

Die urheberrechtliche Individualität – eine methodische Annäherung

MISCHA SENN*

Der Individualität kommt im Urheberrecht zentrale Bedeutung zu, ist sie doch Voraussetzung dafür, dass ein Werk überhaupt einen Urheberrechtsschutz erreicht. Die Auslegung dieses Begriffs bereitet gemeinhin Schwierigkeiten und führt damit zu einer gewissen Rechtsunsicherheit darüber, ob und unter welchen Bedingungen ein Urheberrecht entsteht. Dieser Beitrag versucht mittels eines erweiterten methodischen Ansatzes – des 4-Schritte-Verfahrens – über die reine Begriffsebene der Individualität hinauszugehen und den individuellen Charakter aufgrund der spezifisch werk-adäquaten Kriterien hinsichtlich der jeweils infrage stehenden Werkkategorie präziser zu erfassen. Dabei wird gleichzeitig dafür plädiert, das sog. Schutzniveau auf einer angemessenen Höhe anzusetzen. Denn wie eine empirische Untersuchung zeigte, wird die notwendige Überdurchschnittlichkeit gerade mal bei 2% aller Erzeugnisse erreicht. Würde man diese Erkenntnis in der rechtlichen Beurteilung berücksichtigen, dürfte die Forderung eines niederen Schutzniveaus eigentlich widerlegt sein. Weiter wird dafür eingetreten, dass die Individualität nach dem wie sonst im Immaterialgüterrecht geltenden

Grundsatz der objektivierten Beurteilung eines Rechtsbegriffes beurteilt wird, womit der für die jeweilige Werkkategorie relevante Personenkreis heranzuziehen ist.

Le droit d'auteur accorde une importance cruciale à l'individualité car elle est une condition de la protection. Habituellement difficile à interpréter, cette notion engendre une certaine insécurité juridique sur les conditions auxquelles un droit d'auteur est reconnu. Par une approche méthodologique, à savoir une procédure en 4 étapes, la contribution ci-dessous tente d'aller au-delà de la pure notion d'individualité pour saisir plus précisément le caractère individuel de l'œuvre sur la base de critères spécifiques à la catégorie d'œuvre en question. Elle plaide également pour fixer le degré de protection à un niveau approprié. En effet, comme l'a montré une enquête empirique, 2% seulement des produits atteignent la qualification nécessaire de «supérieur à la moyenne». Tenir compte de ce résultat dans l'appréciation juridique permettrait d'empêcher la baisse du niveau de protection. Par ailleurs, et comme pour les autres droits de propriété intellectuelle, l'individualité devrait être appréciée de manière objectivée, ce qui implique de se référer au cercle de personnes pertinent pour chaque catégorie d'œuvre.

- I. Allgemeines
 - II. Zum kunstgeschichtlichen und sprachwissenschaftlichen Hintergrund des Individualitätsbegriffs
 1. Individualität
 2. Originalität
 3. Zum Verhältnis von Individualität und Originalität und ihrem Referenzbezug
 4. Die sprachwissenschaftliche Bedeutung der Begriffe
 - III. Der Begriff der urheberrechtlichen Individualität
 1. Vorbemerkungen
 2. Geistige Schöpfung als Akt
 3. Individueller Charakter eines Werkes als Ergebnis
 4. Verwandte Begriffe
 5. Elemente der Individualität
 6. Schutzniveau, Gestaltungshöhe und Gestaltungsspielraum
 7. Überdurchschnittlichkeit
 8. Individualität und «Parallelschöpfung»
 9. Massgebender Personenkreis für die Beurteilung der Individualität
 - IV. Werk-adäquate Kriterien
 1. Qualitativer Ansatz und Rezeptionsvorgang
 2. Selbstreferenzielle Kriterien
 3. Kriterien nach Werkkategorien (Auswahl)
 - V. Fazit
- Zusammenfassung | Résumé

I. Allgemeines

Über den Begriff der urheberrechtlichen Individualität¹ bestehen fast unzählige Abhandlungen, was schon deshalb nicht weiter erstaunt, als dieses

¹ Soweit nachfolgend Individualität als urheberrechtlicher Terminus verwendet wird, steht er für das Tatbestandsmerkmal des individuellen Charakters.

* Prof. Dr. iur., Leiter Zentrum für Kulturrecht (ZKR)/ZHdK; Handelsrichter am HGer Zürich, Vizepräsident SLK.
Der Autor dankt RA lic. oec. G. HUG, Prof. Dr. M. REHBINDER, Dr. W. STAUFFACHER und Dr. A. GICK für die hilfreichen Hinweise und Anmerkungen.

Phänomen zwar deutbar, jedoch annähernd unergründlich erscheint. Diese «Erkenntnis» hängt aber auch vom Ansatz der Herangehensweise zu seiner Deutung ab, soweit und solange dies auf der begrifflichen Ebene versucht wird. Eine Lösung, um aus dieser Endloschleife herauszukommen, könnte darin liegen, dass man die reine Begriffsebene zwar (in einem ersten Schritt) weiterhin beachtet, die Individualität dann aber bei der Anwendung anhand der konkreten Werke aufgrund der relevanten werk-adäquaten Kriterien beurteilt.

Um diesen Ansatz näher darzulegen, erweist sich eine (kurze) begrifflich-historische Betrachtung der Individualität und ihrer verwandten Begriffe als hilfreich, um das Verständnis und die urheberrechtliche Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals aufzeigen zu können. Basierend auf diesen Erkenntnissen wird ein methodisches Vorgehen in einem 4-Schritte-Verfahren vorgeschlagen.

II. Zum kunstgeschichtlichen und sprachwissenschaftlichen Hintergrund des Individualitätsbegriffs

Die Begriffe Individualität und Originalität stehen insbesondere in der Kunst in einem engen Verhältnis zueinander, doch ist es möglich und notwendig, diese – zumindest in den vorliegenden Fragestellungen – voneinander abzugrenzen. Dazu bedarf es zuerst einiger kunstgeschichtlichen und sprachwissenschaftlichen Ausführungen.

1. Individualität

Individualität wird allgemein² verstanden als *Summe der Eigenschaften und Merkmale, welche die Besonderheit eines*

*Objektes ausmachen*³. Aus kunsthistorischer Sicht knüpft der Begriff an die traditionelle Vorstellung eines (genialen) Schöpfers, der etwas Singuläres und Unverwechselbares erschafft. Auch der Begriff der *geistigen Schöpfung* ist geprägt von diesem Verständnis⁴. Doch reicht die Diskussion hinsichtlich der Frage des Neuen und der Übernahme von Bestehendem mindestens ins 6. Jahrhundert v. Chr. zurück (bei Simonides von Keos⁵). Schliesslich fanden vor dem Hintergrund eines klassisch-romantischen Kunstverständnisses sowohl die Terminologie als auch das Verständnis Eingang ins positive Recht⁶.

2. Originalität

Unter *Originalität* wird allgemein *eine auf bestimmten schöpferischen Einfällen oder eigenständigen Gedanken beruhende Besonderheit*⁷ bzw. *die schöpferische Fähigkeit, Innovatives zu schaffen*⁸, verstanden. Aus kunsthistorischer Sicht ist Originalität ein grundlegender ästhetischer Wert-Begriff – und zwar in dem Sinne, als er sowohl den Anspruch als auch das Mass der künstlerischen

Innovation⁹ bestimmt¹⁰. Die Bedeutung des Begriffs war in den letzten dreihundert Jahren grossen Veränderungen unterworfen. Dies ist hier nicht nachzuzeichnen, doch mag der Hinweis genügen, wonach sich die Vorstellung als auch der Wille zur Originalität mit der Konzeption des geistigen Eigentums in der Renaissance entwickelte¹¹, um dann als «Originalitätspostulat»¹² in der Kunst zu münden. Mit dem Übergang vom Mäzenatentum zum offenen Markt trat die Originalität des Werkes zudem für die materielle Existenz der Künstler als neuer Faktor hinzu¹³.

3. Zum Verhältnis von Individualität und Originalität und ihrem Referenzbezug

Das Verhältnis von Individualität und Originalität wird unterschiedlich interpretiert. Eine gewisse Bindung der Originalität an die Individualität liess sich im 19. Jahrhundert feststellen, wonach «Originalität als Ausdruck wahrer Indi-

² Die Innovation (oder Innovativität) ihrerseits ist als das diesen Begriffen Originalität und Individualität überlagerte ästhetische Qualitätsmerkmal zu betrachten (K. SEIBEL, Innovation, in: A. NÜNNING (Hg.), Metzler Lexikon Literatur- und Kulturtheorie, 5. Aufl., Stuttgart 2013, 337); F. VOLLHARDT, Originalität, in: Reallexikon der Literaturwissenschaft, Bd. 2, Berlin 2000, 768. Im Einzelnen vgl. SENN, Innovation (Fn. 8), 77.

¹⁰ Darauf ist hier nicht weiter einzugehen; vgl. zum Begriff und zur Bedeutungsgeschichte J. HÄSELER, Original/Originalität, in: K. BARCK u.a. (Hg.), Ästhetische Grundbegriffe [ÄGB], Bd. 4, Stuttgart 2002, 638 ff.

¹¹ C. ANN, Die idealistische Wurzel des Schutzes geistiger Leistungen, GRUR Int., 2004, 597–603, 598 f. (m.w.H.); A. HAUSER, Sozialgeschichte der Kunst und Literatur, München 1975, 349 f.; D. HERLES, Kreativität, in: U. Pflisterer (Hg.), Metzler Lexikon Kunstwissenschaft, 2. Aufl., Stuttgart 2011, 233.

¹² N. LUHMANN, Das Kunstwerk und die Selbstreproduktion der Kunst, in: N. Luhmann (Hg.), Schriften zu Kunst und Literatur, Frankfurt a.M. 1992, 157; vgl. dazu D. DANKO, Kunstsoziologie, Bielefeld 2012, 86.

¹³ HAUSER, (Fn. 11), 349 f. – Hier bezieht sich die Originalität (noch) auf das Werk.

³ Als «Objekt» kommen dabei Menschen oder Werke infrage (vgl. dazu sogleich Ziff. 3).

⁴ Vgl. W. HAUG, Innovation und Originalität, in: W. Haug/B. Wachinger (Hg.), Innovation und Originalität, Tübingen 1993, 7.

⁵ Siehe dazu E.W.B. HESS-LÜTTICH/D. RELLSTAB, Zeichen/Semiotik der Künste, in: K.-H. BARCK u.a. (Hg.), Ästhetische Grundbegriffe, Bd. 7, Stuttgart 2005, 267 f.

⁶ C.-H. HARTMANN, Überlegungen zum Werkbegriff an Beispielen zeitgenössischer Musikformen, UFITA 1993, 57, 62.

⁷ Vgl. Duden (Fn. 2) – auch diese Besonderheit bezieht sich sowohl auf ein Werk als auch auf Personen, vgl. dazu Fn. 1.

⁸ L. VOLKMAN, Originalität, in: Ansgar Nünning (Hg.), Metzler Lexikon Literatur- und Kulturtheorie, 5. Aufl., Stuttgart 2013, 579; vgl. dazu auch M. SENN, Innovation als Schutzobjekt im Immaterialgüterrecht, KUR 2014, 73, 74.

² Vgl. Duden, Dt. Universalwörterbuch, 8. Aufl., Berlin 2015.

vidualität» angesehen wurde, und zwar dergestalt, dass sich Originalität in der künstlerischen Individualität zeige¹⁴.

Die Originalität wird im *kunsthistorischen* Sinne gemeinhin sowohl der Person als auch dem Werk zugeordnet¹⁵. Soweit Originalität auf die *Person* bezogen wird, geht es um die (schöpferische) Kreativität oder um die schöpferische Gabe des Künstlers, Neues hervorzubringen¹⁶. Die Originalität des Künstlers wird beispielsweise auch in seinem kombinatorischen Vermögen bzw. seinem divergenten Denken gesehen¹⁷. Dies entsprach dem damaligen Genie-Verständnis (in der sog. Genie-Periode), bei dem man die Originalität als (besondere) Fähigkeit des Genies, basierend auf einer göttlichen Inspiration (*genius*) oder einer angeborenen Begabung (*ingenium*) – man könnte auch sagen: künstlerische Intelligenz –, zu erkennen glaubte¹⁸. So war das Autorenprivileg der Ausgangspunkt der idealistischen Begründung des Urheberrechts¹⁹.

Geht es um die Originalität des *Werkes*, wird beispielsweise der Begriff der (subjektiven) Neuheit – oder eben Individualität – aufgeführt²⁰. Es lässt sich aus *kunsthistorischer* Perspektive allerdings nicht abschliessend feststellen, ob und inwieweit über eine Zuordnung der Begriffe Originalität bzw. Individualität zum Subjekt (Künstler) bzw. Objekt (Werk) Klarheit besteht²¹.

4. Die sprachwissenschaftliche Bedeutung der Begriffe

Demgegenüber ist aus *sprachwissenschaftlicher* Sicht eine doch recht klare Zuordnung erkennbar. Dabei ist auf den Wesenskern des jeweiligen Begriffes und dessen Relationen zu anderen Synonymen abzustellen, was zu folgenden Zuordnungen und Bedeutungsgruppen führt:

Die *Individualität* wird umschrieben mit Synonymen wie Charakter, Eigenart, Einmaligkeit, Wesen, Wesensart, nicht aber mit *Originalität*. Für diese wiederum werden Synonyme verwendet wie Besonderheit, Eigenheit, Eigentümlichkeit, Ursprünglichkeit, nicht aber Individualität²². Gemäss der Klassifizierung nach DORNSEIFF gehört die Individualität der Bedeutungsgruppe *Beschaffenheit/Form* an, wäh-

rend die Originalität der Gruppe *Eigenschaft* zugeordnet wird²³. Dies sind also deutliche Hinweise darauf, dass sich die Individualität grundsätzlich auf das Werk («Beschaffenheit») und die Originalität auf die Person (persönliche «Eigenschaft») beziehen.

Diese sprachwissenschaftlichen Zuordnungen ergeben durchaus Sinn. Da diese (und die Sprache als solche) als gesellschaftliche Basiskommunikation auch ins Rechtssystem zu übernehmen ist, wird es aus diesem Grunde im Rahmen einer urheberrechtlichen Betrachtung über die Werkqualität als angezeigt angesehen, sich ausschliesslich auf den Begriff der Individualität (des Werkes) zu beziehen²⁴. Dies auch deshalb, als der (deutsche und französische) Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 URG richtigerweise das Tatbestandsmerkmal des *individuellen* Charakters auführt.

III. Der Begriff der urheberrechtlichen Individualität

1. Vorbemerkungen

ULMER hat erstmals den Begriff *Individualität* als Schutzvoraussetzung eingeführt²⁵, ohne ihn allerdings näher zu umschreiben. Diesen Versuch unternahmen dafür andere Autoren, jedoch mit

¹⁴ Es gibt gemäss BAUDELAIRE auch eine «originalité individuelle», vgl. dazu HÄSELER (Fn. 10), 651 ff.

¹⁵ Vgl. VOLLHARDT (Fn. 9), 768.

¹⁶ Vgl. Metzler Lexikon Philosophie, Stuttgart 2008, 435; A. KLUGER, Originalität, in: G. Lauer / C. Ruhrberg (Hg.), Lexikon Literaturwissenschaft, Stuttgart 2011, 24. Vgl. auch B. SEEMANN, Prominenz als Eigentum, Bern 1996, 222 f.

¹⁷ Vgl. I. SAUR, Original / Originalität, in: J. Ritter u.a. (Hg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie [HWPh], Bd. 6, Darmstadt 1984, 1376 f., m.H. auf F.D.E. SCHLEIERMACHER und J.P. GUILFORD.

Der in der Kreativitätspsychologie verwendete Originalitäts-Begriff fliesst teils auch in den literaturwissenschaftlichen Kontext ein (vgl. dazu VOLLHARDT [Fn. 9], 770); vgl. auch I. MIJATOVIC, Kreativität als Voraussetzung für den urheberrechtlichen Schutz von Geisteszeugnissen, Bern 2006, 177.

¹⁸ Das insbesondere KANT vertreten hat (I. KANT, Kritik der Urteilskraft, Bd. 10, 13. Aufl., Frankfurt a.M., 1994, § 46; vgl. dazu auch VOLKMAN [Fn. 8], 579); M. WILLEMS, Genie, in: G. Lauer / C. Ruhrberg (Hg.), Lexikon Literaturwissenschaft, Stuttgart 2011, 112; vgl. dazu J.-P. PUDELEK, Werk, in: ÄGB 6, Weimar 2005, 545.

¹⁹ Siehe ANN (Fn. 11), 598; I. MIJATOVIC, Ein Werk erfüllt die Schutzvoraussetzungen, wenn es vogelig genug ist, sic! 2006, 432 (m.w.H.); M. REHBINDER / A. PEUKERT, DE-UrhG, 17. Aufl., München 2015, N 26 ff.

²⁰ Vgl. z.B. HERLES (Fn. 11), 233.

Zu weiteren mit der Individualität verwandten Begriffen vgl. die Ausführungen beim urheberrechtlichen Teil (vgl. Ziff. III nachfolgend).

²¹ Eine (vertiefte) Auseinandersetzung zur Abgrenzung fand sich auch nicht in den diesbezüglichen Disziplinen.

²² Vgl. dazu Wortschatz Universität Leipzig (<wortschatz.uni-leipzig.de>, 4. August 2016).

Für die Einmaligkeit wiederum werden Synonyme wie Ausnahme, Einzelfall, Erstmaligkeit verwendet.

²³ F. DORNSEIFF, Der dt. Wortschatz nach Sachgruppen, 8. Aufl., Berlin 2004, Sachgruppen-Ziff. 5.8 und 5.9.

Die Einmaligkeit ist in der gleichen Gruppe wie die Originalität zu finden.

²⁴ Zur Problematik des Begriffs austausches vgl. sogleich Ziff. III.1.

²⁵ Vgl. E. ULMER, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., Berlin 1980, 123 – vgl. dazu M. KUMMER, Das urheberrechtlich schützbare Werk, Bern 1968, 39; F. THOUVENIN, Irrtum: Je kleiner der Gestaltungsspielraum [...], in: M. Berger / S. Macciachini (Hg.), Populäre Irrtümer im Urheberrecht, Zürich 2008, 64; W. STIEGER, Urheberrecht: Bald ein «gewöhnliches» gewerbliches Schutzrecht?, in: R. M. Hilty / M. Berger (Hg.), Urheberrecht am Scheideweg? Bern 2002, 24; T. KEHRLI, Der urheberrechtliche Werkbegriff im Bereich der bildenden Kunst, Bern 1989, 35.

der – nicht ganz unerwarteten – Feststellung, dass das «Unergründliche der Individualität» letztlich nicht deutbar sei²⁶. Wie allgemein üblich, wird der Begriff mit anderen Begriffen zu umschreiben versucht, sei es in der Sprachwissenschaft²⁷, der (ästhetischen) Philosophie oder eben in der Rechtswissenschaft. Das mag vielleicht nützlich für das Verständnis gegenüber dem Begriff selbst sein, hilft aber nicht, die Individualität eines konkreten Werkes zu beurteilen, indem diese einfach mit Ersatzbegriffen umschrieben wird. Diese «Ersatzbegriffe» und deren problematische Verwendung werden nachfolgend dargestellt.

Eine Lösung könnte darin zu finden sein, dass ausgehend von einer allgemeinen Umschreibung der Individualität zusätzlich werk-adäquate Kriterien bei der jeweiligen Werkkategorie angewandt werden, wie dies in Abschnitt IV aufgezeigt wird. Hervorzuheben ist dabei die zutreffende Feststellung des Bundesgerichts, wonach sich das Tatbestandsmerkmal des individuellen Charakters auf das *Werk* (sog. Werk-Individualität) – und nicht auf den Urheber (sog. Urheber-Individualität) – bezieht²⁸. Das lässt sich – nebst der oben aufgeführten sprachlichen Zuordnung²⁹ – auch damit begründen, als sich das Werk in einer (individuellen) Darstellungsart³⁰ – also im Ergebnis – manifestiert. Dass und in welcher Art diesem Ergebnis ein schöpferischer Akt vorausgeht, wird in Ziff. III.3 dargestellt.

Die *Individualität* an sich ist im Urheberrecht grundsätzlich einheitlich anzuwenden³¹. Die Schwierigkeit besteht im Festlegen und Feststellen des Schutzniveaus («Mindesthöhe»³²), also in der Beschreibung der Voraussetzungen für das Erreichen des individuellen Charakters. Die Mindesthöhe wird allerdings weder einheitlich angewendet, noch ist sie überhaupt dogmatisch angemessen erfasst³³. Problematisch ist dabei der Trend einer «nach unten offenen» Nivellierung³⁴, bei der es beinahe so erscheint, als ginge vergessen, dass es grundsätzlich um Werke der – auch angewandten – Kunst (Art. 2 Abs. 1 URG) geht³⁵, selbst wenn man die Ansicht vertritt, wonach dieses Tatbestandsmerkmal «in einem extrem weiten Sinne zu verstehen»³⁶ sei. Ganz abgesehen davon bleibt auch die Unterscheidung bzw. die Abgrenzung zur

designrechtlichen Eigenart (Art. 2 Abs. 3 DesG) unklar; hierzu ist jedenfalls festzustellen, dass die Individualität nicht auf das Niveau der Eigenart gesenkt werden kann³⁷.

2. Geistige Schöpfung als Akt

Die gestalterische Intention des Urhebers findet in seinem immateriellen «Prototyp» den ersten, noch nicht von aussen wahrnehmbaren, inneren Niederschlag³⁸. Diese innere Handlung ist ein Teil der sog. *geistigen Schöpfung*, indem diesem Akt eine künstlerische oder gestalterische Intention zugrunde liegt. Dieser Akt stellt die *subjektive Komponente* dar, d.h. die der «Schöpfung» vorgelagerte Phase intellektueller (geistiger) Auseinandersetzung, welche der aus der Idee oder der Inspiration entstammenden gedanklichen Leistung im Hinblick auf die gestalterische Umsetzung – dem sog. *Werkexemplar* – zugrunde liegt³⁹. Die Umsetzung ist dann gleichsam der kommunikative⁴⁰ Akt des

³¹ Anstelle vieler F. THOUVENIN/M. BIRCHER/R. FISCHER, Immaterialgüterrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, 93, und THOUVENIN, Gestaltungsspielraum (Fn. 25), 73; R. M. HILTY, Anmerkung zu «Hobby-Kalender», sic! 2003, 30.

³² RITTER verwendet die Bezeichnung Eintrittsschwelle (A. RITTER, Angewandte Kunst, in: A. Raschèr/M. Senn [Hg.], Kulturrecht – Kulturmarkt, Zürich 2012, 113).

³³ Siehe dazu die Ausführungen in Ziff. III.6. Zur Thematik allg. vgl. auch M. BISGES, Der europäische Werkbegriff und sein Einfluss auf die deutsche Urheberrechtsentwicklung, ZUM 2015, 357; THOUVENIN, Gestaltungsspielraum (Fn. 25), 73; HILTY, «Hobby-Kalender» (Fn. 31), 30.

³⁴ Ebenfalls kritisch zum «immer weiter ausgebauten Schutz der «kleinen Münze» (... und den) immer geringeren Anforderungen an die Individualität» ANN (Fn. 11), 600. Auch der BGH tritt für eine nicht zu niedrige Untergrenze ein (BGH vom 16. April 2015 «Goldraper», GRUR 2015, 1189 [N 44]).

³⁵ Vgl. zum Ganzen M. SENN, Wie aus einer Fotografie ein Bild wird. Die Fotografie aus bildtheoretischer und urheberrechtlicher Perspektive, sic! 2015, 137, 148 f.; siehe auch RITTER (Fn. 32), 112.

³⁶ Auch der BGH spricht (nun) vom Erfordernis einer «nicht zu geringen Gestaltungshöhe» (BGH vom 16. April 2015, «Goldraper», GRUR 2015, 1189 [N 44]).

³⁷ R. M. HILTY, Urheberrecht, Bern 2011, N 96.

³⁷ Vgl. hierzu L. DAVID, in: Müller/Oerdi (Hg.), Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl., Bern 2012, Einführung N 27.

³⁸ Soweit ersichtlich, ist diese Frage in der Literatur nicht abschliessend untersucht, eingehender dazu SENN, Fotografie (Fn. 35), 147 (m.W.H.).

³⁹ VON BÜREN/MEER sprechen hier von «Vorstellungen», die der Urheber für die Schaffung seines Werkes habe [B. VON BÜREN/M. A. MEER, SIWR II/1, 3. Aufl., Basel 2014, N 169]. G. SCHRICKER/U. LOEWENHEIM, Urheberrecht, 5. Aufl., München 2017, UrhG 2, N 183, begrenzen die «vorbereitende menschliche Tätigkeit» hinsichtlich der Fotografie auf die üblicherweise genannten (gestalterischen) Elemente wie Motiv, Aufnahmeort, Blickwinkel etc. (*Hervorhebungen* durch den Verfasser dieses Beitrags); zum Ganzen: SENN, Fotografie (Fn. 35), 147 (m.W.H.); siehe dazu anstelle vieler BGE 130 III 168 ff. E.4.5, «Marley», und BGE 130 III 714 ff. E.2.1, «Meili»; dazu M. SENN, Leitentscheide, in: I. Zuberbühler u.a. (Hg.), Immaterialgüterrecht in kommentierten Leitentscheiden, Zürich 2015, 251 ff. (m.W.H.).

⁴⁰ Zur kommunikativen Komponente des Kunstbegriffes vgl. SENN, Satire und Persönlichkeitsschutz, Bern 1998, 120 (m.W.H.).

²⁶ Vgl. T. BORSCHKE, Individuum/Individualität, in: J. Ritter u.a. (Hg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie [HWPh], Bd. 4, Darmstadt 1976, 312.

²⁷ Angefangen beim Duden (Fn. 2); siehe aber auch die Hinweise im Abschnitt II.

²⁸ Vgl. z.B. BGE 130 III 714 ff. E.2.1, «Meili». – Zum Relevanzbezug von Individualität und Originalität vgl. Ziff. II.3.

²⁹ Vgl. Ziff. II.

³⁰ Vgl. H. WÖLFFLIN, Kunstgeschichtliche Grundbegriffe, München 1915, 24.

Urhebers, wie er «in seinen Formen zu uns spricht»⁴¹. So gesehen ist das gegenständlich wahrnehmbar gemachte «Original» erster Träger des konkreten geistigen Inhalts⁴².

Diese subjektive Komponente ist beim Tatbestandsmerkmal der geistigen Schöpfung (Art. 2 Abs. 1 URG) zu verorten⁴³. Diese wiederum ist insofern (noch) kein eigentliches *subjektives* Tatbestandsmerkmal, als damit erst mal (nur) ein Akt oder eine Handlung erfasst sind⁴⁴. Die geistige Schöpfung wird umschrieben mit Formulierungen wie «Äusserung gedanklicher Tätigkeit eines Menschen»⁴⁵ und zeigt sich gemäss BGer beispielsweise bei der Frage danach, wie eine Fotografie entstanden ist, d.h. welche gedanklichen Überlegungen zur Aufnahme geführt haben⁴⁶.

Geistige Schöpfung und Individualität sind zwar eigenständige Voraussetzungen für die Werkqualität, doch bedingen sie sich in der kreativen Entwicklungsphase. So verbindet das BGer beispielsweise beim sog. «Schnappschuss» die beiden Tatbestandsmerkmale dahingehend, dass «auch die gedankliche Vorbereitung eines Schnappschusses im Sinne einer Zurechtlegung vor dem geistigen Auge oder die reflek-

tierte Auswahl einer Fotografie aus der Reihe von Schnappschüssen eine geistige Leistung darstellen und, sofern sich diese im Werk niederschlägt, urheberrechtlichen Schutz begründen könne»⁴⁷.

Entsprechend ist das Tatbestandsmerkmal der geistigen Schöpfung bei den künstlerisch-gestalterischen orientierten Leistungen darin zu erkennen, dass ihrer Umsetzung eine gedankliche Auseinandersetzung *im Hinblick auf das gestalterische Ergebnis* (Werk) vorausgeht. Insofern geben beispielsweise «die Umstände der Entstehung der Fotografie [...] Aufschluss über die Frage, ob das Merkmal der geistigen Schöpfung erfüllt ist»⁴⁸. Ein solcher Umstand liegt in der «erkennbaren Absicht»⁴⁹ einer ganz bestimmten Inszenierung. Es spielt daher eine mitentscheidende Rolle, wie und vor allem mit welcher Absicht ein Werk entsteht – selbst unter der zutreffenden Prämisse, dass sich der Urheberrechtsschutz aus der Werk-Individualität (und nicht aus einer Urheber-Individualität) ergibt⁵⁰. Der Werkentstehung liegt daher eine *subjektive Komponente* zugrunde, wonach im Werk eine (künstlerische) Gestaltungsabsicht erkennbar sein muss, die sich in Form der künstlerischen Leistung –

nämlich dem Werk – manifestiert⁵¹. Diese Komponente ist damit eine für das Tatbestandsmerkmal des individuellen Charakters zugrundeliegende Voraussetzung, da die im (Urheber-)Werk manifestierte Individualität auf der geistigen Schöpfung beruht⁵².

3. Individueller Charakter eines Werkes als Ergebnis

Die allgemeine Umschreibung hat sich, wie erwähnt, auf den individuellen Charakter eines Werkes zu beziehen (und nicht auf die Individualität als solche). Der individuelle Charakter kann allgemein umschrieben werden (sogleich), ist jedoch einerseits mit «Elementen der Individualität» (Ziff. III.2) und andererseits mit den werk-adäquaten Kriterien (Ziff. IV) im Einzelfall näher zu erfassen. Soweit ersichtlich, bestehen folgende Ansätze, die den individuellen Charakter eines Werkes in einer allgemeinen Weise⁵³ und im Sinne als Rahmendefinition umschreiben:

⁴¹ WÖLFFLIN (Fn. 30), 15.

⁴² Vgl. dazu E. GERSTENBERG, Die Urheberrechte an Werken der Kunst, München 1968, 60; siehe auch PUDELEK (Fn. 18), 546. – Mit *Vielfältigung* ist hier nicht ein gesetzlicher Tatbestand gemeint (beispielsweise Art. 10 Abs. 2 lit. a URG).

⁴³ Siehe SENN, Innovation (Fn. 8), 77.

⁴⁴ Soweit ersichtlich, ist diese Frage in der Literatur nicht abschliessend untersucht, eingehender dazu VON BÜREN/MEER (Fn. 39), N 169 ff.; ferner vgl. I. CHERPILLOD, in: B.K. MÜLLER/R. OERTLI (Hg.), Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl., Bern 2012, URG 2 N 9; M. REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2000, N 43 f.; D. BARRELET/W. EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2008, URG 2 N 6.

⁴⁵ BGE 130 III 168 ff. E.4.5, «Marley», vgl. dazu BARRELET/EGLOFF (Fn. 44), URG 2 N 5; HILTY, Urheberrecht (Fn. 36), N 83.

⁴⁶ Vgl. z.B. BGE 130 III 714 ff. E.2.1, «Meili»; dazu SENN, Fotografie (Fn. 35), 147.

⁴⁷ BGE 130 III 168 ff. E.4.5, 5.2, «Marley»; dazu SENN, Leitentscheide (Fn. 39), (m.w.H.). Zum Begriff *Schnappschuss* vgl. SENN, Fotografie (Fn. 35), 147.

⁴⁸ So zu Recht BGE 130 III 714 ff. E.2.2, «Meili»; dazu SENN, Fotografie (Fn. 35), 147.

⁴⁹ BGE 130 III 714 ff. E.2.2, «Meili».

GUMBRECHT nennt es (noch deutlicher), indem dazu der «Wille des Künstlers [gehört], eben ein Kunstwerk zu schaffen» (H. U. GUMBRECHT, Der schöne Spielzug, Tages-Anzeiger vom 17. Juni 2014, 25).

Diese Gestaltungsabsicht ist im Übrigen nicht zu verwechseln mit einem (möglichen) *Schutzwillen*, d.h. der Absicht, ein Werk mit einem Urheberrechtsstatus zu schaffen, vgl. dazu VON BÜREN/MEER (Fn. 39), N 190 [dort Fn. 313] (m.w.H.); siehe auch L. DAVID, Lexikon, SIWR I/3, Basel 2005, 104.

⁵⁰ Siehe dazu Ziff. III.1.

⁵¹ Vgl. auch BGH vom 13. November 2013, «Geburtstagszug», [N 26]; siehe dazu auch M. RITSCHER/P. SCHRAMM, Anmerkung, sic! 2014, 303–306, 305.

⁵² W. STRAUB, Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts, GRUR Int, 2001, 3; SENN, Fotografie (Fn. 35), 147 (m.w.H.). Ähnlich lauten auch die Beschreibungen zum europäischen Urheberrecht, wonach eine (eigene/persönliche) geistige Schöpfung dann vorliege, wenn im Werk die Persönlichkeit des Urhebers zum Ausdruck kommt, weil er durch seine freie kreative Entscheidung seine schöpferischen Fähigkeiten umsetzen konnte; vgl. EUGH (DRITTE KAMMER) vom 1. Dezember 2011 (C-145/10), E.94, «Painer» («Kampusch-Fotos»). Vgl. dazu M. BERGER, Entwicklungen im IGR, SJZ 2011, 355, und C. P. RIGAMONTI, (zum) Werkbegriff, 12. Urheberrechtstagung des SF vom 27. Februar 2013, Tafel 12, bezugnehmend auf die EuGH-Urteile u.a. vom 16. Juli 2009 (C-5/08), «Infopaq» und vom 22. Dezember 2010 (C-393/09), «BSA», 4. Oktober 2011.

⁵³ Diese Umschreibungen stützen sich – bewusst oder unbewusst – auf den allgemeinen Begriff der Individualität ab (vgl. dazu Ziff. II.1).

- wenn es «aufgrund der Summe seiner Merkmale etwas Einmaliges und Besonderes» sei⁵⁴.
- wenn es «in seiner Gesamtheit Eigenheiten, Eigenschaften und einen Eigensinn aufweist, aufgrund dessen seine Eigenständigkeit ausgewiesen wird»⁵⁵.

Unabhängig von diesen Merkmalen ist grundsätzlich festzuhalten, dass der urheberrechtlichen Individualität das wesentypische *innovative Moment* zugrunde liegt⁵⁶. Diesem Moment kommt eine grundsätzliche Bedeutung in der Umschreibung des individuellen Charakters zu und er ist damit eine Auslegungshilfe bei den anderen Merkmalen.

Der Begriff des *Charakters* hat weder eine zusätzliche noch eine eigenständige Bedeutung. Jedenfalls lässt die Analyse des zusammengesetzten Begriffes (individueller Charakter) keine weitere Sinngebung für dieses Tatbestandsmerkmal erkennen⁵⁷, zumal dem Wort Charakter ebenfalls die Bedeutung von individueller Eigenschaft (eines Objektes) zukommt⁵⁸, womit der Begriff *individueller Charakter* zwar letztlich tautologisch ist, aber immerhin eine gewisse Präzisierung angibt.

4. Verwandte Begriffe

Beim Versuch, Individualität zu umschreiben, erschöpfen sich einige Ansätze darin, diesen Begriff durch Synonyme zu ersetzen. Es werden dabei Konstruktionen verwendet wie (schöpferische) Eigentümlichkeit⁵⁹ bzw. Eigenart⁶⁰, (statistische) Einmaligkeit bzw. Ästhetik⁶¹ oder «individuelle bzw. eigenschöpferische Prägung»⁶². Dieses metonymische Ausweichen veranlasste bereits SCHMIDT zur zutreffenden Feststellung, wonach die Begriffe «[...] bei aller terminologischen Aufrichtigkeit im Grunde nur ausgetauscht» werden⁶³. Auch Vorschläge⁶⁴ zur «Objektivierung und Vereinheitlichung der Prüfungsmaßstäbe» zur Beurteilung der Individualität haben – bei aller Anerkennung ihres erwünschten Zweckes – letztlich nicht wirklich weitergeführt, zumal auch die teils aufgeführten Indizien

wiederum Synonyme der Individualität und damit eine Zirkelschluss-ähnliche Umschreibung darstellen⁶⁵. Zu Recht hält daher WILD fest, dass aus diesen «Begriffen [...] nicht mehr herausgeholt werden [kann], als man zuvor in sie hineingelegt hat; sie bezeichnen letztlich alle dasselbe»⁶⁶. Kommt dazu, dass sich solche Vorgehen auf keine erkennbare Methode stützen⁶⁷, was auch daran ablesbar ist, dass ohne Begründung teils quantitative, teils qualitative Wertungen vorgenommen werden. Nachfolgend werden die verwendeten Begriffe oder Termini in einer Übersicht aufgelistet und ihre Bedeutung sowie ihr Verhältnis zum Terminus Individualität aufgezeigt.

a) Innovation

An erster Stelle ist die *Innovation* zu nennen. Von ihrer Bedeutung her als das, was sich auf Neues und Neuerung bezieht, stellt sie das grundsätzliche Prinzip von bisher nicht oder nicht auf die gleiche Art existierenden Dingen und Vorstellungen dar. Dementsprechend ist Innovation das grundlegende Schutzobjekt im Immaterialgüterrecht⁶⁸. Der urheberrechtlichen Individualität liegt insofern das innovative Moment zugrunde, wenn in ihr (bzw. im Werk) eine Neuerung vorliegt, so dass darin eine Einzigartigkeit manifest wird⁶⁹, indem beispielsweise «über-raschende und ungewöhnliche Kombi-

⁵⁹ BGH, vgl. SCHRICKER/LOEWENHEIM (Fn. 39), UrhG 2, N 50.

⁶⁰ Vgl. SCHRICKER/LOEWENHEIM (Fn. 39), UrhG 2, N 23. – Wenn Eigenart als Synonym für Individualität verwendet wird, erscheint dies als eine problematische Gleichsetzung, zumal es sich um einen Terminus aus dem Designrecht (Art. 2 DesG) handelt und dieser ganz andere Kriterien aufweist (vgl. beispielsweise den «Love»-Entscheid OGer Zürich vom 7. Juli 2009, E.IV.2.1, sic! 2010, 889).

⁶¹ Vgl. auch die Übersicht bei B. I. SOMMER/C.-A. GORDON, Individualität im Urheberrecht – einheitlicher Begriff oder Rechtsunsicherheit?, sic! 2001, 287–303, 288.

⁶² Siehe die Übersicht bei HARTMANN (Fn. 6), 64, und MIJATOVIC, Schutzvoraussetzungen (Fn. 19), 432.

⁶³ K. SCHMIDT, Urheberrechtlicher Werkbegriff und Gegenwarts-kunst, UFITA 1976, I, 1–52, 44; vgl. dazu auch SENN, Innovation (Fn. 8), 77; R. M. STUTZ, Das originelle Design: eigenartig genug, um individuell zu sein, sic! 2004, 5 und 10 f.

⁶⁴ So beispielsweise T. DREIER/G. SCHULZE, Urheberrechtsgesetz, 4. Aufl., München 2013, UrhG 2 N 36 ff., insbes. 61 ff., und A. SCHNEIDER, Traditional, Entlehnung, Werkbegriff, GRUR 1992, 82; dazu HARTMANN (Fn. 6), 68 ff.

⁶⁵ Beispielsweise Formulierungen wie: Die «schöpferische Eigentümlichkeit liegt in der individuellen ästhetischen Ausdrucksraft.» BGH vom 16. April 2015, «Goldrapper», GRUR 2015, 1189 [N 44] – Siehe zum Ganzen SENN, Innovation (Fn. 8), 75; HARTMANN (Fn. 6), 72.

⁶⁶ G. WILD, Von der statistischen Einmaligkeit zum soziologischen Werkbegriff, sic! 2004, 61, 63.

⁶⁷ Vgl. HARTMANN (Fn. 6), 68.

⁶⁸ Vgl. Ziff. II.1. Zum Ganzen SENN, Innovation (Fn. 8), 76 f. (m.w.H.).

⁶⁹ Vgl. SENN, Innovation (Fn. 8), 77; KLUGER (Fn. 16), 241.

⁵⁴ THOUVENIN/BIRCHER/FISCHER (Fn. 31), 94; ähnlich schon STUTZ, wonach sich Individualität mit der Summe der Merkmale gleichsetzen liesse, welche dessen Besonderheit, Eigenart oder Einzigartigkeit ausmachen würde (R. M. STUTZ, Individualität, Originalität oder Eigenart?, Bern 2002, 5). – Diese Umschreibung entspricht jener des Duden (vgl. Ziff. II.1).

⁵⁵ M. SENN, Urheberrecht, in: U. Grüter/M. Schneider/M. Senn (Hg.), kommunikationsrecht.ch, 2. Aufl., Zürich 2012, 51.

⁵⁶ Vgl. dazu die Ausführungen in Ziff. III.4.a.

⁵⁷ Soweit ersichtlich, wurde dieser Begriff in der juristischen Literatur denn auch nicht näher untersucht.

⁵⁸ Siehe dazu auch Ziff. III.4.f.

nationen»⁷⁰ erscheinen, die zudem eine durchaus gewollte Irritationswirkung auslösen können⁷¹. Umgekehrt scheiden «Banalitäten oder routinemässige Arbeiten»⁷² oder auch (künstlerisch) unhinterfragte Reproduktionsvarianten bereits verwendeter Formensprachen – und damit auch eine Beliebigkeit – daher aus.

b) Originalität

Die Originalität⁷³ tritt je nach Quelle als Synonym oder Merkmal der Individualität auf⁷⁴. Dabei werden Individualität und Originalität teilweise *kumulativ* verlangt⁷⁵ bzw. aufgeführt⁷⁶. Auch hier⁷⁷ treten zuweilen Zirkelschluss-ähnliche Formulierungen auf, wenn beispielsweise ausgeführt wird, dass «ein Werk mit individuellem Charakter [...] entstehen [könne], wenn das Endergebnis originell und individuell genug ist»⁷⁸.

⁷⁰ BGE 134 III 166 ff. E.2.3.1, «Arzneimittel-Kompendium II», u.H. auf CHERPILLOD (Fn. 44), URG 2 N 30 f.

⁷¹ HGer Aargau vom 7. November 2007, E.2.3.3, «SBB-Bahnhofsuhr», sic! 2008, 707.

⁷² BGE 134 III 166 ff. E.2.3.1, «Arzneimittel-Kompendium II».

⁷³ Zum Begriff und zum Verhältnis zur Individualität vgl. Ziff. II.

⁷⁴ Diese Quellen werden nachfolgend erwähnt; hier anstelle vieler: BARRELET/EGLOFF (Fn. 44), URG 2 N 8 (m.w.H.).

⁷⁵ OGer Zürich vom 26. Juni 2001, Medialex 2001, 241; OGer Zürich vom 22. Juni 2000, E. II, «Tripp Trapp II», sic! 2001, 504; KG St. Gallen vom 17. Mai 2000, E. III.1, «Tripp Trapp I», sic! 2001, 491; SEEMANN (Fn. 16), 222.

⁷⁶ OGer Zürich vom 12. Dezember 2001, «DS-102-Sofa», sic! 2002, 342; HGer Aargau vom 5. Januar 2015 E.6.6.3, «Totenkopf-Tattoo», sic! 2015, 449, u.H. auf BGE 125 III 328 ff. E.4b, «Devanhtëry».

Für eine Bezeichnung von Originalität anstelle Individualität: HILTY, Urheberrecht (Fn. 36), N 91.

⁷⁷ Vgl. zu diesem Phänomen Ziff. III.4.

⁷⁸ C. ALMANZI u.a., DICE-Handbuch Urheberrecht im Kontext von Unterricht und Lehre, Lugano 2011, § 18.

Aber auch solche «Feststellungen»: «Bei Musikwerken liegt die schöpferische Eigentümlichkeit in ihrer individuellen ästhetischen

Nach TROLLER ist die Individualität eine *qualifizierte Originalität*, da Individualität eine Originalität voraussetzt⁷⁹. Anderswo wird eine «geistige Originalität» erwähnt, der es – hinsichtlich Titelschutz – selbst bei «originellen Titeln» fehlen könne⁸⁰. Andere Meinungen treten zutreffend für eine klare Abgrenzung ein und sprechen sich dementsprechend gegen eine Gleichsetzung dieser Begriffe aus, zumal dieser Begriff sich auch nicht im Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 URG findet⁸¹. Was sich immerhin feststellen lässt, ist die Vergleichbarkeit⁸² der beiden Begriffe, doch ist damit nichts weiter erreicht.

c) Eigenartigkeit

Eigenartigkeit wird mit Eigentümlichkeit und Sonderbarem umschrieben⁸³. Obschon die Eigenartigkeit der gesetzgeberische «Vorläufer» der Individualität war⁸⁴ und durch diese ersetzt wurde, taucht die Eigenartigkeit weiterhin auf⁸⁵. Dieser Begriff ist jedoch Domäne für das Designrecht und sollte daher nicht für oder anstelle der urheberrechtlichen Individualität verwendet werden⁸⁶.

Ausdruckskraft.» (OLG München, «Conti», ZUM 2002, 306).

⁷⁹ A. TROLLER/P. TROLLER, Kurzlehrbuch des Immaterialgüterrechts, 3. Aufl., Basel 1989, 89, sowie A. TROLLER, Immaterialgüterrecht, Bd. I, 3. Aufl., Basel 1983, 362; vgl. auch M. WANG, SIWR VI, Basel 2007, 30.

⁸⁰ R. AUF DER MAUR, Teile von Werken sind urheberrechtlich geschützt, in: M. Kurer/D. Sangiorgio/M. Ritscher/D. Aschmann (Hg.), Binsenwahrheiten des Immaterialgüterrechts, Zürich 1996, 211, 213.

⁸¹ Vgl. SENN, Innovation (Fn. 8), 73, 77 (m.w.H.); KUMMER (Fn. 25), 38.

⁸² BISGES, Werkbegriff (Fn. 33), 358.

⁸³ Duden (Fn. 2); vgl. auch SAUR (Fn. 17), 1375.

⁸⁴ Vgl. T. KEHRLI, Der urheberrechtliche Werkbegriff im Bereich der bildenden Kunst, Bern 1989, 9 ff. und 35; KUMMER, (Fn. 25), 36.

⁸⁵ Siehe z.B. A. TROLLER, Immaterialgüterrecht (Fn. 79), 362.

⁸⁶ Siehe dazu die Ausführungen eingangs von Ziff. III.4.

Umgekehrt erhält der Begriff *Originalität* anstelle des Terminus Eigenart im Sinne der materiellen Neuheit (Art. 3 DesG) zuweilen Eingang, wenn beispielsweise die Rede davon ist, dass eine Gestaltung als eigenartig gelte bzw. «originell [sei], wenn sie in ihrer Gesamtheit nicht entlehnt ist, sondern das Ergebnis einer eigenschöpferischen, eigenständigen kreativen Tätigkeit darstellt»⁸⁷. Die Abgrenzung⁸⁸ zwischen Designschutz und Urheberrechtsschutz ist also bereits auf terminologischer Ebene bedeutend.

d) Eigenständigkeit

Dieser Begriff bedeutet im allgemeinen Sprachverständnis auf eigener Grundlage fussend⁸⁹. Er wird – wie mehrfach schon gesehen – für die Umschreibung der Individualität verwendet, ist also nur hilfsweise von Bedeutung⁹⁰. Die Eigenständigkeit ist allerdings ein Kriterium für den EuGH, indem ein Werk gemäss der Datenbank-RL einen «eigenständigen Ausdruck des schöpferischen Geistes des Urhebers» darstelle⁹¹.

e) (Statistische) Einmaligkeit

Individuell bedeutet für KUMMER weder «originell» noch «schöpferisch», sondern schlicht «anders» im Sinne von anders als etwas, das ein Dritter mit hoher Wahrscheinlichkeit ebenfalls

⁸⁷ Vgl. M. WANG, Die schutzfähige Formgebung, Bern 1998, 197 ff.; vgl. beispielsweise auch den «Love»-Entscheid des OGer Zürich vom 7. Juli 2009, E. IV.2.1, sic! 2010, 889.

⁸⁸ Vgl. dazu REHBINDER, CH-URG (Fn. 44), N 74; M. RITSCHER, Der Schutz des Design, Bern 1986, 89 ff.

⁸⁹ Duden (Fn. 2).

⁹⁰ Immerhin ist er ein Tatbestandsmerkmal in Art. 4 Abs. 2 FIVF, bei welcher die «kreative Eigenständigkeit» ein Kriterium für die (finanzielle) Filmförderung ist.

⁹¹ EuGH vom 1. März 2012 (C-604/10), «Fussballspielpläne» [siehe auch NJW 2012, 1783].

erschaffen hätte. Ausgehend von der Annahme, dass individuell schlicht «einmalig heisst», geht es ihm um ein Vergleichen «mit dem, was ist; aber auch mit dem, was da sein könnte»⁹². Insofern spricht er von «statistischer Einmaligkeit» – eine Umschreibung⁹³, die zwar einprägsam, jedoch irreführend ist. Dieser Ansatz fand teilweise Zustimmung⁹⁴, teilweise stiess er auf Kritik bis Ablehnung⁹⁵, Verwendung findet er aber nach wie vor⁹⁶.

⁹² KUMMER (Fn. 25), 30 und 36; dazu STIEGER (Fn. 25), 24.

⁹³ PEDRAZZINI spricht von «schillerndem Begriff» (M. M. PEDRAZZINI, Kunst und Recht, St. Gallen, 1975, 21, siehe auch STIEGER [Fn. 25], 24); HILTY bezeichnet den Begriff als «unglücklich», stimmt dem Ansatz aber grundsätzlich zu (R. M. HILTY, Anmerkung zum Entscheid des OGer Zürich vom 24. Januar 2013, «Bildungssoftware», sic! 2013, 706).

⁹⁴ (Teils mit Vorbehalten) zustimmend (Auswahl): STUTZ, originelle Design (Fn. 63), 11; HILTY, Bildungssoftware (Fn. 93), 706; STRAUB (Fn. 52), 4; bereits früher SCHMIDT (Fn. 63), 22; vgl. auch die Übersicht bei A. TROLLER, Die Bedeutung der statistischen Einmaligkeit im urheberrechtlichen Denken, in: H. Merz/W. R. Schlupe (Hg.), Recht und Wirtschaft heute. FS Max Kummer, Bern 1980, 265, 266 ff.

⁹⁵ Ablehnend (Auswahl): MACCIACCHINI weist zu Recht auch auf den «unglücklichen» Begriff hin, denn es drohe dabei «zu vergessen, was die Einmaligkeit begründet: Es ist dies die Gestaltung der geistigen Schöpfung, nicht etwa das tatsächliche Vorkommen.» (S. MACCIACCHINI, Die urheberrechtlich schützbar Doppelschöpfung, sic! 2004, 355 [Fn. 25]); deutlich schon A. TROLLER, Immaterialgüterrecht (Fn. 79), 363; siehe auch H. SCHACK, Kunst und Recht, Köln 2004, N 18; SCHRICKER/LOEWENHEIM (Fn. 39), UrhG 2 N 58; ferner F. GRÄFIN VON BRÜHL, Marktmacht von Kunstexperten als Rechtsproblem, Köln 2008, 16, insbes. Fn. 58. Kritisch: VON BÜREN/MEER (Fn. 39), N 180.

⁹⁶ Z.B. BGE 134 III 166 ff. E.2.3.1, «Arzneimittel-Kompodium II»; 136 III 225 ff., «Guide orange»; 130 III 714 ff. E.2.3, «Meili», wobei sich das BGer nach Einschätzung von CHERPILLOD dieses Kriterium (schon) in BGE 130 III 714 nicht mehr zu eigen machte (CHERPILLOD [Fn. 44], URG 2 N 20 ff.); siehe auch VON BÜREN/MEER (Fn. 39), N 179; OGer Zürich vom 7. Juli 2009, E. IV.1.1, «Love», sic! 2010, 889, das (immerhin) bemerkt, dass

Besonders das Kriterium der Gleichheit einer zukünftigen⁹⁷ Erschaffung – gemäss Kummer: «was da sein könnte», anderswo beschrieben mit: «... auch in Zukunft von einem anderen Urheber voraussichtlich nicht gleich geschaffen wird»⁹⁸ – ist weder dem Begriff der Individualität wesensgerecht noch dem System und Grundgedanken des Urheberrechts entsprechend. Entsprechend müsste wohl von einem «statistischen Hypothese-Modell» ausgegangen werden, was vielleicht auch mit dem Ausdruck von «hypothetischen Werken» gemeint sein könnte⁹⁹. Diese hypothetische Konstruktion enthält eine widersprüchliche Aussage: Beispielsweise verhindert die Annahme einer in Zukunft möglichen (Aus-)Gestaltung im Grunde genommen jedes gegenwärtige individuelle Erschaffen, da theoretisch jede Gestaltung irgendwann einmal erschaffen wird. Zudem wäre es diesem Verständnis nach auch eine Selbstbeschränkung der eigenen individuellen Gestaltung bzw. ein Verunmögliches des damit verbundenen Urheberrechtsschutzes, wenn und soweit das Kriterium einer auch nur möglichen künftigen Existenz («was da sein könnte») Geltung haben sollte, da dadurch die Gefahr entsteht, dass eigene Gestaltungen, die weitgehend ähnlich

«dieses Kriterium aber nicht allein ausschlaggebend sein» könne; ebenfalls in OGer Zürich vom 24. Januar 2013, E. 5.1, «Bildungssoftware», sic! 2013, 697.

⁹⁷ Vgl. VON BÜREN/MEER (Fn. 39), N 181 (m.w.H.); A. TROLLER, Einmaligkeit (Fn. 94), 273.

⁹⁸ So jedenfalls VON BÜREN/MEER (Fn. 39), N 181; in diese Richtung gehend bereits TROLLER, der von der deutlichen Unterscheidbarkeit zu Vorgeschaffenem oder zu Erwartendem sprach (A. TROLLER, Immaterialgüterrecht [Fn. 79], 363, sowie Einmaligkeit [Fn. 94], 273).

⁹⁹ Vgl. J. DE WERRA (in: P. Mosimann/M. A. Renold/A. Raschèr [Hg.], Kultur, Kunst, Recht [KKR], Basel 2009, 457), unter Hinweis auf das Konzept der relativen oder vergleichenden Individualität von DESSEMONET (F. DESSEMONET, Droit d'auteur, Lausanne 1999, N 169 ff.).

geschaffen werden, statistisch nicht mehr einmalig sein können. So gesehen wären beispielsweise urheberrechtlich schutzfähige Entwürfe (Art. 2 Abs. 4 URG¹⁰⁰) eine Hinderung für eine Individualität des später folgenden «Originals», da dieser Entwurf die statistische Einmaligkeit des nachfolgend vollendeten Werkes verhindert. Doch gerade künstlerisches Schaffen verfährt häufig stufenweise von verschiedenen Stadien von Entwürfen bis zum endgültigen Werk. Wenn somit ein Entwurf als individuell beurteilt wird, könnte dessen Individualität somit das schliesslich ausgeführte Werk selbst urheberrechtlich «schutzlos» werden lassen, da sich die Individualität auf ein Werk (hier: der Entwurf) und nicht eine Werkserie (Entwurf – Werk) bezieht. Das ist im Übrigen auch das «Schicksal» von Werkserien, die sich weitgehend gleichen. Sofern dort nicht aufgrund von graduellen Unterscheidungen individuelle Züge der einzelnen Werke erkennbar sind, kann nur dem Erst-Werk eine Individualität zukommen.

Folgt man zudem der Logik der «statistischen Hypothese», könnte man in letzter Konsequenz dahingehend argumentieren, dass die Individualität an jeder Gestaltung dadurch verhindert wird, als dieses gestaltete Werk gerade das umsetzt bzw. vorwegnimmt, was «da sein könnte». Soweit man dem Modell der statistischen Einmaligkeit noch folgen wollte, wäre daher auf jeden Fall das perspektivische Moment einer zukünftigen Erschaffung ausser Acht zu lassen.

Problematisch beim Modell der statistischen Einmaligkeit ist des Weiteren dessen *quantitativer* Ansatz¹⁰¹, der verkennt, dass eine Individualität weder mengenmässig hinreichend erfasst

¹⁰⁰ Vgl. M. REHBINDER/A. VIGANÒ, URG-Kommentar, Zürich 2008, URG 29 N 4; SCHACK (Fn. 95), 231.

¹⁰¹ Selbst wenn damit nicht eine mathematische Statistik-Methode gemeint ist (vgl. auch HARTMANN [Fn. 6], 65).

noch damit umschrieben werden kann. Selbst wenn man die (statistische) Wahrscheinlichkeit einer Existenz als ein Indiz der Individualität im Sinne einer «Funktion der Unwahrscheinlichkeit» bzw. eines «Kunstwerks als unwahrscheinliche Formkombination»¹⁰² sehen wollte, ist mit der zutreffenden Ausführung des OGer Zürich festzustellen, dass ein Werk (hier Text) aufgrund der Wahrscheinlichkeitsmethode zweifellos statistisch einmalig sein mag, doch können ihm (dennoch) «jegliche individuelle originelle Züge» fehlen¹⁰³. Es ist daran zu erinnern, dass beim fraglichen Tatbestandselement nicht alleine von Individualität, sondern von individuellem Charakter die Rede ist. Der Bestandteil *Charakter* weist dabei darauf hin, dass es um mehr geht als bloss um eine statistisch einmalige Erscheinung: Es geht auch um einen formal-ästhetischen Ausdruck¹⁰⁴.

Das Modell richtet sich darüber hinaus zu stark an das Grundkonzept der Neuheit, die aber im Urheberrecht nichts verloren hat¹⁰⁵. Insoweit trifft auch die Umschreibung nicht zu, wonach Individualität «mit Einmaligkeit und Neuheit umschrieben werden

kann»¹⁰⁶. Die statistische Einmaligkeit stellt daher kein hinreichendes Kriterium zur Beurteilung der urheberrechtlichen Individualität dar¹⁰⁷. Fachleute aus Kunst und Design begegnen diesem Kriterium im Übrigen mit erheblicher Skepsis bis Unverständnis¹⁰⁸.

f) Neuheit

Der Begriff der Neuheit ist eng mit jenem der Innovation verknüpft¹⁰⁹. Wie bei den anderen spezifischen Schutzobjekten im Immaterialgüterrecht wohnt der Neuheit ebenfalls das grundlegende innovative Element inne¹¹⁰. Die Neuheit kommt als Terminus im Design- und Patentrecht vor:

Die *designrechtliche Neuheit* ist eine Voraussetzung für den Formschutz (Art. 2 Abs. 2 DesG). Dabei wird von einer *subjektiven Neuheit* in dem Sinne ausgegangen, dass und soweit der Gestaltung eine Erstmaligkeit zukommt¹¹¹. Demgegenüber wird die *materielle Neuheit* dem Tatbestandsmerkmal der Eigenart (Art. 2 Abs. 3 DesG) zugeordnet¹¹².

Die Neuheit taucht des Weiteren im Zusammenhang mit dem Begriff der

Erfindung auf. Danach beurteilt sich die *patentrechtliche Neuheit* der Erfindung gemäss Art. 7 Abs. 1 PatG (und Art. 54 Abs. 1 EPÜ) nach dem vorbekannten Wissensstand, der als *Stand der Technik* bezeichnet wird¹¹³. Das dem Patentrecht typische formal-technische Regelsystem erklärt damit Neuheit schlicht als (all) das, was nicht zu diesem (technischen) Wissensstand – dem technischen Erfahrungsschatz¹¹⁴ – gehört. Wie eingangs ausgeführt, sind diese beiden Termini qualifizierende Tatbestandsmerkmale für den Design- bzw. Patentschutz und gehören nicht zur urheberrechtlichen Individualität¹¹⁵.

5. Elemente der Individualität

Als «Elemente»¹¹⁶ der Individualität werden prägende Gestaltungselemente, vorbekannte Gestaltungen (Formenschatz bzw. -Repertoire/Vergleichsbeispiele) und Gesamteindruck genannt¹¹⁷. Das Element der *prägenden Gestaltungsmerkmale* bezieht sich auf die formal-ästhetischen Kriterien der jeweiligen

¹⁰² N. LUHMANN, Wahrnehmung und Kommunikation an Hand von Kunstwerken, in: N. Luhmann (Hg.), Schriften zu Kunst und Literatur, Frankfurt a.M. 1992, 254.

¹⁰³ OGer Zürich, Mitteilungen 1980, 191, zitiert bei A. TROLLER, Immaterialgüterrecht (Fn. 79), 363; siehe auch BGE 134 III 166 ff. E.2.5, «Arzneimittel-Kompodium II».

¹⁰⁴ Siehe dazu Ziff. III.3.

¹⁰⁵ Siehe dazu die Einleitung bei Ziff. III.4. In diesem Zusammenhang führt HILTY den Terminus der *objektiven Neuheit* – in Abgrenzung zur subjektiven Neuheit – ein (vgl. HILTY, Urheberrecht [Fn. 36], N 85 ff.). Dies wird beim Tatbestandsmerkmal der geistigen Schöpfung aufgezeigt, doch sogleich zutreffend festgehalten, dass diese Frage mit der Individualität zusammenhänge. – Dieser Ansatz wird hier nicht geteilt, da der Terminus der Neuheit keine Verwendung im Urheberrecht finden sollte (vgl. Ziff. III.4.f) und bereits durch das innovative Element erfasst wird (vgl. Ziff. III.4.a).

¹⁰⁶ C.-A. GORDON, Copyright, in: C. Weinmann/P. Münch/J. Herren (Hg.), IP-Handbuch, Basel 2013, 914, bezugnehmend auf STUTZ, originelle Design (Fn. 63), 11.

¹⁰⁷ Immerhin kann es als – quantitatives – Indiz herangezogen werden (vgl. dazu A. TROLLER, Immaterialgüterrecht [Fn. 79], 365). Gemäss dem dreistufigen Prüfungsschema von THOUVENIN liegt zwar dem Kriterium der Einmaligkeit (zu Recht) ein quantitativer Vergleich zugrunde, dieses ist aber weder abschliessend noch alleine massgebend (THOUVENIN, Gestaltungsspielraum [Fn. 25], 70).

¹⁰⁸ Dies kann aus der eigenen beruflichen Erfahrung des Verfassers dieses Beitrags bestätigt werden.

¹⁰⁹ Vgl. Ziff. III.4.a; zum Ganzen siehe SENN, Innovation (Fn. 8), 73 (m.w.H.), und HESS-LÜTTICH/RELLSTAB (Fn. 5), 267.

¹¹⁰ Siehe Ziff. III.4.b.

¹¹¹ L. DAVID, Innovation, STWR I/3, Lexikon, Basel 2005, 234 f.; SENN, Innovation (Fn. 8), 79 (m.w.H.).

¹¹² Vgl. Ziff. III.4.c.

¹¹³ Vgl. THOUVENIN/BIRCHER/FISCHER (Fn. 31), 49; für weitere Hinweise vgl. SENN, Innovation (Fn. 8), 78.

¹¹⁴ Vgl. BGE 138 III 111 ff. E.2.1, «induktive Heizvorrichtung».

¹¹⁵ Siehe die Ausführungen zu Beginn bei Ziff. III.1 sowie beispielsweise bei Ziff. III.4.e am Ende.

¹¹⁶ Die Bezeichnung *Elemente* wird hier aufgrund der gebräuchlichen Terminologie übernommen.

¹¹⁷ Vgl. THOUVENIN/BIRCHER/FISCHER (Fn. 31), 94; HILTY, «Hobby-Kalender» (Fn. 31), 29. Zur Übersicht der dt. Rechtsprechung siehe M. BISGES, Die Kleine Münze, der Dreigroschenprozess und der Herstellungsaufwand, GRUR 2015, 541, 544 f. Die von Bisges aufgezeigten Aspekte (*Herstellungsaufwand* und *Bekanntheit*) vermögen zwar Fallstudien-orientiert die eigentlichen Kriterien der Rechtsprechung aufzeigen, sind aber auch noch keine hinreichenden Kriterien für die Individualität. Ähnlich wie BISGES argumentiert auch WILD mit seinem Indizienkatalog, wonach unter dem Indiz *Reaktionen der Umwelt* u.U. die *Beliebtheit* und der *Erfolg* zu berücksichtigen seien (WILD [Fn. 66], 64).

Werkkategorie¹¹⁸. Wie nachfolgend dargelegt wird, ist der individuelle Charakter des Werkes nach den adäquaten, nämlich genre-spezifischen Kriterien zu beurteilen, womit beispielsweise ein Sprachwerk oder ein Musikwerk anderen Kriterien unterliegt als eine Fotografie (bzw. Bild)¹¹⁹.

6. Schutzniveau, Gestaltungshöhe und Gestaltungsspielraum

Die grundsätzliche Frage des (minimalen) Schutzniveaus¹²⁰, also der Grenzlinie zum individuellen Charakter, bleibt unbeantwortet. Das ist an sich nicht weiter verwunderlich, da es – letztlich – um ästhetische Wertungen geht¹²¹. Die Ansätze zur Annäherung an diese «Grenze» sind mannigfaltig. Eine graduelle Abstufung bei der Beurteilung der Individualität wird mit der Konstruktion der sog. Gestaltungshöhe zu erreichen versucht, wonach der Grad der Individualität je nach Werkkategorie differenziert zu betrachten sei¹²². Dieser Abgrenzungsversuch ist inzwischen auch in Deutschland dem Grundsatz nach infrage gestellt bzw. wird – zu Recht – als «unbrauchbar» bezeichnet¹²³. Zutreffend wies hierzu bereits Loewenheim darauf hin, dass «... der Gestaltungshöhe keine neben der Individualität selbstständige schutzbegründende Funktion zukommt; ist Individualität vorhanden, so braucht die Gestal-

tungshöhe nicht mehr als zusätzliches Element hinzuzutreten»¹²⁴. Das hat nunmehr der BGH im wegweisenden Entscheid «Geburtstagszug» zutreffend bestätigt und präzisiert zudem, dass «eine nicht zu geringe Gestaltungshöhe zu fordern» sei¹²⁵. In der Schweiz wird der Terminus der Gestaltungshöhe kaum verwendet¹²⁶; dafür ist die Rede von *Gestaltungsspielraum*, der für die Gestaltungshöhe relevant sei¹²⁷.

7. Überdurchschnittlichkeit

Einig ist man sich hinsichtlich des Schutzniveaus jedenfalls darin, dass eine *Überdurchschnittlichkeit* vorliegen und damit das übliche Formenrepertoire deutlich überragt werden muss¹²⁸.

Es wird also von einem qualifizierten Übertreten der Durchschnittlichkeit gesprochen, wenn von *deutlichem* Übertreten die Rede ist.

Welches der Ansatz dafür ist, kann die Rechtswissenschaft nicht alleine lösen. Dieser Erkenntnis folgend, ergab sich aus einer Mathematik-basierten Untersuchung der prozentuale Anteil von überdurchschnittlichen Werken (gemessen am abstrakten Gesamtvolumen). Gemäss diesen Erkenntnissen¹²⁹ gibt es folgende Gruppen:

- *durchschnittliche Gestaltungen*
Diesen kommt weder ein Design-, geschweige denn ein Urheberrechtsschutz zu.
- *den Durchschnitt überragende Gestaltungen*
Das sind statistisch etwa 16%; diesen kommt (gegebenenfalls) ein Designschutz zu.
- *den Durchschnitt deutlich überragende Gestaltungen*
Das sind statistisch etwa 2%¹³⁰; ihnen kommt (gegebenenfalls) ein Urheberrechtsschutz zu.

Diese Anteile ergeben sich unter Anwendung der Gauss'schen Normalverteilung. Die Erhebung zeigt anschaulich, dass das Schutzniveau der Individualität – im Sinne einer den Durchschnitt deutlich überragenden Gestaltung – nur gerade bei rund 2% aller Erzeugnisse (worunter auch Werke zu verstehen sind) erreicht wird und dass rund 84% überhaupt keine qualifizierende Voraussetzung (sei es Eigenart oder gar Individualität) erreichen. Würde man diese empirische Erkennt-

¹²⁴ U. LOEWENHEIM, Höhere Schutzuntergrenze des Urheberrechts bei Werken der angewandten Kunst?, GRUR Int. 2004, 765; SCHRICKER/LOEWENHEIM (Fn. 39), UrhG 2 N 52; als «verzichtbar» beurteilt ihn THOUVENIN, Gestaltungsspielraum (Fn. 25), 68.

¹²⁵ BGH vom 13. November 2013, «Geburtstagszug» [N 26]; BGH vom 16. April 2015, «Goldrapper», GRUR 2015, 1189 [N 44]. – Der «Geburtstagszug»-Entscheid hat in der Schweiz selbstredend weder materiell noch formell eine Wirkung; allerdings dürfte die Rechtslage dadurch eher bestätigt werden; siehe dazu RITSCHER/SCHRAMM (Fn. 51), 306; SENN, Fotografie (Fn. 35), 149. – Vgl. nunmehr die kurze Erwägung dazu im Urteil des BGer vom 12. Juli 2017, 4A_115/20A, «Barhocker», E. 2.6.1.

¹²⁶ Siehe aber z.B. G. HUG, Fotografierecht, in: A. Raschèr/M. Senn (Hg.), Kulturrecht – Kulturmarkt, Zürich 2012, 153.

¹²⁷ Vgl. z.B. BGE 125 III 328 ff. E.4b, «Devanthéry»; 130 III 168 ff. E.4.5, «Marley»; vgl. dazu THOUVENIN, Gestaltungsspielraum (Fn. 25), 68 (m.w.H.); SENN, Leitentscheide (Fn. 39), 257.

¹²⁸ Anstelle vieler: RITTER (Fn. 32), 109 ff. (m.w.H.); HILTY, «Hobby-Kalender» (Fn. 31), 30; W. NORDEMANN, in: K. Elbing/M. Schulze (Hg.), Kunstrecht, München 2007, N 61.

Das BGer hält dazu zwar fest, dass die «Voraussetzungen der urheberrechtlichen Individualität höher sein müssen als die Eigenart des Designrechts», stellt aber unmittelbar darauf und nicht ganz nachvollziehbar fest, dass die künstlerische Gestaltung «mindestens die designrechtliche Eigenart [...] klar und deutlich erreichen müsse.» (BGer vom

12. Juli 2017, 4A_115/2017, «Barhocker», E.2.6.2).

¹²⁹ A. NORDEMANN/F. N. HEISE, Urheberrechtlicher Schutz für Designleistungen in DE und auf europäischer Ebene, ZUM 2001, 128, 145 ff. (die Erhebung folgte durch Michael Kosfeld); vgl. dazu auch BISGES, Dreigroschenprozess (Fn. 117), 541.

¹³⁰ Diese Zahl ist in den 16% der Gruppe der überragenden Gestaltungen enthalten.

¹¹⁸ THOUVENIN/BIRCHER/FISCHER (Fn. 31), 94 und bereits THOUVENIN, Gestaltungsspielraum [Fn. 25], 69 ff., verwenden hierbei den etwas unpräzisen Begriff der *differenzierten Individualität*. – Zum Ganzen siehe Ziff. III.2.

¹¹⁹ Siehe SENN, Innovation (Fn. 8), 80 (m.w.H.); vgl. auch STRAUB (Fn. 52), 8; REHBINDER, CH-URG (Fn. 44), N 73.

¹²⁰ Vgl. hierzu DAVID, Einführung (Fn. 37), N 27.

¹²¹ Vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen unter Ziff. 5.

¹²² Siehe dazu die Angaben bei Ziff. II.1.

¹²³ Siehe insbes. SCHRICKER/LOEWENHEIM (Fn. 39), Einleitung N 6 und UrhG 2 N 52, 59; BISGES, Dreigroschenprozess (Fn. 117), 542 und 545.

nisse¹³¹ in der rechtlichen Beurteilung berücksichtigen, dürfte die Annahme einer tiefen Anforderung an die urheberrechtliche Individualität eigentlich widerlegt sein. Dies ist des Weiteren auch ein Grund dafür, weshalb hier für ein angemessen hohes Schutzniveau plädiert wird (und zwar unabhängig von der Werkkategorie)¹³². Damit ist aber erst einmal etwas über ein hohes Schutzniveau als solches gesagt, nicht aber, was die Individualität ausmacht. Zudem stellt sich die Frage einer Gestaltungshöhe bei Anwendung des Kriteriums der Werk-Adäquatheit nicht, da und soweit in der Gesamtbetrachtung genügend Anhaltspunkte für – oder eben gegen – eine Individualität gefunden werden¹³³.

Deshalb ist im Sinne der eben dargelegten Kritik gegenüber dem Moment des Gestaltungsspielraums bzw. der Gestaltungshöhe Abstand zu nehmen, zumal damit kein wirklicher Erkenntnisgewinn resultiert. Eine «Höhe» als Beurteilungsmassstab taugt ohnehin kaum zu einer differenzierten Beurteilung.

8. Individualität und «Parallelschöpfung»

Entgegen der teilweise vertretenen Ansicht¹³⁴ ist eine «Doppelschöpfung»

– nicht nur theoretisch – durchaus möglich¹³⁵. Damit ist konsequenterweise zutreffender von *Parallelschöpfung* zu sprechen, da nicht nur eine doppelte, sondern sogar eine mehrfache (parallele) Schöpfung möglich ist¹³⁶. Entsprechend entstünde an parallel-geschaffenen Werken je ein Urheberrechtsschutz, soweit einerseits der individuelle Charakter als gegeben beurteilt wird und sich kein Bezug zum anderen Werk herstellen lässt, somit also das eine Werk unabhängig vom anderen erschaffen wurde. Jedoch wird die Wahrscheinlichkeit¹³⁷ eines parallel erschaffenen

CHINI [Fn. 95], 351 ff.). HILTY bezeichnet diesen Begriff als unzutreffend und spricht von «seriellem Schöpfen» bzw. von «Nachschöpfung» (HILTY, Urheberrecht [Fn. 36], N 89), was aber mind. beim zweiten Begriff einen anderen Sachverhalt beschreibt, solange eben mehrere Schöpfungen mehr oder weniger gleichzeitig entstehen können.

¹³⁵ So z.B. F. THOUVENIN, Anmerkung zu OGer Zürich vom 7. Juli 2009 E. IV.1.1 [«Love»], sic! 2010, 889 (m.w.H.); REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 100), URG 2 N 2 (m.w.H.); WILD (Fn. 66), 61; vgl. auch BERGER (Fn. 52), 386. Vgl. (schon) F. VISCHER, Urheberrecht und bildende Kunst, in: Schweizerische Vereinigung für Urheberrecht (Hg.), 100 Jahre URG, Bern 1983, 251, 259; STRAUB (Fn. 52), 3; A. TROLLER, Einmaligkeit (Fn. 94), 272; F. SEIFERT, Kleine Geschichte(n) des Urheberrechts, München 2014, 5; LOEWENHEIM (Fn. 124), 23, N 33 ff.; HARTMANN (Fn. 6), 64 f.; NORDEMAN/HEISE (Fn. 129), 132 (m.H. auf die Rechtsprechung).

Das HGer Aargau spricht sogar zutreffend von einer «in der Praxis seltenen» Möglichkeit einer Doppelschöpfung (HGer Aargau, vom 5. Januar 2015, E.6.6.3, «Totenkopftattoo», sic! 2015, 449). Gemäss dt. Rechtsprechung zur «Doppelschöpfung» kann zudem der Anscheinsbeweis unter gegebenen Umständen entkräftet werden, vgl. BGH vom 3. Februar 1988, «Fantasy», GRUR 1988, 812.

¹³⁶ Das OGer Zürich spricht von «Doppel- und Parallelschöpfung» (OGer Zürich vom 7. Juli 2009, E. 3, «Love», sic! 2010, 889. Vgl. auch von BÜREN/MEER (Fn. 39), N 180.

¹³⁷ Auch wenn damit (indirekt) die statistische Einmaligkeit angesprochen sein könnte, sind Wahrscheinlichkeit und Einmaligkeit bereits von ihrem Begriffsinhalt her nicht zu verwechseln. Eine Übereinstimmung liegt lediglich in ihrem quantitativen Ansatz vor.

Werkes umso geringer sein, je individueller der Charakter des (anderen) Werkes ist, da dann keine (weitgehende) Identität besteht.

9. Massgebender Personenkreis für die Beurteilung der Individualität

Während dem Werkbegriff selbst eine Legaldefinition (Art. 2 Abs. 1 URG) zugrunde liegt, werden dessen Tatbestandsmerkmale nicht weiter definiert, weshalb die Individualität und die geistige Schöpfung als (unbestimmte) Rechtsbegriffe¹³⁸ durch die Gerichte auszulegen sind. Es geht um die Beantwortung einer Rechtsfrage¹³⁹. Die Auslegung bleibt damit – auch bei Anwendung objektiver Methoden – eine Bewertungsfrage¹⁴⁰.

Damit stellt sich die Frage, aus wessen Perspektive das Tatbestandsmerkmal der Individualität zu beurteilen ist. Hier gilt wie sonst im Immaterialgüterrecht der Grundsatz einer *objektivierten Beurteilung* eines Rechtsbegriffes¹⁴¹. Als objektivierter Massstab für die Beurteilung der Individualität

¹³⁸ Vgl. WILD (Fn. 66), 63; CHERPILLOD (Fn. 44), URG 2 N 33; THOUVENIN, Gestaltungsspielraum (Fn. 25), 64; HILTY, «Hobby-Kalender» (Fn. 31), 30; eingehend SENN, Satire (Fn. 40), 65 (m.w.H.); ferner M. REHBINDER, Rechtssoziologie, 8. Aufl., München 2014, N 17 Fn. 30.

¹³⁹ Vgl. Entscheid HGer Zürich vom 21. Mai 2015, E.4.4 (erwähnt in Ingres News 1/16, 2).

¹⁴⁰ Vgl. auch HARTMANN (Fn. 6), 65, der zutreffend auch die Methode der statistischen Einmaligkeit als eine Wertungsfrage qualifiziert; siehe auch THOUVENIN, Gestaltungsspielraum (Fn. 25), 71; DESSEMONTET, Droit d'auteur (Fn. 99), 120; BGer vom 19. August 2002, E. 2.1, «Hobby-Kalender», sic! 2003, 28.

¹⁴¹ Vgl. dazu den Überblick bei M. SENN, Die Rechtsfigur des Durchschnittsrezipienten, KUR 2013, 19 ff. (m.w.H.). THOUVENIN, Gestaltungsspielraum (Fn. 25), 66, spricht ohne weitere Ausführungen vom «unbefangenen Publikum». – Zum Referenzbezug von Individualität und Originalität vgl. Ziff. II.3.

¹³¹ Die Erhebung bezog sich insb. auf Grafik- und Kommunikationsprodukte sowie Erzeugnisse der angewandten Kunst, dürfte aber auf die gesamte Werkkategorie-Palette mind. annäherungsweise repräsentativ sein. An der grundsätzlich zutreffenden Aussagekraft dieser Erhebung besteht aufgrund ihrer Plausibilität und Nachvollziehbarkeit jedenfalls kein Anlass zum Zweifel; diese Angaben decken sich zudem mit der eigenen allgemeinen und richterlichen Berufserfahrung.

¹³² Siehe dazu die Ausführungen bei Ziff. III.1.

¹³³ Darauf wird in Ziff. IV näher eingegangen.

¹³⁴ Siehe BGer vom 13. Juni 2000 (4C.86/2000), E. 3c/bb (sic! 2001, 729), vgl. dazu von BÜREN/MEER (Fn. 39), N 179; DAVID, Einführung (Fn. 37), N 23; vgl. auch MACCIACCHINI mit einem – nicht überzeugenden – quantitativen Ansatz, was konsequenterweise eine Doppelschöpfung ausschliesst (MACCIAC-

dient das *relevante Zielpublikum*, d. h. der *massgebende Personenkreis*¹⁴². In der dt. Rechtsprechung wird dabei die Formel verwendet, wonach «der ästhetische Eindruck, den das Werk nach dem Durchschnittsurteil des für Kunst empfänglichen und mit Kunstfragen einigermaßen vertrauten Menschen vermittelt», massgeblich sei¹⁴³. Nicht zutreffend ist in dieser BGH-Formel der Umstand, als es hierbei nicht um *Kunst an sich*, sondern um die urheberrechtliche Individualität und deren Kriterien geht. Allgemeiner beschrieben, lässt sich daher sagen, dass mit dem relevanten Publikum der mit der entsprechenden Materie vertraute und aufgeschlossene Personenkreis (Verkehrskreis) gemeint ist¹⁴⁴. Der massgebende Personenkreis ist dabei noch auf die jeweilige Werkkategorie zu fokussieren. So sind beispielsweise bei musikalischen Werken die «mit musikalischen Fragen einigermaßen vertrauten und hierfür aufgeschlossenen Verkehrskreise»¹⁴⁵ relevant.

Hinterfragt werden kann bei diesem normativen Ansatz der objektivierten Beurteilung gegebenenfalls, ob die vom Gericht getroffene Annahme wirk-

lich zutrifft¹⁴⁶. Dies wäre auf jeden Fall dann zu hinterfragen, wenn nachgewiesen wird, dass auch «mit Kunstfragen vertraute» Personen nicht unbedingt in der Lage sind, beispielsweise eine Zwölftonmusik von improvisierter Musik zu unterscheiden¹⁴⁷. Was andererseits nicht zulässig erscheint, ist ein Vorgehen, beim dem auf den Eindruck der massgebenden Verkehrskreise zwar hingewiesen, bei der Beurteilung jedoch weitgehend nur auf das (kompetente) Gutachten des Sachverständigen abgestützt wird¹⁴⁸, da und soweit diese gutachterlichen Ausführungen nicht dem für diese Musik kompetenten Publikum entsprechen, weil dieses selbst bei überdurchschnittlicher Kompetenz zu einer solch detaillierten Analyse wie der Sachverständige gar nicht in der Lage wäre¹⁴⁹. Im Übrigen überragt die Sachkenntnis des Sachverständigen das Anforderungsprofil des «einigermaßen vertrauten und aufgeschlossenen» Publikums in der Regel deutlich, womit gerade diese Expertenmeinung nicht dem anvisierten Personenkreis übereinstimmen muss. Entsprechend ist nicht das Verständnis des Gutachters, sondern jenes des sachverständigen Publikums massgebend. Dieser Umstand ist bei der Würdigung des Gesamteindrucks relevant.

¹⁴² Vgl. dazu SENN, Rechtsfigur (Fn. 141), 21 (m.w.H.), und WILD (Fn. 66), 63 ff. Sinnemäss wohl auch THOUVENIN, der allerdings von «intimen Kenntnissen der jeweiligen Werkgattung» spricht (THOUVENIN, Gestaltungsspielraum [Fn. 25], 72). BARRELET/EGLOFF plädieren für die «Sicht der Werkschaffenden» (BARRELET/EGLOFF [Fn. 44], URG 2 N 7), unter Bezugnahme auf KUMMER (Fn. 25), 75.

¹⁴³ Hier bezogen auf die Schöpfungshöhe bei einem Werk der Baukunst, BGH vom 19. März 2008, E.II.1.b.bb.2 [RZ 20], «St. Gottfried», GRUR 2008, 984, 986; siehe auch SCHRICKER/LOEWENHEIM (Fn. 39), UrhG 2 N 54.

¹⁴⁴ SENN, Rechtsfigur (Fn. 141), 21 (m.w.H.).

¹⁴⁵ Vgl. BGH vom 26. September 1980, «Dirlada», GRUR 1981, 267. – Das LG Hamburg hat sich im Fall «S» dann allerdings nur auf die Ausführungen des Sachverständigen abgestützt (LG Hamburg vom 26. Februar 2015, ZUM 2015, 703).

¹⁴⁶ Das hängt u. a. auch damit zusammen, ob von einer Rechts- oder Tatfrage ausgegangen wird (im Einzelnen dazu SENN, Rechtsfigur [Fn. 141], 22 [m.w.H.]).

¹⁴⁷ Vgl. das Beispiel bei HARTMANN (Fn. 6), 65.

¹⁴⁸ OLG Frankfurt/M vom 26. Mai 2015, «Bedienungsanleitung», ZUM 2015, 813.

¹⁴⁹ So aber der BGH vom 16. April 2015, «Goldrapper», GRUR 2015, 1189 [N 64 f.].

Für das BVerfG ist eine «kunstspezifische Betrachtung» erforderlich (BVerfG vom 31. Mai 2016, «Metall auf Metall», ZUM 2016, 626, N 99; dazu R. PODSZUN, Postmoderne Kreativität, ZUM 2016, 606, 609).

IV. Werk-adäquate Kriterien

1. Qualitativer Ansatz und Rezeptionsvorgang

Es geht nicht darum, den Begriff der Individualität je nach Werkkategorie unterschiedlich auszulegen bzw. abzustufen¹⁵⁰, denn dieser bleibt grundsätzlich gleich (und wurde im Einleitungsteil unter Ziff. III.1 beschrieben). Die Unterscheidung ist vielmehr auf der Ebene der jeweiligen Werkkategorie mittels des für diese Kategorie spezifischen Kriterien vorzunehmen¹⁵¹. Das soll nachfolgend anhand ausgewählter Werkkategorien aufgezeigt werden. Grundsätzlich geht es dabei um einen dem jeweiligen Werk gegenüber adäquaten Rezeptionsvorgang¹⁵².

Das Heranziehen von werk-adäquaten Kriterien bedeutet ein Vorgehen aufgrund eines *qualitativen Ansatzes*¹⁵³. Dieser kann dabei selbstredend nicht aus einer künstlerischen Qualität – im Sinne eines ästhetischen Wertes oder gar einer ästhetischen Wertung von «schön/nicht schön»¹⁵⁴ – abgeleitet

¹⁵⁰ Vgl. das entsprechende Postulat bei SOMMER/GORDON, Individualität (Fn. 61), 300. Dort wird allerdings lediglich eine Unterscheidung im Grad der Anforderungshöhe der Individualität dargestellt.

¹⁵¹ Vgl. auch E.-M. KÖNIG, Der Werkbegriff in Europa, Tübingen 2015, 349.

¹⁵² In diesem Sinne auch BARRELET/EGLOFF (Fn. 44), URG 2 N 8, die vom «entsprechenden Werkumfeld» sprechen (bezugnehmend auf Dessemontet [Fn. 140], 118); vgl. dazu bereits SENN, Satire (Fn. 40), 58 f. und 92 f. (m.w.H.).

¹⁵³ Gl. M. THOUVENIN, Gestaltungsspielraum (Fn. 25), 71, wonach das Element der Besonderheit «qualitativer Natur» sei. HILTY spricht von einer «qualitativen Betrachtung» bei der Prüfung des individuellen Charakters (HILTY, «Bildungssoftware» [Fn. 93], 706); ähnlich auch schon STRAUB (Fn. 52), 1, 8; siehe auch SENN, Fotografie (Fn. 35), 150.

Ein *quantitativer Ansatz* käme dem gegenüber beim Erfordernis der sog. Einmaligkeit zum Tragen, soweit man sich auf jene Formel abstützen möchte (siehe dazu THOUVENIN, Gestaltungsspielraum [Fn. 25], 70).

¹⁵⁴ Wie häufig missverstanden wird, vgl. zum Begriff Ästhetik SENN, Satire (Fn. 40), 29 (m.w.H.).

werden, da diese anerkanntermassen nicht Gegenstand der urheberrechtlichen Individualität ist¹⁵⁵. Vielmehr sind die spezifischen formal-ästhetischen Kriterien massgebend und damit die objektiven Aspekte zur Beurteilung von künstlerisch-gestalterischen Kreationen¹⁵⁶. Es sind somit die jeweiligen werk-adäquaten Kriterien auf die konkreten Werkkategorien – bzw. genauer: der konkreten Werke und ihrer kunst- oder gestaltungsspezifischen Kriterien¹⁵⁷ – anzuwenden. Im Ergebnis ist der Gesamteindruck, der die wesentlichen Kriterien mitberücksichtigt, ausschlaggebend¹⁵⁸.

2. Selbstreferenzielle Kriterien

Wie eben dargelegt, bilden die jeweiligen werk-adäquaten Kriterien den Massstab für die Beurteilung des individuellen Charakters eines Werkes. Diese stellen die Instrumentarien dar, sind aber in einem dynamischen Kunstsystem selbstredend nicht ausschliesslich gültig, da und soweit ein Künstler in seinem Werk eigene (neue) Massstäbe und damit neue formal-ästhetische Kriterien¹⁵⁹ setzt, nämlich beispielsweise indem er sich bewusst von hergebrachten Stilkriterien abwendet und diese Normabkehr zu einer «Anti-Norm» wird¹⁶⁰. Es liegt dabei an der Erfahrung des sachverständigen Publi-

kums¹⁶¹, diese neuen Kriterien zu erkennen, was u.U. aus einem avantgardistischen Gesichtspunkt zu beurteilen ist. Das Werk kann demzufolge von äusseren Zwecken und Normen gänzlich losgelöst sein und seine eigene Ästhetiknormen aus sich selbst heraus entwickeln¹⁶².

3. Kriterien nach Werkkategorien (Auswahl)

Der dritte Prüfungsschritt findet auf der Ebene der Werkkategorien bzw. anhand der konkreten Werke selbst statt. Die Zugehörigkeit eines Werkes zu einer Werkkategorie ist dabei lediglich ein erster Hinweis, da innerhalb dieser Unterkategorien bestehen können. Es ist also die einzelne Unterkategorie relevant, und innerhalb dieser wiederum die Stilrichtung etc. In diesem Sinne wäre eher von Kriterien nach *Werkarten* zu sprechen. Damit ist zum anderen auch gesagt, dass nicht die kategoriale Zuordnung entscheidend ist, sondern das konkrete Werk und dessen formal-ästhetische Regeln¹⁶³. Bei Werken, die nicht nur einer Werkkategorie zugeordnet werden können, sind dementsprechend auch jene Kriterien heranzuziehen, die weiter infrage kommen¹⁶⁴. Welches solche werk-adäquaten Kriterien sind, wird nachfolgend anhand ausgewählter Werkkategorien beispielhaft aufgezeigt.

a) Architektur

Die Werkkategorie *Werke der Baukunst* (URG 2 Abs. 2 lit. e) umfasst hauptsächlich

lich architektonische Bauwerke¹⁶⁵, weshalb hier die in diesem Sinne verstandene Bezeichnung *Architektur* verwendet wird. Kunsttheoretisch lässt sich das *architektonische Grundprinzip* auf VITRUV zurückführen, wonach sich Architektur über die drei Hauptmerkmale Stabilität, Zweckmässigkeit und Anmut definiert¹⁶⁶. Das letzte Merkmal weist auf die ästhetische Präferenz hin, der – im Gegensatz zum «schlichten, unpräzisen Bauen» – eine künstlerische Gestaltung zugrunde liegt¹⁶⁷. Die «Anmut» ist auch der Ansatzpunkt für die Beurteilung der Individualität, da sich die beiden anderen Merkmale – folgt man dem nach wie vor gültigen Ansatz von VITRUV – auf die rein baulichen Aspekte beziehen.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt für die Individualität eines Bauwerkes offenbar eine «relative und teilweise Neuschöpfung»¹⁶⁸. Abgesehen von diesem fachfremden, wohl von KUMMER eingeführten Terminus «Neuschöpfung»¹⁶⁹ beschränken sich Rechtsprechung und Literatur auf die allgemeinen Ausführungen zur urheberrechtlichen Indivi-

¹⁵⁵ Vgl. auch STRAUB (Fn. 52), 8.

¹⁵⁶ Vgl. SENN, *Fotografie* (Fn. 35), 136, 138; ferner THOUVENIN, *Gestaltungsspielraum* (Fn. 25), 71; MIJATOVIC, *Schutzvoraussetzungen* (Fn. 19), 432.

¹⁵⁷ Teilweise ist auch von *Gestaltungselementen* der (konkreten) Werke die Rede (vgl. STRAUB [Fn. 52], 8). Bei «gemischten (hybriden) Werken», also solchen, die nicht nur einer Werkkategorie zuzuordnen sind, kommen entsprechend verschiedene Kriterien zur Anwendung.

¹⁵⁸ Siehe dazu Ziff. III.5.

¹⁵⁹ Vgl. HÄSELER (Fn. 10), 649.

¹⁶⁰ Diese (neue) Normsetzung wurde im Übrigen von KANT als Teil der Genialität gesehen (vgl. dazu SENN, *Satire* [Fn. 40], 119 f.).

¹⁶¹ Siehe dazu Ziff. III.8.

¹⁶² So schon K. PH. MORITZ, *Über den Begriff der in sich selbst Vollendeten*, Berlin 1785; vgl. dazu PUDELEK (Fn. 18), 549, der MORITZ als «Gründer der Kunstwerkästhetik» bezeichnet.

¹⁶³ Siehe dazu Ziff. IV.1.

¹⁶⁴ Vgl. auch Fn. 157.

¹⁶⁵ Ausserhalb des herkömmlichen Verständnisses von Architektur zählen zu Werken der Baukunst beispielsweise auch bauliche Innengestaltungen, Bühnenbilder und Filmkulissen (vgl. P. MOSIMANN, in: P. Mosimann/M.A. Renold/A. Raschèr [Hg.], *Kultur, Kunst, Recht* [KKR], Basel 2009, 581).

¹⁶⁶ VITRUV [Vitruvius Pollio], *De architectura libri decem*, Rom, etwa 22 v.C., in der Übersetzung von C. Fensterbusch, Zehn Bücher über Architektur, Darmstadt 1964, 78 ff.; vgl. dazu C. FELDTKELLER, *Architektur*, in: K.-H. u.a. (Hg.), *Ästhetische Grundbegriffe* [ÄGB], Bd. 1, Stuttgart 2000, 293; S. WENGER BERGER, *Architektur und immaterielle Rechte*, Bern 2010, 5.

¹⁶⁷ FELDTKELLER (Fn. 166), 286 f.; so auch MOSIMANN (Fn. 165), 582; WENGER BERGER (Fn. 166), 5; VON BÜREN/MEER (Fn. 39), N 313.

¹⁶⁸ BGE 142 III 387 ff. E.3.1, «Terrassen», (siehe auch sic! 2016, 446), m.H. auf BGE 125 III 328 ff. E.4b, «Devanthéry» und weiteren; vgl. dazu BARRELET/EGLOFF (Fn. 44), URG 2 N 17.

¹⁶⁹ Vgl. zu dieser Problematik Ziff. III.4.

dualität¹⁷⁰. Sie befassen sich nicht oder kaum mit den massgebenden werk-adäquaten Kriterien, die für Architektur gelten. Die Individualität liesse sich aber anhand dieser Kriterien weit substantieller beurteilen, denn diese bilden als formal-ästhetische Kriterien den fachlichen Prüfungsmaassstab.

Als die hauptsächlichen und anerkannten werk-adäquaten Kriterien für Architektur werden in Fachkreisen die nachfolgend aufgeführten angewandt. Es geht dabei, wie eingangs erwähnt, grundsätzlich um die architektonischen Gestaltungsmittel und Gestaltungsmöglichkeiten. Dazu gehören u. a. die Form als solche mit ihren Proportionen (Symmetrie), die verwendeten Bauelemente, die Verteilung der Baumassen und die Einbindung in die Umgebung¹⁷¹, aber auch – und entgegen teilweise vertretener Meinung – die Anordnung einzelner Gestaltungselemente, wie beispielsweise die Fassadengestaltung¹⁷². Vereinzelt wurde auch die Farbe als Gestaltungselement beschrieben¹⁷³. Zudem können auch jene (allgemeinen) Kriterien herangezogen werden, die bei der bildenden Kunst massgeblich sind, nämlich Formensprache, Baustil/Stil-

elemente, Kontraste (Spannung zwischen Motiven¹⁷⁴ und Formelementen).

Ergänzend können für Bauwerke die Kriterien der Denkmalpflege herangezogen werden, indem und soweit architektonischen Bauten eine «Zeugenschaft»¹⁷⁵ in historischer, baugeschichtlicher oder städtebaulicher Hinsicht attestiert werden kann. Dabei geht die Unterschutzstellung nach den Regeln der Denkmalpflege selbstredend noch nicht mit der Feststellung der Werkqualität einher¹⁷⁶. Immerhin kommt den Baudenkmalern eine (in diesem Sinne denkmalschützerische) Kennzeichnungswirkung zu.

Gelangt man in der Gesamtbetrachtung unter Anwendung der massgebenden Kriterien beim zu beurteilenden Bauwerk zum Schluss, dass diesem das individuelle Gepräge fehlt, kommt diesem Objekt keine Werkqualität zu. Es könnte sich – um es mit TROLLER prägnant zu formulieren – um eine «ästhetisch indifferente Zweckkonstruktion»¹⁷⁷ handeln.

b) Fotografien

Fotografien gehören grundsätzlich der Werkkategorie der Bildmedien gemäss URG 2 Abs. 2 lit. g an. Das Besondere der Fotografie ist allerdings ihre zweifache Erscheinung, nämlich als Abbild und Medium zugleich¹⁷⁸. So einfach der Umgang mit einer Fotografie auf den

ersten Blick erscheinen mag, so differenziert ist ihr individueller Charakter daher zu beurteilen.

Aufgrund der doch relativ komplexeren Ausgangslage ist eine Fotografie zudem nicht in jedem Fall der Werkkategorie der Bildmedien (URG 2 Abs. 2 lit. g) zuzuordnen, sondern gegebenenfalls als (fotografisches) *Bild* der Werkkategorie der bildenden Kunst – oder gar einer anderen¹⁷⁹. Die Individualität ist jedoch auch hier wie sonst grundsätzlich gleich (hoch) anzusetzen¹⁸⁰. Es wäre im Übrigen auch nicht ersichtlich, weshalb an die Individualität «nicht zu hohe Anforderungen zu stellen»¹⁸¹ seien.

Als allgemeine formale Kriterien gelten für die Fotografie insbesondere die Wahl der gestalterischen Elemente, die konkrete Anordnung der einzelnen Bildkomponenten (wie Bildausschnitt), der Zeitpunkt des Auslösens, die Auswahl und Anordnung der abgebildeten Objekte sowie die fototechnischen Mittel (u. a. Blende, Belichtungszeit, Filter)¹⁸². Diese Auflistung ist selbstredend nicht abschliessend¹⁸³ und angesichts der heutigen digitalen Bearbeitungsmöglichkeiten teilweise auch nicht mehr aktuell.

c) Musikwerke

Als eigenständige Werkkategorie führt Art. 2 Abs. 2 URG Werke der Musik und

¹⁷⁰ Siehe dazu Ziff. III.1.

¹⁷¹ Auch mit (relativer oder absoluter) *Ortsbezogenheit* bezeichnet (vgl. z.B. OLG Frankfurt a.M. vom 12. Juli 2016, «Dach-Plasti», KUR 2017, 18).

Dieses Kriterium ist nur bedingt geeignet, da die urheberrechtliche Individualität generell am Werk selbst abzulesen ist und damit losgelöst von der sich u.U. verändernden Umgebung. Soweit am Werk selbst ein Bezug zur Umgebung erkennbar ist, kann dieses Kriterium greifen.

¹⁷² A.-A. WANDTKE/I. CZERNIK, Der urheberrechtliche Integritätsschutz von Bau(kunst-) Werken, GRUR 2014, 835, 836; SCHRICKER/LOEWENHEIM (Fn. 39), UrhG 2 N 177 (m.H. auf die dt. Rechtsprechung).

¹⁷³ Z.B. von Le Corbusier (Charles Edouard Jeanneret), *Polychromie architecturale*, in der Ausgabe von A. RÜEGG (Hg.), *Farbenklaviaturen von 1931 und 1959*, 3. Aufl., Basel 2015, Bd.1, 94 ff.

¹⁷⁴ Vgl. dazu LG Berlin vom 28. November 2006, «Berlin Hauptbahnhof», GRUR 2007, 964, 966.

¹⁷⁵ Vgl. zu (Zürcher) PBG 203 I lit. c.

¹⁷⁶ Unzutreffend daher die Aussage «Baudenkmalmer sind Werke» (nach Art. 2 URG), vgl. A. RASCHÈR/G. SCARTAZZINI/CH. WINZELER, *Denkmalpflege*, in: A. Raschèr/M. Senn (Hg.), *Kulturrecht – Kulturmarkt*, Zürich 2012, 64.

¹⁷⁷ A. TROLLER, *Das Urheberrecht an Werken der Architektur*, ZBJV 1945, 369, 375; vgl. dazu WENGER BERGER (Fn. 166), 39, sowie BGE 117 II 466 ff. E. 2b, «Rapperswil-Jona», (m.W.H.).

¹⁷⁸ Eingehend dazu SENN, *Fotografie* (Fn. 35), 138 (m.W.H.).

¹⁷⁹ Siehe dazu die differenzierte Darstellung bei SENN, *Fotografie* (Fn. 35), 142 ff. (m.W.H.).

¹⁸⁰ Anstelle vieler THOUVENIN/BIRCHER/FISCHER (Fn. 31), 93; SENN, *Fotografie* (Fn. 35), 148.

¹⁸¹ So aber R. VON BÜREN/E. MARBACH/P. DUCREY, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl., Bern 2008, N 262. Vgl. zu dieser Frage die Ziff. III.1.

¹⁸² BGE 130 III 168 ff. E.4.5, «Marley» und 130 III 714 ff. E. 2.1, «Meili»; vgl. dazu SENN, *Leitentscheide* (Fn. 39), 245; SENN, *Fotografie* (Fn. 35), 152 f. (m.W.H.); THOUVENIN, *Gestaltungsspielraum* (Fn. 25), 72.

¹⁸³ THOUVENIN, *Gestaltungsspielraum* (Fn. 25), 72, m.H. auf das BGer (siehe Fn. 182).

andere akustische Werke auf (lit. b¹⁸⁴). In der Musik besteht bekanntlich ein sehr weiter Spielraum für die individuelle Ausdruckskraft und damit den Gestaltungsspielraum. Dieser ist abhängig von den musikalischen Lehren und Gestaltungsmitteln. Letztere bilden die werk-adäquaten Kriterien¹⁸⁵ zur Beurteilung der Individualität von Musikwerken.

Die wesentlichen Gestaltungsmittel bzw. Ordnungsprinzipien¹⁸⁶ musikalischer Werke sind Harmonie, Melodik, Rhythmus, Tonalität, Klangfarbe, Artikulierung, Tempo, Phrasierung, Instrumentierung¹⁸⁷. Als grundlegende Ordnungen gelten der Rhythmus (Rhythmik) und die Harmonie (Harmonik) als Ordnung der Bewegung oder der Zeit bzw. Ordnung der Töne¹⁸⁸.

Für die Schutzfähigkeit einer Komposition ist nebst diesen einzelnen Gestaltungsmitteln auch der Gesamteindruck und damit das Zusammenspiel

der Gestaltungsmittel massgebend¹⁸⁹. Ob sogar einzelnen «Sequenzen» eine Individualität zukommt, hängt auch hier vom Einzelfall ab¹⁹⁰.

d) Sprachwerke

Die Untersuchung richtet sich innerhalb der Werkkategorie Sprachwerke (Art. 2 Abs. 2 lit. a URG) auf die sog. Schriftwerke (nachstehend mit – schriftlich gemeintem – «Text» bezeichnet). Dem Untersuchungsgegenstand gemäss, geht es dabei nicht um die Auflistung von verschiedenen «Erscheinungsformen»¹⁹¹ von Schriftwerken, sondern um die für die jeweilige Art (Textsorte¹⁹²) spezifischen Kriterien. Denn es reicht für unsere Fragestellung noch nicht, festzustellen, dass «einzelne Worte in der Regel nicht individuell» seien, «reine Neuschöpfungen und Fantasiegebilde [...] jedoch das Erfordernis der Individualität erfüllen» würden¹⁹³, da dies keine Kriterien darstellen, sondern eine bereits auf den konkreten Sachverhalt (hier: Text¹⁹⁴) direkt angewandte Subsumtion der Individualität bedeutet.

Die hauptsächlichlichen *Gestaltungselemente* für Texte sind selbstredend die

sprachlichen Grundelemente¹⁹⁵ sowie die Komposition der Worte, die eine (perfekte) Einheit von Sinn und Form, von Bildern und Gedanken mit sprachlichem Rhythmus und Klang hervorbringen können¹⁹⁶. Etwas einfacher ausgedrückt und auf ihre rein *formale* Gestaltung bezogen, sind dementsprechend Wortwahl sowie Wort- und Satzfolge und damit der Aufbau gemeint¹⁹⁷. Auf der inhaltlichen Ebene kommen als Gestaltungselemente die Handlung, die Figuren und die Szenerie in Frage¹⁹⁸.

Die urheberrechtlich relevante Ausdrucksstärke ist auch im *geistigen Gehalt* (nicht: «geistige Schöpfung») der Textstelle abzulesen, womit beispielsweise ein Ersatz mit einem Synonym den geistigen Gehalt beeinträchtigen könnte¹⁹⁹. Damit gelangt man zur Frage der Wirkung eines Austausches von Worten. Deren Beantwortung geht dabei über die formal-ästhetische Ebene hinaus auf eine inhaltliche Ebene, wie sie eben beim Gestaltungselement der Komposition erwähnt wurde. Das lässt die Gesamtbeurteilung zugegebenermassen komplexer werden, da die sprach- und literaturwissenschaftlichen Grundregeln nicht ausser Acht gelassen werden können. Immerhin ist als Faustregel festzuhalten, dass einer sog. Alltagssprache resp. Gebrauchssprache – im Gegensatz zur Literatursprache – i.d.R. nur in Ausnahmefällen ein individueller Charakter zukommen dürfte. Ähnlich ist es bei den Fotografie-Typen Kunstfoto und sog. Schnappschuss²⁰⁰, wobei hier wie dort nicht die typologische Zuordnung, sondern die konkrete Beurteilung aufgrund der

¹⁸⁴ Die nachfolgenden Ausführungen fokussieren sich auf die erste Unterkategorie, da der zweiten («andere akustische Werke») kaum praktische und rechtliche Relevanz zukommt.

¹⁸⁵ Teilweise auch als «genrespezifische Aspekte» bezeichnet (vgl. BVerfG vom 31. Mai 2016, «Metall auf Metall», ZUM 2016, 626, N 99; dazu PODSZUN [Fn. 149], 608).

¹⁸⁶ Die Systematik ist in den verschiedenen Publikationen sehr unterschiedlich; so wird beispielsweise von «Elementen» (vgl. z.B. H.J. HOMANN, Praxishandbuch Musikrecht, Berlin 2007, 9) und «Kriterien» bzw. «Systemen» (vgl. R. AMON, Lexikon der musikalischen Form, Wien 2011, 161, 306) gesprochen.

In dieser Arbeit werden Systematik und Terminologie des (deutschsprachigen) Standardwerkes übernommen, nämlich jene des «MGG» (Musik in Geschichte und Gegenwart, im Folgenden zitiert nach Band, Jahr und Spalte).

¹⁸⁷ Vgl. HOMANN (Fn. 186), 162; VON BÜREN/MEER (Fn. 39), N 265; KUMMER (Fn. 25), 142, P. WEGENER, Musik & Recht, 2. Aufl., München 2004, 15; SCHRICKER/LOEWENHEIM (Fn. 39), UrhG 2 N 147; LG Hamburg vom 26. Februar 2015, ZUM 2015, 699.

¹⁸⁸ MGG (vgl. Fn. 186), Bd. 8, 1998, 257.

¹⁸⁹ HOMANN (Fn. 186), 9; SCHRICKER/LOEWENHEIM (Fn. 39), UrhG 2 N 145.

¹⁹⁰ Vgl. dazu den langjährigen Fall «Metall auf Metall», bei dem es um die Übernahme einer «zweisekündigen [sic!] Rhythmussequenz» aus dem titelgebenden Musikstück der Popband Kraftwerk im Song «Nur mir» von Sabrina Setlur im Jahre 1997 (!) ging (BVerfG vom 31. Mai 2016, ZUM 2016, 626). Der Entscheid ist nicht unbestritten (vgl. dazu beispielsweise M. STIEPER, Anmerkung, ZUM 2016, 637; PODSZUN [Fn. 149], 606).

¹⁹¹ Vgl. dazu die gute Übersicht bei VON BÜREN/MEER (Fn. 39), N 200 ff.; KUMMER (Fn. 25), 81 ff.

¹⁹² So ist z.B. ein juristischer Text eine Textsorte (vgl. E.-U. GROSSE, Textsorten, in: A. Nünning (Hg.), Metzler Lexikon Literatur und Kulturtheorie, 5. Aufl., Stuttgart 2013, 744).

¹⁹³ So die von mehreren Autoren wiedergegebene Argumentation von KUMMER (Fn. 25), 81 (siehe beispielsweise VON BÜREN/MEER [Fn. 39], N 207; GORDON [Fn. 106], 389).

¹⁹⁴ Zum Text als sprachlichen Sachverhalt vgl. eingehend SENN, Satire (Fn. 40), 97 ff.

¹⁹⁵ Vgl. KUMMER (Fn. 25), 82 (ohne diese zu benennen).

¹⁹⁶ Vgl. H. HABERSTUMPF, Anmerkung zu OLG Frankfurt a.M., ZUM 2012, 159, 160.

¹⁹⁷ Vgl. z.B. A. NORDEMANN, in: U. Loewenheim (Hg.), Handbuch Urheberrecht, 2. Aufl., München 2010, UrhG 9 N 13.

¹⁹⁸ Vgl. NORDEMANN (Fn. 197), UrhG 9 N 14 m.H. auf die Rechtsprechung des BGH.

¹⁹⁹ Vgl. HABERSTUMPF (Fn. 196), 160.

²⁰⁰ BGE 130 III 168 ff. E.4.5, «Marley».

werk-adäquaten Kriterien massgebend ist²⁰¹.

V. Fazit

Den individuellen Charakter eines Werkes zu ergründen, ist sicherlich eine der komplexeren Herausforderungen im Bereich des Urheberrechts. Es wurden dazu schon verschiedene Ansätze zu einem schematischen Beurteilungsverfahren unternommen. Diese erscheinen nach der hier vertretenen Ansicht noch nicht hinreichend verwendungsfähig, weshalb ein neuer Ansatz zu einem methodischen Vorgehen vorgeschlagen wird²⁰². Diese Methode dient der Beurteilung des individuellen Charakters eines Werkes und gliedert sich in vier Schritte (4-Schritte-Verfahren):

1. Beurteilung des individuellen Charakters gemäss Rahmendefinition (vgl. Ziff. III.3)
2. Zuordnung zu einer Werkkategorie (vgl. Ziff. IV.3)
3. Prüfen der Gestaltungselemente der Individualität anhand der spezifischen werk-adäquaten Kriterien der Werkkategorie (vgl. Ziff. IV.3)

4. Gesamtbeurteilung aus der Sicht des relevanten Publikums (massgebender Personenkreis, vgl. Ziff. III.8 und IV.1)

Das methodische Vorgehen nach dem 4-Schritte-Verfahren läuft kurz beschrieben folgendermassen ab: In einem ersten Schritt ist eine Subsumtion allgemein-abstrakter Art vorzunehmen, wonach zu beurteilen ist, ob dem infrage stehenden Werk²⁰³ grundsätzlich ein individueller Charakter nach der Rahmendefinition zukommt (1. Stufe). Soweit nicht schon hier festzustellen ist, dass dem vorliegenden Werk offensichtlich eine Individualität fehlt²⁰⁴, ist in einem Zwischenschritt die Werkkategorie festzulegen (2. Stufe), um eine Beurteilung nach den dafür massgebenden werk-adäquaten Kriterien vorzunehmen (3. Stufe). Die abschliessende Gesamtbeurteilung hat aus der Perspektive des relevanten Personenkreises zu erfolgen (4. Stufe).

Dieses methodische Vorgehen ist seiner Anlage nach interdisziplinär ausgerichtet, da es sich auch auf Erkenntnisse ausserrechtlicher Disziplinen abstützen hat, indem hinsichtlich der werk-adäquaten Kriterien das jeweilige Fachwissen (Schritt 3) und gegebenenfalls rezeptionsspezifische Grundlagen (Schritt 4) einzufließen haben²⁰⁵.

aufgezeigt, welche Bedeutung und welchen Hintergrund die Individualität hat. Die allgemeine Umschreibung als «Summe der Eigenschaften und Merkmale, welche die Besonderheit eines Objektes ausmachen», hilft bei der rechtlichen Beurteilung zur Werkqualität jedoch noch nicht viel weiter – genauso wenig wie die versuchsweise Ersetzung mit Synonymen wie Originalität, Eigenart oder Einmaligkeit. Zu diesen verwandten Begriffen wird daher zuerst eine klare Abgrenzung aufgezeigt. Ausgehend von der empirischen Erkenntnis, dass die für die Individualität notwendige Überdurchschnittlichkeit nur bei 2% aller Erzeugnisse erreicht wird, ist zu beachten, dass das Schutzniveau auf einer entsprechend angemessenen Höhe anzusetzen ist.

Diese beiden Prämissen im Auge behaltend, ist das Vorliegen der Voraussetzung des individuellen Charakters ausgehend von der allgemeinen Umschreibung in einem nächsten Schritt aufgrund der jeweils werk-adäquaten Kriterien zu prüfen. Wie diese Beurteilung erfolgen kann, wird vorliegend anhand der spezifischen Kriterien bei vier ausgewählten Werkkategorien beschrieben. Schliesslich ist die Individualität nach dem wie sonst im Immaterialgüterrecht geltenden Grundsatz der objektivierten Beurteilung eines Rechtsbegriffes vorzunehmen, indem der für die jeweilige Werkkategorie massgebende Personenkreis heranzuziehen ist.

Wie die Gesamtbeurteilung nach dem hier vorgeschlagenen methodischen Vorgehen vorzunehmen ist, wird in diesem Beitrag in einem 4-Schritte-Verfahren näher beschrieben.

Résumé

À partir de connaissances historiques et théoriques, la présente contribution montre la portée et la signification de l'individualité. Cependant, une définition générale comme «somme des propriétés et des caractéristiques qui constituent la particularité d'un objet» n'est pas d'un

²⁰¹ SENN, Fotografie (Fn. 35), 149 (m.w.H.).

²⁰² Es würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen, diese aufzuzeigen, weshalb beispielhaft nur drei erwähnt werden können:

THOUVENIN schlägt in seinem Ansatz einer differenzierten Individualität einen ähnlich abgestuften Prüfungsvorgang vor (THOUVENIN, Gestaltungsspielraum [Fn. 25], 69 ff.). Der Ansatz von WILD wird in Fn. 117 erwähnt.

Ein aktueller Ansatz stammt von KÖNIG (Fn. 151), 373 und 384, wonach gemäss deren «dreistufigem Filtermechanismus» zuerst auf der ersten Ebene (teilweise auch als Stufe oder Sphäre bezeichnet) eine Zuordnung zum infrage stehenden Schutzrecht vorzunehmen ist, danach auf der zweiten Ebene eine «Zuordnung des Schutzgegenstandes zum Urheberrecht» erfolgen soll und schliesslich auf der dritten Ebene die «Originalität als Binnenkriterium» zu prüfen sei.

Zusammenfassung

Ausgehend von begriffstheoretischen und -historischen Erkenntnissen wird

²⁰³ Mit *Werk* ist hier – zu diesem Zeitpunkt des Prüfungsverfahrens – noch nicht der urheberrechtliche Terminus gemeint, sondern ein Erzeugnis.

²⁰⁴ Indem beispielsweise eindeutig bereits gleiche oder weitgehend ähnliche Formen/Gestaltungen existieren.

²⁰⁵ Die beispielhafte Darlegung dieser Methode kann im Rahmen dieses Beitrags (aus Platzgründen) nicht erfolgen; Anschauungsbeispiele werden hinsichtlich Fotografien aber bei SENN, Fotografie (Fn. 35), 150 ff., aufgezeigt.

grand secours pour évaluer juridiquement la qualité d'œuvre, tout comme la tentative de remplacer la notion d'individualité par des synonymes comme originalité, particularité ou singularité. C'est pourquoi la présente contribution opère d'abord une nette délimitation par rapport à ces concepts. En partant d'une conclusion empirique selon laquelle 2% seulement de tous les produits atteignent la qualité de «supérieur à la moyenne»

nécessaire à l'individualité, il convient de fixer le degré de protection à un niveau approprié.

En gardant ces deux prémisses à l'esprit, il convient de vérifier dans un deuxième temps l'existence d'un caractère individuel en partant d'une description générale sur la base des critères appropriés. La manière de procéder à cette appréciation est décrite ci-dessus à l'aide de critères spécifiques propres à quatre ca-

tégories d'œuvres choisies. Enfin, comme pour les autres droits de propriété intellectuelle, l'individualité est appréciée de manière objectivée, ce qui implique de se référer au cercle de personnes pertinent pour chaque catégorie d'œuvre.

Cette contribution décrit plus précisément à l'aide d'une procédure en 4 étapes la manière dont l'appréciation générale doit être effectuée selon cette méthode.