

Zur Diskussion/A discuter

Von der statistischen Einmaligkeit zum soziologischen Werkbegriff

Zum 35-jährigen Publikationsjubiläum von Max Kummers «Das urheberrechtlich schützbares Werk»

GREGOR WILD*

Der vor 35 Jahren von Max Kummer in die Urheberrechtsdiskussion eingeführte Begriff der «statistischen Einmaligkeit» hat in erster Linie in der Lehre, weniger aber in Rechtsprechung und Gesetzgebung Spuren hinterlassen. Es macht den Anschein, dass dieser Wertungsfreiheit vorpiegelnde Begriff dogmatisch weniger ergiebig ist als die ebenfalls von Kummer vorgeschlagene Präsentationslehre.

Il y a 35 ans, Max Kummer a lancé la notion d'«unicité statistique» (statistische Einmaligkeit), qui a laissé quelques traces essentiellement dans la doctrine et également, mais dans une moindre mesure, dans la jurisprudence et la législation. Egaleme nt avancée par Kummer et pour autant qu'à l'instar de son auteur on lui prête une portée indicielle, la théorie de la présentation (Présentationstheorie) semble être à maints égards plus prometteuse sur le plan dogmatique que le concept d'unicité statistique, qui donne l'illusion d'une certaine liberté d'appréciation.

- I. Einleitung**
 - II. Das Werk als Unikat?**
 - III. Überblick über die positiven Tatbestandselemente des gesetzlichen Werkbegriffs**
 - IV. Das negative Tatbestandselement der Wert- und Zweckfreiheit**
 - V. Die positiven Tatbestandselemente des Werkbegriffs im Einzelnen**
 - 1. Geistige Schöpfung
 - 2. Der individuelle Charakter
 - 3. Der Bereich der Literatur und der Kunst: soziologische Argumente
 - VI. Ein Urheberrecht ohne subjektive Wertungen?**
 - VII. Der Indizienkatalog**
 - 1. Im Allgemeinen
 - 2. Die Indizien im Einzelnen
 - VIII. Schluss**
- Zusammenfassung / Résumé**

I. Einleitung

Das Jahr 1968, dessen Krise sich als der entscheidende Übergang von der Moderne zur Postmoderne deuten lässt¹, war nicht nur ein Jahr mit sozialen und politischen Eruptionen. Auch der urheberrechtliche Werkbegriff wurde von Erschütterungen erfasst, deren Folgen bis heute spürbar sind. Mit dem Kriterium der «statis-tischen Einmaligkeit» wollte vor 35 Jahren der Berner Rechtslehrer Max Kummer² die Richter von der «Peinlichkeit» befreien, aufgrund eines Massstabs ästhetischer Subjektivität über die urheberrechtliche Schützbarkeit eines geistigen Gegenstands entscheiden zu müssen³.

¹ R. Luckscheiter, Wegbereiter der Postmoderne, NZZ vom 16./17. August 2003, 62.

² M. Kummer, Das urheberrechtlich schützbares Werk, Bern 1968.

³ R. von Büren, SIWR II/1, Basel 1995, 69; A. Troller, Die Bedeutung der statis-tischen Einmaligkeit im urheberrechtlichen Denken, in: H. Merz/W. R. Schlupe (Hg.), Recht und Wirtschaft heute, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, 276; vgl. Kummer (Fn. 2), 80.

II. Das Werk als Unikat?

Nach dem Individuellen fahnden heisst für Kummer nicht wägen, sondern vergleichen; vergleichen mit dem, was da ist, aber auch mit dem, was da sein könnte⁴. Statistische Einmaligkeit bedeutet im Sinne eines Gedankenexperiments die Einmaligkeit des Vorkommens, also die praktische Unmöglichkeit, dass ein Objekt, ein Text oder eine Tonfolge auf der Welt mehr als einmal vorhanden ist und je vorhanden sein wird⁵.

Ein derart generelles Kriterium wie die statistische Einmaligkeit erfasst Erscheinungsformen schöpferischen Wirkens, die den Rahmen des allgemeinen Kunstverständnisses sprengen. Wohl ist jedes urheberrechtlich schützbares Werk statistisch einmalig, aber nicht jede statistisch einmalige Hervorbringung ist ein schützenswertes Werk⁶. Nicht erklärt werden kann mit dem Kriterium der statistischen Einmaligkeit ferner das Phänomen der Doppelschöpfung. Diese kommt nicht nur statistisch, sondern sogar empirisch mehrfach vor und genießt dennoch den Schutz des Urheberrechts.

III. Überblick über die positiven Tatbestandselemente des gesetzlichen Werkbegriffs

Der Begriff der statistischen Einmaligkeit scheint vor allem die Urheberrechtslehre, weniger aber die Rechtsprechung und die Gesetzgebung beschäftigt zu haben. Das Bundesgericht hat sich bis heute kaum mit ihm auseinandergesetzt und auch in der geltenden Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1 URG taucht er nicht auf: «Werke sind, unabhängig von ihrem Wert oder Zweck, geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben.»

Bei einer näheren Betrachtung dieser Legaldefinition lassen sich drei echte positive und ein unechtes negatives Tatbestandselement ausmachen. Damit an eine Gegebenheit die Rechtsfolgen des Urheberrechtsschutzes geknüpft sind, müssen folgende Voraussetzungen vorliegen: eine geistige Schöpfung (hinten V.1.), die individuell (hinten V.2.) und dem Bereich der Literatur und der Kunst zugehörig ist (hinten V.3.).

IV. Das negative Tatbestandselement der Wert- und Zweckfreiheit

Als viertes, uneigentliches Tatbestandselement führt das Gesetz an, dass weder der Zweck noch der Wert des in Frage stehenden Gegenstandes eine Rolle spielen dürfe. Das negative Tatbestandselement der Wertfreiheit darf freilich nicht so verstanden werden, dass bei der Frage nach der urheberrechtlichen Schützbarkeit Wertungen ausgeschlossen sind, wie es die Lehre von der statistischen Einmaligkeit postuliert hat, denn wertungsfreie Juristerei wäre buchstäblich wertlos⁷. Vielmehr soll mit dieser Verdeutlichung lediglich der persönliche Geschmack des Urteilenden und die künstlerische Qualität der Schöpfung aus der urheberrechtlichen Diskussion verbannt werden. Die gesetzliche Forderung, wonach auch der Zweck einer geistigen Schöpfung keine Rolle spielen dürfe, geht dahin, dass eine Zweckbestimmung die Schutzfähigkeit eines Gegenstandes nicht zum vorneherein ausschliesst. Wenden wir uns im Folgenden den drei echten Tatbestandselementen des urheberrechtlichen Werkbegriffs zu: der geistigen Schöpfung, der Individualität und der Kunst- bzw. Literaturzugehörigkeit.

V. Die positiven Tatbestandselemente des Werkbegriffs im Einzelnen

1. Geistige Schöpfung

Bei einem Blick auf die urheberrechtliche Dogmatik zum Schöpfungsbegriff fällt auf, dass die geistige Schöpfung in der Rechtsliteratur fast durchwegs negativ umschrieben wird. In der Lehre werden stets jene Fälle angeführt, die nicht unter den menschlichen Schöpfungsbegriff fallen. Als Beispiele lassen

⁴ Kummer (Fn. 2), 30.

⁵ A. Troller/P. Troller, Kurzlehrbuch des Immaterialgüterrechts, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1981, 77.

⁶ Troller (Fn. 3), 274; K. Troller, Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts, Basel et al. 2001, 126.

⁷ B. Rütters, Entartetes Recht, München 1994, 225.

sich vorgefundene Gegenstände («objets trouvés»), tierische Hervorbringungen⁸ oder Ergebnisse der computertechnischen Aleatorik nennen. Wenn der Rechtsbegriff der geistigen Schöpfung im juristischen Schrifttum regelmässig dadurch bestimmt wird, dass gesagt wird, welche Objekte keine Schöpfungen sind, so muss doch versucht werden, die geistige Schöpfung im Rechtssinne positiv zu bestimmen.

Die menschliche Schöpfung unterscheidet sich von Naturgegebenheiten dadurch, dass sie das Ergebnis einer geistigen Tätigkeit ist, die als ein Eliminieren von Klängen, Farben und Formen verstanden werden kann⁹. Durch Auswahl und Bekenntnis ordnet der Mensch seine Empfindungen und Gedanken¹⁰. Am Anfang des Schöpfungsaktes steht eine Idee, die reift und wächst. Dieser Idee entspringen wiederum Einfälle, Arbeitsgänge, Notizen und Skizzen, die angenommen und verworfen werden. Die Schöpfung wird zu ihrer konkreten Identität begleitet und greift im Rahmen eines selbstkritischen Prozesses ihrerseits immer stärker in die eigene Entstehungsgeschichte ein¹¹.

Absolute Neuheit im philosophischen Sinne kann der Mensch nicht hervorbringen. Es gibt vielleicht eine göttliche, kaum aber eine menschliche «creatio ex nihilo». Aller Stoff ist vorbestehend und harrt einer Formgebung durch eine geistige Instanz, die auswählt, ordnet und zusammenfügt¹². Auch eine Beethoven-Symphonie ist eine Raum-Zeit-Struktur, eine grosse Menge von Entscheidungen über die Einsatzzeit, Tonhöhe, Dauer und Lautstärke¹³. Nun ist einzig derjenige als Schöpfer im Rechtssinne zu betrachten, der Herr eines Gestaltungsprozesses ist, und nicht bereits derjenige, der diesen Prozess nur auslöst. Das blosses Setzen einer Ursache im Sinne der natürlichen Kausalität hat keinen Schöpfungscharakter. Es reicht nicht aus, nur den Impuls für die Entstehung eines Werks zu geben, um danach die Zügel der konkreten Gestaltung aus den Händen zu lassen.

Zusammenfassend kann die menschliche Schöpfung als Ergebnis eines «geistigen Verfestigungsprozesses» verstanden werden. Unter den skizzierten Schöpfungsbegriff des Auswählens, Weglassens und Bekennens fallen allerdings auch technische Erfindungen oder Markenkonzepte. Im Folgenden soll geprüft werden, welche qualifizierenden Momente eine Geistesschöpfung in den Rechtsstatus einer urheberrechtlich schützbarer Schöpfung erheben, wie sich mit anderen Worten die urheberrechtliche Schöpfung von anderen Schöpfungen abhebt.

2. Der individuelle Charakter

Ein Kriterium für die urheberrechtliche Schützbarkeit einer Schöpfung liegt laut Gesetzestext in ihrem individuellen Charakter. Wenn sich der Gesetzgeber für diesen prägnanten Begriff entschieden hat, so ist es, wie Robert M. Stutz überzeugend heraus gearbeitet hat, an der Zeit, andere Begriffe aus der Diskussion zu verabschieden, die – alle dasselbe bedeutend – nur zu Tautologien verführen. Aus Begriffen wie «Originalität», «Gestaltungshöhe», «eigenpersönliche Hervorbringung», «Eigenart», «schöpferische Prägung», «charakteristische Formgebung» kann nicht mehr herausgeholt werden, als man zuvor in sie hineingelegt hat; sie bezeichnen letztlich alle dasselbe, nämlich das tragende Zuordnungskriterium des Urheberrechts¹⁴. Beim Kriterium der «Individualität» handelt es sich analog den patentrechtlichen Begriffen der «Neuheit» und des «Nichtnaheliegens» oder der markenrechtlichen «Kennzeichnungskraft» um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der im Einzelfall im

⁸ A. Elster, Idee und Formgebung, UFITA 8 (1935), 54.

⁹ L. E. Kotsiris, Die Entpersönlichung des Werkes, UFITA 119 (1992), 13; G. Sebba, Das Kunstwerk als Kosmion, in: A. Dempf/H. Arendt/F. Engel-Janosi (Hg.), Politische Ordnung und menschliche Existenz, Festgabe für Eric Voegelin zum 60. Geburtstag, München 1962, 531 f.

¹⁰ H. -H. Schmieder, Geistige Schöpfung als Auswahl und Bekenntnis, UFITA 52 (1969), 107 ff.; F. Perret, La protection des prestations en droit privé suisse, ZSR 1977, Halbbd. 2, 217.

¹¹ K. R. Popper, Schöpferische Selbstkritik in Wissenschaft und Kunst, in: Auf der Suche nach einer besseren Welt, 6. Aufl., München 1991, 263; vgl. auch Sebba (Fn. 9), 532 f.

¹² H. H. von Rauscher auf Weeg, Kunstschutz bei Verwendung gemeinfreier Formelemente, GRUR 1967, 573 f.; Perret, (Fn. 10), 217.

¹³ P. Heinrich, Immaterialgüter sind geistiger Natur, in: M. Kurer/M. Ritscher/D. Sangiorgio/D. Aschmann (Hg.), Binsenwahrheiten des Immaterialgüterrechts, FS für Lucas David zum 60. Geburtstag, Zürich 1996, 14.

¹⁴ OGer Zürich, SMI 1980, 190, unter Verweis auf A. Troller, Immaterialgüterrecht I, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1968, 466; B. Seemann, Prominenz als Eigentum, UFITA-Schriftenreihe, Bd. 140, Baden-Baden, 230; K. Knap, Künstlerisches und Wissenschaftliches Werk als Schutzobjekt des Urheberrechts, in: P. Brügger (Hg.), Homo Creator, FS für Alois Troller, Basel/Stuttgart 1976, 125; G. Schulze, Werturteil und Objektivität im Urheberrecht, GRUR 1984, 403; vgl. auch Kummer, (Fn. 2), 37.

Rahmen von Art. 4 ZGB nach Recht und Billigkeit zu konkretisieren ist. Für diese Konkretisierung verlangt das Gesetz, dass für die Schutzfähigkeit die individuelle Schöpfung dem Bereich der Literatur und der Kunst zugehörig sein müsse.

3. Der Bereich der Literatur und der Kunst: soziologische Argumente

Beim urheberrechtlichen Tatbestandselement der Literatur- und Kunstzugehörigkeit handelt es sich um ein Kriterium, mit dem technische Erfindungen, gewerbliche Methoden und Systeme aus dem Anwendungsbereich des Urheberrechtsschutzes ausgesperrt werden sollen, mithin um die Trennmauer zwischen Urheber- und Technologierecht. Wenn das Urheberrecht heute in ein Stadium unkontrollierter Wucherung getreten ist und sich nach neueren Lehrmeinungen ebenso auf technische Lehren wie auch auf wirtschaftliche Vertriebskonzepte erstrecken soll, so ist gerade die Kunstzugehörigkeit jenes Kriterium, welches der ursprünglichen sozialen Zielsetzung des Urheberrechts als einem kulturellen, und eben nicht ausschliesslich wirtschaftlichen Nachahmungs- und Nutzungsverbot, überzeugenden Nachdruck verschafft. Als Verfechter eines traditionellen Werkbegriffs sieht man bangend ersten Prozessen entgegen, in welchem der Streit um eine statistisch einmalige Molekularstruktur nicht unter patent-, sondern unter urheberrechtlichen Gesichtspunkten ausgetragen wird. Mag dieses Szenarium auch etwas zugespitzt sein, so ist es doch heute nötiger denn je, zu betonen, dass die Immaterialgüterrechte im Allgemeinen und das Urheberrecht im Besonderen nicht irgendwelche ökonomische Efforts oder Marktpositionen schützt, sondern besondere hervorragende Beiträge zum Kultur- und Geistesleben¹⁵. Eben dieses Hervorragende entspricht im Rahmen des urheberrechtlichen Werkbegriffs dem Postulat der Literatur- und Kunstzugehörigkeit.

Der Kunstbegriff bereitet aber deshalb erhebliche Schwierigkeiten, weil in einer Zeit kultureller Entgrenzungen subjektive Anschauungen alles zu Kunst machen können. Geht man davon aus, dass Kunst und Können in Beziehung stehen, so zählt weniger das ästhetische Resultat, als die besondere Begabung, mit der das Werk geschaffen wurde. Eine herausragende handwerkliche Potenz ist aber in weiten Bereichen des heutigen Kulturschaffens nur noch ein sekundäres Kriterium, wollen doch viele Objekte der Gegenwartskunst in erster Linie provokative Beiträge zur menschlichen Sinnesschärfung und erst in zweiter Linie ästhetische Zeugnisse genialer Befähigung sein¹⁶. Als Elemente eines künstlerischen Programms können diese Beiträge unter Umständen nicht isoliert und kommentarlos dem Publikum überlassen werden, sondern bedürfen zu ihrem Verständnis regelmässig Erklärungshilfen¹⁷.

Die ästhetische Wahrnehmung setzt mit anderen Worten in vielen Fällen ein vielfältiges historisches, theoretisches und praktisches Wissen voraus, ohne das Kunstwerke in ihrer Individualität nicht erfahren werden können¹⁸. Einer der wichtigs-ten Bestandteile der Konzeptdurchdringung ist dabei die Beantwortung der Frage nach dem Schöpfer selbst¹⁹. Eine «Fettecke» wird zu Kunst, wenn sie nicht irgendwer, sondern Joseph Beuys installiert²⁰. Möbel werden zu Kunstwerken, wenn ihr Design von Le Corbusier stammt. Die Tatsache, dass das Bundesgericht im Corbusier-Entscheid BGE 113 II 190 den Namen Le Corbusier 20-mal nennt, darf doch als ein Indiz dafür gelten, dass es auch für die Richter wohl nicht ganz so belanglos war, von wem die Sessel gestaltet worden sind.

Nun ist es aber verständlich, dass sich der Jurist am Gedanken reibt, dass Gewährung und Verweigerung eines subjektiven Urheberrechts auch davon abhängen soll, welche Person hinter einer Schöpfung steht. Diese Sicht scheint nämlich dem Gebot der Gleichbehandlung aller Rechtsunterworfenen entgegenzustehen. Wollen sich die Urheberrechtler aber nicht vor jenen Rechtstatsachen verschliessen, für welche sie glaubwürdige Regelungen finden wollen²¹, so müssen sie in Zweifels-

¹⁵ Zum Ganzen P. Brügger, Urheberrecht, Messgrösse gesellschaftlicher Befindlichkeit?, in: P. Ganea/Ch. Heath/G. Schrickler (Hg.), Urheberrecht, Gestern – Heute – Morgen, FS für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2001, 11 ff.

¹⁶ Vgl. P. E. Bielenberg, Das urheberrechtlich schützbare Werk und das Urheberpersönlichkeitsrecht, GRUR 1974, 590.

¹⁷ Ch. Fuchs, Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff, Baden-Baden 2000, 138 f.; M. Kummer, in: FS Troller (Fn. 13), 96; A. Dietz, Urheberrechtsprobleme der neueren Kunstentwicklung, FuR 1978, 93 f.

¹⁸ M. Seel, Ästhetik des Erscheinens, München/Wien 2000, 138; Zum Ganzen einlässlich Fuchs (Fn. 17), 49 ff.

¹⁹ Seemann (Fn. 14), 234 ff.; E. Gerstenberg, Der Begriff des Kunstwerks in der bildenden Kunst, GRUR 1963, 249; A. Strowel, Das Urheberrecht: von der zeitgenössischen Kunst auf die Probe gestellt, ZUM 1990, 390.

²⁰ Seemann (Fn. 14), 234; vgl. LG Düsseldorf, NJW 1988, 345.

²¹ M. Kummer, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1980, ZBJV 1982, 202.

fällen Kunstwerke mit jenen Augen zu sehen versuchen, welche die verständige Kunstwelt auf sie richtet²². In der Anschauung der Malerei Mark Rothkos und Kasimir Malewitschs werden dann eben nicht nur irgendwelche Farbflächen vergegenwärtigt, sondern man erfasst sie als künstlerische Schlüsselwerke, deren Geldwerte ihre aureatische Wirkung widerspiegeln, und die erst dadurch individuell wahrgenommen werden, dass sie mit einem Künstler in Beziehung gebracht werden²³. Kunst im urheberrechtlichen Sinne ist nach dem Gesagten all das, was heute in Kunstinstitutionen gezeigt, in Fachzeitschriften gedruckt, in Theater- oder Konzertsälen, in Medien, Kinos, Museen oder Ateliers gezeigt, aufgeführt und von der Kunstkritik gewürdigt wird²⁴. Kunstwerke sind Objekte, die von einigen oder vielen Menschen als besondere Medien der Erfahrung anerkannt werden – oder für diese Anerkennung kandidieren²⁵.

VI. Ein Urheberrecht ohne subjektive Wertungen?

Es macht den Anschein, dass die Versuche einer wertungsfreien Definition des urheberrechtlichen Schutzobjekts unter dem Segel der statistischen Einmaligkeit ihr vermeintliches Vorbild im Sachenrecht haben. Dort lässt sich der Rechtsgegenstand, die Sache, aufgrund ihrer Körperlichkeit in aller Regel ohne weitere normative Erörterungen bestimmen. Bereits im «Materialgüterrecht» kann es aber sein, dass man bei der Definition von Inhalt und Umfang der Sache nicht um eine wertende Betrachtung herumkommt: Naturkräfte und Miteigentumsanteile gelten als Sachen, nicht aber Tiere, menschliche Körperteile oder Embryonen.

Die letzten Gründe der Rechtsordnung sind metaphysischer Natur. In den Elementen des urheberrechtlichen Werkbegriffs verbirgt sich letztlich der Mythos der menschlichen Existenz²⁶. Der in subtiler Wertung zu erfassende Tatbestand gestaltet sich als ein geheimnisvolles Zusammenspiel zwischen Schöpfungskraft, Individualität und Aura. Für diese objektive Beurteilung der Umweltreaktionen massgeblich ist dabei der ästhetische Eindruck, den «eine Schöpfung in den für Kunst empfänglichen und mit Kunstdingen einigermaßen vertrauten Kreisen hervorruft»²⁷. Diese vom deutschen Bundesgerichtshof geprägte Formel darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass es letztlich immer der Urteilende selbst ist, der für diese künstlerisch interessierten, in Kunstangelegenheiten einigermaßen vertrauten Kreise sprechen wird, wobei das scheinbar objektive Konzept also wieder ersetzt wird durch die subjektive Auffassung des wertenden Richters.

VII. Der Indizienkatalog

1. Im Allgemeinen

Nach dem Bekenntnis zum juristischen Werturteil, zum Schöpfungsprinzip und zum soziologischen Werkbegriff stellt sich nun die Frage, wie bei der Beurteilung der künstlerischen Individualität konkret vorzugehen ist. An einen Vorschlag Wilhelm Nordemanns²⁸ und Gernot Schulzes²⁹ anknüpfend, wird im Folgenden der Versuch unternommen, die urheberrechtlichen Tatbestandselemente «Individualität» und «Kunst» anhand verschiedener Indizien zu konkretisieren. In einem vierstufigen Prüfungsablauf soll der oft vage Gesamteindruck dadurch transparenter gemacht werden, dass die «Gesamtindividualität» in «Bruchteilsindividualitäten» unterteilt wird, die anhand eines Indizienkatalogs ihrerseits wertend betrachtet und gegeneinander abgewogen werden können. Dieser Ansatz eines indiziellen Abwägens hat bereits in anderen immaterialgüterrechtlichen Gebieten eine grosse praktische

²² Vgl. F. Vischer, Monopol und Freiheit in Wissenschaft und Kunst, Rektoratsrede, gehalten an der Jahresfeier der Universität Basel am 28. November 1980, Basel 1980, 27 f.

²³ Diese Sicht darf aber nicht verabsolutiert werden. Die Herkunft eines geistigen Objekts ist nur ein Indiz, welches neben anderen steht. Das Urheberrecht bezweckt nicht einen generellen Kunstschutz. Nicht alles, was grosse Künstler hervorbringen, ist Kunst, und nicht alle Kunst grosser Künstler ist auch urheberrechtlich schützbar (Troller [Fn. 3], 272 f.; M. Fabiani, Sind Apparate geistige Schöpfer?, GRUR Int. 1965, 423).

²⁴ Schmieder (Fn. 10), 107 f.; Gerstenberg (Fn. 19), 249; Dietz (Fn. 17), 94 f.

²⁵ Seel, 179 f., (Fn. 18)

²⁶ W. Kandinsky, Über das Geistige in der Kunst, 10. Aufl., Bern 1952, 132.

²⁷ BGH, GRUR 1957, 292; BGH, GRUR 1982, 371.

²⁸ W. Nordemann, Zur Abgrenzung des Geschmacksmusterschutzes vom Urberschutz, UFITA 50 (1967), 912 ff.

²⁹ Schulze (Fn. 14), 406 ff.

Bedeutung. Verwiesen sei auf die patentrechtliche Praxis der Beweisanzeichen³⁰, die nichts Anderes sind als tatsächliche Indizien für die rechtliche Schützbarkeit.

2. Die Indizien im Einzelnen

a) *Erster Eindruck*

In einer ersten Gesamtsicht wird nach dem Überraschungseffekt und der durchschlagenden Neuheit einer Schöpfung gefragt. Auch wenn der erste Eindruck jeweils flüchtig und subjektiv ist, äussert sich in seiner Spontaneität doch eine unvoreingenommene und unverfälschte Reaktion auf einen zu beurteilenden Gegenstand³¹.

b) *Detailanalyse*

Auf einer zweiten Stufe werden in einer Detailanalyse die einzelnen Gestaltungselemente bewertet. Ausgehend vom Gestaltungsspielraum und unter vergleichendem Bezug anderer Werke, wird jeder Bestandteil (Material, Form, Stil, Farbe) auf seine Andersartigkeit, seine Zweckfreiheit, sein Nicht-naheliegen untersucht. Es muss aber davor gewarnt werden, die in Frage stehende Schöpfung solange zu zerlegen, bis sie sich nur noch als eine Zusammenfügung gemeinfreier Einzelteile ausnimmt³². Die rechtliche Bewertung einer Schöpfung muss immer über deren Gesamterscheinung ergehen³³, da eine Geistesschöpfung dem Menschen nicht als eine Ansammlung von Einzeltatsachen begegnet, sondern seinen Rezipienten eine Wirklichkeit offenbart, die viel reicher ist, als alle Gegebenheiten, die durch sprachlich-begriffliches Erkennen fixiert werden können³⁴.

c) *Reaktionen der Umwelt*

Als soziologische Indizien deuten insbesondere Seltenheit, Exklusivität, Beliebtheit und Erfolg auf die individuelle Gestaltung eines Objekts hin³⁵. Gleichsam sind Art und Umstände der Präsentation in die Beurteilung mit einzubeziehen: Wird eine einfache Grafik in einer Ausstellung gezeigt oder «nur» als Marke auf einem Produkt angebracht³⁶? Wie wir gesehen haben, ist in grossen Bereichen der modernen Kunst auch das Image des Schöpfers als positive Beweisanzeichen zu werten³⁷.

d) *Gesamtwürdigung*

In einem vierten und letzten Schritt werden die verschiedenen Indizien in einer Gesamtschau gegeneinander abgewogen. Anzahl und Intensität der besonderen Gestaltungselemente sowie die schutzbegründenden Indizien bestimmen, ob Individualität und Kunstzugehörigkeit vorliegen oder nicht.

³⁰ R. Blum/M. M. Pedrazzini, Das schweizerische Patentrecht, Bd. 2, 2. Aufl., Bern 1975, 124 ff.; Ch. Bertschinger, in: Ch. Bertschinger/P. Münch/T. Geiser (Hg.), Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Basel et al. 2002, 151 ff.

³¹ Schulze (Fn. 14), 407.

³² G. Schulze, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, UFITA-Schriftenreihe, Freiburg 1983, 147.

³³ BGE 113 II 195 ff.

³⁴ Seel (Fn 18), 36 f.

³⁵ Die gegenteilige Würdigung der Popularität als Argument gegen die Schützbarkeit (weil die Schöpfung auf Grund ihrer Beliebtheit zum «Gemeingut der Gesellschaft» geworden sei), würde den Zweckgedanken des Urheberrechts geradezu ad absurdum führen (vgl. LG Berlin, GRUR 1974, 232).

³⁶ Vgl. den m.E. überzeugenden Entscheid des Berner Appellationshofs, SMI 1980, 83 ff. «JPS», der allerdings nur für den «unteren» Individualitätsbereich gültig sein kann: Dass etwa dem von Picasso gestalteten «Bacchanale» Werkqualität abgehen soll, weil es die Etikette des «Château Mouton Rothschild 1973» ziert, wird ernstlich niemand behaupten wollen.

³⁷ Vgl. Schulze, (Fn. 14), 412 ff.

VIII. Schluss

Am Ende unserer kurzen Auseinandersetzung mit den Schöpfungs-, Individualitäts- und Kunstbegriffen lässt sich die These aufstellen, dass es kaum je gelingen wird, ausschliesslich in einer ontologischen Betrachtung, d.h. allein beim Objekt und seinem Wesen verharrend, über die urheberrechtliche Schützbarkeit einer Geistesschöpfung zu entscheiden. In das Werturteil mit einzubeziehen ist vielmehr auch der soziale Kontext, das Wie, das Wenn, das Wo, kurz die Bedingungen, unter denen ein Objekt dem Betrachter übergeben wird³⁸.

Das Urheberrecht dient wie

das ganze Immaterialgüterrecht dem Schutz qualifizierter menschlicher Kommunikation³⁹, wobei die Schutzwürdigkeit einer Gegebenheit erst in der Beziehung zwischen Subjekt und Objekt zutage tritt. Die Analyse ästhetischer Objekte handelt immer von einer bestimmten Begegnung mit ihnen, mithin von einer speziellen Wahrnehmungssituation⁴⁰. Auch im Patentrecht werden im Zusammenhang mit der Beurteilung des Nichtnaheliegens einer Erfindung soziologische Sachverhalte ausserhalb der Erfindung selbst berücksichtigt wie etwa Vorurteile bzw. Verblüffung der Fachwelt oder die Kostspieligkeit der Forschung⁴¹. Anerkennt man das Phänomen der Aura eines Kunstwerks, so ist die Individualität einer Geistesschöpfung nicht nur in ihr selbst, sondern auch in der Rezeption ihrer ästhetischen Botschaft zu suchen⁴². Mag die geistige Wirkung zwar vom Werk ausgehen, so sind es doch die Sinne des Menschen, die wahrnehmen, angeregt werden und damit in der Lage sind, eine Erscheinung als etwas Besonderes, eben Individuelles, einzustufen⁴³.

Soll aber das Kriterium des Schöpferischen seinen Sinn nicht verlieren, so darf die Berücksichtigung des sozialen Umfelds eines Objekts ihrerseits nicht verabsolutiert werden. Der Aschenbecher Winston Churchills, welcher an Auktionen zu Höchstsummen versteigert wird, erzielt seinen Erlös nur über die Aura des vormaligen Besitzers. Diese Aura, auch wenn sie noch so stark ist, kann die für den Urheberrechtsschutz geforderte Schöpfungstat aber nicht ersetzen. Der bereits erwähnte Flaschentrockner von Marcel Duchamp mag im Museum stehen und gerade deshalb als Kunst wahrgenommen werden, es fehlt ihm aber der schöpferische Mehrwert, welcher die Legitimation für ein absolutes geistiges Ausschlussrecht darstellt. Erforderlich ist also ein Hin- und Herwenden des Blicks zwischen der Schöpfung selbst und den Reaktionen, welche diese in der Umwelt hervorruft.

Dieses methodische Vorgehen lehnt sich an die ebenfalls von Max Kummer eingeführte, in der Literatur fast einhellig verworfene, Präsentationslehre an. Genau besehen schießt diese Lehre nur insoweit über das Ziel hinaus, als sie immer und zum vornherein ein einziges, definiertes Kriterium, die Präsentation, für eine Schutzgewährung genügen lassen will. Gerade dieser Verabsolutierung hat aber Kummer nie das Wort geredet, was von der Rechtslehre hartnäckig übergangen wird. Die Art der Präsentation, in der ein Gegenstand dem Publikum übergeben wird, ist von Kummer lediglich als ein mögliches Element des Werkbegriffes verstanden worden⁴⁴.

Die Gedanken Max Kummers sind aktueller denn je. Man wird ihm wohl nicht allzu grosses Unrecht antun, wenn man zusammenfassend festhält, dass seine richtig verstandene Präsentationslehre im Rahmen des soziologischen Werkbegriffes dem Urheberrecht mehr gegeben hat und mehr geben wird, als der Wertungsfreiheit vorspiegelnde und in der Praxis wenig ergiebige Begriff der statistischen Einmaligkeit.

Zusammenfassung

Das Urheberrecht scheint heute in ein Stadium unkontrollierter Wucherung zu treten. Das in Art. 2 Abs. 1 URG definierte Tatbestandselement der Literatur- und Kunstzugehörigkeit ist jenes Kriterium, welches der sozialen Zielsetzung des Urheberrechts als einem kulturellen, und eben nicht

³⁸ So auch Fuchs (Fn. 17), 138 f.

³⁹ G. Schricker, in: G. Schricker (Hg.), Urheberrecht, 2. Aufl., München 1999, Einleitung N 7.

⁴⁰ Seel (Fn. 18), 99 f.

⁴¹ Blum/Pedrazzini (Fn. 30), 125 f.; Bertschinger (Fn. 30), 152 ff.

⁴² A. Troller, Urheberrecht und Ontologie, UFITA 50 (1967), 395: «Der aufnehmende menschliche Geist konstituiert sie [die Geisteswerke]».

⁴³ Schulze (Fn. 14), 404.

⁴⁴ Kummer (Fn. 21), 202.

ausschliesslich wirtschaftlichen Nachahmungs- und Nutzungsverbot, überzeugenden Nachdruck verschafft. Das Urheberrecht dient wie das ganze Immaterialgüterrecht dem Schutz qualifizierter menschlicher Kommunikation, wobei die Schutzwürdigkeit einer Gegebenheit erst in der Beziehung zwischen wertendem Subjekt und Objekt zutage tritt. Diese Bewertung ästhetischer Objekte ist immer auch abhängig von einer konkreten Wahrnehmungssituation. Die Individualität einer Geistesschöpfung ist folglich nicht nur in ihr selbst, sondern auch in der Rezeption ihrer ästhetischen Botschaft zu suchen. Die von Max Kummer eingeführte Präsentationslehre gibt, sofern sie richtig verstanden wird, möglicherweise mehr her als der Wertungsfreiheit vorspiegelnde Begriff der statistischen Einmaligkeit.

Resumé

Le droit d'auteur semble entrer dans une phase de prolifération incontrôlée. L'élément constitutif de l'appartenance à la littérature et à l'art, défini à l'art. 2 al. 1, est le critère qui souligne la fonction sociale visée par le droit d'auteur, qui est d'interdire l'imitation et l'exploitation non seulement pour des motifs économiques, mais également pour des raisons culturelles. Tout comme l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle, le droit d'auteur tend à protéger une forme qualifiée de communication humaine, étant précisé qu'un élément donné est digne de protection lorsqu'une relation s'instaure entre l'objet et le sujet qui l'appréhende. Cette appréhension d'objets esthétiques dépend aussi toujours de la perception que l'on a d'une situation concrète. L'individualité d'une création de l'esprit doit non seulement être recherchée en elle-même, mais également dans la réception de son message esthétique. Pour autant qu'elle soit bien comprise, la théorie de la présentation introduite par Max Kummer ouvre probablement plus de perspectives que la notion d'unicité statistique, qui donne l'illusion d'une liberté d'appréciation.

* Dr. iur., Bern/Zürich. Gekürzte schriftliche Fassung des am 2. September 2003 an der Generalversammlung der Groupe Suisse de l'Association littéraire et artis-tique internationale (ALAI) gehaltenen Vortrages.