein Schutz solcher „Werke“ aussehen: Wäre das Bemalen einer Leinwand mit der gleichen blauen Farbe durch einen Anderen eine Verletzung des Vervielfältigungsrechtes des Ersten aus § 16? Würde jeder Dekorateur, der einen Vorhang ordnungsgemäß – also wie das Vorbild im Hamburger Bahnhof – anbringt, mit dem Monopol der Künstlerin kollidieren? Das schließt den Werkcharakter bestimmter **Randformen der modernen Kunst** aber nicht aus. Die Beurteilung der Aleatorik hängt davon ab, ob ihr Ergebnis allein vom Zufall bestimmt oder eine von mehreren Lösungen ist, die der handelnde Mensch vorgegeben hat. Die Antikunst bringt geschützte Werke hervor, wenn sie sich nicht lediglich auf die Präsentation vorhandener Gegenstände (Steine, Wurzeln, Cola-Dosen usw.) in einem bestimmten Umfeld beschränkt, sondern sie zu einem neuen Ganzen zusammenfügt; jedes geschützte Werk stellt lediglich eine Kombination gemeinfreier Elemente dar (vgl. Rn. 37). Paradebeispiel dafür ist Pablo Picassos Stierschädel von 1942, eine scheinbar simple Zusammenfügung eines Fahrradlenkers mit einem Fahrradsattel. Die Minimalisierung schließlich kann allenfalls noch in ihren Vorstufen geschützte Werke hervorbringen; ihre letzte Konsequenz, das „Nichts als Kunst“, das „Blanksongpaper“ von Charles Yves, ein leeres Notenblatt mit nichts als Signatur und Wiederholungszeichen (s. auch *Erdmann* FS v. Gamm S. 389, 402), ist eben auch urheberrechtlich ein Nichts.

- 26** Das schließt allerdings nicht aus, dass zur Beurteilung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit zur Beurteilung der Frage, ob der Urheber einen künstlerischen Gestaltungsfreiraum besaß und diesen auch genutzt hat (vgl. Rn. 10 und 32 ff.), Einschätzungen der Fachwelt berücksichtigt werden können; denn wenn eine Gestaltung in Fachkreisen und der übrigen Öffentlichkeit als künstlerische Leistung anerkannt ist, kann dies eins der Indizien darstellen, die bei der Prüfung der Individualität herangezogen werden können (BGH GRUR 2024, 131 Rn. 39 – *USM-Haller*). Dies ist nach diesseitiger Auffassung möglich, auch wenn an sich die kreative Leistung des Urhebers und der vorbekannte Formenschatz im Zeitpunkt der Schöpfung entscheidend ist, solange die Beurteilung der Originalität nicht ausschließlich bspw. auf die Präsentation des Werks in Kunstmuseen und Kunstausstellungen gestützt wird, sondern auch die Verhältnisse im Zeitpunkt der Schöpfung des Werkes in Betracht gezogen werden (so schon BGH GRUR 1987, 903, 904 f. – *Le Corbusier-Möbel*). Denn dadurch wird nicht etwa von der Beurteilung abgewichen, ob im Zeitpunkt der Schöpfung eine künstlerische Leistung vorlag, sondern nur mit in Betracht gezogen, wie diese künstlerische Leistung später durch die für Kunst aufgeschlossenen Kreise beurteilt worden ist. Sind keine künstlerischen Gestaltungselemente vorhanden, kann auch die Tatsache, dass das Objekt später zur „Designikone“ oder zum „Kultobjekt“ geworden ist, nicht helfen (zutreffend OLG Braunschweig GRUR-RS 2022, 3888 Rn. 245 – *Ur-Käfer*). Der BGH hat jedoch die Frage, ob bei einem Vorhandensein künstlerischer Gestaltungselemente auch später eingetretene Umstände wie etwa Einschätzungen in der Fachwelt berücksichtigt werden können, oder ausschließlich auf die Umstände zum Zeitpunkt der Schöpfung abzustellen ist, dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt (BGH GRUR 2024, 131 Rn. 42 f. – *USM-Haller*).

- 27** **d) Persönliche geistige Schöpfung:** Der Gesetzgeber hat durch die erstmalige Verwendung dieser Definition im neuen Urheberrechtsgesetz von 1965 die bis

dorthin von der Rechtsprechung gebrauchten Definitionen zu einer einheitlichen zusammengefasst, ohne insoweit eine Änderung der Rechtslage vornehmen zu wollen (RegE UrhG 1962 – BT-Drs. IV/270, S. 38). Die Gesetzesbegründung definiert die Werke persönlicher geistiger Schöpfung als „Erzeugnisse, die durch ihren Inhalt oder durch ihre Form oder durch ihre Verbindung von Form und Inhalt etwas Neues und Eigentümliches darstellen“ (RegE UrhG – BT-Drs. IV/270, S. 38). Bei der **näheren Begriffsbestimmung** herrscht allerdings in Rechtsprechung und Lehre kaum begriffliche Einigkeit; die „persönliche geistige Schöpfung“ ist immer wieder mit anderen Worten umschrieben worden, ohne dass insoweit allerdings inhaltliche Unterschiede erkennbar gewesen sind (Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Leistner<sup>6</sup> Rn. 50).

Nach der herrschenden Auffassung hat die „persönliche geistige Schöpfung“ **28** grundsätzlich die folgenden **4 Elemente**: Das Werk muss

- **persönlich** erschaffen worden sein (vgl. Rn. 29 f.),
- eine **wahrnehmbare Form** gefunden haben (vgl. Rn. 31),
- **Individualität** aufweisen (vgl. Rn. 32 ff.) und
- die notwendige **Gestaltungshöhe** (vgl. Rn. 38 ff.)

erreicht haben (statt aller: Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Leistner<sup>6</sup> Rn. 32). Der **unionsrechtliche Werkbegriff** deckt sich hiermit nur **teilweise**: So muss auch nach den Vorgaben des EuGH (vgl. Rn. 7 ff.) ein Werk **persönlich** erschaffen worden sein (vgl. Rn. 13), eine **wahrnehmbare Form** gefunden haben (vgl. Rn. 10) und **Individualität** im Sinne einer eigenen geistigen Schöpfung aufweisen (vgl. Rn. 11). Eine **Gestaltungshöhe** ist jedoch im unionsrechtlichen Werkbegriff **nicht vorgesehen** (vgl. Rn. 12). Da die persönliche geistige Schöpfung im Sinne von § 2 Abs. 2 unionsrechtlich im Sinne des autonomen Werkbegriffs des EuGH auszulegen ist, besteht für die Anwendung einer Gestaltungshöhe im deutschen Recht **kein Raum mehr** (vgl. hierzu im Einzelnen Rn. 38 ff sowie Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Leistner<sup>6</sup> Rn. 60; aA BGH GRUR 2024, 131 Rn. 20 und 22 – *USM-Haller*; BGH GRUR 2021, 1290 Rn. 60 – *Zugangsrecht des Architekten* ).

**aa) Persönliche Schöpfung:** Die Voraussetzung der persönlichen Schöpfung ist normalerweise unproblematisch: Sie bedeutet, dass das Werk **von einem Menschen geschaffen** worden sein und geistigen Gehalt aufweisen muss; ein Werk kann nur von einer natürlichen Person, also einem Menschen, erschaffen werden (vgl. § 7 Rn. 9). Dies wird auch nach dem autonomen unionsrechtlichen Werkbegriff gefordert, weil der EuGH insoweit betont, dass eine **eigene geistige Schöpfung des Urhebers** vorliegen muss (vgl. Rn. 8 und 10). Dies hat zur Folge, dass weder juristische Personen noch Tiere oder Maschinen urheberrechtlich geschützte Werke hervorbringen können und auch Ergebnisse künstlicher Intelligenz urheberrechtlich schutzlos bleiben (vgl. Dreier/Schulze/Schulze<sup>7</sup> Rn. 14; *Hetmank/Lauber-Rönsberg* GRUR 2018, 574, 577 ff.; zum autonomen unionsrechtlichen Werkbegriff Rn. 7 f.). Auch der U.S. District Court for the District of Columbia entschied, dass ein ohne menschlichen Beitrag von Künstlicher Intelligenz erstelltes Bild nicht nach US-amerikanischem Urheberrecht schutzfähig ist (GRUR 2024, 287) Allerdings darf sich der Mensch bei seiner Schöpfung natürlich eines Apparates als **Hilfsmittel** bedienen, also insbesondere einen Fotoapparat oder einen Computer einsetzen (Dreier/Schulze/Schulze<sup>7</sup> Rn. 8; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Leistner<sup>6</sup> Rn. 40; *Ulmer*, Urheber- und VerlagsR<sup>3</sup> S. 128). Bilder, die ein Affe gemalt oder fotografiert hat wie bei dem berühmten Fall des Selfies von *Naruto* (*Naruto v. Slater*, No. 16-15469 [9th Cir. 2018]), sind also urheberrechtlich nicht geschützt; eine juristische Person kann schon deshalb, weil sie nicht selbst, sondern nur durch ihre gesetzlichen Vertreter handeln kann, nichts persönlich erschaffen. Ein Grenzfall mag ein in Trance, also nach einer (tatsächlichen oder vermeintlichen) Eingebung aus dem Jenseits geschaffenes Werk sein: Da zwar nicht ein jenseitiges Wesen, wohl aber das Medium eine **29**

natürliche Person ist und die Schöpfung als Realakt Geschäftsfähigkeit nicht voraussetzt, hat das OLG Frankfurt zu Recht einem solchen Werk urheberrechtlichen Schutz zuerkannt (OLG Frankfurt GRUR 2014, 863, 864 f. – *Jesus Wachträumerin*; zuvor schon BGer Lausanne ZUM 1991, 236).

- 30 Keine Prägung durch Persönlichkeit des Urhebers erforderlich.** Mit dem Kriterium der persönlichen Schöpfung ist nicht verbunden, dass das fragliche Ergebnis menschlichen Schaffens auch von der Persönlichkeit des Urhebers geprägt sein muss (so noch unsere 8. Aufl. Rn. 12). *Rebbinder/Peukert*<sup>17</sup> Rn. 210 weisen zu Recht darauf hin, dass die Persönlichkeit eines Urhebers umgekehrt auch durch seine Werke geprägt werde. Die höchstrichterliche Rechtsprechung schwankt zwischen der Forderung nach eigenschöpferischer Prägung, schöpferischer Eigenart und schöpferischer Eigentümlichkeit, was Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Leistner<sup>6</sup> Rn. 50 zu Recht für das selbe halten; die Rspr. benutzt diese Begriffe allerdings nur zur Bestimmung der Schutzuntergrenze, unterhalb derer die Anerkennung eines menschlichen Schöpfungsergebnisses als Werk im Sinne von § 2 Abs. 2 nicht mehr in Betracht kommt (vgl. Rn. 30). Sicher ist, dass es viele Werke gibt, die die „Handschrift“ ihres Schöpfers erkennen lassen, also von seiner Persönlichkeit geprägt sind; einen Text von Thomas Mann, ein Orchesterstück von Richard Strauß, einen Schlager von Bert Kaempfert oder ein Bild von Pablo Picasso erkennt nicht nur der Fachmann. Sicher ist aber auch, dass es Werke gibt, für die das nicht gilt, etwa weil ihr Schöpfer so unbekannt ist, dass auch seine „Handschrift“ niemand kennt, oder weil sie eine persönliche Ausprägung ihrer Art nach nicht zulassen, wie das etwa für Kurzgedichte und Limericks, für die meisten Computerprogramme, aber auch für kurze Melodien, für viele Fotografien, Filme und sogar für berühmte Kunstwerke zutrifft (Picassos Stierschädel – vgl. Rn. 18 – könnte ohne weiteres irgendeinem anderen Künstler zugeschrieben werden). Das Erfordernis der persönlichen Schöpfung bedeutet also nicht, dass das Werk auch von der Persönlichkeit des Urhebers geprägt sein muss. Der EuGH spricht deshalb konsequenterweise auch nur davon, dass eine eigene geistige Schöpfung des Urhebers vorliege, wenn darin seine Persönlichkeit zum Ausdruck komme; dies sei immer dann der Fall, wenn der Urheber freie kreative Entscheidungen habe treffen und dem Werk somit eine „persönliche Note“ verleihen können (vgl. nur EuGH GRUR 2019, 1185 Rn. 30 – *Cofemel/G-Star*; EuGH GRUR 2020, 736 Rn. 22 – *Brompton/Get2Get*; EuGH GRUR 2012, 166, 168 Rn. 88–92 – *Painer*; EuGH GRUR 2012, 386, 388 Rn. 38 – *Football Dacato/Yahoo*). Im Sinne des autonomen unionsrechtlichen Werkbegriffs genügt es deshalb, wenn der Urheber einen vorhandenen Gestaltungsfreiraum genutzt und so seinen schöpferischen Geist in origineller Weise zum Ausdruck gebracht hat; darin muss sich zwar die Persönlichkeit des Urhebers widerspiegeln, die Gestaltung aber nicht prägen (vgl. die insoweit aktuelle Rspr. des EuGH GRUR 2020, 1185 Rn. 54 – *Cofemel/G-Star* und EuGH GRUR 2019, 934 Rn. 23 – *Funke Medien/Bundesrepublik Deutschland [Afghanistan Papiere]*; vgl. im Übrigen Rn. 10 sowie Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Leistner<sup>6</sup> Rn. 50). Der BGH hatte die Beurteilung, ob der Urheber einen vorhandenen Gestaltungsfreiraum genutzt und so seinen schöpferischen Geist in origineller Weise zum Ausdruck gebracht hat, bislang rein objektiv verstanden, d. h. den Gestaltungsfreiraum anhand objektiver Umstände wie etwa des bekannten Formenschatzes oder technischer Notwendigkeiten festgestellt, auch im Sinne der Objektivierung des Werkbegriffs (BGH GRUR 2024, 131 Rn. 31 – *USM-Haller*). Nachdem das OLG Düsseldorf jedoch in der Vorinstanz die Auffassung vertreten hatte, nach der Rspr. des EuGH sei durchaus auf die subjektive Sicht des Schöpfers abzustellen (OLG Düsseldorf GRUR-RS 2022, 41376 Rn. 33 – *USM-Haller*), hat der BGH zwar an seiner Auffassung festgehalten, die Sache aber auch zur Beantwortung dieser Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt (BGH GRUR 2024, 131 Rn. 29 ff. – *USM-Haller*). Die Auffassung des BGH ist zutref-

fend: Der Beurteilungsmaßstab für die urheberrechtliche Schutzfähigkeit einschließlich der Individualität muss objektiv sein, weil ansonsten der subjektive Wille des Urhebers sowohl im positiven Sinne (er wollte künstlerisch gestalten) als auch negativ (er wollte ausschließlich ein gut zu gebrauchendes Produkt schaffen) über die Frage der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit entscheiden würde; das hält der BGH zutreffend für mit den Grundlagen des Rechts des geistigen Eigentums unvereinbar (BGH GRUR 2024, 131 Rn. 33 – *USM-Haller* unter Bezugnahme auf die Voraufgabe dieses Kommentars in Rn. 16; jetzt oben Rn. 24). Der BGH weist zudem auch zutreffend auf erhebliche Beweisschwierigkeiten hin, den subjektiven Willen des Urhebers mehrere Jahrzehnte nach der Schöpfung überhaupt noch feststellen zu können (BGH GRUR 2024, 131 Rn. 35 – *USM-Haller*).

**bb) Wahrnehmbare Form:** Eine Schöpfung kann nur dann als Werk urheberrechtlich geschützt sein, wenn sie für andere Menschen **wahrnehmbar** ist, also eine Form gefunden hat. Ein Gedicht, das lediglich im Kopf des Dichters vorhanden ist, genießt keinen urheberrechtlichen Schutz; es muss wenigstens ausgesprochen und hierdurch anderen Menschen mitgeteilt worden sein (Dreier/Schulze/Schulze<sup>7</sup> Rn. 13; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Leistner<sup>6</sup> Rn. 47; Ulmer, Urheber- und VerlagsR<sup>3</sup> S. 130). Der EuGH spricht insoweit davon, dass die Schöpfung in Form eines Elementes vorliegen müsse, das eine geistige Schöpfung zum Ausdruck bringt, also das zu schützende Objekt Gegenstand eines präzisen und objektiven Ausdrucks sein muss (EuGH GRUR 2019, 73 Rn. 41 f. – *Levola Hengelo*; vgl. im Übrigen Rn. 11). Dies bedeutet, dass auch der Geschmack eines Käses keine ausreichend wahrnehmbare Form besitzt, weil ein Geschmack nicht ausreichend präzise und objektiv ist, sondern von subjektiven, veränderlichen Empfindungen abhängt (EuGH GRUR 2019, 73 Rn. 41 f. – *Levola Hengelo*); dasselbe gilt für den Geruch eines Parfüms, vgl. Rn. 11). Hinreichend genau und objektiv die Schöpfung zum Ausdruck bringt auch ein Möbelsystem, das aus wenigen Einzelementen besteht, die in Modulbauweise kombiniert werden, weil der dadurch wiederkehrende charakteristische Gesamteindruck eine objektive Identifizierung ermöglicht und so wahrnehmbar ist (vgl. BGH GRUR 2024, 131 Rn. 13 – *USM-Haller*). Eine **Festlegung** des Werkes ist allerdings nicht Voraussetzung des Schutzes. Es genügt, dass das Werk irgendeine Ausdrucksform gefunden hat. Es muss sich dabei nicht um eine dauerhafte Form handeln (EuGH GRUR 2019, 73 Rn. 40 – *Levola Hengelo*). Selbst die flüchtige, jeder Festlegung entbehrende Mitteilung durch mündliche Erzählung oder Improvisation erzeugt ein schutzfähiges Werk, soweit die übrigen Voraussetzungen des § 2 erfüllt sind (OLG Köln GRUR-RR 2010, 143 – *Wie ein Tier in einem Zoo* zu Spontanäußerungen im Rahmen eines Interviews; vgl. a. Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Leistner<sup>6</sup> Rn. 47). So genügt insbesondere bereits die Veranstaltung eines Happenings oder einer sonstigen Kunst-Aktion für die Wahrnehmbarkeit, auch wenn sie nicht aufgezeichnet worden ist und daher nach ihrem Ende als solche von niemandem mehr wahrgenommen werden kann (OLG Düsseldorf GRUR 2012, 173, f. – *Beuys-Fotoreihe*). Lediglich bei einem Werk, das vor dem Inkrafttreten des UrhG am 1.1.1966 geschaffen worden ist, kann es auf eine Festlegung ankommen, weil Bühnenwerke nach § 1 Abs. 2 LUG schriftlich oder auf andere Weise festgelegt sein mussten; nach aktuellem Recht gilt dies jedoch nicht (BGH GRUR 2014, 65, 70 Rn. 32 – *Beuys-Aktion*).

**cc) Individualität:** Hauptinhalt der persönlichen geistigen Schöpfung ist die dritte der in Rn. 20 genannten Voraussetzungen, die sog. „Individualität“. Sie bedeutet, dass sich in **Konzeption, Inhalt** oder **Form** der individuelle Geist des Urhebers im Werk ausdrückt und sich das Werk dadurch von alltäglichen, routinemäßig produzierten und anderen, im Sinne des Urheberrechts nicht schöpferischen Leistungen wie z. B. denen der ausübenden Künstler oder rein handwerklichen Leistungen abhebt (*Schricker* FS Kreile S. 715, 720; *Schricker/*

31

32

Loewenheim/Loewenheim/Leistner<sup>6</sup> Rn. 50 ff.; Ulmer, Urheber- und VerlagsR<sup>3</sup> S. 131). Der Begriff der Individualität findet sich auch wieder in der Voraussetzung der eigenen geistigen Schöpfung des autonomen unionsrechtlichen Werkbegriffs (vgl. Rn. 20); denn der EuGH definiert die eigene geistige Schöpfung dahingehend, dass der Urheber freie kreative Entscheidungen getroffen und somit in der Gestaltung seinen schöpferischen Geist in origineller Weise zum Ausdruck gebracht haben muss (vgl. im Einzelnen Rn. 10 f.). Dabei ist von objektiven Umständen auszugehen, etwa dem bekannten Formenschatz oder technischer Notwendigkeiten; auf die subjektive Vorstellung des Schöpfers kommt es demgegenüber nicht an (vgl. Rn. 30 a.e. und die Vorlageentscheidung BGH GRUR 2024, 131 Rn. 33 – *USM-Haller*).

- 33 Geistiger Gehalt.** Individualität kann nur vorliegen, wenn ein geistiger Gehalt gegeben ist, also eine menschliche Gedankenäußerung aus dem Werk hervorgeht, ein Gedanken- oder Gefühlsinhalt durch das Werk mitgeteilt wird. Dies schließt die Anerkennung solcher Erzeugnisse aus, die ohne Ausdruck der Gedanken- und Gefühlswelt des Schaffenden, sondern lediglich durch mechanische Tätigkeit entstanden sind (**Zufallswerke**). Die gedankenlose Spielerei, das blinde Walten lassen der Natur, die dem Zufall überlassene Schöpfung erzeugen kein schutzwürdiges Werk, mag das Ergebnis solcher menschlichen Betätigung auch noch so neu und noch so absonderlich sein. So ist derjenige kein Komponist, der die Tonfolge durch Würfeln ermittelt. Der Maler, der Farben blind über den Rücken wahllos gegen eine Leinwand wirft und sich nach dieser Aktion diejenigen Teile der Leinwand ausschneidet, auf denen die Farben besonders wirkungsvoll zueinander liegen, mag wegen der individuellen Leistung, die in der Sichtung und Auswahl des willkürlich gewonnenen Materials liegt, noch als Urheber angesehen werden können. Wer dagegen, wie es schon vorgekommen ist, wahllos Farben auf eine am Boden liegende Bildfläche gießt und sich dann darauf setzt, um durch Drehbewegungen mit dem Hosenboden ein kreisrundes Farbmischmasch zu erzeugen, bringt trotz der unbestreitbaren „Individualität“ des benutzten Werkzeugs keine geistige Schöpfung, sondern nur ein ungeschütztes Zufallsprodukt hervor (weitere Beispiele bei *Thomaschki* S. 35 ff.). Deshalb können auch die Erzeugnisse eines Roboters, der beim Einwurf von Münzen ein abstraktes Aquarell oder eine melodische Tonfolge auswirft, keine „Werke“ des Einwerfers sein (sofern die Programmierung der Software des Roboters allerdings die Gestaltungselemente des Aquarells vorgibt, kommt Werkchutz zugunsten des Software-Urhebers in Betracht; vgl. § 69a Rn. 15 ff.). Von selbstständigen technischen Apparaten sind allerdings die technischen Hilfsmittel zu trennen, die der schaffende Mensch benutzt. Wo ein Gerät nicht ungesteuert und damit nicht nur nach den Naturgesetzen oder dem Gesetz des Zufalls verfährt, sondern der menschliche Wille entscheidet, liegt eine geistige Leistung vor (*Fromm* GRUR 1964, 304; *Möbring* UFITA 50 [1967] 835; *Kummer* S. 170–205; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Leistner*<sup>6</sup> Rn. 45 f.). Das beste Beispiel ist der Fotoapparat: Ein Lichtbildwerk gem. § 2 Abs. 1 Nr. 5 kann ohne dieses technische Hilfsmittel überhaupt nicht entstehen.
- 34 Subjektive Neuheit.** Der Begriff der Schöpfung impliziert, dass etwas Neues entsteht. Wer lediglich das wiederholt, was ein anderer vor ihm genauso gesagt, geschrieben oder gemalt hat, bewirkt keine Schöpfung, sondern nur eine Wiedergabe (BGH GRUR 1966, 503, 505 – *Apfel-Madonna*). An der Präsentation eines vorgefundenen Gegenstandes ist allenfalls die Präsentation selbst, nicht aber der Gegenstand neu. Der Begriff der Neuheit ist allerdings nicht in der Weise zu verstehen, dass etwas objektiv bisher nicht Vorhandenes geschaffen werden müsste; vielmehr muss eine subjektive, urheberbezogene Neuheit des Werkes vorliegen, d. h. das Werk muss für den Urheber neu gewesen sein; das macht sog. „**Doppelschöpfungen**“ möglich (vgl. § 23 Rn. 64 f. und KG GRUR-RR 2002, 49, 50 – *Doppelschöpfung*; OLG Köln GRUR 2000, 43, 44 – *Klammer*

pose; Dreier/Schulze/Schulze<sup>7</sup> Rn. 17; Loewenheim/Loewenheim<sup>3</sup> § 6 Rn. 23 und § 8 Rn. 29 ff.; Wandtke/Bullinger/Bullinger<sup>6</sup> Rn. 22 a. E. und § 23 Rn. 19 ff.; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Leistner<sup>6</sup> Rn. 65 und § 23 Rn. 33 ff.; Bisges/Bisges Kap. 1 Rn. 350 f.). Demgegenüber verlangt das Designrecht eine subjektiv-objektive Neuheit (s. BGH GRUR 2009, 79, 81f. Rn. 22f. – *Gebäckpresse*; BGH GRUR 1969, 90, 91 f. – *Rüschenhaube*), im Patentrecht ist das Erfordernis objektiver Neuheit absolut.

Der Urheber darf jedoch aus dem **bekanntem oder allgemeinen Formen- und Inhaltsschatz schöpfen**, was in der Regel auch geschieht; das subjektiv Neue stellt sich dann dar als eine bisher unbekannte Kombination von Bekanntem, wiederum in der Regel auch mit Neuem oder Unbekanntem, wobei die Neuheit dieser Kombination nicht überbewertet werden darf, weil das Urheberrecht eben keine echte Neuheitsprüfung kennt (BGH GRUR 2024, 386 Rn. 25 – *E2*); BGH GRUR 1985, 1041, 1047 – *Inkasso-Programm*; BGH GRUR 1982, 305, 307 – *Büromöbelprogramm*; BGH GRUR 1979, 332, 336 – *Brombeerleuchte*). Das Erfordernis der subjektiven Neuheit findet allerdings dort seine Grenze, wo Gemeingut verwendet wird: Selbst dann, wenn es für den Urheber subjektiv unbekannt gewesen ist, kann ein Monopolrecht wie das Urheberrecht zugunsten eines Einzelnen nicht an etwas entstehen, was sich schon im freien Gemeingebrauch befindet. Wenn ein Urheber ein Gedicht oder eine Melodie schreibt, die beispielsweise im 16. Jahrhundert schon einmal exakt so bestanden haben, kann er daran kein Urheberrecht mehr erlangen, auch wenn ihm das alte Gedicht oder die alte Melodie unbekannt gewesen sind; zu beachten ist in solchen Fällen aber das eventuell bestehende oder entstehende verwandte Schutzrecht aus § 71 UrhG. 35

Wie erläutert ist es **nicht notwendig, dass etwas völlig Neues entsteht**, sonst würde der Urheberrechtsschutz auf wenige Werke großer Meister zusammenschrumpfen, denen eine Art Revolution der Ausdrucksform oder des Sinngehaltes gelang. Der geistig Schaffende baut vielmehr auf dem auf, was er an Kulturgütern vorfindet (vgl. § 23 Rn. 29 ff.). Jedes schöpferische Werk entsteht deshalb aus einer **Kombination gemeinfreier Elemente**: Das Sprachwerk aus dem allgemein bekannten Wortschatz, die Komposition aus vorbekannten Noten, häufig auch aus vorbekannten Notenfolgen, musikalischen Phrasen, Rhythmen und Mehrklängen von Tönen und Instrumenten, die es vorher schon einmal gegeben hat, das choreographische Werk aus Tanzschritten, das naturalistische Bild aus Vorgegebenem, das abstrakte Kunstwerk aus zumindest bekannten Formen; Filmwerke und wissenschaftlich-technische Darstellungen kombinieren sogar verschiedene Werkarten miteinander. Selbst dann entsteht noch eine neue Schöpfung, wenn eine bereits bekannte Kombination gemeinfreier Elemente in neuer Weise mit anderen Elementen kombiniert wird: Liszts Liebestraum als Klavierwerk, Konzertstück, Jazz- oder Tanzmelodie; die Geschichte des Don Juan als Roman, Drama, Oper oder Film mit jeweils neuen Szenen und Beteiligten, die Luther- oder die Pattloch-Bibel und die Einheitsübersetzung bauen jeweils auf demselben Ursprung auf, unterscheiden sich aber dennoch teilweise erheblich voneinander. Deshalb genügt es, wenn das Werk durch seinen Inhalt oder durch seine Form etwas Neues in dem Sinne darstellt, dass es sich von dem bisher bekannten unterscheidet. Größe und Art des Unterschiedes spielen dabei lediglich bei der Bestimmung des Schutzzumfangs (vgl. § 23 Rn. 49) eine Rolle. 36

Die von dem Schweizer Rechtsgelehrten *Max Kummer* begründete **Lehre von der statistischen Einmaligkeit** wollte demgegenüber zur Feststellung der Individualität allein darauf abstellen, ob das urheberrechtlich zu schützende Werk „statistisch einmalig“ war, was auch eine rein subjektive Werkbestimmung durch den Urheber erlaubt hätte (*Kummer* S. 38, 75 und 80). Diese Auffassung hat sich in Deutschland nicht durchgesetzt (vgl. Rn. 24 und Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Leistner<sup>6</sup> Rn. 58), weil der Werkbegriff einerseits objektiv, also nicht 37

einer Zweckbestimmung durch den Urheber zugänglich ist (vgl. Rn. 24 f.) und andererseits Voraussetzung einer persönlichen geistigen Schöpfung auch die subjektive Neuheit ist, was Doppelschöpfungen ermöglicht (vgl. Rn. 24) und damit eben die Voraussetzung einer statistischen Einmaligkeit zugleich ausschließt (Schricke/Loewenheim/Loewenheim/Leistner<sup>6</sup> Rn. 44; Ulmer, Urheber- und VerlagsR<sup>3</sup> S. 128; Axel Nordemann S. 76 f.). In der Schweiz wird die Lehre von der statistischen Einmaligkeit zur Bestimmung des individuellen Charakters eines Werkes gem. Art. 2 SchweizUrhG gleichwohl eingesetzt (eingehend BGer GRUR Int. 2004, 1042, 1043 ff. – *Bob Marley-Foto*). Bei Lichte betrachtet ist aber das, was in der Schweiz zur Bestimmung der Individualität eines urheberrechtlich geschützten Werkes mit „statistischer Einmaligkeit“ bezeichnet wird, kaum abweichend von dem, was wir in Deutschland als persönliche geistige Schöpfung bezeichnen; denn auch die Schweizer Rechtsprechung verlangt eine geistige Schöpfung, die auf menschlichem Willen beruht und individuell gestaltet worden ist (BGer GRUR Int. 2004, 1042, 1044 – *Bob Marley-Foto*).

- 38 dd) Keine Gestaltungshöhe erforderlich:** Die deutsche Literatur und Rspr. ist bislang davon ausgegangen, dass die Individualität im Werk in einem gewissen Mindestmaß zu Tage treten müsse. Dieses Mindestmaß als viertes Kriterium wurde im allgemeinen als „Gestaltungshöhe“ bezeichnet und legte die Unter-  
grenze des Urheberrechtsschutzes fest (vgl. statt aller Schricke/Loewenheim/Loewenheim/Leistner<sup>6</sup> Rn. 51 f. und Dreier/Schulze/Schulze<sup>7</sup> Rn. 2 ff.; der BGH fordert aktuell immer noch eine nicht zu geringe Gestaltungshöhe in BGH GRUR 2024, 131 Rn. 20 und 22 – *USM-Haller*; BGH GRUR 2021, 1290 Rn. 60 – *Zugangsrecht des Architekten*). Das Kriterium ist von Eugen Ulmer in das deutsche Urheberrecht eingeführt worden; er wollte damit Werke der angewandten Kunst von nur designrechtsfähigen Gestaltungen abgrenzen (Ulmer GRUR Ausl. 1959, 1, 2). Nachfolgend hatte sich die Gestaltungshöhe im deutschen Urheberrecht allgemein als **quantitatives Element der Individualität** durchgesetzt (Schricke FS Kreile S. 715, 715 f.; Schricke/Loewenheim/Loewenheim/Leistner<sup>6</sup> Rn. 51 f. m. w. N.). Das Maß der Gestaltungshöhe war zwar durch die Rechtsprechung im Allgemeinen niedrig angesetzt worden, sodass auch Dinge, die nur einen sehr geringen Grad an Individualität aufwiesen, geschützt waren; diese Schöpfungen bezeichnet man auch als **kleine Münze** des Urheberrechts (BGH GRUR 1995, 581, 582 – *Silberdistel*; BGH GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*; Schricke/Loewenheim/Loewenheim/Leistner<sup>6</sup> Rn. 61 ff. m. w. N.). Jedoch war die Gestaltungshöhe in der Rechtsprechung und größtenteils auch in der Literatur **nicht bei allen Werkarten gleich niedrig** angesetzt, was dazu geführt hat, dass zwar bei den meisten Werkarten, insbesondere bei den Werken der Literatur, der Musik, der bildenden Kunst und der Fotografie nahezu jede Schöpfung urheberrechtlich geschützt war, bei anderen aber nur solche Gestaltungen, die „das Durchschnittskönnen deutlich überragten“; dies betraf hauptsächlich Werke der angewandten Kunst sowie Schriftwerke aus dem Bereich des täglichen Bedarfs (Loewenheim/Loewenheim<sup>3</sup> § 6 Rn. 18 f.; Loewenheim/Axel Nordemann<sup>3</sup> § 9 Rn. 20 ff.; Loewenheim GRUR Int. 2004, 765, 765 f.; Axel Nordemann/Heise ZUM 2001, 128, 137 ff.; Axel Nordemann FS Nordemann II S. 59, 60f.; Schricke/Loewenheim/Loewenheim/Leistner<sup>6</sup> Rn. 59 ff.; Bisges/Bisges Kap. 1 Rn. 168).
- 39** Der BGH hatte diese Rspr. zwar insbesondere im Hinblick auf Werke der angewandten Kunst ausdrücklich aufgegeben (vgl. BGH GRUR 2014, 175, 177 Rn. 26 – *Geburtsstagszug*; Einzelheiten bei Rn. 150a f.), fordert jedoch nach wie vor *eine nicht zu geringe Gestaltungshöhe* (so aktuell in BGH GRUR 2024, 131 Rn. 12 f. – *USM-Haller*; BGH GRUR 2021, 1290 Rn. 60 – *Zugangsrecht des Architekten*). Auch wenn der BGH in allen seinen jüngeren Entscheidungen immer wieder betont, dass seine Rspr. den Maßstäben des autonomen unionsrechtlichen Werkbegriffs entspreche (zuletzt in BGH GRUR 2024, 131 Rn. 12 – *USM-Haller*; BGH GRUR 2024, 386 Rn. 25 – *E2*); BGH GRUR 2023, 571 Rn. 13 – *Vitrinenleuchte*; BGH

GRUR 2021, 1290 Rn. 58 – *Zugangsrecht des Architekten*; vgl. im Übrigen Rn. 14), gilt dies offensichtlich nicht für das Kriterium der Gestaltungshöhe. Insofern hat der BGH zwar betont, dass auch an Werke der angewandten Kunst keine höheren Anforderungen an die Gestaltungshöhe zu stellen seien als bei Werken der zweckfreien Kunst; dennoch stelle sich insoweit im Besonderen Maße die Frage, ob die erforderliche künstlerische Gestaltung eine solche Gestaltungshöhe erreiche, die einen Urheberrechtsschutz rechtfertige (BGH GRUR 2024, 131 Rn. 20 und 22 – *USM-Haller*; BGH GRUR 2023, 571 Rn. 13 – *Vitrinenleuchte*; vgl. im Übrigen Rn. 12). Dies entspricht jedoch nicht der Rspr. des EuGH und dem von ihm entwickelten autonomen unionsrechtlichen Werkbegriff; danach sind alle Werke ausnahmslos urheberrechtlich geschützt, wenn sie die beiden kumulativen Voraussetzungen der Originalität und der hinreichenden objektiven Bestimmbarkeit erfüllen, ein bestimmter Grad an Individualität oder ein Mindestmaß ist danach nicht erforderlich (vgl. Rn. 12). **Entgegen der Auffassung des BGH ist deshalb kein Raum mehr für die Annahme einer Gestaltungshöhe, erst Recht nicht für eine nicht zu geringe.** Der BGH hat diese Frage nunmehr doch noch dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt, nachdem das OLG Düsseldorf in der Vorinstanz das Möbelprogramm *USM-Haller* für urheberrechtlich nicht geschützt erklärt hatte (OLG Düsseldorf GRUR-RS 2022, 41376 Rn. 29 ff. – *USM-Haller*). Einige Monate vorher hatte auch das schwedische Berufungsgericht für Patente und Märkte „Svea Hovrätt“ dem EuGH ähnliche Rechtsfragen zur Vorabentscheidung vorgelegt (BGH GRUR 2024, 131 Rn. 17 – *USM-Haller*). In seiner Vorlageentscheidung betont der BGH zwar, dass nach seiner Auffassung die *Cofemel* Entscheidung des EuGH, nach der Urheberrechtsschutz von Gebrauchsgegenständen im Vergleich zum Geschmacksmusterschutz die Ausnahme bleiben müsse (EuGH GRUR 2019, 1185 Rn. 51 f. – *Cofemel/G-Star*) nicht so verstehen sei, dass bei Gebrauchsgegenständen für den Urheberrechtsschutz strengere Anforderungen an die Originalität zu stellen seien als bei anderen urheberrechtlich relevanten Gestaltungen, insbesondere auch nicht im Vergleich zu Werken der zweckfreien bildenden Kunst (BGH GRUR 2024, 131 Rn. 18 und 20 – *USM-Haller*). Er betont jedoch erneut, dass mit Blick auf die ausgesprochen lange urheberrechtliche Schutzfrist eine nicht zu geringe Gestaltungshöhe zu fordern sei (BGH GRUR 2024, 131 Rn. 22 – *USM-Haller*). Beides trifft aber nicht zu: Urheberrechtsschutz und Geschmacksmusterschutz sind zwar vom Grundsatz her miteinander „verwandt“, weil beide die Gestaltung von Gebrauchsgegenständen schützen sollen. Das Geschmacksmuster hat aber grundlegend andere Schutzvoraussetzungen und ist eher als gewerbliches Schutzrecht anzusehen (vgl. Einl. Rn. 114 f. und BGH GRUR 2024, 131 Rn. 23 – *USM-Haller*). Wir bleiben deshalb bei unserer Auffassung, dass der autonome unionsrechtliche Werkbegriff des EuGH eine Gestaltungshöhe nicht kennt, sondern ausschließlich darauf abstellt, ob ein Original in dem Sinne vorliegt, dass die Gestaltung eine eigene geistige Schöpfung des Urhebers darstellt und außerdem ein Element vorliegt, die eine solche Schöpfung zum Ausdruck bringt (vgl. Rn. 10–12). Wenn aber der Urheber eine eigene geistige Schöpfung erbracht, also einen vorhandenen künstlerischen Gestaltungsfreiraum auch genutzt hat, ist es egal, ob dieser Gestaltungsfreiraum klein oder groß gewesen ist und ob die künstlerische Gestaltung einen bestimmten Grad erreicht hat oder nicht (vgl. Rn. 12 und Schrickler/Loewenheim/*Loewenheim/Leistner*<sup>6</sup> Rn. 60).

Das folgt im Übrigen nicht nur aus der entgegenstehenden Rspr. des EuGH, sondern ergibt sich auch aus § 2 selbst: **§ 2 Abs. 2 schützt jede persönliche geistige Schöpfung ohne Einschränkung.** Lässt sich eine schöpferische Gestaltung feststellen, so ist das fragliche Produkt menschlichen Schaffens ein Werk. An diesem Werk steht dem Urheber das von Art. 14 GG geschützte geistige Eigentum zu (vgl. § 1 Rn. 3). Das BVerfG hat zwar die hohen Schutzanforderungen für Werke der angewandten Kunst und die damit einhergehende Ungleich-

40

behandlung solcher Werke im Vergleich zu Werken der bildenden Kunst oder Werken der Fotografie für verfassungskonform gehalten (BVerfG GRUR 2005, 410, 410 – *Das laufende Auge*). Das ändert jedoch nichts daran, dass sich kaum noch nachvollziehen lässt, welche Gründe eigentlich Anlass dazu gegeben haben könnten, die „Messlatte“ für den urheberrechtlichen Schutz im Bereich der wissenschaftlichen Sprachwerke und der Werke der angewandten Kunst so hoch zu legen: Das UrhG ist **Schutzgesetz** zugunsten des Urhebers (vgl. § 1 Rn. 1; vgl. § 7 Rn. 2). Seine Bestimmungen werden regelmäßig erst dann relevant, wenn andere die Früchte urheberrechtlichen Schaffens unerlaubt für sich allein zu ernten suchen. Ist das Ergebnis menschlichen Schaffens aber immerhin so viel wert, dass es andere in Anspruch nehmen, so entspricht es der Wert- und Zuordnungsentscheidung unserer Rechtsordnung, dem Urheber Schutz zu gewähren. In Grenzfällen ist schon deshalb Urheberrechtsschutz zu bejahen, nicht zu verneinen (vgl. § 1 Rn. 1); **dies schließt erhöhte Anforderungen an die Schutzfähigkeit für einzelne Werkarten aus**. Zur Kritik am Kriterium der Gestaltungshöhe und der historischen Entwicklung vgl. im Übrigen die 12. Auflage Rn. 31–42a.

- 41** Der Schutz der **kleinen Münze** ist dabei durchgehend gewährleistet (vgl. Rn. 12). Ohnehin bedeutet der Schutz der kleinen Münze nur, dass es sich hierbei um die Werke handelt, die gerade soeben urheberrechtlich geschützt sind, eben weil sie Individualität im Sinne einer eigenen geistigen Schöpfung aufweisen. *Schricker* hat sich deshalb in FS Kreile S. 715, 721 durchaus „prophetisch“ geäußert (so ausdrükl. *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Leistner*<sup>6</sup> Rn. 52), wenn er vorgeschlagen hat, die Gestaltungshöhe „über Bord zu werfen“. Der Begriff der Gestaltungshöhe spielt daher zukünftig wohl nur noch eine Rolle bei der Bestimmung des Schutzzumfangs gegenüber nachschaffenden Gestaltungen, weil Werke mit einem höheren Grad an Individualität einen größeren Schutzzumfang besitzen als Werke der kleinen Münze (vgl. § 23 Rn. 27 ff.); die Gestaltungshöhe wird also in Zukunft lediglich deskriptive Funktion besitzen, aber nicht mehr als eigenständige Schutzvoraussetzung existieren (ebenso *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Leistner*<sup>6</sup> Rn. 52).
- Dass das Kriterium der Gestaltungshöhe bei der Bestimmung der Schutzfähigkeit einer Gestaltung als Werk im Sinne von § 2 nicht mehr zu berücksichtigen ist, darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass natürlich **nicht etwa jede Gestaltung zu einem Urheberrechtsschutz** führt. Vielmehr ist immer noch eine über die durch die technische Grundlage, die von der Funktion vorgegebene Form oder den vorbekannten Formenschatz und die tatsächliche, gemeinfreie Grundlage hinausgehende **künstlerische** Gestaltung erforderlich (so zutreffend in BGH GRUR 2023, 571 Rn. 13 – *Vitrinenleuchte*; BGH GRUR 2022, 899 Rn. 28 – *Porsche 911*; BGH GRUR 2021, 1290 Rn. 57 – *Zugangsrecht des Architekten*; BGH GRUR 2014, 175 Rn. 41 – *Geburtstagszug*). Denn auch der EuGH verlangt im Rahmen des autonomen unionsrechtlichen Werkbegriffs, dass der Urheber **freie kreative** Entscheidungen getroffen und **künstlerische Freiheit** besitzen haben muss (EuGH GRUR 2020, 736 Rn. 23 f. – *Brompton/Get2Get*; EuGH GRUR 2019, 1165 Rn. 30 f. – *Cofemel* m. w. N.). Damit können also weder handwerkliches Geschick noch ein technischer oder am Gebrauchszweck orientierter Gestaltungsfreiraum genügen. Außerdem soll das UrhG gemäß § 1 die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst schützen und listet die Aufzählung in § 2 Abs. 1 auch nur solche Werkkategorien auf, die zur Literatur, Wissenschaft und Kunst gehören (die „insbesondere“ Aufzählung ist nur insoweit offen, als neue Werkarten zwar hinzukommen können, diese aber wiederum der Literatur, Wissenschaft und Kunst angehören müssen (vgl. Rn. 18 und 230 ff.)). Einen Schutz für **technische Entwicklungen** oder lediglich **zweckmäßige Gestaltungen** will das UrhG aber **ebenso wenig** erreichen wie einen Schutz **rein handwerksmäßiger Leistungen** (vgl. BGH GRUR 2023, 571 Rn. 13

– *Vitrinenleuchte*; BGH GRUR 2022, 899 Rn. 29 und 31 – *Porsche 911*; BGH GRUR 2021, 1290 Rn. 60 – *Zugangsrecht des Architekten*; jew. m. N.). Der Gestaltungsfreiraum ist im Übrigen nach zutreffender Auffassung des BGH anhand objektiver Kriterien zu bestimmen; subjektive Vorstellungen des Urhebers können nicht einbezogen werden (vgl. Rn. 32 und die Vorlageentscheidung des BGH (BGH GRUR 2024, 131 Rn. 29 ff. – *USM-Haller*).

**ee) Beurteilungszeitpunkt.** Für die Beurteilung der Schutzfähigkeit einer Gestaltung kommt es allein auf den **Zeitpunkt der Gestaltung** an, zu dem der Urheber einen künstlerischen Gestaltungsfreiraum gehabt und ausgenutzt haben muss. Insbesondere sind spätere Entwicklungen des Formenschatzes unbeachtlich. Geht es allerdings um die Frage, ob die Gestaltungselemente als künstlerisch anzusehen sind, kann durchaus bei der Beurteilung Berücksichtigung finden, wenn die Fachwelt später die Gestaltung als künstlerische Leistung einordnet (vgl. Rn. 26 und die Vorlageentscheidung BGH GRUR 2024, 131 Rn. 39 ff. – *USM-Haller*).

### III. Schutzgegenstand

#### 1. Kein Schutz für Lehren, Tatsachen, Ideen, Stilmittel und Technik

Das Erfordernis der Individualität des Werkes (vgl. Rn. 32 ff.) schließt einen urheberrechtlichen Schutz solcher Ergebnisse menschlichen Schaffens denkgesetzlich aus, die ihrer Natur nach nicht individuell sein können. Die großartige geistige Leistung, die den naturwissenschaftlichen Erkenntnissen von Galilei, Kepler, Einstein und Heisenberg zugrunde liegt, ist für das UrhG ebenso irrelevant wie die urheberrechtliche Erkenntnis *Eugen Ulmers*, die zu seiner berühmt gewordenen Formulierung Anlass gab, das Urheberrecht habe gleichsam die Tendenz, so weit wie möglich beim Urheber zurück zu bleiben (*Ulmer*, Urheber- und VerlagsR<sup>3</sup> S. 365). Da es zumindest theoretisch nur jeweils eine zutreffende Erkenntnis, eine zutreffende Antwort auf eine Sachfrage, ein zutreffendes Urteil geben kann, ist insoweit kein Raum für Individualität. **Wissenschaftliche Lehren und Forschungsergebnisse** sind daher als solche urheberrechtlich nicht schutzfähig (BGH GRUR 2011, 803, 807 Rn. 50 – *Lernspiele*; BGH GRUR 1991, 130, 132 – *Themenkatalog*; BGH GRUR 1984, 659, 660 – *Ausschreibungsunterlagen*, beide m. w. N.). Nach der Rechtsprechung des BGH erfordert der Schutz des Urhebers eines wissenschaftlichen Schriftwerkes eine „sorgfältige Trennung von wissenschaftlichem Ergebnis und Lehre einerseits und Darstellung und Gestaltung der Lehre im Schriftwerk andererseits“ (BGH GRUR 1981, 352, 353 – *Staatsexamensarbeit*). Die wissenschaftliche Lehre sei frei und jedermann zugänglich und daher nicht urheberrechtsschutzfähig. Wohl aber könne die konkrete Gestaltung und Darstellung, in der die Lehre dargeboten werde, schutzfähig sein (BGH GRUR 1981, 520, 522 – *Fragensammlung*; zu der in der Literatur geführten Diskussion über die Schutzfähigkeit des Inhaltes wissenschaftlicher Schriftwerke s. *Waiblinger* S. 70 ff.). Schutzunfähig sind des Weiteren **Tatsachen** aller Art; was sich ereignet hat, kann nicht mehr Gegenstand individuellen Schaffens sein (OLG Frankfurt GRUR 1990, 125, 126 – *Unternehmen Tannenbergl*).

Auch **Ideen** sind als solche nicht schutzfähig (BGH GRUR 2003, 876, 878 – *Sendeformat*; BGH GRUR 2003, 231, 233 – *Staatsbibliothek*; BGH GRUR 1979, 705, 706 – *Notizklötze*; BGH GRUR 1977, 547, 551 – *Kettenkerze* mit zustimmender Anm. von *Henssler*; BGH GRUR 1955, 598, 599 f. – *Nachschlagewerk* für eine Werbeidee; OLG München ZUM-RD 2008, 149, 149 – *Bildschirmshoner*; OLG Frankfurt GRUR 1992, 699, 699 f. – *Friedbofsmauer* für die Idee eines Holocaust-Mahnmals; OLG München GRUR 1990, 674, 676 – *Forsthaus Falkenau* für die Idee zu einem Fernsehspiel; s. a. Hooge Raad der Niederlande GRUR Int. 1997, 1028, 1029 – *Mupi Senior* für eine neue Moderichtung). Art. 2 WCT und

Art. 9 Abs. 2 TRIPS stellen dies im Übrigen ebenso klar wie § 69a Abs. 2 zu Computerprogrammen (vgl. § 69a Rn. 22, 24, 40 ff.). Den bloßen Einfall, dass man dieses oder jenes tun könne, kann jeder andere ebenso haben; die bloße Priorität erzeugt noch keine Individualität. Im Patentrecht ist dies freilich anders: Die **technische Idee** ist über einen Patent- oder Gebrauchsmusterschutz grundsätzlich schützbar (vgl. Einl. UrhG Rn. 81). Auch bei Sprachwerken ist die zugrunde liegende Idee grundsätzlich nicht schutzfähig (BGH GRUR 2011, 134, 137 Rn. 36 – *Perlentaucher* m. w. N.). Jedoch kann die individuelle Gestalt dieser Idee, wie etwa der Gang der Handlung, die Charakteristik der Personen oder die Ausgestaltung von Szenen, soweit sie der Fantasie des Dichters entspringen ist, urheberrechtlich geschützt sein (BGH GRUR 2014, 258, 260 Rn. 24 ff. – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm*; BGH GRUR 1999, 984, 987 – *Laras Tochter*; KG ZUM 2003, 867, 869 – *Anna Marx*; OLG München NJW-RR 2000, 268, 268 f. – *Das Doppelte Lottchen*; LG Hamburg GRUR-RR 2004, 65, 66 – *Literatur-Werkstatt Grundschule*; LG Hamburg GRUR-RR 2003, 233, 234 – *Die Päpstin*; LG Köln ZUM 2004, 853, 858; hierzu auch vgl. Rn. 47, 57 f. und 101).

**45** Ebenso sind **Stilmittel** als Merkmale einer bestimmten Gattung von Werken nicht individualisierbar, auch wenn sie von einem bestimmten Urheber neu entdeckt werden: Die Malweisen von Lionel Feininger oder Oskar Kokoschka stehen als solche jedem anderen Urheber ebenso offen wie die von Arnold Schönberg eingeführte Zwölftonmusik (vgl. § 23 Rn. 37). Auch eine bestimmte Art von Büchern kann niemand für sich monopolisieren (BGH GRUR 1955, 598, 599 – *Nachschlagewerk*).

**45a** Schließlich können nur solche Merkmale einen Urheberrechtsschutz begründen, die nicht allein **technisch** bedingt, sondern auch künstlerisch gestaltet sind; denn eine persönliche geistige Schöpfung ist ausgeschlossen, wo für eine künstlerische Leistung kein Raum besteht, weil die Gestaltung durch technische Erfordernisse vorgegeben ist und kein Raum für die Ausübung künstlerischer Freiheit bestanden hat (EuGH GRUR 2020, 736 Rn. 24 – *Brompton/Get2Get*; vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts hierzu vom 6.2.2020 Beck RS 2020, 732 Rn. 65 und Rn. 71–76 sowie BGH GRUR 2024, 131 Rn. 12 – *USM-Haller* BGH GRUR 2023, 571 Rn. 13 – *Vitrinenleuchte*; BGH GRUR 2012, 58, 60 Rn. 19 f. – *Seilzirkus*). Technisch bedingt sind die Merkmale eines Gebrauchsgegenstandes, ohne die er nicht funktionieren könnte, und zwar sowohl solche, die aus technischen Gründen zwingend verwendet werden müssen als auch solche, die frei wählbar oder austauschbar sind (BGH GRUR 2012, 58, 60 Rn. 20 – *Seilzirkus*). Das kann auch gar nicht anders sein, weil für technische Merkmale das Patent- und Gebrauchsmusterrecht zur Verfügung stehen (vgl. Einl. UrhG Rn. 81 f.) und dann, wenn solche technisch bedingten Merkmale zum freien Stand der Technik gehören, ein öffentliches Interesse daran besteht, dass der Urheber diesen nicht für sich monopolisiert (s. unter Berufung auf die zum Markenrecht ergangene Rechtsprechung BGH GRUR 2012, 58, 60 Rn. 21 – *Seilzirkus*). Es genügt also nicht, wenn ein Gebrauchsgegenstand, der technisch bedingt ist, eine ästhetische Wirkung ausstrahlt; vielmehr kann der Urheberrechtsschutz erst dort eingreifen, wo über die technisch bedingten Merkmale hinaus, und zwar, wie sich der BGH ausdrückt, auch „in klarer Linienführung ohne schmückendes Beiwerk“, auch noch künstlerisch gestaltet worden ist (BGH GRUR 2024, 386 Rn. 24 – *E2*); BGH GRUR 2023, 571 Rn. 13 – *Vitrinenleuchte*; BGH GRUR 2022, 899 Rn. 28 – *Porsche 911*; BGH GRUR 2012, 58, 60 Rn. 22 f. und 62 Rn. 36 – *Seilzirkus*). Zwar kann die Gestaltung eines Gegenstandes auch dann urheberrechtlich geschützt sein, wenn seine Schaffung nicht ausschließlich durch technische Erwägungen bestimmt wurde, sofern der Urheber einen ausreichend großen künstlerischen Gestaltungsfreiraum besaß und er diesen auch genutzt hat (EuGH GRUR 2020, 736 Rn. 24 und 26 – *Brompton/Get2Get*). Für die Beurteilung der Originalität kommt es aber weder darauf an, ob der Gegenstand für sich genommen eine

ästhetische Wirkung besitzt (EuGH GRUR 2019, 1185 Rn. 53 – *Cofemel*) noch darauf, ob alternative Gestaltungsmöglichkeiten bestanden haben (EuGH GRUR 2020, 736 Rn. 35 – *Brompton/Get2Get*; vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts hierzu vom 6.2.2020 Beck RS 2020, 732 Rn. 75 f.). Die Existenz anderer möglicher Formen, mit denen das gleiche technische Ergebnis erreicht werden kann, lässt zudem lediglich darauf schließen, dass eine Wahlmöglichkeit bestand, sagt aber nichts darüber aus, ob der Urheber einen künstlerischen Gestaltungsfreiraum hatte und diesen auch genutzt hat (EuGH GRUR 2020, 736 Rn. 31–37 – *Brompton/Get2Get*). Eine Gestaltung kann auch durch die technische Form bzw. die Funktion so weit vorgegeben und die verschiedenen Möglichkeiten der Umsetzung einer Idee so beschränkt sein, dass schutzlose Idee und schutzfähiger Ausdruck zusammenfallen; dann kann kein urheberrechtlicher Schutz entstehen (EuGH GRUR 2020, 736 Rn. 37 – *Brompton/Get2Get*). Die subjektive Sicht des Urhebers spielt ebenfalls keine Rolle (vgl. Rn. 31 und 41 sowie die Vorlageentscheidung BGH GRUR 2024, 131 Rn. 27 ff. – *USM-Haller*).

## 2. Individualität, Form und Erscheinungsbild

Schutzgegenstand des Urheberrechts ist zunächst stets die Form des jeweiligen Ergebnisses menschlichen Schaffens, also seine sinnlich wahrnehmbare äußere Gestaltungsform (BGH GRUR 1985, 1041, 1045 – *Inkasso-Programm*). Die simpelste Tatsache, der einfachste musikalische, bildnerische oder sonst gestalterische Gedanke einerseits und die komplizierteste wissenschaftliche Erkenntnis andererseits lassen sich individuell ausdrücken. Deshalb sind Ideen, Tatsachen, Lehren und Forschungsergebnisse zwar nicht als solche (vgl. Rn. 43 f.), wohl aber in der konkreten Form geschützt, die ihnen der jeweilige Urheber gegeben hat. Das ästhetische Erscheinungsbild der Form muss allerdings auf einer Gestaltungsleistung des Urhebers beruhen; es genügt nicht, dass das Erscheinungsbild ästhetisch wirkt oder einfach „schön aussieht“ (EuGH GRUR 2020, 1185 Rn. 54 – *Cofemel/G-Star*; BGH GRUR 2024, 386 Rn. 24 – *E2*); BGH GRUR 2023, 571 Rn. 13 – *Vitrinenleuchte*; BGH GRUR 2022, 899 Rn. 28 – *Porsche 911*; BGH GRUR 2012, 58 Rn. 33 und 36 – *Seilzirkus*). Ein Möbelsystem, das aus wenigen Einzelementen besteht, die in Modulbauweise kombiniert werden und einen wiederkehrenden charakteristischen Gesamteindruck vermitteln, hat ebenfalls urheberrechtlich betrachtet eine hinreichend konkrete Ausformung der zugrunde liegenden Gestaltungsidee erhalten; denn die einzelnen, verschiedenen Variationsmöglichkeiten ermöglichen im Sinne der Rechtssicherheit eine objektive Identifizierung (BGH GRUR 2024, 131 Rn. 13 – *USM-Haller*).

46

## 3. Individualität und Inhalt

Da demnach die weit überwiegende Mehrzahl aller Werke nur wegen der Individualität ihrer äußeren Gestaltungsform geschützt ist, hat man früher den Inhalt eines Werkes allgemein als nicht schutzfähig angesehen, dafür aber der äußeren Form eine sog. „innere Form des Werkes“ an die Seite gestellt (näheres bei *Ulmer*, Urheber- und VerlagsR<sup>3</sup> S. 120 ff.). Das ist überholt, nachdem der Gesetzgeber von 1965 als persönliche geistige Schöpfungen im Sinne von § 2 Abs. 2 Erzeugnisse verstanden wissen wollte, die durch ihren Inhalt oder durch ihre Form oder durch die Verbindung von Inhalt und Form etwas Neues und Eigentümliches darstellen (RegE UrhG 1962 – BT-Drs. IV/270, S. 38). Die „Erfindung“ einer **Fabel**, die sich zur Grundlage eines Gedichtes, einer Novelle, eines Romans oder eines Drehbuchs eignet, führt zu einem Schutz als Sprachwerk gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 (grundlegend: BGH GRUR 1999, 984, 987 – *Laras Tochter* m. w. N.), auch wenn sie in einem Straßencafé auf der Münchener Leopoldstraße mit banalen Worten und halben Sätzen einem Verleger oder einem Produzenten erzählt wird (BGH GRUR 1962, 531, 533 – *Bad auf der Tenne II*; OLG München GRUR 1956, 432, 434 – *So lange du da bist*; OLG Köln GRUR 1953, 499, 500 – *Kronprinzessin Cäcilie*).

47