

Autor	Florent Thouvenin
Titel	Irrtum: Je kleiner der Gestaltungsspielraum, desto eher sind die Schutzvoraussetzungen erfüllt
Buchtitel	Populäre Irrtümer im Urheberrecht Festschrift für Reto M. Hilty
Jahr	2008
Seiten	61-73
Herausgeber	Mathis Berger, Sandro Macciachini
ISBN	978-3-7255-5577-2
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

Irrtum: Je kleiner der Gestaltungsspielraum, desto eher sind die Schutzvoraussetzungen erfüllt

Florent Thouvenin*

61

Wichtigste Fundstellen

Reto M. Hilty, "Hobby-Kalender", Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts vom 19. August 2002, sic! 2003, 29-31; Max Kummer, Das urheberrechtlich schützbares Werk, Bern 1968, Ivan Mijatovic, Kreativität als Voraussetzung für den urheberrechtlichen Schutz von Geisteserzeugnissen, Zürich 2005; ders., Ein Werk erfüllt die Schutzvoraussetzungen, wenn es vogelig genug ist, sic! 2006, 435-440; Brigitte I. Sommer/Clara-Ann Gordon, Individualität im Urheberrecht - einheitlicher Begriff oder Rechtsunsicherheit? sic! 2001, 287-303; Wolfgang Straub, Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts, GRUR Int. 2001, 1-8; Robert M. Stutz, Das originelle Design: eigenartig genug, um individuell zu sein? sic! 2004, 3-13; Alois Troller, Immaterialgüterrecht, Band I, 3. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1983; Gregor Wild, Die künstlerische Darstellung und ihre Abgrenzung zum urheberrechtlichen Werkschaffen, Freiburg 2001; ders., Von der statistischen Einmaligkeit zum soziologischen Werkbegriff, Zum 35-jährigen Publikationsjubiläum von Max Kummers "Das urheberrechtlich schützbares Werk", sic! 2004, 61-67.

62

I. Der entlarvte Irrtum

Urheberrechtlich geschützt sind geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter¹. Nach einer vom Bundesgericht bereits in den sechziger Jahren entwickelten und im "Le Corbusier"-Entscheid erstmals besonders griffig formulierten Lehre, sind an das Mass der geistigen Leistung, an den Grad der erforderlichen Individualität nicht stets gleich hohe Anforderungen zu stellen; vielmehr gilt: "Das verlangte individuelle Gepräge hängt (...) vom Spielraum des Schöpfers ab; wo ihm von vornherein der Sache nach wenig Raum bleibt, wird der urheberrechtliche Schutz schon gewährt, wenn bloss ein geringer Grad selbständiger Tätigkeit vorliegt"².

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich.

¹ Art. 2 Abs. 1 URG.

² BGE 113 II 196 "Le Corbusier".

Diese Formel hat sich in Literatur³ und Rechtsprechung⁴ längst zum Standard entwickelt. Reflektiert wurde sie kaum - begründet nie. Seine Popularität

63

verdankt der Irrtum vor allem drei durchwegs zweifelhaften Vorzügen: Erstens lässt sich die Formel elegant ins Feld führen, um die Klippe der Individualität auf Wunsch und nach Belieben zu umschiffen. Zweitens sagt die Floskel über den Grad der reduzierten, aber dennoch erforderlichen Individualität nichts aus und bleibt damit letztlich inhaltsleer, was sie als Argument besonders tauglich macht. Vor allem aber handelt es sich drittens um eine griffige, intuitiv unmittelbar einleuchtende Formulierung, die zunächst kaum zum Nachdenken anregt.

Der Jubilar hat die bundesgerichtliche Formel längst als Irrtum entlarvt. In einer Anmerkung zum "Hobby-Kalender"-Entscheid des Bundesgerichts setzte er sich in einer Weise kritisch mit ihr auseinander, die für sein Schaffen bezeichnend ist. Ein Vergleich mit dem Patent- und Designrecht, ein Blick auf das europäische Rechtsumfeld und ein Verweis auf die um eine spezifische Begründung im Einzelfall bemühte deutsche Rechtsprechung führen ihn zum Schluss, dass der floskelartige Gebrauch des bundesgerichtlichen Standardsatzes der notwendigen sachlichen Grundlage entbehrt und die Formel deshalb im Sinne der von ihm grob skizzierten Überlegungen nochmals kritisch zu hinterfragen sein wird⁵. Diese Aufforderung des Jubilars sei Anlass, nachfolgend einige weiterführende Überlegungen anzustellen.

64

II. Die falschen Prämissen

1. Die Individualität ist keine absolute Grösse

Der Irrtum, wonach die Anforderungen an den individuellen Charakter eines Werkes geringer sein sollen, wenn der Spielraum des Schöpfers der Sache nach beschränkt ist, beruht auf der Prämisse, der Inhalt der urheberrechtlichen Schutzvoraussetzung der Individualität sei für alle Werkgattungen dieselbe. Die Individualität ist aber eine absolute Grösse. Denn nur unter der Annahme eines maximal sich vorzeigebaren, absoluten Grösse ist es vernünftig, 2002 "Hobby-Kalender" die Anforderungen an die Individualität in bestimmten Konstellationen etwa bei geringerem Gestaltungsspielraum gegenüber anderen Vorgaben zu verringern.

Der Irrtum, wonach die Anforderungen an den individuellen Charakter eines Werkes geringer sein sollen, wenn der Spielraum des Schöpfers der Sache nach beschränkt ist, beruht auf der Prämisse, der Inhalt der urheberrechtlichen Schutzvoraussetzung der Individualität sei für alle Werkgattungen dieselbe. Die Individualität ist aber eine absolute Grösse. Denn nur unter der Annahme eines maximal sich vorzeigebaren, absoluten Grösse ist es vernünftig, 2002 "Hobby-Kalender" die Anforderungen an die Individualität in bestimmten Konstellationen etwa bei geringerem Gestaltungsspielraum gegenüber anderen Vorgaben zu verringern.

Der Irrtum, wonach die Anforderungen an den individuellen Charakter eines Werkes geringer sein sollen, wenn der Spielraum des Schöpfers der Sache nach beschränkt ist, beruht auf der Prämisse, der Inhalt der urheberrechtlichen Schutzvoraussetzung der Individualität sei für alle Werkgattungen dieselbe. Die Individualität ist aber eine absolute Grösse. Denn nur unter der Annahme eines maximal sich vorzeigebaren, absoluten Grösse ist es vernünftig, 2002 "Hobby-Kalender" die Anforderungen an die Individualität in bestimmten Konstellationen etwa bei geringerem Gestaltungsspielraum gegenüber anderen Vorgaben zu verringern.

3 Denis Barrelet/Willi Egloff, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2. Aufl., Bern 2000, URG 2 N 8; Roland von Büren/Michael A. Meer, in: Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, SIWR II/1, 2. Aufl., Basel 2006, 73; Ivan Cherpillod, in: Müller/Oertli (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz (URG), Handkommentar, Bundesgesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bern 2006, URG 2 N 19 f.; Gitti Hug, Bob Marley vs. Christoph Meili, Ein Schnappschuss, sic! 2005, 57-63, 62; Philip Kübler, Rechtsschutz von Datenbanken (EU - USA - Schweiz), Zürich 1999, 263; Georg Rauber, Computersoftware, in: Streuli-Youssef (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, Zürich 2006, 119-260, 126; Manfred Reh binder, Schweizerisches Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2000, Rn. 73; Sommer/Gordon, sic! 2001, 288; Dirk Spacek, Schutz von TV-Formaten: Eine rechtliche und ökonomische Betrachtung, Zürich 2005, 74; Robert Mirko Stutz/Stephan Beutler/Muriel Künzi, Designgesetz, Kommentar, Bern 2006, DesG 2 N 111; Kamen Troller, Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2005, 133 und 143; ders., Précis du droit suisse des biens immatériels, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2006, 133; Markus Wang, Die schutzfähige Formgebung: eine Untersuchung der materiellen Voraussetzungen des muster-, urheber- und markenrechtlichen Schutzes, Bern/Stuttgart/Wien 1998, 313 und 315 f.; Wild, 74; zurückhaltend bis kritisch: Mijatovic, 239; Straub, GRUR Int. 2001, 5; Florent Thouvenin/Marcel Bircher/Roland Fischer, Repetitorium Immaterialgüterrecht, Zürich 2004, 81, unter Verweis auf Hilty, sic! 2003, 29 ff.; soweit ersichtlich ohne Auseinandersetzung mit dieser Frage François Dessemontet, Le droit d'auteur, Lausanne 1999, Rn. 157 ff., insb. 179 ff.

Diese Prämisse ist unzutreffend. Zwar differenziert das Gesetz nicht zwischen den einzelnen Werkarten, sondern fordert für den urheberrechtlichen Schutz aller Werke das Vorliegen von individuellem Charakter⁶. Die Natur dieses individuellen Charakters scheint als solche freilich unergründlich zu sein - jedenfalls sind alle Versuche, den mehr als unbestimmten Rechtsbegriff mit zugleich präzisiertem und allgemeingültigem Inhalt zu füllen, letztlich stets Versuche geblieben⁷. Entsprechend wird in der jüngeren Lehre der Anspruch auf Allgemeingültigkeit bisweilen gar nicht mehr erhoben. Stattdessen werden jeweils für eine bestimmte Werkgattung gültige Kriterien aufgestellt, welche die Bestimmung des individuellen Charakters eines Textes, Musikstücks, Films, Fotos oder Computerprogramms ermöglichen sollen⁸. Von diesem Privileg der Reduktion auf das Fassbare hat auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung längst Gebrauch gemacht⁹.

65

Ob dieser Ansatz weiter führt, wird nachfolgend näher zu untersuchen sein¹⁰. Fürs Erste ist jedenfalls klar, dass sich der von Lehre und Rechtsprechung vertretene Irrtum, welcher auf der Prämisse der Individualität als absoluter Grösse beruht, jedenfalls dann nicht halten lässt, wenn der individuelle Charakter gleichzeitig je nach Werkgattung verschieden bestimmt und damit als relative Grösse behandelt wird.

2. Der massgebliche Gestaltungsspielraum ist stets derselbe

Der vorliegende Irrtum beruht weiter auf der Prämisse, der massgebliche Gestaltungsspielraum des Urhebers sei in bestimmten Konstellationen kleiner, in anderen grösser, was es rechtfertigt, die Schutzvoraussetzungen im einen Fall tiefer, im andern höher anzusetzen. Auch diese Prämisse ist unzutreffend.

Ausgangspunkt der schöpferischen Tätigkeit bildet stets eine gewisse Aufgabenstellung¹¹, die darin besteht, ein Werk einer bestimmten Gattung zu schaffen, etwa einen Text zu schreiben, ein Bild zu malen oder einen Stuhl zu gestalten. Wie die möglichen Werkgattungen im Einzelnen zu definieren sind, wird vom Gesetz nicht vorgegeben. Der Katalog verschiedener Werkarten¹² mag zwar als erster Anhaltspunkt dienen, die in keinerlei Hinsicht abschliessende Aufzählung erlaubt aber sowohl die Anerkennung weiterer, vom Gesetzgeber überhaupt nicht vorgesehener Werkarten als

6 Art. 2 Abs. 1 URG.

7 Zu nennen sind insbesondere zwei besonders intensiv diskutierte Lehrmeinungen: Der von Kummer geprägte Begriff der "statistischen Einmaligkeit" eines Werkes (Kummer, 30 ff. und 80) und der Ansatz von Troller, nach welchem die Individualität des Werkes in solcher Weise von der Individualität des Urhebers abhängt, dass die Individualität des Urhebers als Ursache für die Individualität des Werkes anzusehen ist; nach dieser Auffassung setzt Individualität Originalität voraus, wobei originell nur sein kann, was aus dem Geist des Urhebers stammt; die Individualität ist damit eine qualifizierte Originalität (Troller, 361 f.).

8 Beispielhaft: Sommer/Gordon, sic! 2001, 287 ff.

9 Beispielhaft erwähnt seien die beiden jüngsten Entscheide des Bundesgerichts zum urheberrechtlichen Schutz von Werken der Fotografie, in denen das Bundesgericht die Frage nach Wesen und Natur des individuellen Charakters erst gar nicht aufgeworfen (BGE 130 III 714 "Wachmann Meili") oder aber offen gelassen (BGE 130 III 168 "Bob Marley") hat. Zwar gab das höchste Gericht einige Hinweise darauf, worin der individuelle Charakter gerade nicht bestehe; nicht massgebend ist demnach insbesondere die Entstehungsgeschichte des Werkes, also der materielle und geistige Aufwand zur Herstellung des Werkes; weiter ist auch keine Originalität gefordert und es ist jedenfalls auf die Werk-Individualität und nicht die Urheber-Individualität abzustellen (BGE 130 III 172 "Bob Marley"; BGE 130 III 717 f. "Wachmann Meili"). Im Übrigen begnügte sich das Bundesgericht mit der Aufzählung einer Reihe verschiedener Möglichkeiten, um einer Fotografie den erforderlichen individuellen Charakter zu verleihen (BGE 130 III 717 "Wachmann Meili"); siehe dazu hinten, IV.2.

10 Siehe dazu hinten, IV.

11 Straub, GRUR Int. 2001, 5.

12 Art. 2 Abs. 2 URG.

auch eine Unterteilung der gesetzlich vorgesehenen Werkarten in verschiedene Werkgattungen¹³.

66

Mangels gesetzlicher Vorgabe bleibt es damit dem Rechtsanwender vorbehalten, die einzelnen Werkgattungen voneinander abzugrenzen. Anhaltspunkte bieten dabei die Kategorisierung durch Anbieter und Schöpfer entsprechender Werke, vor allem aber die Wahrnehmung des unbefangenen Publikums¹⁴. Für die Definition einer eigenständigen Werkgattung entscheidend dürfte stets sein, dass die Anzahl der durch Wertung gewichteten gemeinsamen Merkmale jene der verschiedenen Merkmale übersteigt. Was theoretisch anspruchsvoll klingen mag, dürfte praktisch kaum Probleme bieten, wird doch meist unschwer zu entscheiden sein, ob ein in Frage stehender Gegenstand beispielsweise als Stuhl, Bank oder Sofa anzusehen ist, auch wenn er über gewisse Merkmale verfügt, die andere Stühle, Bänke oder Sofas nicht aufweisen.

Zu unterscheiden ist die Aufgabenstellung, ein Werk einer bestimmten Gattung zu schaffen, von allen nachfolgenden Entscheidungen des Urhebers über die Gestaltung seines Werkes, die den an sich bestehenden Gestaltungsspielraum ihrerseits weiter einschränken, wobei der verbleibende Freiraum umso enger wird, je grösser die Zahl der getroffenen Entscheidungen ist. Zahl und Art dieser Entscheidungen können vom Urheber allerdings frei gewählt werden, wodurch sich diese in ihrer Natur grundlegend von der Wahl einer bestimmten Aufgabenstellung unterscheiden. Zusammen mit dem Entschluss, überhaupt schöpferisch tätig zu werden, ist das Stellen einer bestimmten Aufgabe nämlich notwendige Voraussetzung für das schöpferische Lösen derselben - die Aufgabenstellung bildet also den unverzichtbaren Ausgangspunkt jeglicher schöpferischer Tätigkeit. Alle nachfolgenden Entscheidungen werden mit Bezug auf diese Aufgabe gefällt und dienen der Lösung des gestellten Problems, wobei die Ausgestaltung der Lösung Gegenstand freier Entscheidungen des Urhebers und damit bereits Teil des kreativen Prozesses ist.

Einzuräumen ist, dass es kaum möglich sein wird, auf abstrakter Ebene eine allgemeingültige Grenze zwischen Aufgabenstellung und nachfolgenden, dem kreativen Prozess angehörenden Entscheidungen zu ziehen. Dies ändert freilich nichts daran, dass eine solche Grenze existiert. Ausgangspunkt der Grenzziehung im Einzelfall muss die Differenzierung zwischen allgemeiner

67

Aufgabenstellung und konkreter Lösung sein. Die Grenze verläuft dabei jedenfalls so, dass die Aufgabenstellung als solche noch nichts Kreatives an sich hat. Um bei einem der eingangs genannten Beispiele zu bleiben: Der Entschluss, einen Stuhl zu gestalten, ist nicht kreativ und definiert lediglich die Aufgabenstellung. Erst die Lösung dieses Problems, die konkrete Gestaltung dieses Stuhls, ist eine schöpferische Tätigkeit, die Gegenstand freier Entscheidungen des Urhebers ist.

Wie auch immer die Aufgabenstellung, ein Werk einer bestimmten Gattung zu schaffen, und damit die Werkgattung als solche, im Einzelfall zu definieren ist - die so verstandene Aufgabenstellung legt jedenfalls den Rahmen fest, innerhalb dessen sich die kreative Tätigkeit entfalten und ein Werk mit individuellem Charakter geschaffen

¹³ Beispielsweise die Unterteilung der Werke der angewandten Kunst in Möbel, Uhren, Kleider, Stoffe, Schmuck, Marionetten, etc. Und auch die weitere Unterteilung beispielsweise von Möbeln in Stühle, Bänke, Sofas, Tische, Betten, Schränke, usw.

¹⁴ Als gewichtiges Indiz mag dabei der allgemeine Sprachgebrauch dienen. Ist in der Alltagssprache für den in Frage stehenden Gegenstand ein eigener Begriff entwickelt worden (z.B. "Stuhl"), liegt nahe, dass alle unter diesen Begriff fallenden Gegenstände einer einheitlichen Gattung angehören. Sind hingegen weitere Begriffe erforderlich, um die vermeintliche Gattung zu definieren (bspw. "dreibeiniger Stuhl" oder "Stuhl ohne Lehne"), liegt nahe, dass es sich eben nicht um eine einheitliche Gattung handelt.

werden kann. Der dem Urheber zur Verfügung stehende Gestaltungsspielraum wird damit durch die Wahl der Aufgabenstellung - und nur durch diese - definiert.

Wenn nun aber die Individualität stets mit Bezug auf eine bestimmte Werkgattung zu beurteilen ist und der Gestaltungsspielraum, innerhalb dessen sich die Individualität entfalten kann, allein durch die Werkgattung definiert wird, so ist klar, dass der zur Bestimmung der Individualität massgebliche Gestaltungsspielraum stets derselbe ist.

III. Das falsche Resultat

Der auf zwei unzutreffenden Prämissen beruhende Irrtum führt unweigerlich auch zu einem falschen Resultat und entlarvt sich damit selbst als solcher:

Zunächst vermittelt die Anwendung der Floskel auch dann urheberrechtlichen Schutz, wenn es am gesetzlich erforderlichen individuellen Charakter an sich gerade fehlt - wäre nämlich die erforderliche Individualität gegeben, bräuchten die Anforderungen erst gar nicht reduziert zu werden. Diese Gefahr ist deshalb besonders gross, weil die Floskel über den Grad der reduzierten, aber dennoch erforderlichen Individualität nichts aussagt, womit die Tür für beliebige, am erwünschten Resultat orientierte Herabsetzungen der Schutzvoraussetzung ebenso weit wie unkontrolliert aufgestossen wird. Für verschieden hohe Anforderungen an die Individualität fehlt es aber schlicht schon an der gesetzlichen Grundlage¹⁵. Im Gegensatz zur irrigen Floskel läuft

68

die erwähnte relative Natur der Individualität¹⁶ keineswegs darauf hinaus, das Mass der erforderlichen Schöpfungshöhe als Ergebnis der geistig-kreativen Tätigkeit je nachdem verschieden hoch anzusetzen. Denn dieser Ansatz besagt nur, dass spezifisch für jede Werkgattung zu bestimmen ist, wann die stets gleiche Schöpfungshöhe erreicht wird.

Durch Herabsetzung der Anforderungen an den individuellen Charakter vermittelt die Floskel auch solchen Werken urheberrechtlichen Schutz, die sich von anderen Schöpfungen derselben Werkgattung nicht genügend abheben. Durch den Schutz an sich banaler Werke werden nun aber Dritte in ihren schöpferischen Handlungsalternativen erheblich eingeschränkt, weil ihnen der Zugriff auf ebendieses Banale urheberrechtlich verwehrt bleibt. Zwar sorgt die für das ganze Immaterialgüterrecht geltende Relation von Schutzvoraussetzungen und Schutzwirkungen dafür, dass bei einer Herabsetzung der Schutzvoraussetzungen auch der Schutzbereich entsprechend klein wird und sich bei minimaler Individualität letztlich auf einen blossen Identitätsschutz reduziert¹⁷. Auch bei kleinem Schutzbereich und damit nur geringer Ausschlusswirkung besteht aber die Gefahr, dass die Anwendung der Floskel gerade in jenen Konstellationen urheberrechtlichen Schutz verschafft, in denen Dritten ohnehin nur eine limitierte Zahl von Handlungsalternativen offen steht. Dieses Problem liesse sich ohne Weiteres durch Rückgriff auf das Wettbewerbsrecht (UWG) lösen, das einen Schutz gegen unmittelbare Verwertung durch Dritte vermittelt¹⁸ ohne die unabhängige Tätigkeit Dritter zu erfassen und diese dadurch in ihrer Handlungsfreiheit einzuschränken. Angesichts dieser sachgerechten Alternative ist auf die verfehlte Herabsetzung der Schutzvoraussetzungen erst recht zu verzichten.

¹⁵ Hilty, sic! 2003, 31, bezeichnet den Irrtum in diesem Zusammenhang zu Recht als "aussergesetzliche Aussage".

¹⁶ Siehe dazu vorn, II.1.

¹⁷ Siehe dazu schon Hilty, sic! 2003, 30 f.

¹⁸ Siehe dazu eingehend Florent Thouvenin, Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten, Köln/Berlin/München 2007, 449 ff.

Die Floskel, wonach die Anforderungen an die Schutzvoraussetzungen geringer sein sollen, wenn der Spielraum des Schöpfers der Sache nach beschränkt ist, hat sich damit als ebenso irrig wie verzichtbar erwiesen. An die Stelle dieses allzu pauschalen Ansatzes muss eine differenzierte Betrachtung treten, bei welcher die erforderliche Individualität stets in Bezug auf die jeweilige Werkgattung bestimmt wird. Dies wirft die Frage auf, wie die Schutzvoraussetzung des individuellen Charakters zu handhaben und dessen Vorliegen zu prüfen ist.

69

IV. Die differenzierte Individualität

1. Der Begriff der Individualität

Im Anfang war das Wort. In diesem Sinne wird vorliegend auf eine weitere Aufarbeitung der zahlreichen Auseinandersetzungen mit dem Wesen der Individualität verzichtet¹⁹. Stattdessen soll versucht werden, einen definitorisch neuen Ansatz zu formulieren, der sich inhaltlich am Bestehenden orientiert und zunächst vom blossen Wortlaut des Begriffes ausgeht:

Individualität ist die Summe der Merkmale, welche die Einmaligkeit und Besonderheit einer Schöpfung ausmachen²⁰. Diese Definition enthält ein Dreifaches:

(1) Das Vorliegen von Individualität ist anhand der "Summe der Merkmale einer Schöpfung" zu bestimmen²¹. Bereits dieses erste Element der Definition verweist auf die nach Werkgattung zu differenzierenden, einzelnen Kriterien zur Bestimmung der Individualität und damit auf den hier vertretenen Ansatz der differenzierten Individualität²² auf den nachfolgend näher einzugehen ist²³. Zugleich wird klargestellt, dass es allein auf die Werk-Individualität ankommt und nicht auf diejenige des Urhebers²⁴. Da die Kriterien der Einmaligkeit und Besonderheit einen Bezug auf anderes und eine Abgrenzung gegenüber eben diesem anderen voraussetzen, lässt sich die Einmaligkeit und

70

Besonderheit einer Schöpfung immer nur im Kontext vergleichbarer Werke bestimmen. Das einmalige und besondere und damit individuelle Werk als solches kann es deshalb nicht geben - denkbar ist immer nur die Bestimmung der Individualität eines bestimmten Texts, Films, Musikstücks, Fotos oder Computerprogramms. Die hier

¹⁹ Siehe hierzu die vorstehenden Nachweise in Fn. 3 und insb. Fn.7.

²⁰ Dies in Anknüpfung an die dem Duden entnommene Definition bei Stutz, sic! 2004, 5.

²¹ Die "Summe der Merkmale einer Schöpfung" muss dabei sowohl als unteilbares Ganzes wie auch als Addition ihrer einzelnen Teile verstanden werden, was methodisch folgendes Vorgehen erfordert: Zunächst hat sich der Betrachter einen ersten Eindruck von der fraglichen Schöpfung zu verschaffen, der ihm eine unvoreingenommene und unverfälschte, spontane Beurteilung ermöglicht. In einem zweiten Schritt werden die einzelnen Elemente in einer Detailanalyse untersucht und mit den entsprechenden Elementen anderer Werke derselben Werkkategorie verglichen. Abschliessend sind die einzelnen Elemente der Schöpfung gedanklich wieder zu einem ungeteilten Ganzen zusammenzufügen, um so die Summe der Merkmale der Schöpfung zu ermitteln; siehe dazu Wild, sic! 2004, 64 f., in Anknüpfung an Gernot Schulze, Werturteil und Objektivität im Urheberrecht. Die Feststellung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit am Beispiel der "kleinen Münze", GRUR 1984, 400-417, 403 und 406 ff.; sowie Wilhelm Nordemann, Zur Abgrenzung des Geschmacksmusterschutzes vom Urheberschutz, UFITA 50 (1967), 912 ff.

²² Siehe dazu schon vorn, II.1.

²³ Siehe dazu sogleich, IV.2.

²⁴ Siehe dazu: BGE 130 III 172 "Bob Marley", m.w.H.; BGE 130 III 717 "Wachmann Meili".

²⁵ Siehe dazu vorn, II.1.

verwendete Definition der Individualität hat somit deren relativen Charakter bestätigt²⁵.

(2) Die erforderliche "Einmaligkeit" enthält einen qualitätsneutralen, quantitativen Vergleich mit anderen Schöpfungen und knüpft damit an der Lehre von der statistischen Einmaligkeit²⁶ und der Frage nach einem allfälligen, urheberrechtsspezifischen Neuheitserfordernis an. Ein Blick auf das Designrecht zeigt allerdings, dass sich das Erfordernis der Einmaligkeit nicht am patentrechtlichen Neuheitsbegriff orientieren kann²⁷. Einmaligkeit im Sinne des Urheberrechts ist vielmehr dann gegeben, wenn weder eine identische Schöpfung besteht, noch zu erwarten ist, dass je eine identische Schöpfung geschaffen würde²⁸. Das Bestehen von Doppelschöpfungen ist damit nicht ausgeschlossen, wenn auch der Nachweis einer vorbestehenden und identischen Schöpfung ein gewichtiges Indiz für die fehlende Einmaligkeit ist.

71

(3) Das Element der "Besonderheit" ist qualitativer Natur und macht deutlich, dass die blossе Verschiedenheit oder Andersartigkeit nicht genügt, sondern vielmehr ein kreativ erheblicher Schritt, ein massgebliches Abweichen vom Erwarteten erforderlich ist²⁹. Wie gross dieser Schritt bei der einzelnen Schöpfung sein muss, wird letztlich immer eine Wertungsfrage bleiben. Aufgrund der relativen Natur der Individualität ist aber klar, dass diese Frage - im Gegensatz zum rein quantitativen Vergleich beim Erfordernis der Einmaligkeit - für jede Werkgattung gesondert beantwortet werden muss.

Damit ist der Begriff der Individualität als solcher nur, aber immerhin im Sinne eines übergeordneten Gefässes definiert. In einem zweiten Schritt gilt es nun, dieses Gefäss durch einzelne, spezifisch für jede Werkgattung entwickelte Kriterien mit Inhalt zu füllen.

²⁶ Kummer, 30 ff. und 80.

²⁷ Im Gegensatz zum Patentrecht, in welchem absolute Neuheit erforderlich ist (Art. 7 Abs. 1 PatG; Art. 54 Abs. 1 und 2 EPÜ), wird das Neuheitserfordernis im Designrecht relativiert; Design ist gemäss Art. 2 Abs. 2 DesG nur dann nicht neu, wenn der Öffentlichkeit vor dem Hinterlegungs- oder Prioritätsdatum ein identisches Design zugänglich gemacht worden ist, welches den in der Schweiz beteiligten Verkehrskreisen bekannt sein konnte. Zumindest dem Wortlaut nach weicht die europäische Regelung hiervon ab. Gemäss Art. 5 Abs. 1 GGV gilt ein Geschmacksmuster nicht als neu, wenn der Öffentlichkeit vor dem massgebenden Tag kein identisches Geschmacksmuster zugänglich gemacht wurde; der Begriff der Öffentlichkeit wird dabei - anders als im Schweizer Recht - nicht näher definiert. Nach der Lehre lässt sich die Frage der Neuheit zwar in der Regel unabhängig davon beantworten, welche Person darüber zu urteilen hat; im Zweifelsfall soll aber auf den "informierten Benutzer" abgestellt werden, welcher bei der Beurteilung der Eigenart gemäss Art. 6 Abs. 1 GGV heranzuziehen ist (Oliver Ruhl, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, Kommentar, Köln/Berlin/München 2007, GGV 5 N 10). Als informierter Benutzer gilt dabei eine Person, "die mit den fraglichen Erzeugnissen in der Praxis umgeht und unter ihnen eine Präferenzentscheidung nach ihrem Erscheinungsbild zu treffen hat" (Ruhl, a.a.O., GGV 6 N 26). Damit ist der Begriff der Neuheit auch im europäischen Geschmacksmusterrecht relativiert.

²⁸ Kummer (Fn. 3), giesst dies in folgende Formel: "Nach dem Individuellen fahnden heisst also nicht wägen, sondern heisst *vergleichen*; vergleichen mit dem, was da ist; aber auch mit dem, was da sein *könnte*" (Hervorhebungen im Original).

²⁹ Dies in Abgrenzung vom Designrecht, bei welchem für die Eigenart ein blosses objektives "Anderssein" genügt; siehe dazu Heinrich, DesG N 3.64, der eine "objektive Abweichung vom Vorbekanntem fordert"; ebenso: Markus Wang, Designrecht, SIWR VI, 106; Alessandro L. Celli/Michael Hyzik, in: Staub/Celli (Hrsg.), Designrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über den Schutz von Design, Zürich 2003, DesG 2 N 72, fordern, "dass die Verschiedenheit der entgegengehaltenen Muster evident ist und nicht erst bei sorgfältiger Betrachtung wahrgenommen werden kann"; gemäss Stutz/Beutler/Künzi (Fn. 3), DesG 2 N 105, ist ein "deutlicher Unterschied zum Vorbestehenden zu fordern"; ähnlich BGE 133 III 191 "Schmuckschatulle", wonach die "Eigenart in einer objektiven Abweichung vom Vorbekanntem" besteht.

2. Die Kriterien zur Bestimmung der Individualität

Die Besonderheit einer Schöpfung, welche deren Individualität und damit den urheberrechtlichen Schutz begründet, ist anhand einer Reihe, spezifisch für jede Werkgattung entwickelter Kriterien zu bestimmen. Diese Kriterien haben die jeweils gattungsspezifischen Möglichkeiten zu reflektieren, die bei der Hervorbringung eines besonderen und damit individuellen Werkes zur Verfügung stehen und die fragliche Schöpfung von anderen Schöpfungen derselben Werkgattung abheben können. Der Kriterienkatalog muss dabei stets offen sein³⁰, um bisher unbekannte schöpferische Möglichkeiten³¹ in sich aufnehmen zu können.

72

Nicht erforderlich ist selbstverständlich, dass der Urheber im Einzelfall von allen zur Verfügung stehenden kreativen Möglichkeiten Gebrauch gemacht hat. Nach der bereits mit Gewinn ins Urheberrecht eingeführten Prototypentheorie genügt vielmehr, wenn eine gewisse Menge notwendiger und hinreichender Bedingungen erfüllt ist, wobei zwischen einem harten Kern wesentlicher Bedingungen, sog. Kernmerkmale, und einem Mantel aus optionalen Merkmalen unterschieden werden kann³². Worin diese Kernmerkmale bestehen und welche weiteren Merkmale als optional anzusehen sind, hängt wiederum von der jeweiligen Werkgattung ab.

Für gewisse Werkgattungen sind die zur Bestimmung der Besonderheit erforderlichen Merkmale von der Rechtsprechung anhand konkreter Fälle längst entwickelt worden. Zumal das Erarbeiten eines Merkmalskatalogs intime Kenntnisse der jeweiligen Werkgattung voraussetzt, erscheint es weder sinnvoll noch möglich, im Rahmen des vorliegenden Beitrags eine Reihe notwendigerweise unvollständiger Merkmalskataloge zu entwickeln. Beispielhaft sei aber immerhin auf diejenigen Merkmale verwiesen, welche nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei der Beurteilung des individuellen Charakters von Fotografien heranzuziehen sind; es sind dies: Bildausschnitt, Wahl des abgebildeten Objekts, Zeitpunkt des Auslösens der Bildaufnahme, Einsatz eines bestimmten Objektivs, Filters oder eines besonderen Films, Einstellung von Schärfe und Belichtungszeit sowie Bearbeitung des Negativs³³; hinzu kommen die Verteilung von Licht und Schatten, die Anordnung der einzelnen Bildkomponenten sowie der Raum, den sie im Verhältnis zueinander einnehmen³⁴. Diese Aufzählung wird schon vom Bundesgericht selbst als keinesfalls abschliessend verstanden³⁵. Zu ergänzen ist sie jedenfalls um Bildwinkel, Kontrast und Beleuchtung, inkl. Lichteffekten und Lichtführung sowie Farbwahl und Farbzusammenstellung.

73

³⁰ Abwegig erscheint deshalb der Vorschlag von Sommer/Gordon, sic! 2001, 300, solche Kriterien in einer Ausführungsverordnung zum URG gesetzgeberisch festzulegen.

³¹ Zu denken ist etwa an die Möglichkeit zur digitalen Bearbeitung beliebiger Inhalte, welche der Kreativität für eine ganze Reihe von Werkgattungen ein weites, bisher unbekanntes Feld eröffnet hat.

³² Siehe dazu Mijatovic, sic! 2006, 437 f., m.w.H.

³³ BGE 130 III 173 "Bob Marley", m.w.H.; BGE 130 III 716 f. "Wachmann Meili". Besonders bemerkenswert erscheint, dass das Bundesgericht im Meili-Entscheid die Wahl des Objekts zwar als eines der möglichen Merkmale der Individualität erwähnt, die Wahl eines besonderen Objekts allein für das Vorliegen von Individualität aber nicht genügen lässt und damit implizit die hier vorgeschlagene, an der Prototypentheorie orientierte Methode anwendet.

³⁴ BGE 130 III 175 "Bob Marley".

³⁵ So ausdrücklich BGE 130 III 717 "Wachmann Meili"; ebenso BGE 130 III 173 "Bob Marley".

V. Fazit

Ausgangspunkt jeder schöpferischen Tätigkeit ist das Formulieren einer Aufgabenstellung, die darin besteht, ein bestimmtes Werk zu schaffen, welches notwendigerweise einer Werkgattung zugewiesen werden kann. Wie auch immer die fragliche Werkgattung im Einzelfall zu definieren ist - die so verstandene Aufgabenstellung legt jedenfalls den Rahmen fest, innerhalb dessen der Urheber seine schöpferische Tätigkeit entfalten kann. Dieser Rahmen wird üblicherweise als Gestaltungsspielraum bezeichnet. Unabhängig davon, ob man dem Vorschlag einer differenzierten Individualität im Einzelnen Folge leisten mag oder nicht, hat sich jedenfalls gezeigt, dass der individuelle Charakter einer konkreten Schöpfung nicht anders als unter Bezugnahme auf diejenige Werkgattung bestimmt werden kann, der sie angehört.

Nachdem sich nun aber die Individualität nur mit Bezug auf eine bestimmte Werkgattung bestimmen lässt und der Gestaltungsspielraum innerhalb derselben Werkgattung stets derselbe ist, müssen auch die Anforderungen an die Individualität stets dieselben sein. Die Floskel, nach welcher bei beschränktem Gestaltungsspielraum die Anforderungen an die Schutzvoraussetzungen herabgesetzt werden, ist damit unhaltbar.

Stets gleiche Anforderungen an die Individualität zu stellen, bedeutet freilich keineswegs, dass die Kriterien zur Bestimmung des individuellen Charakters für jede Werkgattung dieselben wären. Nach dem Ansatz der differenzierten Individualität sind diese Kriterien vielmehr für jede Werkgattung gesondert und nach Massgabe der jeweils gattungsspezifischen Gestaltungsmöglichkeiten zu bestimmen. Entscheidend ist dabei, dass das Mass der erforderlichen Individualität, also die Schöpfungshöhe als Ergebnis der geistigkreativen Leistung für alle Werkgattungen stets dasselbe ist. Auf abstrakter Ebene bleibt die Individualität damit ein absoluter Massstab. Welche Werke aber die erforderliche Individualität aufweisen, lässt sich immer nur relativ, durch vergleichende Bezugnahme auf andere Schöpfungen derselben Werkgattung bestimmen.