

die Kritik an BVerfG GRUR 1989, 193, 196 – *Vollzugsanstalten* vgl. Vor §§ 44a ff. Rn. 10, 9. Auflage Vor § 45 Rn. 10 sowie von *Fedor Seifert* FS Reichardt S. 225 ff. und *Kreile* GEMA-Jahrbuch 1992 S. 48 ff.).

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

I.	Allgemeines	1–10
1.	Bedeutung, Sinn und Zweck der Norm, systematische Stellung im Gesetz	1–3
2.	Früheres Recht	4–6
3.	EU-Richtlinien	7,7a
4.	Internationales Urheberrecht	8–10
II.	Tatbestand	11–42a
1.	Beispielskatalog	11
2.	Werkbegriff (Abs. 2)	12–42a
	a) Gesetzliche Definition	12
	b) Neutralität des Werkbegriffs	13–15a
	c) Objektivität des Werkbegriffs	16–18
	d) Persönliche geistige Schöpfung	19–42a
	aa) Persönliche Schöpfung	21, 22
	bb) Wahrnehmbare Form	23
	cc) Individualität	24–29
	dd) Gestaltungshöhe	30–42a
III.	Schutzgegenstand	43–53
1.	Kein Schutz für Lehren, Tatsachen, Ideen, Stilmittel und Technik	43–45a
2.	Individualität und Form	46
3.	Individualität und Inhalt	47–49a
4.	Individualität und Spielidee	50
5.	Schutz für Werkteile	51
6.	Werkeinheit	52
7.	Schutz des Werktitels	53
IV.	Die einzelnen Werkkategorien	54–234b
1.	Sprachwerke wie Schriftwerke, Reden und Computerprogramme	
	(§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG)	54–121a
	a) Einordnung	54, 55
	b) Unterschiedliche Arten von Sprachwerken	56
	c) Individualität	57, 58
	d) Gestaltungshöhe	59–66
	e) Einzelfälle	67–121a

2.	Werke der Musik (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG)	122–131
	a) Einordnung	122–127
	b) Individualität	128–130
	c) Gestaltungshöhe	131
3.	Pantomimische Werke einschließlich der Werke der Tanzkunst (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UrhG)	132–136
	a) Einordnung	132, 133
	b) Individualität	134, 135
	c) Gestaltungshöhe	136
4.	Werke der bildenden Künste einschließlich der Werke der Baukunst und der angewandten Kunst und Entwürfe solcher Werke (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG)	137–190
	a) Einordnung	137–140
	b) Individualität	141–144
	c) Gestaltungshöhe	145–151
	d) Entwürfe	152
	e) Mischformen	153
	f) Einzelfälle	154–190
5.	Lichtbildwerke einschließlich der Werke, die ähnlich wie Lichtbildwerke geschaffen werden (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG)	191–200
	a) Einordnung	191–195
	b) Individualität	196, 197
	c) Gestaltungshöhe 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 UrhG)	201–209
	a) Einordnung	201–204
	b) Individualität	205
	c) Gestaltungshöhe 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 UrhG)	210–229
	a) Einordnung	210, 211
	b) Individualität	212
	c) Gestaltungshöhe	213
	d) Einzelfälle	214–229
8.	Nicht genannte Werkarten	230–234b
	a) Multimediaerwerke	231
	b) Fernsehshows	232
	c) Werbekonzepte	233
	d) Schemata	234
	e) Kunst-Aktionen	234a
	f) Virtuelle Werke	234b
V.	Prozessuales	235–244
1.	Prüfung der Schutzfähigkeit	235
2.	Darlegungs- und Beweislast	236–243
3.	Sachverständigengutachten	244

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; in Abs. 2 definiert er dann das Werk als „persönliche geistige Schöpfung“. § 2 ist zwar die Zentralnorm des UrhG für den Werkenschutz. Gleichwohl finden sich auch in anderen Normen auf § 2 aufbauende

Unterfälle: § 3 stellt klar, dass auch Übersetzungen und andere Bearbeitungen eines Werkes wie selbständige Werke geschützt werden, § 4 definiert die Sammelwerke und als Unterfall davon das Datenbankwerk; 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/Schulze³ § 1 Rn. 4 und 6; Schricker/Loewenheim/Loewenheim⁴ 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 Tz. 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. Tz. 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. 31 ff. und BGH GRUR 2012, 819, 820 Tz. 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

- 4 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. 227) – allgemein **Literatururhebergesetz (LUG)** genannt – „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. 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 (Schrickler/Loewenheim/Katzenberger⁴ § 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 (Ulmer³ S. 81 f.; Allfeld² § 1 LUG Rn. 9 f.; Elster, Urheber- und Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 1928, 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 siehe 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

- 7 In der Europäischen Union ist das Urheberrecht bislang nur stückweise harmonisiert (vgl. Einl. Rn. 37). Dies gilt auch für den Werkbegriff: Es sind bislang lediglich drei EU-Richtlinien ergangen, die Regelungen zum Werkbegriff enthalten, und zwar die Richtlinie 91/250/EWG zu **Computerprogram-**

men, die Richtlinie 93/98/EWG in einem Nebenregelungsbereich zu **Fotografien** (Hauptregelungsbereich: Schutzdauer des Urheberrechts) und die Richtlinie 96/9/EG 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 Computerprogramm-Richtlinie; abgedruckt im Anhang V1). Die entsprechenden Vorgaben der Schutzdauer-Richtlinie zu Fotografien (Art. 6; abgedruckt im Anhang V4) und der Datenbank-Richtlinie (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.

Allerdings geht der EuGH offensichtlich von einem **europäischen Werkbegriff** **7a** aus: So hat er in fünf aktuellen Entscheidungen zu Zeitungsartikeln, der grafischen Benutzeroberfläche eines Computerprogramms, einer Fotografie, dem Benutzerhandbuch zu einem Computerprogramm und zu den Spielplänen für die Begegnungen der englischen und der schottischen Fußballmeisterschaft die Grundsätze der drei genannten Richtlinien übertragen und festgehalten, dass ein Werk im Sinne des Urheberrechts immer dann vorliege, wenn es sich bei ihm um eine eigene geistige Schöpfung seines Urhebers handele (EuGH GRUR Int. 2010, 35, 39 Tz. 37 – *Infopaq*; EuGH GRUR Int. 2011, 148, 151 Tz. 45 – *Benutzeroberfläche*; EuGH GRUR 2012, 166, 168 Tz. 87 – *Painer*; EuGH GRUR 2012, 814, 816 Tz. 65 und 67 – *SAS Institute*; EuGH GRUR 2012, 386, 388 Tz. 37 f. – *Football Dacato/Yahoo*). 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 dem selben 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 (EuGH GRUR Int. 2010, 35, 39 Tz. 33–37 – *Infopaq*; nachfolgend unter Berufung darauf EuGH GRUR Int. 2011, 148, 151 Tz. 45 – *Benutzeroberfläche*; EuGH GRUR 2012, 166, 168 Tz. 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. 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. Es ist daher mit dem EuGH zukünftig von einem europäischen Werkbegriff auszugehen, der lediglich voraussetzt, dass eine eigene geistige Schöpfung des Urhebers vorliegt. Eine Ausnahme hiervon dürfte lediglich im Bereich der angewandten Kunst bestehen, weil die Geschmacksmuster-RL in ErwG 8 den Mitgliedsstaaten ausdrücklich freistellt, den Umfang des urheberrecht-

lichen Schutzes und seine Voraussetzungen für den Bereich der angewandten Kunst festzulegen (hierzu i.E. vgl. Rn. 150 f.).

4. Internationales Urheberrecht

- 8 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. Rn. 46 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 Werkrecht unterstellt (Art. 2 Abs. 5 RBÜ). Auch die RBÜ versteht wohl unter einem Werk nur eine „persönliche geistige Schöpfung“ (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 (Nordemann/Vinck/Hertin Art. 2 RBÜ Rn. 1; Einzelheiten vgl. Vor §§ 120 ff. Rn. 2 f., 6 f., 15). 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 Geschmacksmusterrecht 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; 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 (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 Geschmacksmusterrecht 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^{bis} 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. 9

Das WUA spricht demgegenüber nur von 10

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 (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 (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 (Fromm/Nordemann/Hertin Art. I WUA Rn. 4).

II. Tatbestand

1. Beispielskatalog

§ 2 Abs. 1 enthält lediglich einen **nicht erschöpfenden Beispielskatalog**; das 11 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, sind demnach ebenfalls urheberrechtlich geschützte Werke. 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 herausgeschnitten, musikalisch unterlegt und dann rhythmisch montiert wurden (OLG München Schulze OLGZ 178 – *Pol(h) Hitparade* mit 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). Konsequenterweise hat bspw. das OLG Düsseldorf eine Kunst-Aktion von *Joseph Beuys* aus dem Jahr 1964 lediglich generell als Werk der Kunst im Sinne von § 1 UrhG eingeordnet, ohne eine Kategorisierung nach § 2 Abs. 1 UrhG vorzunehmen (OLG Düsseldorf GRUR 2012, 173, 174 und 175 – *Beuys-Fotoreihe*; von der Vorinstanz offen gelassen: LG Düsseldorf GRUR-RR 2011, 203, 204 – *Beuys-Aktion*; vgl. Rn. 234a). Von der Rechtsprechung demgegenüber nicht als Werke anerkannt worden sind beispielsweise die Rechen-Oberfläche einer Faxkarte (vgl. § 69a Rn. 23, 32, 47) und das Format einer Fernsehshow (vgl. Rn. 232).

2. Werkbegriff (Abs. 2)

- 12 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).
- 13 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.
- 14 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 Werbefotografie 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).
- 15** 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.).

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*). **15a**

c) Objektivität des Werkbegriffs: Der Werkbegriff ist desweiteren 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 (nur *Schricker/Loewenheim/Loewenheim*⁴ Rn. 16 f.; hierzu auch vgl. Rn. 29). Auch *Schmieder* (UFITA 52 [1969], 107, 113) hat seinen an der „Marktfähigkeit“ des Werkes und seiner „Bildung“ durch den Werkschöpfer orientierten Vorschlag inzwischen aufgegeben (FS Röber S. 389; 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.). **16**

Aus dem vorstehend genannten Grund kann auch das Urteil von Kunstsachverständigen, Museumsdirektoren und Kritikern nicht maßgebend sein (a.M. OLG Köln AfP 1978, 223, 224), 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 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 Vielfältigungsrechtes 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? **17**

Das schließt den Werkcharakter bestimmter **Randformen der modernen Kunst** **18** 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. 27). 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 „Blankongpaper“ von Charles Yves, ein leeres Notenblatt mit nichts als Signatur und Wiederholungszeichen (siehe auch *Erdmann* FS v. Gamm S. 389, 402), ist eben auch urheberrechtlich ein Nichts.

- 19 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 (Begr. zum RegE UrhG BT-Drucks. 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“ (Begr. zum RegE UrhG BT-Drucks. 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/Loewenheim⁴ Rn. 23).
- 20** Nach der herrschenden Auffassung hat die „persönliche geistige Schöpfung“ grundsätzlich die folgenden **4 Elemente**: Das Werk muss
- **persönlich** erschaffen worden sein (vgl. Rn. 21 f.),
 - eine **wahrnehmbare Form** gefunden haben (vgl. Rn. 23),
 - **Individualität** aufweisen (vgl. Rn. 24 ff.) und
 - die notwendige **Gestaltungshöhe** (vgl. Rn. 30 ff.) erreicht haben (statt aller: Schricker/Loewenheim/Loewenheim⁴ Rn. 9).
- 21 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 hat zur Folge, dass weder juristische Personen noch Tiere oder Maschinen urheberrechtlich geschützte Werke hervorbringen können. Allerdings darf sich der Mensch bei seiner Schöpfung natürlich eines Apparates als **Hilfsmittel** bedienen, also insbesondere einen Fotoapparat oder einen Computer einsetzen (Dreier/Schulze/Schulze³ Rn. 8; Schricker/Loewenheim/Loewenheim⁴ Rn. 13; *Ulmer*³ S. 128). Bilder, die ein Affe gemalt hat, 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 natürliche Person ist und die Schöpfung als Realakt Geschäftsfähigkeit nicht voraussetzt, hat das BGer Lausanne zu Recht einem solchen Werk urheberrechtlichen Schutz zuerkannt (in Trance gehaltene Vorträge; BGer Lausanne ZUM 1991, 236).

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 die 8. Auflage Rn. 12 und in diese Richtung gehend Schrickler/Loewenheim/Loewenheim⁴ Rn. 23). *Rehbinder*¹⁶ Rn. 146 weist 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/Loewenheim⁴ Rn. 23 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 Schlagertext von Bert Kampfert 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 (EuGH GRUR 2012, 166, 168 Tz. 88–92 – *Painer*; EuGH GRUR 2012, 386, 388 Tz. 38 – *Football Dacato/Yahoo*).

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/Schulze³ Rn. 13; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim⁴ Rn. 20; *Ulmer*³ S. 130). 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. 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). 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*). Die von RGZ 66, 227, 230 – *Theaterprogramme* aus § 1 Abs. 2 LUG abgeleitete Auffassung, als Werk könne nur die in einer bestimmten Form festgelegte Geistestätigkeit angesehen werden, ist von der Nachkriegsrechtsprechung alsbald aufgegeben worden (BGH GRUR 1962, 531, 533 – *Bad auf*

der Tenne II; OLG München GRUR 1956, 432, 434 – *Solange Du da bist*; OLG Köln GRUR 1953, 499, 500 – *Kronprinzessin Cäcilie*).

- 24 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/Loewenheim/Loewenheim*⁴ Rn. 23 ff.; *Ulmer*³ S. 131).
- 25 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 herauschneidet, 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 Farbenmischmasch 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 Werkschutz zugunsten des Software-Urhebers in Betracht; vgl. § 69a Rn. 15 ff.). Von selbständigen 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; *Krummer* S. 170–205; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim*⁴ Rn. 13). Das beste Beispiel ist der Fotoapparat: Ein Lichtbildwerk gem. § 2 Abs. 1 Nr. 5 kann ohne dieses technische Hilfsmittel überhaupt nicht entstehen.
- 26 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. §§ 23/24 Rn. 64 f. und KG GRUR-RR 2002, 49, 50 – *Doppelschöpfung*; OLG Köln GRUR 2000, 43, 44 – *Klammerpose*; Dreier/Schulze/Schulze³ Rn. 17; Loewenheim/Loewenheim² § 6 Rn. 23 und § 8 Rn. 29 ff.; Wandtke/Bullinger/Bullinger³ Rn. 22 a.E. und § 23 Rn. 19 ff.; Schricker/Loewenheim/Loewenheim⁴ Rn. 43 und § 23 Rn. 33 ff.). Demgegenüber verlangt das Geschmacksmusterrecht eine subjektiv-objektive Neuheit (vgl. BGH GRUR 2009, 79, 81 f. Tz. 22 f. – *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 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 alten Melodie unbekannt gewesen sind; zu beachten ist in solchen Fällen aber das eventuell bestehende oder entstehende verwandte Schutzrecht aus § 71 UrhG.

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. §§ 23/24 Rn. 30 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 Patloch-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 der Gestaltungshöhe (vgl. Rn. 30 ff.) sowie des Schutzzumfanges (vgl. §§ 23/24 Rn. 49) eine Rolle.

- 29** 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. 16), weil der Werkbegriff einerseits objektiv, also nicht einer Zweckbestimmung durch den Urheber zugänglich ist (vgl. Rn. 16 f.) und andererseits Voraussetzung einer persönlichen geistigen Schöpfung eben auch die subjektive Neuheit ist, was Doppelschöpfungen ermöglicht (vgl. Rn. 26) und damit eben die Voraussetzung einer statistischen Einmaligkeit zugleich ausschließt (Schrickler/Loewenheim/*Loewenheim*⁴ Rn. 16 f.; *Ulmer*³ 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 Schweiz. URG gleichwohl eingesetzt (eingehend Schweiz. BG 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 (Schweiz. BG GRUR Int. 2004, 1042, 1044 – *Bob Marley-Foto*).
- 30 dd) Gestaltungshöhe:** Die Individualität muss im Werk in einem gewissen Mindestmaß zutage treten. Dieses Mindestmaß als viertes Kriterium wird im allgemeinen als „Gestaltungshöhe“ bezeichnet und legt die Untergrenze des Urheberrechtsschutzes fest. Das Kriterium ist von Eugen Ulmer in das deutsche Urheberrecht eingeführt worden; er wollte damit Werke der angewandten Kunst von nur geschmacksmusterfähigen Gestaltungen abgrenzen (*Ulmer* GRUR Ausl. 1959, 1, 2). Inzwischen hat sich die Gestaltungshöhe im deutschen Urheberrecht allgemein als **quantitatives Element der Individualität** durchgesetzt (*Schricker* FS Kreile S. 715, 715 f.; Schrickler/Loewenheim/*Loewenheim*⁴ Rn. 24 f. m.w.N.). Das Maß der Gestaltungshöhe ist zwar durch die Rechtsprechung im allgemeinen niedrig angesetzt worden, sodass auch Dinge, die nur einen sehr geringen Grad an Individualität aufweisen, geschützt sind; diese Schöpfungen bezeichnet man auch als **kleine Münze** des Urheberrechts (BGH GRUR 1995, 581, 582 – *Silberdistel*; BGH GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*; Schrickler/Loewenheim/*Loewenheim*⁴ Rn. 39 ff. m.w.N.). Jedoch wird die Gestaltungshöhe in der Rechtsprechung und größtenteils auch in der Literatur **nicht bei allen Werkarten gleich niedrig** angesetzt, was dazu führt, dass zwar bei den meisten Werkarten, insbesondere bei den Werken der Literatur, der Musik, der bildenden Kunst und der Fotografie nahezu jede Schöpfung Urheberrechtsschutz genießt, bei anderen aber nur solche Gestaltungen, die „das Durchschnittskönnen deutlich überragen“; dies betrifft hauptsächlich Werke der angewandten Kunst sowie Schriftwerke aus dem Bereich des täglichen Bedarfs (Loewenheim/*Loewenheim*² § 6 Rn. 18 f.; Loewenheim/*Axel Nordemann*² § 9 Rn. 20 ff.; *Loewenheim* GRUR Int. 2004, 765, 765 f.; *Axel Nordemann/Heise* ZUM 2001, 128, 137 ff.; *Axel Nordemann* FS Wilhelm Nordemann S. 59, 60f; Schrickler/Loewenheim/*Loewenheim*⁴ Rn. 32 ff.). Der BGH hat diese Rechtsprechung jedoch aktuell aufgegeben: Vgl. Rn. 150a f. und BGH GRUR 2014, 175, 177 Tz. 26 – *Geburtstagszug*. Einzelheiten zu den Anforderungen der Gestaltungshöhe der jeweiligen Werkarten finden sich bei den Einzelerläuterungen ab Rn. 54 ff.

Kritik. Der Werkbegriff ist grundsätzlich einheitlich, qualitäts- und zweckneutral (vgl. Rn. 13 ff.). Zwar ist es erforderlich, die im Werk vorhandene Individualität quantitativ festzustellen, um das geschützte vom ungeschützten geistigen Leistungsergebnis zu trennen. Jedoch muss die Gestaltungshöhe nicht nur für alle Werkarten, sondern auch innerhalb der einzelnen Werkarten selbst jeweils gleich niedrig angesetzt werden: **31**

Zunächst schließen mittlerweile **drei EU-Richtlinien** für die von ihnen geregelten Werkarten das Erfordernis einer besonderen Gestaltungshöhe aus. **32** Übereinstimmend fordern die Software-RL in Art. 1 Abs. 3, die Schutzdauer-RL zu Fotografien in Art. 6 und die Datenbank-RL in Art. 3 Abs. 1, dass jede eigene geistige Schöpfung als individuelles Werk anerkannt und urheberrechtlich geschützt werden muss; andere Kriterien zur Bestimmung der Schutzfähigkeit werden ausdrücklich ausgeschlossen. Damit ist bei diesen Werkarten alles geschützt, was überhaupt irgendeine Individualität aufweist, also auch die „einfache“ Schöpfung (vgl. § 69a Rn. 16 ff., 34 zu Computerprogrammen, vgl. Rn. 198 zu Fotografien und vgl. § 4 Rn. 12 ff. zu Datenbanken). Im Hinblick auf die Computerprogramme hat der deutsche Gesetzgeber die Vorgabe der Richtlinie in § 69a Abs. 3 UrhG direkt umgesetzt und der BGH in der Folge seine anders lautende Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben (BGH GRUR 1994, 39, 39 – *Buchhaltungsprogramm*). Im Hinblick auf Fotografien, wo die Vorgabe der Richtlinie zu keiner Änderung des UrhG geführt hat, hat der BGH inzwischen klargestellt, dass für Lichtbilderwerke nur noch geringe Schutzfähigkeitsvoraussetzungen gelten (BGH GRUR 2000, 317, 318 – *Werbefotos*; vgl. Rn. 198). Der EuGH geht entsprechend konsequent von einem europäischen Werkbegriff aus (vgl. Rn. 7a), nach dem ein Werk immer dann vorliegt, wenn es sich um eine eigene geistige Schöpfung des Urhebers handelt (EuGH GRUR Int. 2010, 35, 39 Tz. 47 – *Infopaq*; EuGH GRUR Int. 2011, 148, 151 Tz. 45 – *Benutzeroberfläche*; EuGH GRUR 2012, 166, 168 Tz. 87 – *Painer*; EuGH GRUR 2012, 814, 816 Tz. 65 und 67 – *SAS Institute*; EuGH GRUR 2012, 386, 388 Tz. 37 f. – *Football Dacato/Yahoo*). Da der EuGH seinen europäischen Werkbegriff aus den drei vorgenannten Richtlinien herleitet (vgl. Rn. 7a), ist die Schutzuntergrenze entsprechend den Vorgaben der drei Richtlinien niedrig; der EuGH hielt es bspw. für ohne weiteres möglich, dass ein aus 11 Wörtern bestehender Text schutzfähig ist (EuGH GRUR Int. 2010, 35, 39 Tz. 48 – *Infopaq*). Im Bereich der Werke der angewandten Kunst wird der EuGH aber eine Ausnahme machen müssen, weil die Geschmacksmuster-RL, die zeitlich nach Software-RL, Schutzdauer-RL und Datenbank-RL vom europäischen Gesetzgeber erlassen worden ist, es den Mitgliedsstaaten gem. ErWG 8 ausdrücklich freistellt, den Umfang des urheberrechtlichen Schutzes und seine Voraussetzungen für Werke der angewandten Kunst festzulegen. Dazu auch vgl. Rn. 7 f., 150 f.

Wenn nämlich das Vorhandensein schöpferischer Eigenheiten allein noch nicht zur Anerkennung als Werk ausreichen würde, vielmehr erst ein Vergleich mit dem Durchschnittsschaffen anderer, der ein deutliches Übertagen ergibt, eine solche rechtfertigen soll, dann wird der zugleich beschworene **Schutz der kleinen Münze** zur leeren Worthülse. Was das Heer der Journalisten in den Zeitungen schreibt, was Hunderte von Schlagerkomponisten sich an Liedchen einfallen lassen, was Kunststudenten und Sonntagsmaler produzieren und Regisseure an Filmen abliefern – vieles von dem ist Durchschnitt, wäre also schutzlos. Übertagend mögen Thomas Manns „Buddenbrooks“ gewesen sein; die Flut neuer Romane, die alljährlich auf den Buchmessen in Leipzig und Frankfurt präsentiert werden, ist es sicher nicht. **33**

- 34 Außerdem ist fast jede sprachliche, musikalische oder bildliche Gedankenäußerung individuell in dem Sinne, dass sie jedenfalls – durch einen Fachmann oder einen mit dem Sachverhalt Vertrauten – **individualisierbar** ist. Es genügt festzustellen, dass ein anderer denselben Gegenstand möglicherweise anders behandelt hätte, dass also die vorliegende eigenständige Behandlung einem bestimmten Urheber persönlich zugerechnet werden kann. Auch der Dreigroschenroman, der billige Kriminalreißer, die verkitschte Liebesgeschichte, der Sportkommentar, der primitive Schlagertext und die einfache Witzblattzeichnung sind in dieser Weise individuell geprägt. Der Bundesgerichtshof hat deshalb der kleinen Münze des Urheberrechts auch stets den Werkcharakter zuerkannt (näheres in den Monografien von *Thoms* und *Gernot Schulze* sowie bei *Schraube* UFITA 61 [1971], 127, *Gernot Schulze* GRUR 1984, 400; *Schwenzer* ZUM 1996, 584). Würde man den Schutz der kleinen Münze mit der neueren Rechtsprechung des BGH, wie sie von *Erdmann* in GRUR 1996, 550, 552 referiert wird, erst dort beginnen lassen, wo bereits ein deutliches Überragen gegenüber der Durchschnittsgestaltung vorliegt, wäre die kleine Münze im Endeffekt schutzlos. Auch, wenn man die kleine Münze generell für schutzfähig hält, ist kein Ausufern des Werkschutzes zu befürchten, da der Schutzzumfang der kleinen Münze entsprechend ihrer geringen Individualität ebenso gering ist; geschützt sind zudem nur die Teile eines solchen Werkes, die die Anforderungen an das Vorliegen einer persönlichen geistigen Schöpfung als Teil erfüllen (BGH GRUR 1993, 34, 35 – *Bedienungsanweisung*; auch vgl. Rn. 51).
- 35 Zweifel ergeben sich auch, wenn die Feststellung der erforderlichen Gestaltungshöhe von den Anschauungen der einschlägigen Verkehrskreise abhängen soll. Soweit wir sehen, hat es dazu noch niemals tatsächliche Ermittlungen gegeben. Der Bundesgerichtshof als Revisionsinstanz wäre dazu auch nicht in der Lage. Gleichwohl füllt er den unbestimmten Rechtsbegriff „Werk“ stets durch eigene Beurteilung aus, gelegentlich durchaus auch gegen die Tatsacheninstanzen (BGH GRUR 1993, 34, 35 – *Bedienungsanweisung*).
- 36 Der letztlich entscheidende Einwand gegen das Erfordernis einer Gestaltungshöhe ergibt sich jedoch aus dem Gesetz selbst. § 2 Abs. 2 schützt jede persönliche geistige Schöpfung ohne Einschränkung. Lässt sich also überhaupt eine schöpferische Eigenheit feststellen, so ist das fragliche Produkt menschlichen Schaffens ein Werk, ohne dass irgendwelchen Verkehrskreisen dazu noch irgendein Urteil zustünde. An diesem Werk steht dem Urheber das von Art. 14 GG geschützte geistige Eigentum zu (vgl. § 1 Rn. 3). Das BVerfG hält zwar die hohen Schutzanforderungen für Werke der angewandten Kunst und die damit einhergehende Ungleichbehandlung solcher Werke im Vergleich zu Werken der bildenden Kunst oder Werken der Fotografie für nicht verfassungswidrig (BVerfG GRUR 2005, 410, 410 – *Das laufende Auge*).
- 37 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. 1). 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 ver-

neinen (vgl. § 1 Rn. 1); dies schließt erhöhte Anforderungen an die Schutzfähigkeit aus.

Auch wenn ein genereller Abschied vom Erfordernis der Gestaltungshöhe, wie er teilweise gefordert worden ist (beispielsweise von *Schricker* FS Kreile S. 715, 721, der vorgeschlagen hat, sie „über Bord zu werfen“), nicht angezeigt erscheint, weil sich mit dem Begriff der Gestaltungshöhe durchaus angemessen beschreiben lässt, dass die Individualität eines Werkes in einem gewissen Mindestmaß vorhanden sein muss, ist es kaum mehr sachgerecht, an unterschiedliche Werkarten unterschiedliche „Gestaltungshöhen“ anzulegen. Im Lichte der **Einheitlichkeit des Werkbegriffes** und der **Gleichbehandlung aller Werkarten** nach dem Gesetzeswortlaut von § 2 sowie schließlich auch der europäischen Rechtsentwicklung ist daher die Gestaltungshöhe entgegen der Rechtsprechung für alle Werkarten gleich niedrig anzulegen, sodass die kleine Münze ausnahmslos Schutz genießt (weitgehend ebenso Loewenheim/*Loewenheim*² § 6 Rn. 19 ff.; Loewenheim/*Axel Nordemann*² § 9 Rn. 22 ff.; Loewenheim/*Gernot Schulze*² § 9 Rn. 99; *Loewenheim* GRUR Int. 2004, 765, 767; *Katzenberger* GRUR 1990, 94, 99 f.; *Koschtial* GRUR 2004, 555, 559 f.; *Axel Nordemann* FS Wilhelm Nordemann S. 59, 61 ff.; *Axel Nordemann/Heise* ZUM 2001, 128, 139; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim*⁴ Rn. 32 f.; *Schricker* FS Kreile S. 715, 721; *Schricker* GRUR 1996, 815, 818 f.; *Gernot Schulze* S. 132 ff.; *Gernot Schulze* GRUR 1987, 769, 772 f.; *Möhring/Nicolini/Ahlberg*² Rn. 111; *Dreier/Schulze/Schulze*³ Rn. 32; *Spindler/Schuster/Wiebe* § 2 UrhG Rn. a.A. BGH GRUR 1995, 581, 582 – *Silberdistel*; *Erdmann/Bornkamm* GRUR 1991, 877, 878; *Rehbinder*¹⁶ Rn. 153; *Schack*⁵ Rn. 297 f.; *Ulmer*³ S. 149 f.; *Wandtke/Bullinger/Bullinger*³ Rn. 24 f.).

Das nach alledem allein gegebene Erfordernis des § 2 Abs. 2, dass überhaupt eine schöpferische Eigenheit gleich welchen Grades an dem jeweiligen Ergebnis menschlicher Tätigkeit festgestellt werden kann, lässt sich mit dem Begriff der **Individualität des Werkes** angemessen umschreiben (ebenso schon *Ulmer*³ S. 122 f.; *Schricker* FS Kreile S. 715, 720; *Rehbinder*⁹ Rn. 151 f.; *Schack*² Rn. 189; *Flehsig* ZUM 1997, 577, 581; *Haberstumpf* Rn. 70 ff., 76, *ders.* noch etwas anders in FS GRUR S. 1125, 1167; für das österreichische Recht OGH Wien ÖBl 1996, 251, 254 – *Happy Birthday II* und OGH Wien ÖBl 1997, 38, 40 – *Buchstützen*). Diese fehlt dem Allerweltserzeugnis, der rein handwerklichen Leistung, die jedermann mit durchschnittlichen Fähigkeiten ebenso zustande bringen würde, mag sie auch auf anerkanntem Fleiß und auf solidem Können beruhen (jedenfalls insoweit zutreffend BGH GRUR 1985, 1041, 1047 – *Inkasso-Programm*).

Individuell kann ein Werk schließlich nur dann sein, wenn der Werkgegenstand überhaupt die Entfaltung individueller Züge gestattet. Ist etwas beispielsweise durch technische Notwendigkeiten oder andere Zwänge gar nicht anders zu gestalten, ist kein Raum für eine individuelle Gestaltung und somit auch nicht für einen Urheberrechtsschutz vorhanden (BGH GRUR 2012, 58, 60 Tz. 20 – *Seilzirkus*; BGH GRUR 2004, 941, 942 – *Metallbett*; BGH GRUR 1986, 739, 741 – *Anwaltsschriftsatz*; BGH GRUR 1982, 305, 307 – *Büromöbelprogramm*; OLG München GRUR-RR 2011, 54 – *Eierkoch*; OLG Stuttgart GRUR 2008, 1084, 1084 f. – *TK 50*). Wo also überhaupt kein **Gestaltungsfreiraum** gegeben ist, kann auch niemand etwas Individuelles gestalten. Das OLG Nürnberg stellt konsequenterweise im Wege einer **negativen Abgrenzung** maßgeblich auf den **Gestaltungsfreiraum** ab: Nur dann, wenn der Urheber keinen Raum für eigene Entscheidungen besessen habe,

weil der geistige Gehalt des Werkes durch den Gegenstand der Darstellung, die verwendete Fachterminologie oder sonstige Übungen weitgehend vorgegeben war, fehle einem Werk die Individualität (OLG Nürnberg GRUR-RR 2001, 225, 227 – *Dienstanweisung*, s.a. EuGH GRUR 2011, 220, 222 Tz. 48 f. unter Bezugnahme auf Tz. 75 f. der Schlussanträge des Generalanwalts Bot – *BSA/Kulturministerium*: Verneinung der Schutzfähigkeit, wenn „Idee und Ausdruck zusammenfallen“). Zur Abgrenzung zwischen Urheberrecht und Technik vgl. Rn. 45a.

- 41** Aus dem Vorstehenden folgt, dass Individualität vorliegt, wenn bei überhaupt vorhandenem Gestaltungsfreiraum das (potentielle) Werk eine geistige Leistung darstellt, die subjektiv neu in dem Sinne ist, dass sie sich von dem bisher Bekannten unterscheidet. **Die Individualität eines Werkes lässt sich daher grundsätzlich auf zwei Stufen prüfen:**
- (1) Auf der **ersten Stufe** ist im Wege einer **negativen Abgrenzung** das Vorliegen von Individualität nur dann zu verneinen, wenn dem Urheber der geistige Gehalt seines Werkes durch den Gegenstand der Darstellung, durch die verwendete Fachterminologie oder durch sonstige Übungen so vorgegeben war, dass kein Raum für eigene Entscheidungen verblieben ist (entspr. OLG Nürnberg GRUR-RR 2001, 225, 227 – *Dienstanweisung*);
- (2) auf der **zweiten Stufe** ist dann die **subjektive Neuheit** zu prüfen; sie liegt vor, wenn sich das Werk von dem dem Urheber bisher Bekannten unterscheidet.
- 42** Jedenfalls die jüngere Rechtsprechung des BGH zu Gebrauchszwecken dienenden Sprachwerken tendiert ebenfalls in diese Richtung: In BGH GRUR 2002, 958, 960 – *Technische Lieferbedingungen* wird zunächst festgestellt, dass ein grundsätzlich genügendes Maß an schöpferischer Individualität vorliege, weil ohne weiteres ersichtlich sei, dass die dort fraglichen Regeln auf vielfältige Weise hätten dargestellt und gegliedert werden können (also vorhandener Gestaltungsfreiraum). Dann führt der BGH aus, dass an der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit bei dieser Sachlage nur gezweifelt werden könne, wenn bei der Erstellung der Regelwerke andere Regelungen – etwa frühere Bestimmungen – Modell gestanden hätten (subjektive Neuheit). Zu Werken der angewandten Kunst hat der BGH seine Rechtsprechung, dass eine den Durchschnitt deutlich überragende Gestaltung vorliegen müsse, aktuell ganz aufgegeben; Werke der angewandten Kunst werden nunmehr urheberrechtlich geschützt, wenn ihnen eine künstlerische Leistung zugrunde liegt (BGH GRUR 2014, 175, 177 Tz. 26 – *Geburtstagszug*; Einzelheiten vgl. Rn. 150a f.).
- 42a** Das entspricht dem europäischen Werkbegriff des EuGH (vgl. Rn. 7a und vgl. Rn. 32), der lediglich verlangt, dass es sich bei dem Werk um ein Original in dem Sinne handelt, dass es eine eigene geistige Schöpfung seines Urhebers darstellt (EuGH GRUR Int. 2010, 35, 39 Tz. 37 – *Infopaq*; EuGH GRUR Int. 2011, 148, 151 Tz. 45 – *Benutzeroberfläche*; EuGH GRUR 2012, 166, 168 Tz. 87 – *Painer*; EuGH GRUR 2012, 814, 816 Tz. 65 und 67 – *SAS Institute*; EuGH GRUR 2012, 386, 388 Tz. 37 f. – *Football Dacato/Yahoo*). Denn die eigene geistige Schöpfung beschreibt letztendlich nur, dass der Urheber einen vorhandenen Gestaltungsfreiraum auch genutzt („geistige Schöpfung“) haben und das Erschaffene für ihn subjektiv neu gewesen sein muss („eigene“). Der EuGH spricht insoweit davon, dass der Urheber freie kreative Entscheidungen treffen können müsse und mit unterschiedlichen Entscheidungen dem geschaffenen Werk so eine „persönliche Note“ verleihen könne (EuGH GRUR 2012, 166, 168 Tz. 89–94 – *Painer*; EuGH GRUR 2012, 386, 388 Tz. 38 – *Football Dacato/Yahoo*).