

WEITERER AUFSATZ

Urheberrecht zwischen Materialismus und Idealismus

Zur Ontologie geistiger Werke

Prof. Dr. Helmut Haberstumpf*

I. Einleitung	497
1. Theorie des Geistigen Eigentums	497
2. Der Beitrag der Philosophie des Geistes	499
II. Materialismus im Urheberrecht	502
1. Sind Computerprogramme Sachen oder Bestandteile von Sachen?	502
2. Sind Kunstwerke materielle Objekte?	503
a) Werke der bildenden Künste und sonstige Werke	503
b) Reduktion des Werkes auf das Original	504
c) Die Differenz zwischen den Eigenschaften des Werkes, des Originals und sonstiger Werkvor-kommunismen	506
3. Werke als physische Eigenschaften?	507
III. Der subjektive Idealismus im Urheberrecht	511
1. Die Lehre Fichtes	512
2. Sind Werke entäußerte mentale Zustände ihres Urhebers?	515
IV. Objektivität geistiger Gegenstände	517
1. Subjektunabhängigkeit von geistigen Gegenständen	517
2. Das Reich der Ideen	520
V. Merkmale des Geistigen	524
1. Unveränderlichkeit von geistigen Gegenständen	525
2. Wirkung von geistigen Gegenständen	527
VI. Identität von geistigen Gegenständen	529
1. Identität von Sprachwerken	530
a) Gleichheit in der Anordnung von Buchstaben oder Worten	530
b) Gleichheit in der Bedeutung, im Sinn	531
2. Identität von Bildwerken, musikalischen und choreografischen Werken	534
a) Formal-ästhetische Gleichheit	534
b) Formen als regelhaft verwendete Elemente sozialer Bild-, Klang- und Tanzsysteme	538
c) Zum Verhältnis der verschiedenen Werkarten ...	540
VII. Populäre Irrtümer im Urheberrecht	541

* Der Verf. ist Vors. Richter am Landgericht a.D., Nürnberg.

1. Die Bereiche der Technik und des Urheberrechts schließen sich gegenseitig aus 542
2. Der urheberrechtliche Schutz bezieht sich nur auf die Form und nicht auf den Inhalt eines Werkes 542
3. Wissenschaftliche Erkenntnisse sind frei und dürfen von jedermann reproduziert und benutzt werden 544
4. Der private Werkgenuss gehört nicht zu den vom Urheberrechtsschutz umfassenden Handlungen und Vorgängen 545
5. Auf einem bestimmten Schaffensgebiet bestehende Regeln, Methoden, Techniken, Stilrichtungen oder Spielregeln lassen keine Gestaltungsspielräume für schöpferisches Gestalten oder schränken sie ein 545

Abstract

Den Immaterialgüterrechten einschließlich des Urheberrechts ist gemeinsam, dass sie geistige Leistungen unter Schutz stellen und Vermögensrechte an verschiedenartigen geistigen Gütern gewähren. In diesem Beitrag sollen einige Gedanken zur Seinsweise des Geistigen beigesteuert werden, ohne die die Systeme der Immaterialgüterrechte nicht richtig verstanden werden können. Die Frage, auf welche Gegenstände sich die jeweiligen Schutzrechte beziehen und wie sie identifiziert werden können, findet in der aktuellen rechtswissenschaftlichen Forschung und Praxis zu geringe Beachtung. Um sich ihr zu nähern, werden zunächst die in der modernen Philosophie des Geistes vertretenen konträren Positionen des Materialismus und des Idealismus, die im urheberrechtlichen Schrifttum und in der Rechtsprechung ebenfalls, wenn auch meist unausgesprochen und unreflektiert, anzutreffen sind, vorgestellt. Als Zwischenergebnis dieser Überlegungen bleibt festzuhalten, dass zwischen den raum-zeitlich nicht identifizierbaren, unveränderlichen und kausal nicht wirksamen geistigen Schutzgegenständen des Urheberrechts und der anderen Immaterialgüterrechte und den physischen (materiellen) Objekten und Erscheinungen, in denen jene vorkommen, kategorial zu unterscheiden ist. Geistige Gegenstände sind Produkte des menschlichen Geistes, die als – gute oder schlechte – Gründe für unser menschliches Handeln und Untlassen bedeutsam sind. Ihre Produktion und Verwendung sind eingebettet in regelhafte soziale Sprach-, Bild-, Klang- und Tanzsysteme. Die in ihren physischen Eigenschaften oft völlig verschiedenen Objekte und Erscheinungen, in denen geistige Gegenstände materialisiert sind, enthalten ein einzeln identifizierbares und verstehbares Werk, wenn sie als bedeutsame Zeichen (Formen) oder als Kombinationen von ihnen eines unserer traditionellen Kommunikationssysteme hervorgebracht und verwendet werden. Die Bindung an traditionelle Formen, denen Werkschaffende einer bestimmten Epoche unterworfen sind, schließt nicht aus, dass Personen oder Personengruppen neue Regeln zu ihrem Gebrauch einführen

und sie anderes als bisher deuten. Ihre Regelmäßigkeit beschränkt daher nicht die Möglichkeiten kreativen Schaffens, sondern bildet vielmehr eine Voraussetzung dafür. Daraus folgt, dass eine Reihe urheberrechtlicher Dogmen, darunter als populärstes die Unterscheidung zwischen geschützter Form und ungeschütztem Inhalt, in Frage gestellt werden müssen.

I. Einleitung

1. Theorie des Geistigen Eigentums

Zu den Gemeinplätzen in der Theorie- und Dogmengeschichte der Immaterialgüterrechte namentlich des Urheberrechts gehört es, auf den Beitrag zu verweisen, den die naturrechtlich begründete Theorie des Geistigen Eigentums zur Rechtfertigung und für die Ausformungen dieser Rechte geleistet hat.¹ Sie fußt auf der Lehre von *John Locke*,² nach der das Sacheigentum seine Grundlage und Rechtfertigung in der Neu- und Umgestaltung einer ursprünglich allen zugänglichen naturgegebenen Sache durch eigene Arbeit findet. Obwohl *Locke* selbst seine Theorie nicht zur Begründung des geistigen Eigentums herangezogen hat,³ konnten seine Gedanken unschwer auf das geistige Schaffen des Menschen übertragen werden, weil „ein jeder das, was seiner Geschicklichkeit und seinem Fleiße sein Dasein zu verdanken hat, als sein Eigentum ansehen kann“.⁴ Auch wenn die Theorie des geistigen Eigentums geeignet war, die grundsätzliche Schutzbedürftigkeit von literarischen und künstlerischen Werken, Erfindungen, Marken usw. auch in einem liberalen wirtschaftlichen und politischen System zu rechtfertigen, stand ihrer Rezeption in den Rechtsalltag der Einwand der Rechtswissenschaft entgegen, dass es Eigentum nur an Sachen geben könne, und man sich deshalb nicht darauf einigen konnte, wie das naturrechtlich begründete geistige Eigentum positivrechtlich zu konstruieren sei.⁵

Wegweisend in diesem Zusammenhang wurden dabei die Gedanken, die *Josef Kohler* in zahlreichen Schriften entwickelte. Er unterschied zwischen den Immaterialgüterrechten, die Rechte „an einem außerhalb des Menschen stehenden, aber nicht körperlichen, nicht faß- und greifbaren Rechtsgute“, an dem keine Eigentums- und Besitzrechte bestehen, be-

1 Vgl. z. B. *Luf*, Philosophische Strömungen in der Aufklärung und ihr Einfluss auf das Urheberrecht, in *Dittrich* (Hrsg.), Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es?, 1988, S. 9 ff.; *Dölemeyer/Klippel*, Der Beitrag der deutschen Rechtswissenschaft zur Theorie des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts, in *Beier/Kraft/Schricker/Wadle* (Hrsg.), Festschrift zum 100jährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und ihrer Zeitschrift, 1991, Bd. I, S. 185 ff. Rn. 4, 15 ff.

2 Two Treatises of Government, Cambridge 1960, II 5 § 27; dazu näher *Oberndörfer*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, 2005, S. 23 ff.; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, 2006, S. 61 ff.

3 *Oberndörfer*, Fn. 2, S. 38, 57 ff.

4 So der Göttinger Rechtsprofessor *Pütter*, Der Büchernachdruck nach ächten Grundsätzen des Rechts, 1774, S. 25.

5 *Dölemeyer/Klippel*, Fn. 1, S. 185 ff., Rn. 14, 65.

gründen, und dem Persönlichkeitsrecht, dessen Rechtsgut innerhalb des Menschen steht „und von seinem Wesen grundsätzlich unzertrennlich, nur zufällig und ausnahmsweise ablösbar“ ist.⁶ Auf diese Weise konnten Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht vom Sach-eigentum abgekoppelt und entsprechend der unterschiedlichen Natur der jeweiligen Schutz-gegenstände⁷ einer eigenständigen gesetzlichen Regelung zugeführt werden. Der heute z.B. im Namen der WIPO und des TRIPS-Abkommens international verwendete Begriff „Intellectual Property“ („Propriété Intellectuelle“) zur Sammelbezeichnung dieser Rechtssysteme knüpft zwar terminologisch noch an die Theorie des geistigen Eigentums an, indem er anzeigt, dass sie ausschließliche Rechte an intellektuellen Gütern wie Erfindungen, Werken, Marken, Unternehmenskennzeichen usw. gewähren, über die deren jeweiliger Inhaber ähnlich wie ein Sacheigentümer verfügen kann. Dabei wird aber implizit vorausgesetzt, dass die Legitimität und Ausformung dieser Rechte nicht von einem naturrechtlich begründeten Begriff des Eigentums abgeleitet werden kann, sondern auf einer positivrechtlichen Entscheidung des Gesetzgebers beruht. Das BVerfG bringt dies in mehreren Entscheidungen wie folgt auf den Punkt:⁸

„Da es keinen vorgegebenen und absoluten Begriff des Eigentums gibt und Inhalt und Funktion des Eigentums der Anpassung an die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse fähig und bedürftig sind, hat die Verfassung dem Gesetzgeber die Aufgabe übertragen, den Inhalt und die Schranken des Eigentums zu bestimmen (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG). Das gilt auch für die vermögenswerten Rechte des Urhebers; sie bedürfen ebenso wie das Sacheigentum der Ausgestaltung der Rechtsordnung. Der an das Grundgesetz gebundene Gesetzgeber kann aber hierbei nicht beliebig verfahren. [...] Im Einzelnen ist es Sache des Gesetzgebers, im Rahmen der inhaltlichen Ausprägung des Urheberrechts nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG sachgerechte Maßstäbe festzulegen, die eine der Natur und der sozialen Bedeutung des Rechts entsprechende Nutzung und angemessene Vergütung sicherstellen“.⁹

Die gesetzliche Ausformung der Immaterialgüterrechte einschließlich des Urheberrechts, ihre Auslegung und Anwendung hat sich also an ihrer Natur und sozialen Bedeutung zu orientieren. Gemeinsame Klammer dieser Rechte ist, dass sie sich auf den Schutz geistiger Leistungen beziehen und Vermögensrechte an verselbstständigten verkehrsfähigen geistigen Gütern gewähren, teilweise mit Persönlichkeitsrechtlichem Gehalt, teilweise ohne.¹⁰ Ziel dieses Beitrages ist es, einige Gedanken zur Seinsweise des Geistigen beizusteuern, ohne

6 Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, 1907, S. 1 ff., 24 ff.

7 Vgl. Kohler, Die Idee des geistigen Eigentums, AcP 82 (1894), 141, 151 ff.

8 Vor allem BVerfG GRUR 1972, 481, 483 – Kirchen- und Schulgebrauch; GRUR 1980, 44, 46 – Kirchenmusik; GRUR 2016, 690 Rn. 72 – Metall auf Metall.

9 BVerfG GRUR 1972, 481, 483 – Kirchen- und Schulgebrauch.

10 Dölemeyer/Klippl, Fn. 1, S. 185 ff. Rn. 80.

die die Systeme des Immaterialgüterrechts nicht richtig verstanden werden können.¹¹ Die besonderen Schutzvoraussetzungen, durch die sich die jeweiligen Immaterialgüterrechte voneinander unterscheiden, sollen dagegen nicht näher behandelt werden.

Die Frage nach der Natur des Geistigen und geistiger Gegenstände hat durch die neuere Rechtsprechung des EuGH wieder besondere Aktualität gewonnen. In der Entscheidung „UsedSoft/Oracle“ postuliert der Gerichtshof, dass in Vollzug eines Kaufvertrages, der die Überlassung eines Computerprogramms zur zeitlich unbegrenzten Nutzung bezieht, die „eine Person ihre Eigentumsrechte an einem ihr gehörenden körperlichen oder unkörperlichen Gegenstand gegen Zahlung eines Entgelts an eine andere Person abtritt“.¹² Aus der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit der Online-Überlassung von Software durch Herunter- oder Heraufladen von einem Rechner, auf den der Verkäufer Zugriff hat, auf einen Rechner des Erwerbers und ihrer Überlassung durch Übergabe eines körperlichen Datenträgers wird also geschlossen, dass beide Vorgänge auch in „sachenrechtlicher“ Hinsicht gleich zu behandeln sind. Dieselbe Schlussfolgerung zieht der EuGH im Hinblick auf das „Verleihen“ von Büchern, wenn es so erfolgt, dass die digitale Kopie des Buches „auf dem Server einer öffentlichen Bibliothek abgelegt und es dem betreffenden Nutzer ermöglicht wird, diese durch Herunterladen auf seinem eigenen Computer zu reproduzieren, wobei nur eine einzige Kopie während der Leihfrist heruntergeladen werden kann und der Nutzer nach Ablauf der Frist die von ihm heruntergeladene Kopie nicht mehr nutzen kann“.¹³ Da aber beim Herunter- oder Heraufladen eines Computerprogramms oder eines sonstigen Sprach-, Musik- oder Bildwerkes weder eine körperliche noch eine unkörperliche Kopie übertragen wird, sondern eine körperliche Kopie beim Erwerber erst entsteht – übertragen wird durch diesen Vorgang vielmehr das geistige Werk –, wird man diese Rechtsprechung dahingehend interpretieren müssen, dass sich das rechtliche Schicksal von geistigen Werken im Rechtsverkehr nach den zur Verbreitung körperlicher Werkexemplare entwickelten Grundsätzen richtet, mit der Folge, dass die Immaterialgüterrechte entgegen ihrer theoriengeschichtlichen Begründung als Sonderformen der Eigentumsordnung an Sachen zu deuten wären. Der alte Grundlagenstreit über das Wesen des *geistigen Eigentums* ist damit wiedereröffnet.

2. Der Beitrag der Philosophie des Geistes

Zur Klärung der Natur des Geistigen wird es unerlässlich sein, einen Blick auf die Probleme und Resultate der modernen Philosophie des Geistes zu werfen. Durch die Verweisung auf den theoriebeladenen vorrechtlichen Begriff des Geistigen in § 2 Abs. 2 UrhG und in

11 Vgl. Stallberg, Fn. 2, S. 26, 300 ff., der in Bezug auf das Urheberrecht überzeugend ausführt, dass jede plausible moralische Begründung des Urheberrechts ihren Anfang in der besonderen Qualität geistiger Werke nehmen muss. Dies gilt auch für die Rechte an Marken und geschäftlichen Bezeichnungen nach §§ 4 und 5 MarkenG, die keinen persönlichkeitsrechtlichen Gehalt aufweisen, vgl. Haberstumpf, Die markenmäßige Benutzung, ZGE 2011, 151, 158 ff.

12 EuGH GRUR 2012, 904 Rn. 42; ebenso BGH GRUR 2014, 264 Rn. 34 f. – UsedSoft II.

13 EuGH GRUR 2016, 1266 Rn. 54 – VOB/Stichting, mit kritischer Anmerkung Stieper.

den einschlägigen europäischen Richtlinien¹⁴ zwingt der Gesetzgeber die Urheberrechts-wissenschaft und die Rechtsanwendung dazu, sich der Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Menschen und seinen geistigen Produkten in seiner alltäglichen Lebenspraxis, in Literatur, Kunst, Wissenschaft und Technik usw. zu stellen. Wie wir sehen werden, sind sämtliche zu diesem Thema vertretenen teils konträren philosophischen Positionen im urheberrechtlichen Schrifttum und in der Rechtsprechung, wenn auch oft unausgesprochen, anzu-treffen. Es erscheint deshalb lohnend zu untersuchen, ob und inwiefern deren Argumente und Begriffsbildungen zur Klärung dieser juristischen Grundlagenfrage herangezogen wer-den können. Die folgenden Überlegungen sind zwar in erster Linie auf Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst gemünzt, schließen aber die Schutzgegenstände der anderen Im-materialgüterrechte und die überwältigende Masse der geistigen Gegenstände ein, die nach keinem dieser Systeme geschützt sind.

Die Philosophie des Geistes zählt heute zu den aktivsten philosophischen Disziplinen. Ihr derzeitiger Schwerpunkt liegt auf der Erörterung des sog. Leib-Seele-Problems, d.h. der Frage, ob und in welcher Hinsicht sich Psychisches von Physischem unterscheidet.¹⁵ Unter Physischem wird dabei die Realität verstanden, wovon die Naturwissenschaften einschließ-lich der Neurologie handeln, während das Psychische im Gegensatz dazu den Inbegriff all der mentalen Zustände und Vorgänge bildet, die jeweils nur einem einzigen Subjekt be-wusst sind.¹⁶ In das Themenspektrum der Philosophie des Geistes wird aber in neuerer Zeit wieder verstärkt die Welt des objektiv Geistigen, d.h. der Produkte menschlicher geistiger Aktivitäten gerückt, die sich u.a. in den Schöpfungen in Recht, Wissenschaft, Kunst und Religion manifestieren.¹⁷ Philosophiegeschichtlich haben sich drei grundlegende Positionen herausgebildet, die jeweils in verschiedenen Spielarten vertreten werden: der Materialis-mus, Idealismus und Dualismus.

Der *Materialismus* behauptet, die gesamte Wirklichkeit sei physischer Natur oder zu-mindest auf sie reduzierbar. Nicht nur alle Einzelgegenstände der Welt sind materiell oder physisch, sondern auch alle ihre Eigenschaften.¹⁸ Auf das Leib-Seele-Problem gewendet, heißt das, dass sich auch Psychisches in letzter Analyse als etwas Physisches erweist, oder zumindest sich darauf reduzieren lässt: Geist reduziert sich auf Gehirn,¹⁹ d.h. auf Materie. Diese Position hat durch die moderne Neurowissenschaft und Gehirnforschung inzwischen wieder großen Auftrieb gewonnen.²⁰

14 Art. 1 Abs. 3 S. 1 Software-RL (§ 69a Abs. 3 S. 1 UrhG), Art. 3 Abs. 1 S. 1 Datenbank-RL, Art. 6 S. 1 Schutzdauer-RL.

15 *Sturma*, Philosophie des Geistes, 2005, S. 9; *v.Kutschera*, Philosophie des Geistes, 2009, S. 12.

16 *V.Kutschera*, Fn. 15, S. 15 f.

17 *V.Kutschera*, Fn. 15, S. 16, 130.

18 *V.Kutschera*, Fn. 15, S. 146, 161.

19 *V.Kutschera*, Fn. 15, S. 136.

20 *Sturma*, Fn. 15, S. 31 ff., 112 ff.

Die Gegenposition des philosophischen *Idealismus* behauptet dagegen, die ganze Wirklichkeit sei geistiger Natur: Alles ist subjektiv geistig oder objektiv geistig, d.h. alles ist mental (etwas *Mentales*) oder ideal (etwas *Ideales*).²¹ Das Geistige bestehe aus Subjekten, deren mentalen Zuständen und Akten sowie den Produkten solcher Akte. Derartige Produkte sind z.B. Vorstellungs-, Gedanken-, Empfindungsinhalte, Namen, Theorien, Zahlen, Computerprogramme, Normen, Ideale usw. Subjekte sind Träger und Produzenten aller geistigen Realität, ohne Subjekte gibt es nichts Geistiges.²² Die Wirklichkeit existiert letztlich nur in unseren Köpfen und wird von dem, was wir in unseren Köpfen haben, konstituiert.

Als dritte klassische Position hat sich daneben der *Dualismus* etabliert, für den Seelisch-Geistiges und Physisches verschiedenartige und nicht aufeinander reduzierbare Bereiche der Wirklichkeit sind. Überwiegend wird dabei – entgegen dem cartesischen Dualismus – aber angenommen, dass beide Bereiche wechselseitig aufeinander bezogen sind.²³ Eine solche Auffassung werden wir im Folgenden vertreten. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang die *Drei-Welten-Lehre*, deren bedeutendste Vertreter *Frege*²⁴ und *Popper*²⁵ sind. Sie ist eine ontologische Position, die die Existenz dreier Welten annimmt: die physische Welt, deren Gegenstände man grundsätzlich mit den Sinnen wahrnehmen kann (Welt 1), die Welt dessen, was sich im Bewusstsein von Menschen abspielt bzw. Teil des Bewusstseins ist und der inneren Wahrnehmung (Introspektion) zugänglich ist (Welt 2) und die Welt der objektiven Gedankeninhalte, d.h. die gesamte Kultur in all ihren Manifestationen, die ausschließlich durch Verstandestätigkeiten erfasst werden (Welt 3).²⁶ Genau genommen handelt es sich allerdings nur um eine Variante des Dualismus,²⁷ da man die Innenwelt des Menschen ebenfalls unter physischen und psychischen Gesichtspunkten betrachten kann und muss. Wenn in der folgenden Erörterung auf das Bild der Drei-Welten-Lehre zurückgegriffen wird, dient dies nur dazu, die Rolle des Geistigen zwischen Materialismus und Idealismus anschaulicher herauszustellen.

Im Bereich des Urheberrechts vertritt einen *subjektiven Idealismus*, wer das Werk ausschließlich als Ausdruck des individuellen Geistes des Urhebers und Spiegelbild seiner Per-

21 *Meixner*, Ontologie, Metaphysik und der ontologische Idealismus, in *Hösle/Müller* (Hrsg.), Idealismus heute, 2015, S. 69, 73 ff.

22 *V.Kutschera*, Fn. 15, S. 171.

23 *V.Kutschera*, Fn. 15, S. 205, 212 ff.

24 *Frege*, Der Gedanke, Beiträge zur Philosophie des Deutschen Idealismus I, 1918 S. 58 – 77; abgedr. in *Künne*, Die Philosophische Logik Gottlob Freges, 2010, S. 87 – 112.

25 *Objektive Erkenntnis*, 1993, S. 75, 109 ff.; *ders.*, Ausgangspunkte, 2004, S. 263 – 287.

26 *Popper*, Ausgangspunkte, Fn. 25, S. 285; vgl. auch *Reicher*, Einführung in die philosophische Ästhetik, 2. Aufl. 2010, S. 93 f.

27 *Popper*, Ausgangspunkte, Fn. 25, S. 273.

sönlichkeit zum Zeitpunkt der Schöpfung begreift²⁸ und es daher allein Welt 2 zuordnet. Den sinnlich wahrnehmbaren Erscheinungen (Buchexemplar, Schallwellen, optische Signale usw.), in denen es vorkommt, wird allein die Funktion zugewiesen, als bloßes Ausdrucksmittel den individuellen Geist des Urhebers anderen zugänglich zu machen. In dieser Form hat der Idealismus im Urheberrecht heute keine Konjunktur mehr. Das Werk wird ausschließlich objektiv gedeutet, und der individuelle Geist des Urhebers ausgeblendet: Was allein in der Phantasie des Urhebers lebt, bedarf keines urheberrechtlichen Schutzes.²⁹ Das Werk wird also als ein außerhalb des Menschen stehender objektiver Gegenstand angesehen.³⁰ Versteht man es als geistiges Objekt, gehört es dem Bereich der menschlichen Kulturleistungen und damit Welt 3 an. Der urheberrechtliche *Materialist* beheimatet es demgegenüber in der Welt 1. Er reduziert das Werk auf die sinnlich wahrnehmbaren Erscheinungen der physikalischen Außenwelt, in denen das Werk vorkommt,³¹ und ist in der Kunsttheorie bei Werken der bildenden Künste sowie im rechtswissenschaftlichen Schrifttum vornehmlich im Software-Urheberrecht anzutreffen.

II. Materialismus im Urheberrecht

1. Sind Computerprogramme Sachen oder Bestandteile von Sachen?

Die im Softwarerecht weit verbreitete Ansicht, dass Computerprogramme Sachen im Sinne von § 90 BGB oder zumindest im Rechtsverkehr wie Sachen oder Sachbestandteile zu behandeln seien, stützt sich im Wesentlichen auf folgendes auf den ersten Blick sehr plausibles Argument: Um ihre Funktion, der Steuerung eines Computers zu dienen, erfüllen zu können, müssen Computerprogramme in verkörperter Form vorhanden sein.³² Also sind Computerprogramme Sachen. Dem liegt letztlich ein in der Informatik verbreiteter Gedanke zugrunde, der den Computer als eine nicht zu Ende gedachte Maschine begreift, die durch Hinzufügen der Programme komplettiert wird:³³ Software reduziert sich auf Hardware.

28 Vgl. z.B. *Kohler*, Fn. 6, S. 135; *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, 1954, S. 29 f.; *Müsse*, Das Urheberpersönlichkeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Veröffentlichung und der Inhaltsmitteilung, Diss. Tübingen 1999, S. 62, 80, 82, 120 ff., 134.

29 Z.B. BGHZ 9, 237, 240 f. – *Gaunerroman*; BGH GRUR 1985, 1041, 1046 – *Inkassoprogramm*; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl. 1980, S. 130; *Wandke/Bullinger*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 2 Rn. 19.

30 Vgl. *Troller*, Urheberrecht und Ontologie, UFITA 50 (1967), 385, 389.

31 Vgl. *Wollheim*, Objekte des Kunst, 1982, S. 20 f.

32 BGH CR 2007, 75 Rn. 16 – *ASP-Vertrag*; *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 5. Aufl. 2009 Rn. 679 ff., 698; *König*, Das Computerprogramm im Recht, 1991, Rn. 269 ff.; *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, 1989, Rn. 74 ff.; *Ulmer/Hoppen*, CR 2008, 681, 684. Ebenso im Hinblick auf den Begriff der Information *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012, S. 16 – 18.

33 So *König*, Fn. 32, Rn. 253 unter Hinweis auf *Gorny* CR 1986, 673 und *v.Hellfeld* GRUR 1989, 471 Fn. 6a.

Auch wenn es natürlich richtig ist, dass während seines Ablaufs das eingesetzte Computerprogramm als Speicherinhalt einer körperlichen Festplatte oder eines Arbeitsspeichers vorhanden sein muss, folgt daraus nicht, dass sie Sachen sind oder mit Sachen gleichgesetzt werden können. Die wesentlichen Einwände gegen diese Sicht, die wir andernorts ausführlich dargestellt haben,³⁴ bestehen kurz zusammengefasst darin, dass Körper als räumliche Individuen im Ganzen nicht an verschiedenen Orten gleichzeitig sein können.³⁵ Ein bestimmtes Computerprogramm ist aber wie jedes andere Werk des Urheberrechts überall und gleichzeitig theoretisch unendlich oft und lange selbst auf Geräten nutzbar, die es noch gar nicht gibt (Ubiquität). Ein auf Papier festgehaltenes, in einer höheren Programmiersprache formuliertes Programm ist ebenfalls ein Computerprogramm (§ 69a Abs. 1 UrhG, Art. 1 Abs. 1 Software-RL), auch wenn es erst nach seiner Übersetzung in eine Maschinensprache in der Lage ist, ein Computergerät zu steuern.³⁶ Computerprogramme können deshalb keine Sachen, Bestandteile von Sachen oder Gesamtheiten von Sachen sein, weil ihnen die Körperllichkeit fehlt. Es ist deshalb verfehlt, die Überlassung von Software und anderen Werken mittels körperlicher Datenträger oder mittels Online-Übertragung in sachenrechtlicher Hinsicht gleich zu behandeln. Darum geht es in den fraglichen Fällen auch nicht, sondern darum, dass der Erwerber jeweils ein Vervielfältigungsrecht benötigt, um das Computerprogramm für seine Zwecke bestimmungsgemäß ablaufen lassen bzw. das online überlassene Werk für sich wahrnehmbar machen zu können. Und dieses erhält er vom Rechtsinhaber entweder explizit etwa in einem Lizenzvertrag oder stillschweigend. Darin liegt der entscheidende Gesichtspunkt, der die wirtschaftliche Gleichwertigkeit dieser verschiedenen Übertragungsvorgänge in *rechterlicher Hinsicht* gewährleistet.

2. Sind Kunstwerke materielle Objekte?

a) Werke der bildenden Künste und sonstige Werke

Nach unserem normalen Verständnis bereitet es keine Probleme, sich Werke der bildenden Künste als materielle Gegenstände vorzustellen. Ein Gemälde ist eine bemalte Leinwand, eine Skulptur ein Objekt, das z.B. aus Marmor oder Bronze besteht, und ein Werk der Architektur ein Gebilde aus Materialien wie Holz und Stein, das sich an einem bestimmten Ort befindet. Diese Gegenstände kann man anfassen, ansehen und raum-zeitlich identifizieren,³⁷ was allerdings nicht ausschließt, dass der in ihnen ausgedrückte geistige Gehalt in anderen materiellen Dingen, etwa in einer Fotografie oder einem Nachguss oder Nachbau ebenfalls reproduziert sein kann. Bei den Werken der Dichtkunst und der Musik ist das schon erheblich schwieriger. Natürlich kann man z.B. auf ein bestimmtes Exemplar von

34 Haberstumpf, Josef Kohler und die Erschöpfungslehre, ZGE 2014, 470, 484 ff.; ders., Verkauf immaterieller Güter, NJOZ 2015, 793, 794 ff.

35 Meixner, Einführung in die Ontologie, 2004, S. 36.

36 Vgl. Hofstadter, Gödel, Escher, Bach, 18. Aufl. 2008, S. 313.

37 Vgl. Wollheim, Fn. 31, S. 18.

Goethes Faust zeigen, oder sich als Konzertabonnent auf eine Aufführung der 9. Symphonie von *Beethoven* freuen, die demnächst stattfinden wird. Damit aber jeweils den Faust oder die 9. Symphonie zu identifizieren, wäre augenscheinlich ebenso inadäquat wie einen Datenträger mit dem darauf gespeicherten Computerprogramm im Softwarerecht. Denn dasselbe Drama ist in vielen Büchern abgedruckt und wird zu den verschiedensten Zeiten und an den verschiedensten Orten vorgetragen. Ebenso besteht ein Musikwerk nicht aus einer bestimmten Aufführung, sondern kann vielfach aufgeführt und in Form von gedruckten Noten wiedergegeben werden.³⁸

b) Reduktion des Werkes auf das Original

Um die These, alle Kunstwerke seien materielle Objekte, die mit *Wollheim*³⁹ als materielle Objekthypothese bezeichnet werden soll, dennoch zu retten, bietet es sich an, das Kunstwerk und andere Werke auf das Original, in dem es vom Urheber erstmals präsentiert wurde, zu reduzieren. Dafür spricht, dass es im Kunstbetrieb nicht nur im Hinblick auf den Marktwert, sondern auch in ästhetischer Hinsicht einen gravierenden Unterschied macht, ob es sich bei verschiedenen solcher Objekte um ein Original, eine Kopie oder eine Reproduktion handelt, auch wenn sie selbst bei genauer Betrachtung nicht auseinander gehalten werden können. Dementsprechend könnte man auch bei anderen (Kunst-)Werken das Werk mit dem Gegenstand gleichsetzen und identifizieren, in dem der Urheber es erstmals entäußert hat, etwa mit dem Originalmanuskript oder der Originalpartitur.⁴⁰

Reduziert man aber das Kunstwerk auf das Original, so impliziert das, dass die Existenz des Werkes mit der Existenz des Originalgegenstandes verbunden ist. Was aber gilt, wenn das vom Urheber selbst gefertigte Original nicht mehr vorhanden ist? Beispiele dafür gibt es zuhauf: Den Papierstapel, auf den der Autor seinen Roman eigenhändig niedergeschrieben hat, hat er weggeworfen. Sein Stegreifvortrag oder seine spontane Musikdarbietung ist verklungen. Sein Originalgemälde wurde bei einem Brand im Atelier restlos zerstört. Zwar kann man sich Fälle vorstellen, in denen das Original *und* das Werk verloren gegangen sind.⁴¹ Der Normalfall ist das jedoch nicht. Von dem Stegreifvortrag oder der spontanen Musikdarbietung können Aufzeichnungen, vom Manuskript Kopien oder vom Gemälde Fotografien angefertigt worden sein. In der Menschheitsgeschichte gab es sehr lange Perioden, in denen Werke ausschließlich durch mündliche oder vokale Weitergabe bzw. Beschreibungen tradiert wurden.⁴² Im Beispiel des im Atelier verbrannten Gemäldes könnte deshalb das Werk durchaus vom Künstler selbst aus seinem Gedächtnis heraus oder mittels Beschrei-

38 Vgl. *Reicher*, Fn. 26, S. 97.

39 S. *Wollheim*, Fn. 31, S. 17. Zur Diskussion der materiellen Objekthypothese eingehend auch *Reicher*, Fn. 26, S. 115 ff.

40 *Reicher*, Fn. 26, S. 97.

41 *Wollheim*, Fn. 31, S. 20.

42 Vgl. *Patzig*, Über den ontologischen Status von Kunstwerken, in Schmücker (Hrsg.), Identität und Existenz, 4. Aufl. 2014, S. 111 ff.

bungen von Personen, die es gesehen haben, wieder rekonstruiert werden. Solange ein Kunstwerk, welcher Art auch immer, im Gedächtnis von Menschen verhaftet bleibt, kann es folglich den vollständigen Verlust des Originalgegenstandes und selbst sämtlicher sonstiger Exemplare überleben.⁴³ Der Grund liegt darin, dass nicht nur körperliche oder unkörperliche physische Erscheinungen, sondern auch Personen als Träger von Werken in Frage kommen.

Man könnte diesen Bedenken entsprechen und gleichzeitig der besonderen Rolle des Originals gerecht werden, indem man das Kunstwerk nicht mit ihm identifiziert, sondern mit der Klasse derjenigen Gegenstände, die zum Original in der Relation der Gleichheit oder Ähnlichkeit stehen⁴⁴ oder vom ihm als Vorlage über eine Kausalkette wenigstens mittelbar angefertigt wurden. Diese Klasse kann den vollständigen Verlust einzelner ihrer Glieder und damit auch des Originalgegenstands überleben. Woher wissen wir aber, ob z.B. ein als Werkverkörperung präsentierter Gegenstand in diese Klasse fällt, wenn kein Original mehr existiert oder wenn gerade kein Original zur Hand ist, mit dem wir diesen Gegenstand auf Gleichheit oder Ähnlichkeit vergleichen können? In einer solchen Situation befindet sich z.B. der Richter in einer Urheberrechtsstreitsache, dem zur Darlegung der Merkmale des Werkes üblicherweise nicht das Original, sondern irgendein anderes Exemplar oder gar nur eine Beschreibung des Werkes vorgelegt wird, und der entscheiden muss, ob der Gegenstand, gegen den der Kläger vorgeht, ein Verletzungsgegenstand ist oder nicht. Und selbst wenn ein Original noch existiert und greifbar ist, ist zu fragen, welche Kriterien dafür entscheidend sind, ob eine Dichterlesung durch einen Interpreten mit dem Papierstapel, auf dem der Dichter das Gedicht erstmals aufgeschrieben hat, oder die Beschreibung eines Gemäldes mit der vom Künstler bemalten Leinwand übereinstimmt. Die Dichterlesung, die in der Produktion von Schallwellen besteht, der vom Dichter beschriebene Papierstapel, der Papierstapel mit der Beschreibung des Gemäldes, die jeweils bestimmte Schwärzungen auf Papier aufweisen, und die bemalte Leinwand haben völlig verschiedene Eigenschaften. Welche dieser Eigenschaften sind aber relevant und entscheiden darüber, ob und wann sie ein bestimmtes Werk identisch oder ähnlich repräsentieren? Physische Erscheinungen dieser Art können sich ferner in fast allen Eigenschaften gleichen und dennoch in Bezug auf die Frage, ob sie ein Werk und welches enthalten, völlig verschieden sein. So ist es möglich, um ein Beispiel von *Goodman*⁴⁵ aufzugreifen, dass die Linien auf einer Zeichnung des Fujiyama von *Hokusai* den Linien eines Diagramms, das den Verlauf von Börsenkursen innerhalb einer Zeitspanne angibt, exakt gleichen. Und dennoch ist das eine eine Zeichnung, die als Werk der bildenden Kunst im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG regelmäßig geschützt ist, und das andere ein Diagramm, das zwar als Darstellung wissenschaftlicher oder techni-

43 Näher *Reicher*, Fn. 26, S. 98 f., 101 ff.; *Ingarden*, Untersuchungen zur Ontologie der Kunst, 1962, S. 210.

44 *Wollheim*, Fn. 31, S. 22.

45 *Goodman*, Sprachen der Kunst, 2. Aufl. 1998, S. 212; vgl. auch *Scholz*, Bild, Darstellung, Zeichen, 2. Aufl. 2004, S. 128.

scher Art nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG zu qualifizieren ist, aber normalerweise die erforderliche Individualität nicht aufweist. Um Originale, Kopien und sonstige materielle Erscheinungen zusammenklassifizieren zu können, reicht es somit nicht aus, darauf zu blicken, ob sie sich in allen Eigenschaften oder einer Vielzahl von Eigenschaften gleichen oder ähneln. Erforderlich sind vielmehr vorgängige Kenntnisse und Fähigkeiten, etwas als Werk zu erkennen und zu verstehen.⁴⁶ Die Annahme, bestimmte Exemplare oder Aufführungen seien solche eines bestimmten Romans, eines bestimmten Gemäldes oder eines bestimmten Musikstücks, weil sie sich gleichen oder ähnlich sind, dreht unsere natürliche Denkrichtung um: Ihre Gleichheit oder Ähnlichkeit folgt nämlich nicht daraus, ob sie viele Eigenschaften gemeinsam haben, sondern aus der *einen* Eigenschaft, dass sie vom selben Roman, Gemälde oder Musikstück handeln.⁴⁷ Es wird also ein vorgängiger *Begriff des geistigen (Kunst-)Werkes* benötigt, wie sich bereits oben bei der Diskussion der Frage, ob Computerprogramme Sachen sind, ergeben hat. Mit Ausnahme des Anspruchs aus dem Folgerecht gem. § 26 UrhG (Art. 1 Abs. 1 Folgerechts-RL), der an dem normalerweise gesteigerten Marktwert von Originalen anknüpft, machen die Urheberrechtsordnungen dementsprechend mit Recht keinen Unterschied zwischen Originalexemplaren und sonstigen Vervielfältigungsstücken.⁴⁸ Denn für die Frage, in welchen physischen Erscheinungsformen ein bestimmtes Werk vorkommt und aus welchen es entnommen werden kann, spielt es keine Rolle, ob sie Originale sind und welchen Marktwert sie haben. Deshalb eignet sich z.B. im Urheberrechtsprozess jedes Exemplar, um die Eigenart des in ihm ausgedrückten Werkes darzulegen und in Erinnerung zu rufen. Der Auffassung des EuGH, der unter einer Originalkopie jede Kopie versteht, die entweder vom Urheber selbst oder von einem anderen mit seiner Zustimmung hergestellt wurde,⁴⁹ ist deshalb nicht zu folgen, da er auf diese Weise den Begriff des Originals mit der Berechtigung, eine Kopie herzustellen, verwechselt. Und eine Kopie ist ein möglicher Verletzungsgegenstand, auch wenn sie nicht kausal auf das Original zurückführbar ist, da ansonsten die Doppelschöpfung und die unbewusste Entlehnung, die jeweils ohne konkrete Vorlage geschaffen wurden, ununterscheidbar wären. Das gilt auch für die Werke der bildenden Künste.

c) *Die Differenz zwischen den Eigenschaften des Werkes, des Originals und sonstiger Werkvorkommnisse*

Das entscheidende Argument, weshalb auch im Bereich der bildenden Künste die materielle Objekthypothese aufgegeben werden muss, liegt darin, dass wir nicht über Originale oder

46 Goodman, Fn. 45, S. 104 ff.; Haberstumpf, Die Paradoxien des Werkbegriffs, ZGE 2012, 284, 307.

47 So Wollheim, Fn. 31, S. 22; Woltersdorff, Auf dem Weg zu einer Ontologie der Kunstwerke, in Schmücker (Hrsg.), Identität und Existenz, 4. Aufl. 2014, S. 54 ff.; Haberstumpf, Die Paradoxien des Werkbegriffs, ZGE 2012, 284, 309 f.

48 § 17 Abs. 1, 2, 3 S. 2, § 18 UrhG; Art. 2 lit. d, Art. 3 Abs. 2 lit. c, Art. 4 Abs. 1, 2 InfoSoc-RL; Art. 1 Abs. 1, Abs. 2, Art. 3 Abs. 1 lit. a Vermiet- und Verleihrechts-RL.

49 EuGH GRUR 2016, 1271 Rn. 54 – Alexanders Ranks.

sonstige Vorkommnisse von Werken reden, wenn wir über das in ihnen zum Ausdruck kommende Werk reden und umgekehrt. Der Kunstkritiker, der ein bestimmtes Werk lobt, lobt nicht unbedingt eine bestimmte Aufführung oder ein bestimmtes Exemplar des Werkes. Und wer z.B. das Verbllassen der Farben des originalen Wandbildes von *Leonardos* Abendmahl beklagt, äußert sich nicht negativ über das Abendmahl von *Leonardo*.⁵⁰ Über das Werk machen wir normalerweise andere Aussagen als über ihre Exemplare. Das an der Wand hängende Bild als materielles Ding hat zahlreiche Eigenschaften, die bei dem Bild als einem Kunstwerk der Malerei bzw. bei einem ästhetischen Gegenstand überhaupt nicht vorkommen und ihm gar nicht zugesprochen werden können.⁵¹ Oft sind die Eigenschaften, die wir dem betrachteten Objekt zuschreiben, je nachdem, ob wir uns auf ein Exemplar oder das Werk beziehen, völlig konträr. So kann ein Kunstexperte über das Werk „Der heilige Georg“ von *Donatello*,⁵² das im Museo Nazionale del Bargello in Florenz zu besichtigen ist, sinnvoll und nachvollziehbar sagen, es sei von Leben erfüllt, obwohl der Marmorblock, der es präsentiert, unbelebt ist.

3. Werke als physische Eigenschaften?

Auch wenn das Werk des Urheberrechts nicht mit materiellen Objekten gleichgesetzt oder auf sie reduziert werden kann und wir klar zwischen dem Werk selbst und seinen Trägern unterscheiden müssen, bleibt festzuhalten, dass es eines materiellen Trägers bedarf, damit es von anderen Personen aufgenommen und verarbeitet werden kann. Als Träger kommen dabei nicht nur Sachen, in denen das Werk verkörpert ist, sondern auch die mentalen Zustände und Ereignisse im Inneren eines Menschen⁵³ sowie unkörperliche Ereignisse in Betracht, etwa das Aussenden von Schallwellen, mit denen ein Interpret ein Sprachwerk vorträgt oder ein Musikwerk aufführt. Werke sind somit immer in physischen Erscheinungen fundiert. Mit den bisherigen Überlegungen, die es als plausibel erscheinen lassen, das Werk als die gemeinsame Eigenschaft seiner Vorkommnisse zu begreifen, ist der ontologische Status dieser Eigenschaft allerdings noch nicht präjudiziert und der Materialismus im Urheberrecht noch nicht widerlegt. Die Position des Materialismus besagt nämlich nicht nur, dass alle Einzelgegenstände der Welt materiell oder physisch sind, sondern auch alle ihre Eigenschaften. Danach könnte man das Werk selbst und die Eigenschaften, die wir einem bestimmten Werk etwa in der Kunstkritik zuschreiben und mit denen wir es identifizieren und von anderen Objekten abgrenzen, ebenfalls als eine physische Eigenschaft auffassen oder wenigstens auf physische Eigenschaften reduzieren.

50 Vgl. *Wollheim*, Fn. 31, S. 19.

51 *Ingarden*, Fn. 43, S. 139 f.

52 Beispiel von *Wollheim*, Fn. 31, S. 23.

53 Vgl. *Beckermann*, Analytische Einführung in die Philosophie des Geistes, 3. Aufl. 2008, S. 101; *Tretter/Grünhut*, Ist das Gehirn der Geist?, 2010, S. 88.

Geht man davon aus, dass der Gegenstandsbereich des Physischen in die Domäne der Naturwissenschaften fällt, dann sind physische Eigenschaften solche, die durch Beobachtung und Experiment erkennbar sind. Sätze, in denen wir bestimmten Gegenständen physische Eigenschaften zuschreiben, sind danach Aussagen, die allein durch Beobachtung der raum-zeitlichen Vorgänge in der Natur verifiziert oder falsifiziert werden können.⁵⁴ Für die praktische Rechtsanwendung hätte die Identifizierung oder Reduktion von Werkeigenschaften mit oder auf physische Eigenschaften durchaus seinen Reiz. Zur Frage, wann ein Werk, insbesondere ein Werk der bildenden Künste vorliegt, und wann es in einer das Urheberrecht verletzenden Weise nachgeahmt wird, bräuchte man z.B. nicht auf die „Auffassung der für Kunst empfänglichen und mit Kunstanschauungen einigermaßen vertrauten Kreise“⁵⁵ oder darauf zu rekurrieren, ob es ein „Kunstwerk“⁵⁶ ist. Könnte man nämlich Werkeigenschaften bzw. -prädikate über geeignete Übersetzungs- oder Reduktionsregeln auf unmittelbar beobachtbare Eigenschaften zurückführen bzw. mit Prädikaten, die solche Eigenschaften ausdrücken, definieren, dann wären zur Beantwortung der Fragen, wodurch ein bestimmtes Werk gekennzeichnet ist und wann es in urheberrechtlich relevanter Weise gleich oder ähnlich reproduziert wurde, weder Kunstsachverständ noch sonstiges Wissen über die Gebiete des Werkschaffens erforderlich. Diese Fragen könnte, wie es *Kummer* einmal formuliert hat, dann der „Normalbetrachter im Rahmen seiner natürlichen Optik“⁵⁷ durch bloßes Beobachten der etwa im Rahmen einer Urheberrechtsstreitsache vorgelegten Exemplare beantworten, ohne dass die Anschauungen und Wertungen des Betrachters eine Rolle spielen.

Wie könnte aber die Rückführung von Werkprädikaten auf Prädikate für direkt beobachtbare Eigenschaften in *concreto* ausssehen? Betrachten wir zunächst die folgende Liste von Werkprädikaten, mit denen wir uns normalerweise sinnvoll über Werke unterhalten können: Einem Roman schreiben wir beispielsweise zu, dass er spannend, langweilig, tragisch, erheiternd, witzig, grotesk, interessant, verworren, künstlich usw. ist. Von einer bildlichen Darstellung sagen wir häufig, sie sei symmetrisch, ausgewogen, ungestaltet, traurig, lebendig, dunkel, grauenhaft, elegant, obszön oder der Maler habe grelle, saftige, gebrochene Farben verwendet. Und bei Musikstücken ist oft die Rede von erregenden Rhythmen, von harten oder weichen, vollen oder dünnen Tönen, harmonischen Klängen oder Dissonanzen.⁵⁸ Um nun die materielle Identitäts- bzw. Reduktionsthese zu testen, wollen wir aus dieser Liste die Prädikate „spannend“ und „traurig“ herausgreifen und annehmen, ersteres werde von einem bestimmten Roman und letzteres von einem bestimmten Gemälde ausgesagt. In Bezug auf den spannenden Roman könnte die Übersetzung in die Beobachtungs-

54 Beckermann, Fn. 53, S. 63 ff.

55 So z.B. BGH ZUM 2014, 225 Rn. 15 – Geburtstagszug; ZUM 2012, 36 Rn. 17 – Seilzirkus; GRUR 1983, 377, 378 – Brombeer-Leuchte; GRUR 1973, 478, 479 – Modeneheit.

56 Z.B. BGH GRUR 1957, 291, 292 – Europapost.

57 Kummer, Das urheberrechtliche schützbare Werk, 1968, S. 67.

58 Vgl. Ingarden, Fn. 43, S. 166 ff.; Sibley, Ästhetische Begriffe, in Henckmann (Hrsg.), Ästhetik, 1979, S. 230 ff.; Reicher, Fn. 26, S. 57.

sprache etwa wie folgt aussehen: Die Leser geben das Buch nicht aus der Hand, bis sie es ausgelesen haben; in zunehmenden Maße erhöht sich ihre Puls- und Herzfrequenz; sie sprechen in ihrem Bekanntenkreis darüber und empfehlen es; auf den Bestsellerlisten nimmt es für längere Zeiten vordere Plätze ein usw. Im Fall des Gemäldes könnte die Eigenschaft „traurig“ z.B. damit beschrieben werden, dass der Maler überwiegend graue und schwarze Farben verwendet und diese auffällig im Zentrum des Bildes verteilt hat.

Schon an diesen einfachen Beispielen erkennt man, dass die propagierte Übersetzungs- bzw. Identitätsthese eine Reihe von prinzipiellen Schwächen aufweist. So zeigt das Beispiel des spannenden Romans zweierlei: Die obige Aufzählung der angegebenen empirischen Qualitäten ist ersichtlich nicht vollständig, und viele sinnvolle Werkprädikate kann man anscheinend nur dann in der Beobachtungssprache wiedergeben, wenn man, statt beobachtbare Eigenschaften von Werkvorkommnissen aufzuführen, auf Verhaltensweisen von Lesern, Betrachtern oder Zuhörern von Werken Bezug nimmt. Zwar ist es sicherlich richtig, dass die Eigenschaft eines Romans, spannend zu sein, meist mit einigen der aufgezählten Kriterien einhergeht. Notwendig oder hinreichend sind sie dafür aber nicht. So kann das Verhalten eines Teils der Leser, das Buch in Etappen und nicht atemlos in einem Zug zu lesen, durchaus damit erklärt werden, dass ihnen die dafür erforderliche Zeit einfach fehlt. Und ein auf den Bestsellerlisten auftauchendes Buch kann ausgesprochen langweilig sein und wird nur deshalb gekauft, weil der Autor ein bekannter ist und/oder weil es besonders aufwendig beworben wird. Selbst die bejahende Antwort eines Lesers auf die Frage, ob ein bestimmter Roman spannend sei, muss kein hinreichendes Kriterium dafür sein, dass er tatsächlich spannend ist. Die Antwort des Lesers kann nämlich auch dadurch motiviert sein, dass er, sich seines eigenen Urteils unsicher, den Roman als spannend bezeichnet, weil der Schriftsteller allgemein als Autor spannender Geschichten gilt. Im Beispiel des Gemäldes ist es zwar ebenfalls möglich, von beobachtbaren Eigenschaften seiner Vorkommnisse auf bestimmte Werkprädikate zu schließen, sodass die überwiegende Verwendung dunkler Farben in einem bestimmten Gemälde tatsächlich Traurigkeit ausdrückt. Dieser Effekt hätte aber auch durch grelle Farben oder durch andere Elemente wie z.B. durch ein bestimmtes Sujet herbeigeführt werden können.

Der wesentliche Grund, weshalb die Übersetzbareits- und Identitätsthese heute kaum mehr vertreten wird, wird darin gesehen, dass man selbst innerhalb der physikalischen Sprache sogenannte theoretische Begriffe anzuerkennen hat und Sätze über direkt Beobachtbares theoriengeladen sind.⁵⁹ In der Wissenschaftstheorie ist man sich nämlich inzwischen weitgehend einig, dass man solche Begriffe als Grundbegriffe benötigt, die besonders einfache und systematisch befriedigende Erklärungen ermöglichen und dies auch dann, wenn die betreffenden Prädikate nicht durch Definitionen oder Bedeutungspostulate auf Beobachtungsprädikate zurückführbar sind.⁶⁰ Beispiele für theoretische Begriffe sind „wasserlöslich“, „zerbrechlich“, „magnetisch“, „Masse“, „Elektron“, „elektromagnetische Wel-

59 Schurz, Einführung in die Wissenschaftstheorie, 3. Aufl. 2011, S. 72 f.

60 Beckermann, Fn. 53, S. 96 f.

le“ usw. Sie erhalten ihre Bedeutung innerhalb der Theorie, in der sie verwendet werden. Die allgemeinen hypothetischen Sätze einer Theorie dienen nicht nur der Erklärung von physischen Phänomenen, sondern geben auch Maßkriterien für prognostische künftige Beobachtungssätze vor, mit deren Hilfe die Theorie überprüft und gegebenenfalls korrigiert werden kann, auch wenn sie in keiner irgendwelchen Ableitungsbeziehung zu vorhandenen Beobachtungsdaten stehen.⁶¹ Werden in der Beobachtungssprache z.B. Messergebnisse für die Stärke elektronischer Felder oder über die Anzahl von Molekülen wiedergegeben, so werden bereits theoretische Begriffe (hier: „elektronisches Feld“, „Molekül“) verwendet, die nur im Rahmen einer bestimmten Theorie sinnvoll sind.⁶² Ihre Bedeutung ergibt sich somit aus ihrem Gebrauch im Sprachspiel⁶³ der übergeordneten Theorie. Wenn dies richtig ist, dann kann man wiederum nicht mehr behaupten, der elementare Erfahrungsbezug einer naturwissenschaftlichen Theorie sei durch unmittelbar beobachtbare und beschreibbare Tatsachen gewährleistet, da derartige Tatsachen eben nur im semantischen Rahmen der gewählten Theoriesprache auftreten. Jede erfahrungswissenschaftliche Tatsache, die ein einfacher zur Überprüfung der Theorie geeigneter und in der Beobachtungssprache formulierter Basissatz beschreibt, ist deshalb bereits theoretisch imprägniert.⁶⁴ Wegen der Theorienbeladenheit selbst einfacher Begriffe gibt es keine direkt beobachtbaren, durch vorgängige Annahmen unbeeinflusste Feststellungen, sondern nur graduelle Unterschiede zwischen mehr oder minder Beobachtbarem.⁶⁵

Das bedeutet nicht, dass Werkprädikate nicht näher bestimmt und definiert werden könnten, sondern nur, dass dies nicht mit dem Vokabular der physikalischen Sprache oder mittels eines Rückgriffs auf physische Eigenschaften der Werkvorkommnisse oder auf beobachtbare Verhaltensweisen von Lesern, Betrachtern oder Hörern möglich ist. Gegenstand dieser Arbeit ist der Versuch, auf der Grundlage des Gesetzes eine Theorie der Natur des Geistigen im Urheberrecht und Immaterialgüterrecht zu skizzieren. Dazu wird es erforderlich werden, theoretische Begriffe zu verwenden bzw. einzuführen, damit notwendige und hinreichende Bedingungen formuliert werden können, was ein Werk des Urheberrechts konstituiert und in welchen sinnlich wahrnehmbaren Erscheinungen der Welt 1 es vor kommt. Wie sich insbesondere bei der Behandlung der materiellen Objekthypothese im Bereich der bildenden Künste herausgestellt hat, genügt es deshalb nicht, auf Exemplare von Werken zu blicken; denn ob etwas überhaupt ein Exemplar ist, richtet sich nicht nach dessen Eigenschaften,⁶⁶ die unter dem Blickwinkel der Physik oder einer anderen wissen-

61 Lembeck in Kolmer/Wildfeuer, *Neues Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, 2011, Stichwort „Theorie“, S. 2184 ff.

62 Vgl. auch v.Kutschera, Fn. 15, S. 199.

63 Zum Begriff des Sprachspiels *Wittgenstein*, *Philosophische Untersuchungen*, 1971, §§ 23 ff.

64 Lembeck in Kolmer/Wildfeuer, Fn. 61, Stichwort „Theorie“, S. 2185.

65 Hempel, *Philosophie der Naturwissenschaften*, 1974, S. 110 ff.

66 Deshalb kann etwas nur dann ein korrektes Exemplar eines Werkes sein, wenn es auch die Eigenschaften besitzt, die dem Werk wahrheitsgemäß zugeschrieben werden können, vgl. Woltersdorff, Fn. 47, S. 54 ff., 58; Haberstumpf, *Die Paradoxien des Werkbegriffs*, ZGE 2012, 284, 310.

schaftlichen Disziplin, etwa der Psychologie, relevant sind, sondern danach, ob es die Eigenschaft hat, ein Werk des Urheberrechts zu enthalten. Und dies entscheiden wir nach den vom Gesetzgeber gewählten Begrifflichkeiten, die zu einer widerspruchsfreien, kohärenten Theorie zusammengefügt werden und gewährleisten müssen, dass sie in diesem Rahmen intuitiv befriedigende Ergebnisse liefern.

III. Der subjektive Idealismus im Urheberrecht

Es hat sich als nicht vielversprechend erwiesen, den Standpunkt eines Beobachters einzunehmen, der sich allein auf die physischen Eigenschaften von Werkrealisierungen oder beobachtbaren Verhaltensweisen von Werkrezipienten konzentriert, um das Wesen des Werkes zu erfassen. Ein wesentlicher Mangel dieser objektiv-materiellen Sicht neben den angeführten Einwänden könnte darin bestehen, dass sie den Urheber außer Betracht lässt. Als Schöpfer derjenigen Gegenstände, die wir Sprachwerke, Musikwerke, Werke der bildenden Künste usw. nennen, steht aber die Person des Urhebers im Vordergrund, wie die amtliche Begründung zu § 1 UrhG explizit hervorhebt.⁶⁷ Wer, wenn nicht er, sollte schließlich darüber bestimmen dürfen, welchen geistigen Gehalt sein Werk hat, was es ausdrückt und zu verstehen gibt. Die Werke des Urheberrechts können deshalb nicht völlig subjektfrei interpretiert werden. Gerade diese Subjektbezogenheit des Geistigen wird vom subjektiven Idealismus, der Gegenposition des Materialismus, in das Zentrum der Betrachtung gestellt. Für ihn besteht das Geistige aus Subjekten, deren mentalen Zuständen und Akten einschließlich ihrer Produkte; ohne Subjekte gibt es nichts Geistiges.⁶⁸ Auf die Werke des Urheberrechts bezogen, würde dies bedeuten, dass sie nur in den Köpfen ihrer Urheber und damit in der Welt 2 existieren.

Vor allem in der Kunsttheorie sind derartige Auffassungen weit verbreitet. Das Kunstwerk wird als ein im Laufe des Schaffensprozesses entstandener mentaler Zustand, als ein inneres Bild, gedeutet.⁶⁹ Es ist also etwas, was sich im Bewusstsein des Künstlers abspielt bzw. Teil seines Bewusstseins ist. Als solches können wir es nicht wahrnehmen im üblichen Sinn des Wortes. Derartige psychische Gegenstände seien aber vielfach der Introspektion zugänglich, indem wir unsere Aufmerksamkeit darauf richten, was in uns vorgeht, also zum Beispiel auf unsere Vorstellungen, Überzeugungen, Wünsche und Gefühle.⁷⁰ Das Malen von Bildern, das Schreiben von Texten oder Musikwerken und deren Aufführung dienten dagegen nur der Veräußerlichung dieses mentalen Zustands, die allein für die Kommunikation

67 BT-Drs. IV/270, S. 37.

68 V.Kutschera, Fn. 15, S. 171.

69 Vgl. Wollheim, Fn. 31, S. 44 f.; v.Kutschera, Ästhetik, 1988, S. 83 f.; Patzig, Fn. 42, S. 117 f.; Schanze, Die Bildwerkstheorie, GRUR 1929 I, 168.

70 Reicher, Fn. 26, S. 94.

tion erforderlich sei.⁷¹ Für die Existenz des Kunstwerkes sei sie nicht nötig.⁷² Die Werkeigenschaften, von denen im vorherigen Abschnitt die Rede war, wären danach keine Eigenschaften des Originals oder eines sonstigen Werkvorkommnisses, sondern dieses inneren Bildes im Bewusstsein des Künstlers.⁷³ Damit kann der subjektive Idealismus erklären, warum Werkeigenschaften nicht auf physische Eigenschaften von Werkvorkommnissen oder beobachtbare Verhaltensweisen von Werkrezipienten zurückgeführt werden können.⁷⁴ Der Betrachter, Hörer oder Leser eines Werks bleibt allerdings darauf angewiesen, ein vorliegendes Werkvorkommnis zu deuten und aus ihm das Werk so zu rekonstruieren, wie es gewissermaßen im Kopf des Künstlers existierte, indem er z.B. dessen Intentionen aus dem historischen Kontext zu ermitteln sucht, innerhalb dessen das Werk entstanden ist.⁷⁵

1. Die Lehre Fichtes

Ob damit das Wesen des urheberrechtlichen Werkes zutreffend erfasst wird, soll anhand des Beweises der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, den *Fichte* 1793 vorlegte,⁷⁶ diskutiert werden. *Fichte* zu Wort kommen zu lassen, ist dadurch motiviert, dass er in seiner gleichnamigen Schrift eine subjektiv-idealistische Position vertreten und die Urheberrechtsliteratur stark beeinflusst hat, was in vielfacher Weise heute noch nachhält.⁷⁷ Auch die aktuelle Rechtsprechung des BGH nimmt auf seine Unterscheidung zwischen geschützter Form und ungeschütztem Inhalt eines Schriftwerkes Bezug.⁷⁸

Ausgehend von dem Grundsatz, wir behielten notwendig das Eigentum eines Dings, dessen Zueignung durch einen anderen physisch unmöglich sei, unterscheidet *Fichte* an einem Buch zweierlei, das Körperliche desselben, das bedruckte Papier und sein Geistiges. Das Geistige wiederum sei einzuteilen in das Materielle, den Inhalt des Buches, die Gedanken, die es vortrage und die Form dieser Gedanken, die Art wie, die Verbindung in welcher, die Wendungen und Worte, mit denen es sie vortrage. Das Eigentum am Körperlichen gehe durch dessen Verkauf auf den Käufer über, das Materielle des Geistigen aber noch nicht.

71 *V.Kutschera*, Fn. 69, S. 83.

72 *Wollheim*, Fn. 31, S. 45, 47, 112 f.

73 *Müsse*, Fn. 28, S. 127; *Schramm*, Die schöpferische Leistung, 1957, S. 62.; *Troller*, Immaterialgüterrecht, Bd. 1, 1983, S. 361; *ders.*, Urheberrecht und Ontologie, UFITA 50 (1967), 385, 390.

74 *Reicher*, Fn. 26, S. 84 ff.; *Wollheim*, Fn. 31, S. 49 f.

75 Vgl. *v.Kutschera*, Fn. 69, S. 83; *Wollheim*, Fn. 31, S. 51. *Müsse*, Fn. 28, S. 121, vergleicht in diesem Sinn das Erkennen des Werkes in einem konkreten Mitteilungsträger mit einer archäologischen Ausgrabung, die das wesentliche Ergebnis des Schöpfungsaktes, nämlich die Werkvorstellung, rekonstruiert.

76 Johann Gottlieb Fichte's sämmtliche Werke, Hrsg. *J.H.Fichte*, Bd. VIII 1846, S. 225 ff.

77 *Schricker/Loewenheim/Vogel*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, Einl. Rn. 121; *Kohler*, Fn. 6, S. 77; *Bappert*, Wege zum Urheberrecht, 1962, S. 270 ff.; *Luf*, Fn. 1, S. 17 f.; *Stallberg*, Fn. 2, S. 180 ff.; *Dölemeyer/Klippel*, Fn. 1, S. 185 ff. Rn. 20; *L.Gieseke*, Die geschichtliche Entwicklung des deutschen Urheberrechts, 1957, S. 97 f.; *Oechsler* GRUR 2009, 1101, 1102.

78 BGH GRUR 2011, 134 Rn. 36 – Perlentaucher. Dazu *Haberstumpf* ZUM 2012, 159 f.

Um sich die Gedanken zuzueignen, gehöre noch eine Handlung dazu, das Buch zu lesen, seinen Inhalt zu durchdenken, ihn von mehreren Seiten anzusehen und so in unsere eigene Ideenverbindung aufzunehmen.⁷⁹ Mit der Bekanntmachung eines Buches höre das Materielle auf, ausschließendes Eigentum des ersten Herrn zu sein, bleibe aber sein mit Vielen gemeinschaftliches Eigentum.⁸⁰ Was sich aber schlechterdings niemand zueignen könne, weil dies physisch unmöglich sei, sei die Form dieser Gedanken, die Ideenverbindung, in der, und die Zeichen, mit denen sie vorgetragen würden. Jeder Schriftsteller müsse seinen Gedanken eine gewisse Form geben und könne ihnen keine andere geben als die seinige, weil er keine andere habe.⁸¹ Die Form der Gedanken sei und bleibe auf immer ausschließendes Eigentum des Verfassers.⁸² Daraus fließe auch das Recht des Schriftstellers zu verhindern, dass jemand in sein ausschließendes Eigentum dieser Form eingreife und sich des Besitzes derselben bemächtige.⁸³ Das Recht, welches der Nachdrucker kränke, sei dieses natürliche, angeborene, unzuveräußernde Eigentumsrecht.⁸⁴ Der Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks aus der Sicht des Verfassers durch *Fichte* geschieht demnach in Form folgenden Schlusses:

- (F1) Eigentum an einem Gegenstand ist etwas, dessen Zueignung durch einen anderen physisch unmöglich ist.
- (F2) Die Form der Gedanken, die der Verfasser eines Buches in ihm vorträgt, ist etwas, was sich niemand anderer physisch zueignen kann.
- (F3) Der Nachdrucker des Buches eignet sich die Form der Gedanken des Verfassers an.
- (F4) Also verletzt der Nachdrucker das beim Verfasser verbleibende Eigentum.⁸⁵

In diesem Schluss spielt die Prämisse (F2) eine entscheidende Rolle. Sie enthält eine Behauptung über die Seinsweise eines geistigen Werkes und besagt, dass ein solches Werk teilweise, d.h. in Bezug auf die Form der vorgetragenen Gedanken derart beschaffen ist, dass sie ausschließend nur vom Urheber des Werkes angeeignet werden kann.⁸⁶ Was aber versteht *Fichte* unter „Form der Gedanken“? Ersichtlich ist der innere mentale Zustand gemeint, der sich im Bewusstsein des Verfassers vor oder während der Niederschrift abgespielt hat; denn dieser ist ihm allein zugänglich. Verbreitet charakterisiert man nämlich

79 Johann Gottlieb Fichte's sämmtliche Werke, Fn. 76, S. 225 f.

80 Dieselbe Formulierung findet sich bei *Frege*, Sinn und Bedeutung, in Patzig, Funktion, Begriff, Bedeutung, 3. Aufl. 1969, S. 46 Fn. 5.

81 Johann Gottlieb Fichte's sämmtliche Werke, Fn. 76, S. 227.

82 Johann Gottlieb Fichte's sämmtliche Werke, Fn. 76, S. 230.

83 Johann Gottlieb Fichte's sämmtliche Werke, Fn. 76, S. 228.

84 Johann Gottlieb Fichte's sämmtliche Werke, Fn. 76, S. 233.

85 Genau genommen müsste das Schlusschema durch eine normative Prämisse ergänzt werden, die *Fichte* unausgesprochen voraussetzt, nämlich, dass fremdes Eigentum nicht angeeignet werden darf.

86 *Stallberg*, Fn. 2, S. 180.

mentale Zustände u.a. damit, dass sie privat sind.⁸⁷ Derjenigen Person, die sich in einem bestimmten mentalen Zustand befindet, wird eine privilegierte Beziehung zu ihm zugesprochen, die kein anderer hat oder haben kann.⁸⁸ Dies drückt sich z.B. in Aussagen der folgenden Art aus: Meine Schmerzen (Gedanken)⁸⁹ kann nur ich haben (fassen), nur ich kann meine Schmerzen (Gedanken) fühlen (fassen), nur ich kann wissen, ob ich Schmerzen (Gedanken) habe (fasse). Von der Erfahrungsperspektive des Subjekts hängt es ab, wie es sich anfühlt, in einem bestimmten mentalen Zustand zu sein.⁹⁰

Wie aber verhält sich diese Form der Gedanken zum Inhalt der in einem Werk vorgetragenen Gedanken? Wenn *Fichte* schreibt, jeder Schriftsteller müsse seinen Gedanken eine gewisse Form geben, weil reine Ideen ohne sinnliche Bilder sich nicht einmal denken und darstellen ließen, dann bedeutet dies, dass der Inhalt der Gedanken begrifflich immer in einer bestimmten Form im Bewusstsein des Schriftstellers gegeben ist.⁹¹ Dann wäre aber der Gedankeninhalt genauso wie die Form ein privater mentaler Zustand, der wie diese anderen Personen unmittelbar nicht zugänglich ist und ebenfalls als exklusives Eigentum des Verfassers bewertet werden müsste. Akzeptiert man dagegen umgekehrt die Annahme, dass der Gedankeninhalt beispielsweise eines Sprachwerkes ein mit Vielen gemeinsames Eigentum ist, dann müsste man daraus schließen, dass dies auch für die mit ihm untrennbar verbundene Form gilt, was schließlich dadurch bestätigt wird, dass sich der Nachdrucker beides, Form und Inhalt, im Nachdruck aneignet. Je nachdem, welchen der alternativen Standpunkte man einnimmt, folgt aus der Lehre *Fichtes*, dass es entweder keinen exklusiven urheberrechtlichen Schutz für geistige Werke geben kann, weil diese allen Personen zugänglich sind, oder aber, dass alle geistigen Produkte des Menschen, also auch unsere alltäglichen Gedanken- oder Gefühlsäußerungen, urheberrechtlichen Schutz genießen, weil in ihnen private mentale Zustände entäußert werden.⁹²

Mit den Problemen, die Prämissen (F2) in *Fichtes* Beweisführung aufwirft, hat sich *Wittgenstein* in seinem berühmt gewordenen Privatsprachenargument eingehend befasst.⁹³ Er fragt, ob es eine Sprache geben könne, für die nur das Verständnis ihres einzigen Sprechers maßgeblich ist, weil sich die Ausdrücke dieser Sprache auf etwas beziehen, was nur der Sprecher kennen und von dem nur er wissen kann, ob es vorliegt oder nicht.⁹⁴ „auf seine unmittelbaren privaten Empfindungen“.⁹⁵ Ist *Fichte* darin Recht zu geben, dass die Form

87 Z.B. *Liske* in Kolmer/Wildfeuer, Neues Handbuch philosophischer Grundbegriffe, 2011, Stichwort „Geist“, S. 982; *v.Kutschera*, Fn. 15, S. 32 ff.; *Frege*, Der Gedanke, Fn. 24, S. 67 f. Vgl. dazu *Künne*, Fn. 24, S. 496 ff.

88 Vgl. *Beckermann*, Fn. 53, S. 11.

89 Dazu näher *Frege*, Der Gedanke, Fn. 24, S. 66 ff.

90 *Beckermann*, Fn. 53, S. 11 f.

91 *Stallberg*, Fn. 2, S. 190.

92 So auch *Stallberg*, Fn. 2, S. 194 ff.

93 *Wittgenstein*, Fn. 63, §§ 243 bis 315.

94 *Beckermann*, Fn. 53, S. 71.

95 *Wittgenstein*, Fn. 63, § 243.

der Gedanken eines Buches von anderen Personen nicht zugeeignet werden kann, weil nur der Verfasser sie hat und die anderen sie nicht kennen können, dann müssten die Worte, in denen der Verfasser des Buches die Form seiner Gedanken entäußert, Ausdrücke einer solchen Privatsprache des Verfassers sein. Insbesondere mit seinem Tagebuchbeispiel⁹⁶ hält *Wittgenstein* dem jedoch entgegen, dass die autonome Festlegung der Bedeutung von Wörtern für Privates durch denjenigen, der die private Empfindung, Vorstellung oder den Gedanken hat, indem er im Inneren auf sie hinweist und sie mit einem bestimmten Zeichen verknüpft, nicht möglich ist. Damit jemand für sich eine private Sprache für private Empfindungen, Vorstellungen oder Gedanken aufbauen kann, muss er vielmehr zusätzliche Fähigkeiten im Umgang mit der nichtmenschlichen Welt und mit anderen Personen, z.B. Sprachkompetenz, erworben haben, um zwischen den verschiedenen Qualitäten (Eigenschaften) von subjektiven Empfindungen⁹⁷ unterscheiden zu können. Um die Bedeutung von Wörtern festzulegen, sind wir nicht auf Hinweisdefinitionen angewiesen, sondern können auch auf bereits bestehende Sprachgepflogenheiten zurückgreifen und das zu klärende Wort explizit oder implizit mit den Bedeutungen von anderen Worten, deren Gebrauch bereits etabliert ist, gleichsetzen. Und wer allein schon die Kompetenz erworben hat, sprachlichen oder bildlichen Konventionen⁹⁸ zu folgen, ist auch in der Lage, von den bisherigen Gepflogenheiten abweichende Verwendungsregeln einzuführen, sie anzuwenden und anderen zu erläutern.⁹⁹ Dies erklärt, warum wir nicht nur über private Empfindungen, Vorstellungen oder Gedanken reden können, sondern auch über Gegenstände, die es noch nicht oder nicht mehr gibt, oder gar über fiktive Gegenstände, die es in der aktuellen Welt überhaupt nicht gibt und auf die man ebenfalls nicht zeigen kann.

2. Sind Werke entäußerte mentale Zustände ihres Urhebers?

Man könnte deshalb an der Position des subjektiven Idealismus festhalten und sich die Entäußerung eines geistigen Werkes so vorstellen,¹⁰⁰ dass der Urheber unter Verwendung *öffentlicher* sprachlicher, bildlicher oder musikalischer Konventionen seinen mentalen Zustand beschreibt und auf diese Weise andere Personen darüber informiert, welchen mentalen Zustand er beim Malen eines Bildes, beim Schreiben oder Aufsagen eines Textes, bei der Niederschrift einer Partitur oder der Aufführung eines Musikstücks gehabt hat. Ob man so dem Wesen des Geistigen näher kommt, ist allerdings sehr zweifelhaft. Bei einer autobiografischen Erzählung mag es zwar noch einleuchtend erscheinen, dass der Autor als Ich-Erzähler die Leser in dieser Weise an seinem Innenleben teilhaben lassen will. Nimmt der

96 *Wittgenstein*, Fn. 63, § 258.

97 Eingehend dazu *Beckermann*, Fn. 53, S. 405 ff.

98 Vgl. *Haberstumpf*, Die Paradoxien des Werkbegriffs, ZGE 2012, S. 284, 306 ff.

99 Vgl. *Newen/Schrenk*, Einführung in die Sprachphilosophie, 2008, S. 38 f.

100 Dem entspricht überspitzt in etwa das Bild eines inneren Theaters, in dem der Geist jedes Menschen sich zuschaut, was er tut und was mit ihm geschieht, s. *Beckermann*, Fn. 53, S. 406.

Autor eines Buches in ihm aber auf reale Ereignisse oder Personen Bezug oder verfasst er ein Sachbuch bzw. ein wissenschaftliches Werk, dann intendiert er nicht einmal, über seine mentalen Zustände zu sprechen, sondern redet über die geschilderten Ereignisse oder Personen. Jemand, der ein heiteres Lied komponiert hat, muss dabei nicht selbst in heiterer Stimmung gewesen sein, und umgekehrt muss sich ein Maler nicht in einer düsteren Stimmung befinden, wenn er ein düsteres Bild malt.¹⁰¹

Identifiziert man das Werk mit dem mentalen Zustand des Urhebers im Zeitpunkt der Entäußerung, müsste man annehmen, dass z.B. ein bestimmter Roman im Zeitpunkt seiner Fertigstellung aufgehört hat zu existieren. Denn im Moment der Fertigstellung des Romans ist die Serie der relevanten Bewusstseinsvorgänge im Bewusstsein des Verfassers zu Ende.¹⁰² Man wäre ferner auf die Konsequenz festgelegt, dass der Roman als Sprachwerk immer wieder im Bewusstsein des Lesers neu entsteht, wenn er dessen Gedanken beim Lesen verarbeitet. Dann gäbe es aber nicht bloß *ein* bestimmtes Sprachwerk, sondern je nach der Zahl der Leser eine mehr oder weniger große Vielzahl. Und was wäre, wenn der Roman nur zeitweise eine Leserschaft findet oder gar nicht gelesen wird? Gibt es ihn dann nur periodenweise oder gar nicht?¹⁰³ Auf diese Bedenken könnte man zwar erwidern, dass das Werk nach seiner Entäußerung im Bewusstsein des Urhebers normalerweise nicht verschwunden ist, sondern wenigstens eine gewisses Zeit lang gespeichert bleibt, sodass er es später aus dem Gedächtnis heraus wieder reproduzieren könnte. Und im Verhältnis zur Außenwelt hätten wir ja eine vom Urheber entäußerte *Beschreibung seines mentalen Zustands* in Form eines sinnlich wahrnehmbaren Gegenstands, die die Identität des Werkes sichert, sodass deren Leser, Hörer oder Betrachter erkennen können, in welchem mentalen Zustand sich der Urheber befunden hat, ihn mittels der Beschreibung in ihrem Gedächtnis behalten und ebenfalls reproduzieren könnten.

Dieser Einwand rettet die These des subjektiven Idealismus jedoch nicht. Wenn nämlich der Zustand des Gedächtnisses des Urhebers, die Eigenschaften des sinnlich wahrnehmbaren Vorkommnisses, in dem er sein Werk erstmals entäußert hat, und die Bewusstseinszustände von Werkrezipienten es ermöglichen, das Werk identisch zu reproduzieren, dann muss ihnen etwas gemeinsam zukommen, was dessen Identität herstellt. Und wenn die Beschreibung des mentalen Zustands des Urhebers bei der Entäußerung des Werkes diese Funktion übernehmen soll, dann könnte nur die Beschreibung das Werk sein, nicht aber jener mentale Zustand. Denn die Beschreibung eines Gegenstandes ist nicht der Gegenstand der Beschreibung.

Das geistige Werk ist vielmehr als ein einheitlicher Gegenstand aufzufassen, der nach seiner Entäußerung unabhängig von der Person seines Urhebers in materiellen Vorkommnissen sowie im Gedächtnis von Rezipienten existiert, die in der Lage sind, es aus solchen Vorkommnissen zu erkennen. Daraus folgt, dass das Werk nicht auf mentale Zustände in

101 *Wollheim*, Fn. 31, S. 33 f.; *Reicher*, Fn. 26, S. 143 f.; *Patzig*, Fn. 42, S. 107, 118.

102 *Reicher*, Fn. 26, S. 100.

103 *Reicher*, Fn. 26, S. 99.

den Köpfen des Urhebers und von Rezipienten reduzierbar ist, da sonst nicht erklärbar wäre, wie es vom Urheber in das Bewusstsein dieser Personen gelangen kann. Als Träger desselben Werkes kommen nicht nur Personen, sondern auch materielle Vorkommnisse in Betracht. Das Werk kann folglich kein *rein subjektiver mentaler* Gegenstand sein.

IV. Objektivität geistiger Gegenstände

In den vorangegangenen Abschnitten haben wir Argumente zusammengetragen, die dafür sprechen, dass die Inhalte von Bewusstseinszuständen und Empfindungen von Personen einschließlich ihrer Einstellungen dazu nicht auf Dinge und Ereignisse der materiellen Welt 1 und auch nicht auf materielle neuronale (subjektive) Zustände im Inneren dieser Personen (Welt 2) zurückgeführt werden können. Wir müssen somit einen Bereich des Seins annehmen, den wir oben mit Welt 3¹⁰⁴ bezeichnet haben, also annehmen, dass Gedanken über Gegenstände und Sachverhalte mit demselben Recht objektiv existieren, wie die Gegenstände und Sachverhalte der Welt 1 und 2, über die wir nachdenken.¹⁰⁵ Dafür spricht, dass wir uns nicht nur Gedanken über materielle Dinge und Ereignisse machen können und bestimmte Einstellungen zu ihnen einnehmen, sondern auch über diese Gedanken und Einstellungen selbst, indem wir sie unterscheiden, vergleichen, in größere Zusammenhänge bringen und sie als wahr oder falsch, gut oder verabscheuwürdig, gerecht oder ungerecht, schön oder hässlich¹⁰⁶ usw. werten und empfinden. Derselbe Gedanke kann unabhängig voneinander von vielen gedacht werden und ist fähig, wie es bereits *Fichte* formuliert hat,¹⁰⁷ gemeinschaftliches Eigentum von vielen zu sein.¹⁰⁸ Ebenso können verschiedene Subjekte etwas in derselben Weise empfinden oder fühlen. Wie aber haben wir uns die Welt der objektiven Gedanken- und Empfindungsinhalte vorzustellen? Gibt es sie auch dann, wenn sie niemand denkt oder empfindet?

1. Subjektunabhängigkeit von geistigen Gegenständen

Versteht man unter „subjektiv“, wie wir es im vorangegangenen Abschnitt getan haben, etwas, das ein psychischer Akt oder Zustand einer Person ist oder daraus besteht, dann impliziert das, dass die Existenz eines subjektiven Akts oder Zustands notwendigerweise mit der Existenz des Subjekts zusammenfällt,¹⁰⁹ das sich in einem solchen Zustand befindet oder

104 Vgl. *Frege*, Der Gedanke, Fn. 24, S. 69: „Ein drittes Reich muss anerkannt werden.“.

105 *Gabriel*, Warum es die Welt nicht gibt, 2013, S. 15 ff.

106 Zur Frage der ästhetischen Einstellung eingehend *Reicher*, F. 26, S. 39 ff.

107 Johann Gottlieb Fichte's sämmtliche Werke, Fn. 76, S. 227.

108 Ebenso *Frege*, Über Sinn und Bedeutung, Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik, 1892, S. 32 Anm. 5, auch abgedruckt in *Patzig*, Funktion, Begriff, Bedeutung, 3. Aufl. 1969, S. 46; dazu *Künne*, Fn. 24, S. 516 ff.

109 So *Hubmann*, Fn. 28, S. 34.

einen solchen Akt vollzieht.¹¹⁰ Geht man von diesem Begriffsverständnis aus, dann sind die Werke des Urheberrechts und die anderen Schutzgegenstände des Immaterialgüterrechts objektiv, da ihre Existenz nicht von einem *bestimmten* Subjekt abhängt und dessen Existenz überleben kann. Sind die Träger subjektiver Vorstellungen, Empfindungen und Gefühle nicht identisch, dann folgt daraus nur, dass ihre Inhalte Inhalte desselben menschlichen Bewusstseins sind, nicht aber, dass sie für Menschen unvergleichbar sind.¹¹¹ Wäre es nämlich so, dann wäre ein Teil des Vokabulars, mit dem eine Person über seine Gedanken, Gefühle und Empfindungen spricht, im Prinzip nur ihm allein verständlich. Wenn, wie oben erörtert wurde, *Wittgenstein* der Nachweis gelungen ist, dass es ein solches Privatsprachenvokabular nicht geben kann, dann ist die These von der Unvergleichbarkeit von Empfindungsqualitäten, Gedanken- oder sonstigen Vorstellungsinhalten nicht haltbar.¹¹² Dass ein Gedanke intersubjektiv zugänglich ist, impliziert nicht, dass auch das Denken dieses Gedankens intersubjektiv zugänglich ist. Und umgekehrt impliziert die Subjektivität des Denkens (Empfindens) nicht, dass das Gedachte (Empfundene) nicht intersubjektiv zugänglich ist.¹¹³

Die Systeme der Immaterialgüterrechte des Gewerblichen Rechtsschutzes gehen dementsprechend davon aus, dass verschiedene Personen unabhängig voneinander die gleiche Erfindung (vgl. z.B. § 6 S. 3 PatG) – manchmal liegt sie ja geradezu in der Luft – machen oder unabhängig voneinander gleiche Namen für Produkte (Marken) oder Unternehmen kreieren können, und führen deshalb das *rechtliche* Prinzip der Priorität ein, um nicht miteinander konkurrierende Ausschließlichkeitsrechte entstehen zu lassen. Auch im Urheberrecht ist anerkannt, dass verschiedene Urheber gleiche oder wesentlich gleiche Werke schaffen können, ohne dass der eine bewusst oder unbewusst auf das Werk des anderen zurückgegriffen hat.¹¹⁴ Das Problem der Doppelschöpfung im Urheberrecht wird allerdings nicht nach dem Prioritätsgrundsatz gelöst, sondern dadurch, dass jedem der unabhängig voneinander schaffenden Urheber ein selbstständiges Urheberrecht zugebilligt wird, über das er autonom verfügen und das er gegen Dritte durchsetzen kann. Nur in ihrem gegenseitigen Verhältnis zueinander müssen sie das Urheberrecht des jeweils anderen respektieren.¹¹⁵ Zu den *notwendigen* Eigenschaften auch der großen Schöpfungen in Literatur, Musik und Kunst gehört es deshalb nicht, dann-und-dann-von-dem-und-dem geschaffen worden zu sein, wie *Künne* meint.¹¹⁶ Es gibt genügend Beispiele aus der Literatur- und Kunstd

110 *Künne*, Fn. 24, S. 372, 519.

111 *Künne*, Fn. 24, S. 494 ff., 524 ff., gegen *Frege*, Der Gedanke, Fn. 24, S. 69 ff.

112 *Künne*, Fn. 24, S. 500.

113 *Künne*, Fn. 24, S. 497, 518.

114 BGH GRUR 1971, 266, 268 – Magdalenenarie; LG Mannheim NJW-RR 1998, 45, 46 f. – Happy Hippos; Schricker/Loewenheim, Fn. 77, § 23 Rn. 30 ff.; *Haberstumpf* in Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Medienrecht, 3. Aufl. 2015 § 23 Rn. 19. Das verkennt Troller, Urheberrecht und Ontologie, UFITA 50 (1967), 385, 390.

115 Schricker/Loewenheim, Fn. 77, § 23 Rn. 34.

116 *Künne*, Abstrakte Gegenstände, 2. Aufl. 2007, S. 91 ff., 231 f.; vgl. dazu *Jacob*, Ausschließlichkeitsrechte an immateriellen Gütern, 2010, S. 96 ff., 198 ff.

geschichte, in denen die Urheberschaft an einem bestimmten Werk einer Person fälschlich zu- oder abgesprochen wurde, ohne dass dadurch dessen Identität in Frage gestellt ist.¹¹⁷ Die unterschiedliche rechtliche Behandlung von Doppelschöpfung und Doppelerfindung erklärt sich nicht damit, dass Erfindungen, Namen von Produkten oder Unternehmen und Werke einen unterschiedlichen ontologischen Status hätten,¹¹⁸ sondern damit, dass Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst regelmäßig sehr komplexe Gegenstände sind und der Gesetzgeber mit dem Begriff der Schöpfung trotz Anerkennung der kleinen Münze hinreichend anspruchsvolle Schutzworaussetzungen vorgegeben hat, die die Doppelschöpfung im Urheberrecht zu einem selten auftretenden Phänomen machen,¹¹⁹ sodass in der Rechtspraxis das Zusammentreffen von verschiedenen Ausschließlichkeitsrechten an gleichen oder im Wesentlichen gleichen Werken als hinnehmbar erscheint.¹²⁰

Aus der plausiblen Annahme, es gebe Gedanken, Empfindungsqualitäten oder Werke, ohne dass sie eine bestimmte Person denkt, fühlt oder schafft, folgt allerdings nicht notwendig, dass es sie auch dann gibt, wenn es überhaupt keine denkenden und fühlenden Subjekte gäbe, die sie fassen, erleben oder schaffen könnten. Die Gegenstände und Sachverhalte, die das Universum einschließlich der unbelebten und belebten Natur der Welt 1 bilden, können wir uns völlig subjektfrei vorstellen – schließlich ist das Universum nach unserem derzeitigen Kenntnisstand mehr als 13 Milliarden Jahre lang ohne Menschen ausgekommen –, unser geistiges Leben dagegen nicht. Die Gegenstände und Sachverhalte der Welt 1 sind uns offenbar nicht in derselben Weise objektiv gegeben wie die Inhalte von Gedanken und Empfindungen. *Künne*¹²¹ nennt sie „super-objektiv“ und kontrastiert sie beispielsweise mit einer Partitur des „Don Giovanni“ und einer Aufführung dieser Oper, die zwar objektiv sind, weil sie etwas allen Lesern bzw. Zuhörerinnen gleicherweise Gegenüberstehendes sind, aber nicht existieren könnten, wenn es keine besetzten Wesen gäbe. Anders als die Bewohner der Welt 1 sind uns Gedanken- und Empfindungsinhalte nämlich nur als *bloße Möglichkeiten* gegeben, solange sie nicht gedacht oder erfahren werden. Die nur als möglich gegebenen Inhalte von Gedanken und Empfindungen und damit auch von Werken des Urheberrechts realisieren sich aber, wenn ein Subjekt einen Denk- oder Gefühlsakt vollzieht (oder erleidet) und sie denkt, fühlt oder schafft.¹²² Auf diese Weise wird ein Gedanke über die Welt zu einem Gedanken in der Welt, den auch andere Personen denken, über den sie nachdenken und zu dem sie bestimmte Einstellungen einnehmen können, etwa indem sie ihn für

117 Strawson, Logico-Linguistic Papers, 1971, S. 50; Woltersdorff, Fn. 47, S. 71; Reicher, Eine Typenontologie der Kunst, in Schmücker (Hrsg.), Identität und Existenz, 4. Aufl. 2014, S. 188.

118 So auch Jacob, Fn. 116, S. 205 f.

119 Vgl. BGH GRUR 1971, 266, 268 – Magdalenenarie; GRUR 1988, 810, 811 – Fantasy; GRUR 1988, 812, 814 – Ein bißchen Frieden; OLG Köln GRUR 2000, 43, 44 – Klammerpose.

120 Zum Problem der Doppelschöpfung aus ökonomischer Sicht vgl. Stallberg, Fn. 2, S. 249 f.

121 Künne, Fn. 24, S. 373 f., 519.

122 Vgl. Woltersdorff, Fn. 47, S. 70 ff, zur Frage, ob ein musikalisches Werk erst existiert, wenn der Komponist ein Vorkommnis, eine Aufzeichnung (z.B. Partitur), geschaffen hat oder – richtigerweise – schon dann, wenn er es sich ausgedacht hat.

wahr oder falsch halten. Und das Ergebnis des Nachdenkens oder Nachempfindens kann zum Objekt weiteren Nachdenkens gemacht werden usw., woraus sich die hierarchische – unendliche – Struktur des menschlichen geistigen Lebens ergibt.¹²³

2. Das Reich der Ideen

Dagegen könnte man einwenden, dass sich unter den möglichen Inhalten von Denkakten anscheinend welche befinden, die eine besondere Stellung einnehmen: *die wahren Gedanken*. Gedanken werden zu den intentionalen mentalen Zuständen gezählt. Sie richten sich auf einen Gegenstand oder Sachverhalt. Ihren Inhalt drücken wir sprachlich in Aussagesätzen oder Dass-Sätzen aus. In der Sprachphilosophie und Ontologie spricht man üblicherweise von *Proposition*, um den Gedankeninhalt von Sätzen zu bezeichnen.¹²⁴ Mit Aussagesätzen oder Dass-Sätzen drücken wir sowohl eine Proposition wie auch einen Sachverhalt aus, wobei die Proposition den durch den Satz ausgedrückten Sachverhalt eindeutig bestimmt.¹²⁵ Nach der berühmt gewordenen Wahrheitskonvention von *Tarski*¹²⁶ ist die in einem Satz ausgedrückte Proposition genau dann wahr, wenn der in ihr ausgedrückte Sachverhalt besteht.¹²⁷ Wenn also ein bestimmter Sachverhalt besteht, dann ist der Gedanke, den die gleichlautende Proposition ausdrückt, wahr unabhängig davon, ob er jemals gedacht und von irgendjemanden für wahr gehalten wird. Und das gilt nicht nur, wenn wir über Phänomene der Natur nachdenken und reden. *Frege* führt zu dieser Frage aus:¹²⁸

„So ist z.B. der Gedanke, den wir im pythagoräischen Lehrsatz aussprachen, [...] unabhängig davon wahr, ob ihn irgend jemand für wahr hält. Er bedarf keines Trägers. Er ist wahr nicht erst, seitdem er entdeckt worden ist, wie ein Planet, schon bevor jemand ihn gesehen hat, mit anderen Planeten in Wechselwirkung gewesen ist. [...] Eine Tatsache ist ein Gedanke, der wahr ist. [...] Die Arbeit der Wissenschaft besteht nicht in einem Schaffen, sondern in einem Entdecken von wahren Gedanken.“

Analoge Argumente finden sich auch auf dem Gebiet der Ästhetik und der Ethik. Aus der Prämissen, dass wir (zumindest manchmal) wahre ästhetische Urteile wie „dieses Bild ist

123 Vgl. auch *Popper*, Objektive Erkenntnis, Fn. 25, S. 118 ff.

124 *Künne*, Fn. 116, S. 17; *Meixner*, Fn. 35, S. 113 ff., 165.

125 *Meixner*, Fn. 35, S. 152.

126 Die semantische Konzeption der Wahrheit und die Grundlagen der Semantik, in Skirbekk (Hrsg.), Wahrheitstheorien, 1977, S. 140 ff. Die Wahrheitskonvention ist der Versuch, den Gebrauch des Wortes „wahr“ und damit seine Bedeutung herauszuarbeiten. Eine Definition des Begriffs der Wahrheit wird nicht gegeben, vgl. *Tugendhat* in Skirbekk, aaO., S. 211.

127 *Meixner*, Fn. 35, S. 114 f.; *Künne*, Fn. 116, S. 17.

128 Der Gedanke, Fn. 24, S. 69 f., 74; dazu *Künne*, Fn. 24, S. 519 ff.

schön“¹²⁹ oder wahre Werturteile¹³⁰ wie „Verträge sind zu halten“ fällen, wird geschlossen, dass es ästhetische und moralische Werteigenschaften und -sachverhalte gibt, die wertvoll sind, unabhängig davon, ob sie irgendeine Person erfasst¹³¹ und sie für wertvoll erachtet. In der Urheberrechtsliteratur hat vor allem *Hubmann* auf der Grundlage der Ontologie *Nicolai Hartmanns* einen solchen Standpunkt vertreten:¹³²

„Neben der realen Welt der Erscheinungen bietet sich dem menschlichen Geist das Reich der Ideen dar [...]. Die Ideen gehören nicht von vornherein zur menschlichen Bewusstseinssphäre, sondern sie bilden eine außerhalb des Menschen bestehende Welt von geistigen Gegenständen. [...] Zu ihrem Reich gehören [...] die mathematischen und logischen Gebilde, die Wesenheiten der Dinge und die Werte. Sie sind nicht bloße Gedankeninhalte; denn sie sind in der Wirklichkeit, in der Natur sowie in der menschlichen Person und ihren Akten enthalten. [...] Zu ihnen hat der menschliche Geist unmittelbar Zugang [...] Die Wesenheit der Dinge, ihre Wesenszüge, Wesensgesetze und Wesenszusammenhänge werden durch eine intuitive Schau erfaßt [...] Auch das Reich der Werte, nämlich das Wahre, das Schöne und das Gute, wird dem Wertgefühl in der Antwort, die dieses unwillkürlich auf wertvolle oder wertwidrige Sachverhalte gibt, bewußt. [...] Von diesem Reich gilt der in der Urheberrechtsliteratur immer wieder betonte Satz, daß Ideen frei sind; denn sie sind jedem Menschen, der sie zu fassen vermag, gegeben und aufzugeben. Aber ihre Aufnahme in den Geist ist nicht ohne besonderen Einsatz möglich. Der Mensch muß von sich, von seinen eigenen Kräften hinzutun, um sie aus ihrer idealen Indifferenz, aus ihrer Verborgenheit herausholen und zum Bewußtseinsinhalt zu machen.“

Das bedeutet: Die Inhalte von wahren Gedanken drücken die an sich scienden, super-objektiven Ideen aus. Wenn eine Person sie aus dem Verborgenen herausholt und zum Inhalt ihres Bewusstseins macht, macht sie nur eine Entdeckung¹³³ und ist nicht schöpferisch tätig. Ein Urheberrechtsschutz für eine solche geistige Leistung, so wertvoll sie auch für die Menschheit sein mag, kommt für sie nicht in Betracht.¹³⁴

Doch wie verhält es sich mit falschen Gedanken oder Inhalten von Empfindungen, die die Idee des ästhetisch Schönen und des moralisch Guten verfehlten? Wenn das objektive Sein eines Gedankens in seinem Wahrsein besteht, dann wären falsche Gedanken nicht ob-

129 *Reicher*, Fn. 26, S. 64 ff.

130 Vgl. *Priester*, Rechtstheorie als analytische Wissenschaftstheorie, in *Jahr/Maihofer* (Hrsg.), Rechtstheorie, 1971, S. 43.

131 *N.Hartmann*, Ethik, 4. Aufl. 1962, S. 141, 148 ff.; *Scheler*, der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, 4. Aufl. 1954, S. 67, 269 f.

132 Das Recht des schöpferischen Geistes, 1954, S. 19 ff.

133 *Frege*, Der Gedanke, Fn. 24, S. 74.

134 So explizit *Hubmann*, Der Rechtsschutz der Idee, UFITA 24 (1957), S. 8. Davon geht auch die aktuelle Rechtsprechung des BGH aus, wenn er (GRUR 2011, 134 Rn. 36 – Perlentaucher) den gedanklichen Inhalt eines Schriftwerkes mit der ihm zugrundeliegenden nicht geschützten Idee gleichsetzt.

jektiv und könnten allenfalls psychische Akte oder Zustände sein, mit denen und in denen der Denkende den Inhalt seines Gedankens verneint. Das Verneinen eines falschen Gedankens kann aber nicht aus etwas, das ein psychischer Akt oder Zustand ist, etwas machen, das kein psychischer Akt oder Zustand, sondern ein wahrer Gedanke ist.¹³⁵ Der Sinn eines Fragesatzes hat auch dann seinen Sinn, wenn die Frage mit Nein zu beantworten ist. Das Sein des Inhalts/Sinns einer Frage besteht gewiss nicht in seinem Wahrsein.¹³⁶ Jeder Sachverhalt ist auch ein negativer Sachverhalt; denn jeder Sachverhalt ist mit einem negativen Sachverhalt identisch, nämlich mit dem Sachverhalt, der die Negation seiner Negation ist.¹³⁷ Die Gesetze der Logik lehren uns ferner, dass alle konjunktiven Sachverhalte Negationen von Disjunktionen von Sachverhalten und alle disjunktiven Sachverhalte Negationen von Konjunktionen von Sachverhalten sind. Alle Notwendigkeitssachverhalte sind Negationen von Möglichkeitssachverhalten und alle Möglichkeitssachverhalte sind Negationen von Notwendigkeitssachverhalten.

Und es gibt zweifelsfrei Gedankeninhalte, die Unmöglichkeitssachverhalte ausdrücken, die in keiner wirklichen (kontingenenten) oder fiktiven Welt bestehen können. Aus der Unmöglichkeit eines Sachverhalts folgt nicht, dass es unmöglich ist, ihn zu denken. Markante Beispiele hierfür sind die berühmt gewordenen Zeichnungen *Eschers*, die etwas visualisieren, was nicht sein kann.¹³⁸ Unmöglichkeitssachverhalte spielen nicht nur in der Logik eine wichtige Rolle, sondern tragen auch zum Wissenschaftsfortschritt wesentlich bei. Nach der logischen Regel der Negationseinführung kann die Wahrheit (Falschheit) einer Aussage A und damit das Bestehen (Nichtbestehen) des Sachverhalts A bewiesen werden, wenn man die Aussage Nicht-A (A) annimmt und einen Widerspruch ableitet.¹³⁹ Der Blick in die Wissenschaftshistorie zeigt, dass der Fortschritt in den Einzelwissenschaften weniger durch das emsige Sammeln von Tatsachen, mit denen wir die inzwischen zahllos gewordenen Datenbanken teilweise unnützen Wissens füllen, vorangetrieben wird, sondern durch kühne Theorien einschließlich der falschen.¹⁴⁰

Was von wahren Gedanken gesagt werden kann, kann folglich auch von falschen Gedanken gesagt werden. Aus der Falschheit eines Gedankens können wir mit Recht schließen, dass der in ihm ausgedrückte Sachverhalt nicht besteht, unabhängig davon, ob eine bestimmte Person ihn denkt oder für falsch hält. Wenn alle wahren Gedanken super-objektiv sind, dann sind es auch alle falschen. Das an sich sciende Reich der Ideen umfasst somit alle falschen sowie wahren Gedanken und alle ästhetischen und moralischen Werte und Un-

135 *Frege*, Die Verneinung, Beiträge zur Philosophie des Deutschen Idealismus I, 1919, S. 147; dazu eingehend *Künne*, Fn. 24, S. 553 f.

136 *Künne*, Fn. 24, S. 547.

137 Dazu *Meixner*, Fn. 35, S. 122 f.; *Frege*, Die Verneinung, Fn. 135, S. 147; *Künne*, Fn. 24, S. 563.

138 *Hofstadter*, Gödel Escher Bach, Fn. 36, Abb. 5, 6 (S. 13 f.), 22 (S. 107), 23 (S. 118), 56 (S. 303), 135 (S. 734); vgl. dazu auch *Künne*, Fn. 116, S. 149.

139 *Barwise/Etchemendy*, Sprache, Beweis und Logik, Bd. I 2005, S. 139 ff.

140 *Popper*, Objektive Erkenntnis, Fn. 25, S. 193.

werte. Es bildet den Supersachverhalt bzw. Supergegenstand,¹⁴¹ der alles einschließlich sich selber enthält. Denn auch auf dieses Reich kann man Bezug nehmen, wie wir es gerade tun, und über es Aussagen treffen. Zu ihm gehört deshalb auch der super-objektive Gedanke: Es gibt ein Reich an sich seiender Ideen, aber auch der ebenfalls super-objektive Gedanke, dass es ein Reich an sich seiender Ideen nicht gibt. Das aber ist ein Widerspruch; beides kann nicht wahr sein und die jeweils ausgedrückten Sachverhalte können nicht gleichzeitig bestehen. Der Hinweis auf die „intuitive Schau“, die uns die wahren Gedanken und Werte bewusst werden lassen soll, ist nicht geeignet, diesen Widerspruch aufzulösen. Nach aller menschlicher Erfahrung sind unsere Intuitionen keineswegs so sicher, dass sie uns stets das Wahre und Richtige erkennen lassen. Irrtümer sind immer möglich, sodass die Intuition allein nicht angeben kann, welcher der beiden konträren super-objektiven Gedanken der richtige ist.

Es ist bezeichnend, dass vergleichbare Widersprüche (Paradoxien) in den Disziplinen, die sich mit geistigen Gegenständen befassen,¹⁴² auftauchen. Sie werfen nicht nur für die Semantik, d.h. für die Lehre von der Bedeutung sprachlicher Ausdrücke, fundamentale Probleme auf, sondern haben die Mathematik und die naive Mengenlehre¹⁴³ in eine tiefe Grundlagenkrise gestürzt. Die Konstruktion von Widersprüchen in der Mathematik und Logik, die letztlich Varianten der Paradoxie des kretischen Lügners sind, beruhen unter anderem auf der Annahme eines vorgegebenen Gegenstandsbereichs, d.h. einer Klasse von Gegenständen, die unabhängig von unseren logischen Konstruktionen gegeben sind. Dieser Gegenstandsbereich ist die Menge aller Mengen, die alle Gegenstände einschließlich sich selber enthält.¹⁴⁴ Die Mengenlehre schließt aus den auftretenden Widersprüchen, dass es diese Allmenge nicht gibt.¹⁴⁵ In mengentheoretischer Hinsicht entspricht das Reich der an sich seienden Ideen der Allmenge, sodass der Schluss gerechtfertigt ist, dass es ein solches Reich ebenfalls nicht gibt. Aus der Annahme, dass geistige Gegenstände und damit auch Werke objektiv sind, folgt nicht, dass sie an sich existieren. Ebenso verkehrt wäre es, im Umkehrschluss daraus zu folgern, dass es keine objektiven moralischen und ästhetischen Werte und Sachverhalte gibt, und Werturteile als *bloße Illusion* abzutun.¹⁴⁶ Über juristische, ethische und ästhetische Fragen kann man sehr wohl echte Meinungsverschiedenheiten haben – Vieles steht sogar außer Streit –, sie objektiv diskutieren und zu einem wahren Werturteil kommen.

141 Zur Idee, dass es den Supergegenstand gibt, näher *Gabriel*, Fn. 105, S. 75 ff.

142 Sie lassen sich deshalb auch im Urheberrecht aufweisen, s. *Haberstumpf*, Die Paradoxien des Werkbegriffs, ZGE 2012, 284, 291 f.

143 Vgl. z.B. *Bartel/Anthes*, Mengenlehre, 1975, S. 14, 180 ff.; *v.Kutschera*, Fn. 15, S. 109 ff.

144 *v.Kutschera*, Fn. 15, S. 122.

145 *Bartel/Anthes*, Fn. 143, S. 180 ff.

146 So aber *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 18. Aufl. 2018, Rn. 209. Gegen den Wertnihilismus auf dem Gebiet der Ästhetik und Ethik ausführlich *Reicher*, Fn. 26, S. 63 ff.

Damit ist der Weg frei, Inhalte von Gedanken und Empfindungen als objektive Möglichkeiten aufzufassen, die ihre *reale* Existenz Denkakten und Empfindungsakten von Menschen verdanken. Das Mögliche gebiert nicht aus sich selbst heraus das Wirkliche.¹⁴⁷ Wenn aus der unendlichen Zahl von Möglichkeiten einzelne zum Inhalt eines menschlichen Bewusstseins gemacht werden, bedeutet dies deshalb nicht, dass die Person nur etwas bislang Verborgenes entdeckt, sondern dass sie einen geistigen Gegenstand produziert. Dies erklärt, weshalb diese geistige Tätigkeit eine kreative Schöpfung sein kann. Weil die objektiven Denk- und Empfindungsmöglichkeiten allen Menschen gegeben sind, ist die Konstruktion neuer geistiger Gegenstände nicht nur bestimmten einzelnen – genialen – Schöpfern vorbehalten, sondern Ergebnis unseres gemeinsamen Bemühens um Gedanken und Ideen.

V. Merkmale des Geistigen

Als Ergebnis der Diskussion von materialistischen Positionen im Urheberrecht kann festgehalten werden: Werke sind nicht materiell. Also müssen sie immaterielle, d.h. geistige Gegenstände sein. Ihre Existenz setzt aber die Existenz von Menschen und ihre Materialisation in materiellen (physischen) mentalen Zuständen im Inneren von Personen, in körperlichen Sachen und unkörperlichen Erscheinungen voraus, in denen sie vorkommen. Diese sind raum-zeitlich durch sinnliche Wahrnehmung erkenn- und identifizierbar, veränderlich, kausal wirksam und erleiden kausale Wirkungen. Vorkommnisse von Werken existieren vorübergehend¹⁴⁸ oder über mehr oder weniger lange Zeitspannen hinweg (vgl. § 16 Abs. 1 UrhG) und vergehen dann. Während der Dauer ihres Vorhandenseins verändern sich häufig ihre Eigenschaften; die Farben eines Gemäldes verblassen, die Oberflächen von Sandsteinskulpturen zerbröseln, die Buchstaben einer Handschrift verlieren ihre Leserlichkeit usw.

Die geistigen Gegenstände sind davon kategorial verschieden. Man kann sie (1) nicht anfassen, greifen, sehen, hören, riechen oder schmecken, aber mit Verstandestätigkeiten im weitesten Sinne erfassen,¹⁴⁹ wenn man versteht, was die einzelnen Vorkommnisse bedeuten, d.h. wenn man eine Regel gelernt hat, die es ermöglicht, solche hervorzu bringen und zu gebrauchen.¹⁵⁰ Sie lassen sich (2) raum-zeitlich nicht identifizieren, sondern kommen gleichzeitig und überall vor. Es entspricht (3) einer allgemeinen Grundüberzeugung, dass z.B. ein Roman oder eine Komposition, einmal geschaffen, von der Schöpfung an als Ganzes, unverändert und ohne Unterbrechung existiert.¹⁵¹ Sie sind (4) kausal nicht wirksam

147 *Meixner*, Fn. 35, S. 146.

148 Zum Begriff der vorübergehenden Vervielfältigung i.S.v. § 16 Abs. 1 UrhG, Art 2 Buchst. a Info-Soc-RL näher *Haberstumpf*, in Fn. 114, § 16 UrhG Rn. 5, § 15 UrhG Rn. 3 ff.

149 *Reicher*, Fn. 26, S. 94; *Künne*, Fn. 24, S. 528, 541; vgl. auch *Kohler*, *Forschungen aus dem Patentrecht*, 1888, S. 42, der festhält, dass bei Urheberrechten „der Gegenstand nur mit den Geisteskräften erkannt“ werden kann.

150 Vgl. *Haberstumpf*, *Die Paradoxien des Werkbegriffs*, ZGE 2012, 284, 302 ff.

151 *Reicher*, Fn. 26, S. 96 ff.; *Reicher*, *Eine Typenontologie der Kunst*, in *Schmücke*, *Identität und Existenz*, 4. Aufl. 2014, S. 180, 182 ff.

und erleiden keine kausalen Wirkungen. Durch die Produktion geistiger Gegenstände wirken wir aber auf unsere Umwelt ein, indem wir uns ihrer als – gute oder schlechte – Gründe für unser menschliches Handeln bedienen. Die Merkmale (1) und (2) sind bereits in den vorangegangenen Abschnitten – wie wir hoffen ausreichend – zur Sprache gekommen. Es soll deshalb jetzt auf die Frage nach der Unveränderlichkeit von geistigen Werken und ihren Wirkungen kurz eingegangen werden.

1. Unveränderlichkeit von geistigen Gegenständen

Gegen die These von der Unveränderlichkeit geistiger Gegenstände kann insbesondere auf dem Gebiet des Urheberrechts eingewendet werden, dass die Urheberrechtsordnungen das Recht des Urhebers vorsehen (z.B. Art. 6^{bis} Abs. 1 RBÜ, §§ 14, 39 UrhG), sich grundsätzlich jeder *Änderung des Werkes* zu widersetzen.¹⁵² Ein echter Widerspruch resultiert daraus aber nicht. Wie ein Blick auf die in der Rechtspraxis erörterten Fälle, in denen das urheberrechtliche Änderungsverbot zum Zuge kam, zeigt, beziehen sich die relevanten Veränderungen auf Vorkommnisse, nicht aber auf das Werk selbst. Beispiele: Ein Fresko-Bild im Treppenflur eines Hauses wird vom Eigentümer des Hauses teilweise übermalt.¹⁵³ In einer Operetteninszenierung entsprechen die Charaktere von handelnden Personen nicht mehr dem Textbuch, die Operettenmusik ist durch Streichung wesentlicher Teile und Einfügung größerer fremder Musikeinlagen verändert.¹⁵⁴ Ein Musikstück wird auf einer politischen Wahlkampfveranstaltung aufgeführt, deren Inhalt und Tendenz der Aussage des Liedes nicht entspricht.¹⁵⁵ Wenn ein Gericht die Feststellung trifft, das das inmitten stehende Werk entstellt oder verändert worden ist, setzt es begrifflich voraus, dass es ein bestimmtes Werk mit bestimmten Eigenschaften gibt, das in dem angegriffenen materiellen Gegenstand, hier im Fresko-Bild, in der Operettensaufführung, in der Aufführung bei der Wahlkampfveranstaltung, in einem anderen als vom Urheber geschaffenen Gesamteindruck¹⁵⁶ vorkommt. Es geht somit nicht um die Frage nach der Identität des Ausgangswerkes, sondern um die juristische Frage, in welchem Umfang der Urheber kraft seiner Ausschließlichkeitsrechte die Produktion und Verwertung von Vorkommnissen anderer geistiger Gegenstände erlauben oder verbieten kann.

152 Vgl. BGH GRUR 1999, 230, 231 – Treppenhausgestaltung.

153 RGZ 79, 397 – Felseneiland mit Sirenen.

154 BGH GRUR 1971, 35, 38 – Maske in Blau.

155 LG Hamburg GRUR-RR 2015, 140 – Forever Young; BGH GRUR-RR 2018, 61 Rn. 14 – Die Höhner.

156 BGH GRUR 1989, 106, 107 – Oberammergauer Passionsspiele II; OLG München ZUM 1992, 307, 310 – Christoph Columbus; Schricker/Loewenheim/Dietz/Peukert, Fn. 77, § 14 Rn. 15.

Gegen die Unveränderlichkeit von Kunstwerken plädiert *Schmücker*¹⁵⁷ mit folgendem Beispiel: Ein Komponist nimmt in hohem Alter in der Originalpartitur eines noch niemals zu Gehör gebrachten Jugendwerks einige nicht unwesentliche Veränderungen vor. Die von *Schmücker* daraus gezogene Folgerung, der Komponist habe damit das Werk selbst verändert und die veränderte Partitur repräsentiere nunmehr allein das Werk, überzeugt deshalb nicht, weil aus ihr immer noch der Charakter des Frühwerks erkennbar ist. Viel näher liegt es, das Beispiel so zu deuten, wie es auch der in § 3 UrhG zum Ausdruck kommenden Konzeption des Urheberrechts entspricht, dass der Komponist sein Jugendwerk bearbeitet und damit zwei Werke¹⁵⁸ hervorgebracht hat, die jeweils für sich beurteilt werden und geschützt sein können. Dass sich in der Praxis eher selten die Notwendigkeit einstellt, zwischen Vorstufen eines Werkes und seiner endgültigen Version zu unterscheiden, wenn sie jeweils von derselben Person produziert wurden,¹⁵⁹ heißt nicht, dass sie nicht unterschieden werden könnten und sollten. Das Komponistenbeispiel belegt deshalb lediglich, dass sich das materielle Originalvokommnis geändert hat, nicht aber das Ursprungswerk, das in der geänderten Partitur unverändert verkörpert bleibt.¹⁶⁰ Aus ihm kann nur dann ein Gegenargument abgeleitet werden, wenn das geistige Werk mit der Originalentäußerung seines Schöpfers zusammenfällt oder auf sie reduziert werden kann, was aber nicht der Fall ist.

Die Unveränderlichkeit geistiger Gegenstände wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass wir ihnen häufig eine Geschichte zuschreiben. In einer etymologischen Untersuchung spüren wir beispielsweise den Bedeutungswandel eines bestimmten Ausdrucks nach. Wir stellen fest, dass die Wirkung eines Werkes im Laufe der Zeit eine andere geworden ist als zur Zeit seiner Entstehung. Morale und rechtliche Normen, die lange Zeiten als unumstößlich gegolten haben, werden als nicht mehr zeitgemäß angesehen und werden obsolet. Gedanken und Theorien, die als wahr geglaubt wurden, werden später wieder verworfen und umgekehrt. Anders als in den obigen Fällen tritt hier keine Änderung in den materiellen Vorkommnissen ein, die den betreffenden geistigen Gegenstand enthalten, sondern in unseren Auffassungen oder Einstellungen zu ihm. Dieser bleibt unberührt.¹⁶¹ Deshalb bedeutet es im Fall des Bedeutungswandels eines Ausdrucks nicht, dass sich seine Ursprungsbedeutung geändert hat, sondern dass er neue oder zusätzliche Bedeutungen erhalten hat, sodass er auf diese Weise nunmehr einen neuen oder anderen Begriff ausdrückt.¹⁶²

157 *Schmücker*, Kunstwerke als intersubjektiv-instantiale Entitäten, in ders., (Hrsg.), Identität und Existenz, 4. Aufl. 2014, S. 149, 163, der meint, dass sich das Werk fürderhin nur noch als dasjenige manifestiert, das sich in der veränderten Manifestation manifestiert.

158 Ebenso *Patzig*, Fn. 42, S. 107, 114; vgl. auch *Meixner*, Fn. 35, S. 51, zur Gestaltveränderung eines Gegenstands.

159 Vgl. BGH GRUR 1985, 1041, 1047 – Inkassoprogramm.

160 Wird eine Bearbeitung eines Originalwerkes verwertet, wird deshalb nach § 23 UrhG auch dieses verwertet.

161 *Patzig*, Fn. 42, S. 107, 114 f., 119.

162 *Künne*, Fn. 24, S. 534 ff.

2. Wirkung von geistigen Gegenständen

Die mangelnde kausale Wirksamkeit geistiger Gegenstände markiert einen wichtigen Unterschied zwischen den geistigen Gegenständen der Immaterialgüterrechte und ihren materiellen Vorkommnissen. Ein Buchexemplar z.B. erleidet eine physische Veränderung, wenn es verbrannt, übergeben oder in ein Bücherregal gestellt wird. Es ruft eine physische Veränderung in einem anderen Gegenstand hervor, wenn es z.B. aus dem Bücherregal herausfällt, auf den Fuß eines Menschen trifft und dieser daraufhin einen Schmerz empfindet. Auch unkörperliche Vorkommnisse wie Schallwellen oder sonstige elektromagnetische, elektronische, optische Signale erleiden Veränderungen, wenn sie physikalisch gestört werden. Ihre Wirkungen können darin bestehen, dass sie z.B. anlässlich eines Rockkonzerts bei Besuchern, die zu nahe an den Lautsprechern stehen, vorübergehende Taubheit hervorrufen. Oder sie füllen Speichermedien, indem sie beispielsweise beim Herauf- oder Herunterladen von digitalen Inhalten aus dem Internet in ihnen Zustände erzeugen, die einen geistigen Gehalt materialisieren. Von all diesen Wechselwirkungen, die zwischen materiellen Vorkommnissen der Welt 1 stattfinden, bleiben die betroffenen, der Welt 3 angehörigen geistigen Gegenstände und damit auch die betroffenen Werke des Urheberrechts unberührt. Diese sind nicht kausal wirksam¹⁶³ und erfahren keine Gegenwirkungen. Wenn eine Person den Inhalt einer der objektiven Denkmöglichkeiten erfasst oder sich des Inhalts einer Empfindungsqualität bewusst wird, dann verändert sie ihn nicht. Dieser erleidet keine Wirkungen.¹⁶⁴ Ebenso ist es, wenn sie den Inhalt eines gefassten Gedankens oder einer gehabten Empfindung anderen Personen mitteilt; auch dabei bleibt er unverändert und verlässt den Machtbereich des Mitteilenden nicht.¹⁶⁵ Die Mitteilung eines bereits gedachten oder empfundenen Gedanken- oder Gefühlsinhalts bewirkt deshalb nicht kausal, dass der Mitteilungsempfänger ihn hat. Hierauf wies bereits *Fichte* im Jahre 1793 im Hinblick auf die Übertragung des Inhalts eines verkauften Buches hin:¹⁶⁶

Das Materielle, der Inhalt des Buches, die Gedanken, die es vorträgt, „wird durch die bloße Übergabe des Buches an uns offenbar noch nicht unser Eigenthum. Gedanken übergeben sich nicht von Hand zu Hand, werden [...] nicht dadurch unser, dass wir ein Buch, worin sie stehen, an uns nehmen, es nach Hause tragen und in unserem Bücherschrank aufstellen. Um sie uns zuzueignen, gehört noch eine Handlung dazu: wir müssen das Buch lesen, seinen Inhalt, wofern er nicht ganz gemein ist, durchdenken, ihn von mehreren Seiten ansehen, und so in unsere eigene Ideenverbindung aufnehmen.“

¹⁶³ Die gegenteilige Position vertritt *Popper* (Ausgangspunkte, 2004, S. 268 ff.; Objektive Erkenntnis, 1993, S. 160 f.), der die Wechselbeziehungen zwischen den Welten 1 bis 3 als kausale Beziehungen auffasst. Dagegen *Künne*, Fn. 116, S. 142 ff.

¹⁶⁴ *Künne*, Fn. 116, S. 141.

¹⁶⁵ Näher *Haberstumpf*, Verkauf immaterieller Güter, NJOZ 2015, 793, 800.

¹⁶⁶ *Fichte*, Johann Gottlieb Fichte's sämmtliche Werke, Fn. 76, S. 225 f.

Um den Inhalt eines mitgeteilten Gedankens oder eines ausgedrückten Gefühls in sein Bewusstsein tatsächlich aufzunehmen, ist es also erforderlich, dass der Mitteilungsempfänger seine Aufmerksamkeit auf ihn richtet¹⁶⁷ und ihn versteht. Es bedarf somit auch hier einer inneren Handlung des Mitteilungsempfängers, um ihn nachzudenken oder nachzuempfinden. Die Mitteilung allein bewirkt dies nicht.

Geistige Gegenstände sind Produkte des menschlichen Geistes. Ihre Wirkungen bestehen darin, dass sie als – gute oder schlechte – *Gründe für menschliches Handeln bzw. Unterlassen* dienen können. Menschliche Handlungen erklären wir gewöhnlich damit, dass wir nach den Gründen fragen, warum der Handelnde so gehandelt hat, wie er gehandelt hat, ohne dass er sich ihrer aktuell bewusst gewesen sein muss: Der Handelnde wünscht, dass ein bestimmter Sachverhalt besteht und glaubt, dass die Ausführung eines bestimmten Handlungstyps diesen Zustand herbeiführt. Also führt er eine Handlung dieses Typs aus. Überall kommen hier geistige Gegenstände ins Spiel. Unsere geistigen Erkenntnisbemühungen im Alltag, in den verschiedenen Wissenschaften, in Literatur und Kunst, im Recht und in der Moral zielen darauf ab, die Welt, uns selber, unsere Lebensäußerungen und -formen zu deuten, Ziele vor Augen zu führen, auf die wir uns hinbewegen können oder sollen, und Möglichkeiten aufzuzeigen, wie wir sie verwirklichen können. Die Ergebnisse dieser Bemühungen schlagen sich in immateriellen Gegenständen, Theorien, Fiktionen, Bildern, Tonfolgen, Erfindungen, aber auch in einfachen Handlungsanweisungen, Informationen, Nachrichten, Tipps usw. nieder. Gründe sind aber keine Ursachen. Sie bewirken keine Handlungen; denn selbst wenn jemand gute Gründe hat, etwas zu tun, tut er es nicht immer; Willensschwäche, Kraftlosigkeit oder irrationale Impulse z.B. können das verhindern. Handlungen sind Erstursachen. Wir bewirken nicht Handlungen, sondern bewirken etwas durch sie.¹⁶⁸

Eine für die alltägliche Rechtspraxis wichtige Folge betrifft die Frage, wie Verträge, die einen geistigen Gegenstand zum Gegenstand haben, vollzogen werden können. Der Verkäufer oder Vermieter einer Sache kann bewirken, dass er durch Übergabe der Sache den Besitz verliert und nun der Käufer oder Mieter Besitzer ist. Der Lieferant unkörperlicher Gegenstände wie Strom, Wasser, Wärme oder Gas kann bewirken, dass diese ihre kausalen Wirkungen nicht mehr bei ihm, sondern bei seinem Abnehmer entfalten. Die Verschaffungspflichten des Verkäufers, Vermieters oder Herstellers eines geistigen Gegenstandes können zwar ebenfalls dadurch erfüllt werden, dass körperliche oder unkörperliche materielle Vorkommnisse produziert werden, die dem Vertragspartner übergeben oder übermittelt werden. Das bewirkt aber weder, dass die überlassende Vertragspartei den geistigen Gegenstand verliert, noch dass der Empfänger ihn hat. Es bedarf vielmehr dessen Zutun, wenn er ihm zugeeignet sein soll. Verträge über immaterielle Gegenstände können deshalb nicht darauf abzielen, das geistige Gut einer Person faktisch zu übermitteln, sondern nur darauf, ihr

167 Troller, Urheberrecht und Ontologie, UFITA 50 (1967), 385, 387: „Das ästhetisch teilnahmslose Betrachten oder Hören ist nicht auf das Wesen des Objekts zurückzuführen, sondern darauf, daß der Sehende oder Hörende nicht darauf achtet, daß er es nicht wahrnimmt.“

168 V. Kutschera, Fn. 15, S. 45. vgl. auch v. Wright, Erklären und Verstehen, 1974, S. 69 ff.

die Möglichkeit zu verschaffen, es sich geistig zuzueignen und zu nutzen, d.h. als Grund für ihr Handeln wirken zu lassen.¹⁶⁹

VI. Identität von geistigen Gegenständen

In jedem halbwegs komplizierten Urheberrechtsstreit, in dem die Herstellung oder Verwertung von konkreten materiellen körperlichen oder unkörperlichen Verletzungsgegenständen,¹⁷⁰ die das Werk des klagenden Urhebers irgendwie enthalten, verboten werden soll, spielen folgende Fragen eine Rolle: Inwieweit weist der geistige Gehalt des angegriffenen Gegenstandes Übereinstimmungen mit dem Werk des Klägers auf, sodass die Annahme einer Urheberrechtsverletzung in Betracht zu ziehen ist? Sind etwaige Abweichungen so bedeutend, dass das in dem Verletzungsgegenstand vorkommende Werk ein eigenständiges ist, das nicht mehr in den Schutzbereich des anderen fällt? Diese Fragen kann der Richter nicht dadurch entscheiden, indem er seine Aufmerksamkeit allein auf die sinnlich wahrnehmbaren physikalischen Eigenschaften des vom Kläger vorgelegten Werkexemplars¹⁷¹ und des angegriffenen Verletzungsgegenstands richtet. Jenes kann z.B. die Partitur eines Musikwerks, dieser eine von ihm nicht autorisierte musikalische Aufführung sein, von der der klagende Urheber behauptet, sie verletze sein Urheberrecht an dem in der Partitur verkörperten Musikwerk. Jenes kann das Exemplar eines deutschsprachigen Romans, dieser ein Text oder ein Vortrag in französischer Sprache sein, von dem der Urheber behauptet, er enthalte eine Übersetzung seines Romans. Um solche Behauptungen zu überprüfen und zu einer Entscheidung zu kommen, muss der Richter vielmehr – notfalls unter Einsatz eines Sachverständigen oder Übersetzers – die in den ihm präsentierten Vorkommnissen jeweils enthaltenen geistigen Gehalte miteinander auf Gleichheit, Ähnlichkeit oder Unähnlichkeit vergleichen. Er muss *verstehen*, was in ihnen jeweils zum Ausdruck kommt. Was aber ist dafür verantwortlich, dass ein bestimmter geistiger Gegenstand in solchen verschiedenartigen materiellen Vorkommnissen identisch oder ähnlich materialisiert ist und unabhängig von seiner originalen Entäußerung unveränderlich weiter existiert? Wie in der Erörterung des Privatsprachenarguments *Wittgensteins* bereits angeklungen ist, muss vorausgesetzt werden, dass wir über die Fähigkeit verfügen, mittels gemeinsamer „öffentlicher“ *Kommunikationssysteme* uns des Inhalts unserer Gedanken und Empfindungen in unserem Inneren

169 Näher *Haberstumpf*, Verkauf immaterieller Gegenstände, NJOZ 2015, 793, 789 ff. Vgl. auch *Zech*, Vom Buch zur Cloud, ZGE 2013, 368, 381 ff.; *Stieper*, Digital ist besser – Die Bereitstellung digitaler Inhalte als eigenständiger Vertragstyp?, in Alexander/Bornkamm/Buchner/Fritzsche/Lettl (Hrsg.), Festschrift für Helmut Köhler, 2014, 729, 734 ff.

170 Im Verletzungsrechtsstreit bilden sie die „konkrete Verletzungsform“, auf die sich ein Unterlassungsantrag beziehen soll.

171 Zur Darlegung und Nachweis der schutzbegründenden Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 UrhG reicht es regelmäßig aus, dass der Urheber ein Exemplar oder insbesondere bei Computerprogrammen, die für den Richter nicht unmittelbar lesbar sind, eine verständliche Beschreibung seines Werkes vorlegt; BGH GRUR 1981, 820, 822 – Stahlrohrstuhl II; GRUR 1991, 449, 451 – Betriebssystem.

bewusst zu werden und diese in materiellen Vorkommnissen für andere verständlich zu ent- äußern.

1. Identität von Sprachwerken

a) Gleichheit in der Anordnung von Buchstaben oder Worten

Sprachwerke bestehen aus Wörtern und Sätzen, die sich wiederum aus Buchstaben zusammensetzen. Es liegt deshalb nahe, zur Bestimmung ihrer Identität auf die Reihenfolge der verwendeten Buchstaben oder Worte abzustellen. Man könnte deshalb die Identität eines Sprachwerks wie folgt bestimmen: Vorkommnisse (Exemplare) repräsentieren dasselbe Sprachwerk, wenn sie denselben Verlauf von Buchstaben¹⁷² oder von Worten¹⁷³ einer bestimmten Sprache enthalten. Beide Kriterien sind jedoch unzureichend.¹⁷⁴

Der Anordnung von Buchstabentypen oder der Worte eines Textes sieht man nicht an, was sie zu verstehen gibt. Der Austausch von Buchstaben kann auf Tippfehlern beruhen oder den Ausdruckscharakter des Textes, z.B. eines Gedichts, entscheidend ändern. Die Herstellung und Verwertung einer Übersetzung ist gem. § 23 UrhG¹⁷⁵ normalerweise gleichzeitig auch die Reproduktion und Verwertung des Originalwerkes,¹⁷⁶ und der Austausch von Worten und Satzstrukturen durch bedeutungsgleiche kann ein handfestes Plagiat sein,¹⁷⁷ obwohl die jeweiligen Buchstabenfolgen deutlich verschieden sind und im Fall der Übersetzung auch noch eine andere Sprache verwendet wird. Glücklicherweise bedarf es eines Buchstaben- oder Wortvergleiches im Normalfall nicht, um die Identität eines Textes feststellen zu können. Wer nämlich – wie z.B. der Richter in einem Urheberrechtsstreit – die durch bestimmte Buchstabenfolgen gebildeten Worte des vom Urheber vorgelegten Exemplars und des Verletzungsgegenstands versteht, weil er die jeweils verwendete Sprache¹⁷⁸ beherrscht, weiß unmittelbar, erfasst gleichsam mit einem Schlag,¹⁷⁹ ob beide Vorkommnisse dasselbe Werk identisch oder verändert oder gar nicht enthalten. Beide Buchstabe für Buchstabe oder Wort für Wort zu vergleichen, wäre demgegenüber ein sehr unge-

172 Goodman, Fn. 45, S. 115, 195; Künne, Fn. 116, S. 229 f.

173 BGH GRUR 2011, 134 Rn. 36 f., 39 ff. – Perlentaucher; dazu näher Haberstumpf, Anm. zu BGH, Urteil vom 1. Dezember 2010 – I ZR 12/08 – Perlentaucher, ZUM 2011, 158, 159; vgl. auch Kummer, Fn. 57, S. 9.

174 Näher Haberstumpf, Die Paradoxien des Werkbegriffs, ZGE 2012, 284, 302 ff.

175 Ebenso nach europäischem und internationalem Recht: Art. 4 Abs. 1 Buchst. b Software-RL, Art. 5 Buchst. b Datenbank-RL, Art. 8, 12, 14 RBÜ.

176 Schricker/Loewenheim, Fn. 77, § 23 Rn. 3.

177 S. dazu mit Beispielen Rieble, Das Wissenschaftsplagiat, 2010, S. 17 f.

178 Ist ein spezielles Fachgebiet betroffen, muss auch die jeweilige Fachsprache beherrscht werden. Dies spielt insbesondere bei der wortsinngemäßigen Auslegung der Patentansprüche in einem Patentrechtsstreit eine Rolle; vgl. Mes, PatG GebrMG, 4. Aufl. 2015, § 14 PatG Rn. 20 ff.

179 Wittgenstein, Fn. 63, § 197, § 138: „Nun verstehen wir aber die Bedeutung eines Wortes, wenn wir es hören oder aussprechen; wir erfassen sie mit einem Schlag.“

wöhnliches Vorgehen. Ob beispielsweise ein Schüler einen bestimmten Text verstanden hat, wird normalerweise nicht danach beurteilt, ob er ihn im vollen Wortlaut aufsagen kann, sondern ob er in der Lage ist, den Inhalt des Textes in anderen Worten oder eigenen Worten wiederzugeben.¹⁸⁰ Nur derjenige hat den Text wirklich verstanden, der seinen Inhalt referieren kann, und auch dann dazu in der Lage ist, wenn er den Wortlaut und Wortverlauf des Textes vergessen hat. Dass dies möglich ist, liegt daran, dass wir als Mitglieder einer bestimmten Sprachgemeinschaft gelernt haben, die Worte der Sprache als regelhafte Handlungsschemata zu verwenden und zu sinnvollen Sätzen und Satzgebilden zu kombinieren. Dadurch wird man von bestimmten Formulierungen, aber auch von der Entstehungsgeschichte der jeweils zu vergleichenden Texte unabhängig. Wenn nämlich in einem komplexen sprachlichen Ausdruck einzelne Bestandteile durch bedeutungsgleiche ersetzt werden, so bleibt die Bedeutung des komplexen sprachlichen Ausdrucks erhalten (Substitutionsprinzip für Bedeutung).¹⁸¹ Von diesem Prinzip machen wir ständig Gebrauch. Wir ersetzen einzelne Worte durch schon vorhandene Synonyma, verwenden für komplexe Satzkonstruktionen bedeutungsgleiche, ersetzen längere Wortfolgen durch kürzere, die wir vorher mit jenen definiert haben oder übersetzen den Ausgangstext in eine andere Sprache. Die Auswechslung von Wörtern durch Synonyma oder sonstige Sprachglättungen, die den Charakter, Inhalt oder Aussagegehalt eines Sprachwerks unberührt lassen, werden deshalb in der urheberrechtlichen Literatur¹⁸² und Rechtsprechung¹⁸³ nicht einmal als Bearbeitungen angesehen, sondern als eine unschöpferische Vervielfältigung des Ausgangswerks gewertet. Ein Sprachwerk bloß umzuformulieren, kann im Normalfall jeder, der die betreffende Sprache beherrscht und ggf. zur Unterstützung ein Synonymwörterbuch zu Rate zieht oder dazu eine entsprechende Software einsetzt, ohne individuelle Entscheidungen treffen zu müssen. Was eine Umformulierung oder Übersetzung zu einer Urheberrechtsverletzung macht, sind nicht die Übereinstimmungen im Wortverlauf, sondern Übereinstimmungen in der Gesamtbedeutung oder in der Bedeutung in sich geschlossener Teile der gegenüberstehenden Texte.

b) Gleichheit in der Bedeutung, im Sinn

Auf der Suche nach einem geeigneten Identitätskriterium für Sprachwerke müssen wir folglich auch von dessen Wortverlauf oder Wortlaut absehen, um in einem weiteren Abstraktionschritt auf die Ebene der sprachlichen Bedeutung, des Sinns, vorzustoßen: Vorkommnisse von Buchstaben- oder Wortkombinationen identifizieren dasselbe Werk, wenn sie unter

180 Kamlah/Lorenzen, Logische Propädeutik, 2. Aufl. 1973, S. 129 ff.

181 Newen/Schrenk, Fn. 99, S. 21.

182 Schricker/Loewenheim, Fn. 77, § 3 Rn. 16; BeckOK/Ahlberg, UrhG (Stand 20.4.2018), § 3 Rn. 12; Dreier/Schulze, 6. Aufl. 2018, § 3 Rn. 17.

183 So unmissverständlich BGH GRUR 1972, 143, 145 – Biografie: Ein Spiel; vgl. auch OLG Nürnberg GRUR-RR 2001, 225, 227 – Dienstanweisung.

Verwendung eines sozial geregelten Sprachsystems¹⁸⁴ dieselbe Bedeutung (Sinn) haben (dasselbe ausdrücken, dasselbe zu verstehen geben, denselben Inhalt haben). In dieser Definition wird Gleichheit in der Bedeutung, im Sinn, als *Gleichheit im Verstehen* aufgefasst.¹⁸⁵ Das Werk ist als dasjenige charakterisiert, was ein Text sprachlich zum Ausdruck bringt.

Wie ist es aber möglich, Bedeutungsgleichheit und -ähnlichkeit im Verstehen von Wörtern und Wortverläufen zu erkennen? Die Antwort ergibt sich aus dem Wesen der Sprache: Weil wir mit dem Erwerb einer Sprache gelernt haben, Worte und Wortkombinationen als *regelhafte* (bedeutungsvolle) Handlungsformen hervorzu bringen, sie gleichförmig beliebig oft zu verschiedenen Zwecken zu gebrauchen¹⁸⁶ und in ihren Handlungsvollzügen wiederzuerkennen. Die sprachlichen Handlungsformen (Handlungsschemata, -typen) sind normative Maßstäbe zur Beurteilung ihrer möglichen Aktualisierungen. Indem man weiß, was es heißt, eine bestimmte Handlung des Typs A auszuführen, verfügt man über eine Norm, A zu tun; man weiß dann auch, was es heißt, A mehr oder weniger *gut* zu tun¹⁸⁷ und welche Handlungen noch unter die Norm fallen. Bedeutungsvolle Worte und Wortverläufe einer Sprache sind somit nicht bloß Typen von Lautfolgen oder Buchstabenreihen, sondern gewinnen ihre Bedeutung vielmehr erst im Rahmen eines Systems von Regeln, die besagen, wie sie einzeln und in Verbindung, in bestimmten Situationen und zu bestimmten Zwecken zu verwenden sind.¹⁸⁸ Verschiedene Vorkommnisse von Wörtern und Wortfolgen drücken dasselbe Sprachwerk aus, wenn sie nach denselben Regeln verwendet werden.

Worte sind nicht naturgegeben, sie müssen erlernt werden. Viele Worte lernen wir mit dem Erwerb der Muttersprache, etwa indem Eltern ihren Kindern anhand von Beispielen und Gegenbeispielen deren Gebrauch demonstrieren und sie korrigieren oder bestätigen, je nachdem ob sie die Worte falsch oder richtig verwenden.¹⁸⁹ Dies könnte beispielsweise so aussehen, dass ein Kind, das das Wort „Miau“ („Katze“) am Beispiel einer Katze, die man gefahrlos streicheln kann, gelernt hat, wenn es mit dem freudigen Ausruf „Miau“ auf einen Hund losstürmt, von den Eltern mit erschreckten Gesten und den Worten zurückgehalten wird: Vorsicht! Das ist keine „Miau“ („Katze“), sondern ein „Wauwau“ („Hund“), der beißt vielleicht. Daneben oder stattdessen kann der Gebrauch dieser Worte natürlich auch in anderen Lernsituationen etwa anhand eines Bilderbuchs gelehrt und eingeübt werden. Hat das Kind auf diese Weise seine Lektion gelernt, wird es von den Lernsituationen, den gegebenen

184 Zur Frage, wann soziale Gruppen über ein Sprachsystem verfügen, eingehend v. Savigny, Zum Begriff der Sprache, 1983, S. 87 ff.

185 Künne, Fn. 116, S. 262, nennt diese Gleichstellung „kognitive Gleichwertigkeit“.

186 Vgl. Wittgenstein, Fn. 63, § 43: „Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache.“.

187 Vgl. Müller, „Lebendige Normativität“?, in Kertscher/Müller (Hrsg.), Lebensform und Praxisform, 2015, 263, 267.

188 V. Kutschera, Sprachphilosophie, 2. Aufl. 1975, S. 19 f. Vgl. auch Strawson, Fn. 117, S. 9.

189 Zu einer solchen Unterrichtssituation bemerkt Wittgenstein, Fn. 63, § 208: „ich beeinflusse ihn durch Äußerung der Zustimmung, der Ablehnung, der Erwartung, der Aufmunterung. Ich lasse ihn gewähren, oder halte ihn zurück; usw.“; § 5: „Das Lehren der Sprache ist hier kein Erklären, sondern ein Abrichten“.

nen Beispielen und Gegenbeispielen unabhängig und kann die eingeübten Worte beliebig oft und in neuen Situationen korrekt, d.h. in Übereinstimmung mit unserem allgemeinen Sprachgebrauch, den Gepflogenheiten, aussprechen und verwenden.¹⁹⁰ Es hat ein regelhaftes Handlungsschema (einen Handlungstyp, eine Handlungsform) gelernt, das es in die Lage versetzt, in konkreten Sprechhandlungsvollzügen materielle Vorkommnisse des eingeübten Wortes hervorzubringen, die es in derselben Bedeutung enthalten. Sofern dies übereinstimmend mit den Gepflogenheiten der Sprachgemeinschaft geschieht, wird es auch in dieser Weise verstanden.

Lernsituationen der genannten Art sind nicht nur geeignet, dem Kind den korrekten Gebrauch der Worte „Miau“ („Katze“) und „Wauwau“ („Hund“) beizubringen, sondern auch zwischen Katzen und Hunden zu unterscheiden. Spracherwerb trägt dazu bei, dass wir für unsere Lebenspraxis relevante Unterscheidungen machen können. Das Kind wird deshalb auch zu begreifen lernen, dass dasselbe Wort gleichförmig in verschiedenen Sprechhandlungen eingesetzt werden kann, um unterschiedliche Zwecke zu erreichen. Im geschilderten Lernbeispiel wurde das Wort „Wauwau“ beispielsweise verwendet, um das Kind zu warnen.¹⁹¹ In der Bilderbuchszene stehen dagegen eher die Sprachspiele des Fragens: „Ist das eine Miau“ (Katze)? und des Bestätigens: „Ja, das ist ein Wauwau“ (Hund), sowie des Beschreibens, Erklärens und Behauptens¹⁹² im Vordergrund, indem den gezeigten Tieren unter Verwendung von schon erlernten Eigenschaftswörtern (Prädikaten) Eigenschaften zugeschrieben und ihre Lebensweisen beschrieben werden. Sprechhandlungen, mit denen wir durch den gleichförmigen Gebrauch von Wörtern jeweils spezifische Zwecke verfolgen, basieren ebenfalls auf sprachlichen Konventionen. Diese sind generelle Regeln, die sich auf Handlungstypen beziehen und festlegen, welche Rolle die verwendeten Worte im kommunikativen Prozess jeweils spielen.¹⁹³ Sie setzen uns in die Lage, mit anderen sprechend das zu erreichen, was wir erreichen wollen, etwa jemanden dazu zu bewegen, dass er durch Tun etwas herbeiführt (Auffordern, Befehlen), wiederzugeben, wie etwas ist (Beschreiben, Behaupten, Feststellen) oder die Verpflichtung zu übernehmen, etwas zu tun (Versprechen), Gefühlsinhalte auszudrücken, bestimmte Zustände herbeizuführen (Benennen, Bezeichnen) usw.¹⁹⁴

Die erlernten sprachlichen Gepflogenheiten¹⁹⁵ bestimmen, wann die Worte und Ausdrücke der Sprache einer bestimmten Gemeinschaft richtig verwendet werden. Sie sind Teil

190 *V.Kutschera*, Fn. 188, S. 139 ff., 152 ff.; *v.Savigny*, Fn. 184, S. 27 ff.

191 Zum Sprechakt des Warnens s. *Searle*, Sprechakte, 1977, S. 105.

192 *Searle*, Fn. 191, S. 100, 102.

193 *V.Kutschera*, Fn. 188, S. 167 ff., 183.

194 *Searle*, Ausdruck und Bedeutung, 1982, S. 18 ff. Die von *Austin*, Zur Theorie der Sprechakte (How to do things with Words), 1972, und *Searle*, Fn. 191, begründete Sprechakttheorie versucht, die Regeln, die die Typen von Sprechhandlungen konstituieren, systematisch zu untersuchen und explizit zu formulieren.

195 *Wittgenstein*, Fn. 63, § 198 Abs. 3, § 199 Abs. 2.

unserer Lebensform,¹⁹⁶ in der wir mehr oder weniger erfolgreich versuchen, uns in einer Wirklichkeit zu orientieren, die uns ständig vor praktische Probleme stellt.¹⁹⁷ Wenn wir beim Erwerb der Muttersprache abgerichtet wurden, bestimmte Worte regelhaft in Übereinstimmung mit den Sprachkonventionen zu verwenden, dann haben wir nicht nur gelernt, diese zu verstehen, sondern lernen gleichzeitig, was es überhaupt heißt, Regeln zu befolgen. Wir erwerben damit auch die Fähigkeit, neue Worte regelhaft einzuführen und sie anderen verständlich zu machen,¹⁹⁸ indem wir deren Gebrauch unter Angabe von Beispielen oder Verwendung schon bekannter Worte definieren oder erläutern. Weil uns beispielsweise die Praxis des Benennens und der Verwendung von Namen wohlvertraut ist, können wir völlig problemlos jederzeit neue bedeutungsvolle Namen, die zweifellos geistige Gegenstände sind, hervorbringen, indem wir etwa in einer Markenanmeldung und schon vorher in unserem Inneren ein Zeichen bilden und durch Angabe von Waren oder Dienstleistungen die Regel festlegen, dass das ausgedachte und in der Anmeldung exemplifizierte Zeichen von nun auf die fraglichen Waren oder Dienstleistungen angewendet werden soll. Dazu ist es nicht notwendig, dass der Anmelder auf diese Gegenstände demonstrativ zeigen kann, weil es sie in der aktuellen Welt nicht oder noch nicht gibt. In gleicher Weise können wir nicht nur die Bedeutung und den Gebrauch eines neuen Namens, sondern auch anderer Worte, z.B. eines neuen Prädikat,¹⁹⁹ in das zugrundeliegende Sprachsystem einführen. Damit ist erklärlich, warum wir in der Lage sind, über innere Gedanken- oder Empfindungsinhalte, über nicht mehr vorhandene, über künftige oder gesollte oder überhaupt in der realen Welt nicht existierende Gegenstände in der Geschichtsschreibung, in Plänen, in der Gesetzgebung und in der Fiktion sinnvoll zu reden und uns zu verständern.

2. Identität von Bildwerken, musikalischen und choreografischen Werken

a) Formal-ästhetische Gleichheit

Bilder geraten als Gemälde, Zeichnungen, Skulpturen, Fotografien, Computerbilder, Filme, Pläne, Karten, Diagramme, Piktogramme, Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art gem. § 2 Abs. 1 Nr. 4 bis 7 UrhG in den Fokus des Urheberrechts. Anders als die sprachlichen Zeichensysteme besitzen Bildsysteme kein Alphabet und kein syntaktisches Grundvokabular.²⁰⁰ Bilder sind aber in *elementare* Bestandteile, Bildeigenschaften, auflösbar, aus denen sie sich zusammensetzen. Diese elementaren Bildeigenschaften kann man

196 Wittgenstein, Fn. 63, § 19, 241.

197 Kertscher/Müller, Praxis als Konstitution und als Form, in dies. (Hrsg.), Lebensform und Praxisform, 2015, S. 121.

198 Wittgenstein, Fn. 63, §§ 143 ff., 185 ff., 208, erläutert dies u.a. am Beispiel einer Lernsituation, in der der Lehrer einem Schüler beibringt, eine Reihe von Zahlen richtig fortzuführen.

199 V.Kutschera, Fn. 188, S. 152 ff.

200 Scholz, Fn. 45, S. 114 ff.; Sachs-Hombach, Das Bild als kommunikatives Medium, 3. Aufl. 2013, S. 101 ff., 111, 264.

als mehr oder weniger ausgedehnte Bildpunkte, z.B. Pixel eines digitalen Bildes, charakterisieren, die angeben, welche Farbe das Bild an welchen Stellen hat.²⁰¹ Bei einer dreidimensionalen Skulptur könnte man die Bildeigenschaften durch ihre geometrisch beschreibbare Oberfläche ergänzen. Musikwerke, pantomimische und choreografische Werke i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 2 und 3 UrhG unterscheidet die Rechtswissenschaft nach dem jeweils verwendeten Ausdrucksmittel und grenzt sie danach von den anderen Werkarten ab. Im Fall der Musik sind es akustisch wahrnehmbare Töne und Tonfolgen jeglicher Art,²⁰² im Fall der Pantomime und der Choreografie visuell wahrnehmbare Gebärden und körperliche Bewegungen.²⁰³ Zur Fixierung von Musikstücken und choreografischen Werken²⁰⁴ gibt es zum Teil hochentwickelte Notationssysteme, mit denen Töne und Tanzbewegungen²⁰⁵ schriftlich festgehalten werden können.

Es bietet sich auch hier an, das gesuchte Identitätskriterium in der Gleichheit der elementaren Bildeigenschaften bei Bildern, in der durch seine Klangfolge geprägten Tonstruktur eines Musikstücks oder im Ablauf der Bewegungen bei Werken der Tanzkunst und Pantomime zu suchen. Der kunstästhetische Formalismus beschreitet einen solchen Weg. Entscheidend ist danach nicht, ob und was eines dieser Werke darstellt oder ausdrückt – dies wird zwar nicht ausgeschlossen, ist aber Nebensache –, sondern dass es formale Eigenschaften der genannten Art besitzt.²⁰⁶ Seine Plausibilität zieht der kunstästhetische Formalismus vor allem in der Musik, aber auch in der bildenden Kunst und in der Choreografie im Wesentlichen daraus, dass viele Werke dieser Arten keinen darstellenden Charakter haben, sondern ungegenständlich sind.²⁰⁷ Formalistische Positionen spielen in Urheberrechtsstreitigkeiten insofern eine praktische Rolle, als die herangezogenen Gutachter gegenüberstehende Musikstücke oder Teile von solchen häufig ausschließlich oder wenigstens überwiegend mittels formaler Kriterien miteinander vergleichen.²⁰⁸

201 *Goodmann*, Fn. 45, S. 50.

202 Schricker/*Loewenheim*, Fn. 77, § 2 Rn. 144; Dreier/*Schulze*, Fn. 182, § 2 Rn. 134; *Obergfell*, in Fn. 114, § 2 UrhG Rn. 30.

203 Schricker/*Loewenheim*, Fn. 77, § 2 Rn. 153; Dreier/*Schulze*, Fn. 182, § 2 Rn. 144; *Obergfell*, in Fn. 114, § 2 UrhG Rn. 39 f.; *Ulmer*, Fn. 29, S. 143.

204 Die Fixierung eines choreografischen oder pantomimischen Werkes in schriftlicher Form oder in anderer Weise, wie sie § 1 Abs. 2 LUG forderte, ist nach deutschem Recht keine Schutzvoraussetzung mehr (BGH GRUR 2014, 65 Rn. 32 – Beuys-Aktion).

205 Am bekanntesten ist die nach ihrem Erfinder *Rudolf v.Laban* benannte Tanzschrift „*Labanotation*“ (*v.Laban*, Tanz, Tanzschrift und Urheberrecht, UFITA 2 (1929), 631 ff.) geworden. Vgl. dazu auch *Goodman*, Fn. 45, S. 200 ff.; *Murza*, Urheberrecht von Choreografen, 2012, S. 20 ff.

206 *Reicher*, Fn. 26, S. 152 f.; *v.Kutschera*, Fn. 69, S. 482 ff., in Auseinandersetzung mit *Hanslick*, Vom musikalisch Schönen, 1894.

207 *Haberstumpf*, Nichtgegenständliche Werke im Urheberrecht, in Dreier/Peifer/Specht (Hrsg.), Festschrift für Gernot Schulze zum 70. Geburtstag, 2017, S. 3 ff.

208 So deutlich in BGH GRUR 1991, 533, 534 – *Brown Girl II*; BGH GRUR 1988, 810, 811 – *Fantasy – II 2 b 2*. Absatz der Urteilsgründe; vgl. auch BGH GRUR 1988, 812, 815 – *Ein bißchen Frieden – II 2 c dd* der Urteilsgründe, wo der BGH es allerdings für unerheblich erachtete, dass der Gutachter sich nicht auf die „herkömmliche strukturelle Analyse“ beschränkt habe. *Dieth*,

Wie bei Sprachwerken ist aber auch hier die formale Analyse von Werken nicht geeignet, ihre Identität zu bestimmen. Je mehr man sich bei einem Bild auf die elementaren Bild-eigenschaften eines Objekts konzentriert, desto mehr verschwindet das Bild aus dem Blickfeld. Wir können dann nicht mehr erkennen, was zum Bild und was zur Umgebung, z.B. zum Rahmen des betrachteten Objekts gehört.²⁰⁹ Bildeigenschaften haben nicht nur Bilder, sondern auch natürliche Gegenstände wie Menschen und die belebte oder unbelebte Natur. Ein sehr realistisches Gemälde oder eine exakte Farbfotografie hat mit dem dargestellten Gegenstand mehr oder weniger viele *Bildeigenschaften* gemeinsam. Dennoch ist das Gemälde oder die Fotografie ein Bild, der dargestellte Gegenstand jedoch nicht. Die rein *formale* Beschreibung eines Bildes, die sich darauf beschränkt, die Farben, die sich in mannigfacher Nuancierung gegeneinander absetzen, miteinander zu verbinden und zu Formkomplexen zusammenzuziehen, wäre nach den Worten von *Panofski* „praktisch ein Ding der Unmöglichkeit: Jede Deskription wird – gewissermaßen noch ehe sie überhaupt anfängt – die rein formalen Darstellungsfaktoren bereits zu Symbolen von etwas Dargestellten umgedeutet haben müssen; und damit wächst sie bereits, sie mag es machen wie sie will, aus einer rein formalen Sphäre schon in eine Sinnregion hinauf.“²¹⁰ Bilder setzen sich zwar aus ihren elementaren Bildeigenschaften zusammen, die strukturiert sind und in bestimmter Weise kombiniert sein können. Wann aber die Bildeigenschaften oder Komplexe von ihnen ein Bild ergeben oder innerhalb eines Gesamtbildes eine eigenständige Bedeutung besitzen, hängt wesentlich von der Interpretation des Bildzusammenhangs ab, d.h. welcher Bildinhalt dem Bild zugeschrieben wird.²¹¹

Ebenso liefert die formal-ästhetische Betrachtung auf dem Gebiet der Musik und Tanzkunst keine Kriterien zur Abgrenzung gegenüber natürlich entstandenen Geräuschen, etwa dem Zwitschern eines Vogels oder einem Donner, oder gegenüber Gebärden und Bewegungen von Personen wie z.B. Sportlern und Akrobaten, die nicht als Musikwerke oder choreografische Werke angesehen werden. Wer wie bei einem Hupkonzert eine längere und sehr akzentuierte Klangfolge erzeugt oder eine Sequenz von außergewöhnlichen und beeindruckenden Bewegungen erstmals vorführt, präsentiert nicht ohne Weiteres ein geistiges Musikstück oder ein choreografisches Werk. Er muss vielmehr durch die Art der Präsentation dem präsentierten Gegenstand einen über ihn hinausgehenden Sinn geben.²¹² Nehmen wir an, ein bislang nicht besonders in Erscheinung getretener Sportler – als Beispiel könnte man den Hochspringer *Dick Fosbury* anführen – tüftelt einen detaillierten und ungewöhnli-

Musikwerk und Musikplagiat im deutschen Urheberrecht, 2000, S. 91 Fn. 222, bemerkt treffend, dass Plagiatsprozesse meist ein „Krieg der Sachverständigengutachter“ sind.

209 Vgl. *Reicher*, Fn. 26, S. 134 f.

210 *Panofsk*, Zum Problem der Beschreibung und Inhaltsdeutung von Werken der bildenden Kunst, in *Kaemmerling* (Hrsg.), *Bildende Kunst als Zeichensystem* Bd. I, *Ikonographie und Ikonologie*, 1979, S. 185, 187.

211 *Sachs-Hombach*, Fn. 200, S. 117 ff., 153 f.

212 Dazu und zur Präsentationstheorie von *Kummer* (Das urheberrechtliche schützbare Werk, 1968, S. 75 f., 143 ff.) *Haberstumpf*, Nichtgegenständliche Werke im Urheberrecht, Fn. 207, S. 3, 8 ff.

chen Bewegungsablauf aus, der ihn nicht nur zu Weltrekord und Olympiasieg in seiner Disziplin führt, sondern auch elegant aussieht und zum Standard wird. Die Fachwelt zeigt sich begeistert und belegt ihn etwa mit folgenden Prädikaten, wie sie auch den großen Schöpfungen in Literatur, Wissenschaft und Kunst zugesprochen werden: revolutionär, genial, epochal, einzigartig, stilbildend usw. Angesichts dessen wird man sich schwer tun, den von ihm ausgedachten und in Vorkommnissen während des Trainings und der Wettkämpfe exemplifizierten *Bewegungsabfolgetyp* nicht als kreative Leistung anzuerkennen. Dennoch kommt in ihm kein urheberrechtlich geschütztes geistiges Werk vor. Was aber macht den urheberrechtlich relevanten Unterschied zwischen den Bewegungen eines Sportlers und denen eines Balletttänzers aus, auch wenn sie äußerlich gleich aussehen? Für jenen liegt ihr Wert in ihnen selbst; er muss sich voll auf sie konzentrieren und kommuniziert nicht mit den Zuschauern; die kleinste Unachtsamkeit, der kleinste Fehler kann ihn um alle Siegchancen bringen. Dieser ist dagegen Interpret, der nicht nur darauf zu achten hat, dass er die eingebüten Bewegungsabläufe korrekt vollzieht, sondern auch darauf, dass er in ihnen dasjenige ausdrückt, was der Choreograf ihm vorgegeben hat. Insoweit besteht eine deutlich größere Fehlertoleranz: Auch eine schlampige Ausführung wird als Aufführung des dargebotenen choreografischen Werkes verstanden und tangiert dessen Identität nicht.²¹³ Während die Handlung des Sportlers im Wettkampf nur den antrainierten Bewegungsablauf exemplifiziert, exemplifiziert die Handlung eines Mimen oder Tänzers gewöhnlich nicht die Handlung, der sie unterfällt. Ein Mime, der Bewegungen vollzieht, wie sie etwa beim Hinaufsteigen einer Leiter vorkommen, steigt die Leiter nicht hinauf, sondern drückt Leitersteigen aus. Bei einer Tanzaufführung dienen die Bewegungen und Sprünge der Tänzer nicht dazu, beispielhaft zu zeigen, wie man sie macht, sondern exemplifizieren u.a. Rhythmen und dynamische Figuren.²¹⁴ Der entscheidende Unterschied liegt also darin, dass die Bewegungen und Gebärden eines Tänzers oder Pantomimen kommunikative Funktion haben, womit ein Sinn vermittelt werden soll. Welcher das ist, sieht man ihnen allein nicht an. Man muss wie in den anderen Bereichen des Werkschaffens die Gewohnheiten kennen, die bestimmen, wie einzelne Gesten oder komplexe Bewegungsabläufe zu deuten sind. Diese Konventionen sind nicht starr und überall gleich. Sie haben eine Geschichte²¹⁵ und variieren je nach Ort, Zeit und Kultur zum Teil beträchtlich. Tänze und Gebärden, die beispielsweise in einem Kulturkreis als heiter gelten, drücken in einem anderen Trauer aus.²¹⁶ Das gilt nicht nur für Werke, die etwas darstellen, sondern auch für nichtgegenständliche Werke. Denn auch der Umgang mit Farben, Linien, Tönen und Bewegungen ist kein sinnleeres Spiel mit bloßen

213 So auch *Obergfell*, Das Zitat im Tanz, in Bullinger/Grunert/Ohst/Wöhrn (Hrsg.), *Festschrift für Artur-Axel Wandtke*, 2013, S. 71, 74, die zutreffend darauf hinweist, dass es aus urheberrechtlicher Sicht ohne Bedeutung ist, ob die tänzerischen Fähigkeiten eines nachtanzenden Tänzers qualitativ ausreichend sind: „Die Kopie in unzureichender Qualität bleibt dennoch Kopie.“

214 *Goodman*, Fn. 45, S. 69 f.

215 Zur Geschichte des Tanzes und ihrer Formen vgl. z.B. *Murza*, Fn. 205, S. 11 ff.

216 *Goodman*, Fn. 45, S. 56 f., 92 f.

Formen, das ein Künstler, Komponist oder Choreograf nur für sich spielt, sondern ein Akt der Kommunikation.²¹⁷

b) Formen als regelhaft verwendete Elemente sozialer Bild-, Klang- und Tanzsysteme

Damit die Kommunikation erfolgreich ist, muss er sich an die Konventionen und Gepflogenheiten halten, die die Bedeutung der verwendeten Formen festlegen.²¹⁸ Ihre regelhafte Verwendung in Übereinstimmung mit den Gepflogenheiten ist dafür verantwortlich, dass die Adressaten in ihnen dasjenige erkennen, was ihr Produzent mit ihnen ausdrückt. Das ist nicht nur im Bereich der Sprache so, sondern gilt auch für die Herstellung, Verwendung und das Verstehen von geistigen Gegenständen auf den Gebieten der bildenden Künste, der Musik und der Tanzkunst. Auch sie sind eingebettet in konventionale Kommunikationssysteme. Voraussetzung ist, dass wir über Kenntnisse und Fähigkeiten²¹⁹ verfügen, solche Gebilde herzustellen, zu verwenden und zu verstehen. Diese Kenntnisse und Fähigkeiten sind nicht naturgegeben, sondern müssen erlernt werden. Wir erwerben sie von Kindesbeinen an durch Zuschauen, Zuhören, im schulischen und akademischen Unterricht unter der Anleitung eines Lehrers, bei Konzert- und Ballettbesuchen usw. anhand von unzähligen Beispielen. Mit ihrem Erwerb sind wir nicht nur in der Lage, Bilder, Musikstücke und choreografische Werke im Rahmen der Gepflogenheiten korrekt herzustellen, zu verwenden und richtig zu verstehen. Wir erwerben auch die Fähigkeit, die Beispielefälle, an denen wir die Regel gelernt haben, auf viele noch nicht gelernte hin fortzusetzen.²²⁰ Die „geistig-ästhetische Wirkung“ von bildnerischen, musikalischen und tänzerischen Werken ist folglich keine ihnen innenwohnende Eigenschaft, sondern das Ergebnis regelhaften, konventionalen Verhaltens. Wahrnehmbare Formen, Klänge und menschliche Bewegungsabläufe werden zu einem einzeln identifizierbaren und verstehbaren Werk, wenn sie als Zeichen eines unserer traditionellen Kommunikationssysteme hervorgebracht und verwendet werden.

Dies dürfte auch der entscheidende Grund sein, weshalb wir zögern, Kombinationen von unterscheidbaren Geruchs- und Geschmacksinhalten²²¹ zu den urheberrechtlich schutzfähigen Werken zu zählen.²²² Da geschützte Werke des Urheberrechts sehr wohl dadurch charakterisiert sein können, dass sie unbestimmte Gefühle wie Trauer, Freude, Leidenschaft, Haltungen wie Entschlossenheit und allgemeine seelische Inhalte wie Bewegtheit

217 Näher *Haberstumpf*, Nichtgegenständliche Werke im Urheberrecht, Fn. 207, S. 3 ff.

218 *Wittgenstein*, Fn. 63, §§ 189 ff., 198, 199, 206, 217, 241.

219 Zur Bildkompetenz ausführlich *Scholz*, Fn. 45, S. 163 ff., 40 ff.

220 *Wittgenstein*, Fn. 63, §§ 208 ff.; *Scholz*, Fn. 45, S. 47.

221 Anders als der Name nahelegt, schützt ein eingetragenes Geschmacksmuster nicht Geschmacksinhalte, sondern die Erscheinungsform eines Erzeugnisses, die sich aus dessen Linien, Konturen, Farben, der Gestalt, Oberflächenstruktur oder deren Werkstoffen ergibt (Art. 1 lit. a GeschMVO, § 1 Nr. 1 DesignG).

222 So EuGH, U. v. 13.11.2018, C-310/17, ECLI: EU: C: 2018: 899, Rn. 42 – Levola Hengelo.; vgl. auch *Rehbinder/Peukert*, Fn. 146, Rn. 191.

und Frieden ausdrücken, und der Beispieldokument des § 2 Abs. 1 UrhG offen ist für die Anerkennung neuer Werkarten, stünde der Aufnahme von Geschmacks- und Geruchswerten in diesen Katalog zwar grundsätzlich nichts im Wege.²²³ Dagegen spricht aber, dass sich hier bislang noch keine annähernd dichten Regelsysteme ausgebildet haben, die uns in die Lage versetzen, mit Gerüchen und Geschmäckern zu kommunizieren. Der Satz, über Geschmack lässt sich nicht streiten, ist symptomatisch dafür. Das muss aber nicht für alle Zeiten so sein und kann sich ändern.

Die Bindung an traditionelle Formen, denen Werkschaffende einer bestimmten Epoche unterworfen sind, schließt nicht aus, dass einzelne Personen oder -gruppen in Abkehr von den Traditionen neue Seh- und Hörgewohnheiten etablieren. Wenn wir nämlich im Umgang mit Formen gelernt haben, sie regelhaft zu verwenden, sind wir auch in der Lage, davon abweichend neue Regeln zu ihrem Gebrauch einzuführen und sie anders zu deuten. Einem Werkschaffenden, der neue Wege geht, kommt dabei wie jedem Sprecher einer Sprache das *konventionell* verankerte Privileg zu, seine Werkentäußerung authentisch zu interpretieren, d.h. mit einer Erklärung darüber, was mit seiner Äußerung gemeint ist, wie sie gedeutet werden soll, entscheiden zu können, was sie bedeutet, wie sie zu verstehen ist.²²⁴ Nach einer solchen Erklärung verlangen wir insbesondere bei Werken der modernen bildenden Kunst, die dem Betrachter uninterpretiert oft als eine sinnlose Anordnung von Farbklecksen oder von Alltagsgegenständen vorkommt. Eine solche Erläuterung kann z.B. darin bestehen, dass der Künstler seinem Werk einen bestimmten Titel gibt, der Vieldeutigkeiten reduziert und die Art des Bildes und dessen Sachbezug festlegt,²²⁵ oder im Zusammenhang einer Präsentation des Werkes erklärt, was er sich gedacht oder vorgestellt hat, als er das Bild herstellte. Dieses Privileg hat allerdings Grenzen. Auch wenn wir bildenden Künstlern ein hohes Maß an künstlerischer Freiheit zubilligen, müssen wir ihnen nicht alles abnehmen. Legt sich ein Künstler beispielsweise durch Angabe eines Titels, einer Bildunterschrift oder durch Beifügung einer Erläuterung darauf fest, dass sein hergestelltes und präsentierte Objekt ein Pferde-Bild sein soll, dann muss er sicherstellen, dass es von anderen Personen als ein – wenigstens abstraktes – Pferde-Bild erkannt und verwendet werden kann. Misslingt ihm dies, dann hat er nicht etwa ein misslungenes Pferde-Bild²²⁶ geschaffen, sondern gar keines. Sein Produkt kann daher nicht einmal als Muster oder Beispiel für ein schlechtes Pferde-Bild dienen.

Der Gedanke, Werkschaffen und Formgebung als Teil regelgeleiteter menschlicher Kommunikation aufzufassen, gibt schließlich auch Fingerzeige darauf, was wir uns unter einer Schöpfung vorzustellen haben. Ihre Konventionalität ist nämlich gleichzeitig eine Be-

223 Schulze, Urheberrechtsschutz für Parfum und andere Duftkompositionen?, in Hilty/Drexel/Norde-mann (Hrsg), Festschrift für Ulrich Loewenheim, 2009, S. 275 ff.

224 V.Savigny, Fn. 184, S. 271 f.; Scholz, Fn. 45, S. 146 f.

225 Siehe dazu das von Kummer, Fn. 57, S. 16, präsentierte Beispiel des Gemäldes „Der Pfeifer“ von Manet. Hätte der Maler das Bild mit „Der Knabe“ betitelt, müsste es statt eines Pfeifer-Bildes als Knaben-Bild interpretiert werden. Vgl. dazu auch Goodman, Fn. 45, S. 36 ff.

226 So aber Reicher, Fn. 26, S. 140.

dingung dafür, überhaupt neue schöpferische Formen hervorbringen zu können. Dazu reicht es allerdings nicht aus, von den traditionellen Formregeln nur abzuweichen und gegen sie zu verstößen; darin läge eine fehlerhafte Anwendung der Regel. Der Schöpfer eines geschützten Werkes muss vielmehr *abweichende Regeln* explizit oder implizit in das jeweils in Anspruch genommene Sprach-, Bild- oder Musiksystem *einführen* und verständlich machen, dass seine Formgebung etwas für unsere menschliche Praxis Bedeutsames ausdrückt. Revolutionär muss die Regelabweichung nicht sein; für die kleine Münze im Urheberrecht bleibt also Raum. Die Frage, was es im Einzelnen heißt, ein geistiges Werk sei im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG eine Schöpfung, soll in diesem Beitrag allerdings nicht näher behandelt werden.

c) Zum Verhältnis der verschiedenen Werkarten

Die verschiedenen Kommunikationssysteme, die unser Werkschaffen leiten, haben jeweils ihre spezifischen Vor- und Nachteile. Bilder können mehr sagen als 1000 Worte, während mit Worten meist sehr viel detaillierter ausgedrückt werden kann, worüber man sich verständigen will. Häufig kann es vorteilhaft sein, sprachliche (rein symbolische) und abbildende Darstellungsweisen miteinander zu kombinieren, um einen einheitlichen geistigen Gehalt hervorzubringen, wie es z.B. bei Landkarten, Diagrammen und Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG der Fall ist.²²⁷ Weil Bilder keine Zeitstruktur besitzen, ist z.B. mit einer fotografischen Momentaufnahme der geistige Gehalt eines komplexen Ablaufs von Bewegungen und Gebärden kaum reproduzierbar.²²⁸ Die Ausdrucksformen von Tanz und Pantomime eignen sich besonders dazu, rhythmische Muster und dynamische Figuren zu exemplifizieren. Diese Eignung teilen sie mit den ebenfalls zeitlich strukturierten musikalischen Klang- und Tonfolgen, weshalb Tanz und Musik besonders häufig aufeinander treffen. Gegenüber Musikstücken besitzen sie aber den Vorteil, dass mit ihnen ein bewegtes Handlungsgeschehen unmittelbar visuell *darstellbar* ist, was mit Tönen und Klängen erheblich schwerer bewerkstelligt werden kann. Die meisten Musikstücke sind deshalb ungegenständlich.²²⁹ Choreografische und pantomimische Werke, Sprach-, Bild- und Musikwerke grenzen sich also untereinander nicht bloß nach den jeweils zum Einsatz kommenden formal beschreibbaren Ausdrucksmitteln ab, sondern danach, vor dem Hintergrund und auf der Grundlage welchen Kommunikationssystems sie geschaffen, verwendet und verstanden werden.

Die Grenzen sind aber offen. Musik beeinflusst das Sehen, ein Bild das Hören; beides hat Einfluss auf Tanzbewegungen und wird von diesen beeinflusst. Der Inhalt eines Sprach- oder Bildwerks kann vertont oder in einem Bewegungsablauf umgesetzt werden. Ein stati-

227 Vgl. Patzig, Sprache und Logik, 2. Aufl. 1981, S. 40 f.

228 BGH GRUR 2014, 65 Rn. 44 ff. – Beuys-Aktion; LG München I GRUR 1979, 852, 853 – Godspell; näher Murza, Ist das mein Tanz oder dein Tanz?, in Bullinger/Grunert/Ohst/Wöhrn (Hrsg.), Festschrift für Artur-Axel Wandke, 2013, S. 61, 63 ff.

229 Haberstumpf, Nichtgegenständliche Werke im Urheberrecht, Fn. 207, S. 3 ff.

sches Gemälde kann ein bewegtes Handlungsgeschehen darstellen, während ein Tanz- oder Musikstück Ruhe und Frieden ausdrückt. Der bedeutungserhaltende Transfer von Ausdrucksformen und Handlungsschemata in ein anderes Kommunikationssystem ist möglich. Er gestaltet sich allerdings nicht so leicht wie bei der Ersetzung von Worten durch Synonyma und Satzstrukturen durch bedeutungsgleiche innerhalb der derselben Sprache oder im Fall der Übersetzung in eine andere Sprache. Hier bewegen wir uns noch innerhalb eng verwandter Regelsysteme. Die Übertragung des geistigen Gehalts eines bestimmten Werkes in eine andere Werkgattung läuft dagegen nicht auf die bloße Erweiterung von Ausdrucksformen und Handlungsschemata auf neue Dinge oder Erscheinungen hinaus, sondern entspricht, um eine anschauliche Formulierung von *Goodman* aufzugreifen, eher einer „Expedition in fremde Länder“.²³⁰ Sie steht zwar unter der Leitung ihres gewohnheitsmäßigen Gebrauchs in der heimatlichen Sphäre, bedingt aber normalerweise eine neue Ordnung und Sortierung in der fremden. Die Gesten und Körperhaltung einer bunt gekleideten Person mögen tiefe Traurigkeit ausdrücken. Um dasselbe in einer Zeichnung zum Ausdruck zu bringen, ist es aber weder notwendig noch hinreichend, diese Person einfach nachzuzeichnen. Das entstehende Bild muss kein trauriges Bild und könnte z.B. eine humorvolle Karikatur dieser Person sein. Die tiefe Traurigkeit, die bestimmte Gesten und Körperbewegungen einer Person ausdrücken, lässt sich oft besser mittels anderer Ausdruckformen wiedergeben, beispielsweise in einem in düsteren Grautönen gehaltenen Landschaftsgemälde, obwohl streng genommen nur empfindende Wesen traurig sein können.²³¹ Um das Ergebnis einer Ausdruckshandlung in ein anderes Kommunikationssystem, in ein Werk einer anderen Werkgattung, erfolgreich zu transferieren, ist es daher erforderlich, sich der dort etablierten Gebrauchsweisen zu bedienen oder, wenn solche fehlen, neue Regeln einzuführen und verständlich zu machen, dass mit ihnen ein identischer oder ähnlicher Sinn zum Ausdruck kommt. In der Urheberrechtspraxis findet dieser Sachverhalt seinen Widerhall in dem allgemein akzeptierten Grundsatz, dass die Übertragung des schöpferischen geistigen Gehalts eines Werkes in eine andere Werkgattung typischerweise eine selbstständige Schöpfung hervorbringt, die als freie Benutzung des Ausgangswerkes i.S.v. § 24 UrhG zu beurteilen ist.²³²

VII. Populäre Irrtümer im Urheberrecht

Von der bewährten Übung, einen Beitrag mit einer wiederholenden Zusammenfassung der angestellten Überlegungen abzuschließen, wollen wir hier aus Platzgründen absehen und stattdessen sie mit einigen Aussagen konfrontieren, die sich im Urheberrecht zu mehr oder weniger unumstößlichen Dogmen verdichtet haben.

230 *Goodman*, Fn. 45, S. 76 ff.

231 *Goodman*, Fn. 45, S. 73 ff.

232 Z.B. *Haberstumpf*, in Fn. 114, § 24 Rn. 18; *Dreier/Schulze*, Fn. 182, § 24 Rn. 19; *Schricker/Loewenheim*, Fn. 77, § 24 Rn. 20.

1. Die Bereiche der Technik und des Urheberrechts schließen sich gegenseitig aus

Das im PatG und GebrMG kodifizierte Erfinderrecht regelt das technische, das UrhG das kulturelle kreative Schaffen.²³³

Richtig ist demgegenüber, dass das Urheberrecht sich auf die Gesamtheit unserer geistigen Erkenntnisbemühungen erstreckt, durch die wir versuchen, die Welt, uns selber, unsere Lebensäußerungen und -formen zu deuten, Ziele vor Augen zu führen, auf die wir uns hinbewegen können oder sollen, und Möglichkeiten aufzuzeigen, wie wir sie erreichen können. Technische und nichttechnische Handlungsanweisungen gehören zweifellos dazu, da sie als Gründe für unser menschliches Handeln von essenzieller Bedeutung sind (s.o. V 2). Die sprachliche oder visuelle Darstellung einer Problemlösung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 7 UrhG) ist urheberrechtlich geschützt, wenn sie schöpferisch ist, und gleichzeitig eine patentfähige Erfindung, wenn die materiellen Voraussetzungen der §§ 1 bis 5 PatG erfüllt sind.²³⁴ Die Reichweite des rechtlichen Schutzes ist aber jeweils eine andere. Der Schutz des Urheberrechts bezieht sich immer nur auf die Reproduktion der Lösungsdarstellung, nicht auf die Ergebnisse ihrer Ausführung, also nicht auf deren Funktion, während es im Fall einer Erfindung umgekehrt ist. Bei einem Computerprogramm, gleichgültig ob es eine technische Lösung formuliert oder nicht, liegt deshalb der Akzent des urheberrechtlichen Schutzes auf seiner sprachlichen Ausdrucksform, nicht aber auf seiner Funktionalität.²³⁵

2. Der urheberrechtliche Schutz bezieht sich nur auf die Form und nicht auf den Inhalt eines Werkes

Diese im älteren Schrifttum vertretene Auffassung²³⁶ ist nur teilweise überwunden. Es ist zwar allgemein anerkannt, dass jedenfalls im Grundsatz inhaltliche Elemente dem Urheberrechtsschutz zugänglich sind.²³⁷ In seiner aktuellen Rechtsprechung zu Schriftwerken hält der BGH jedoch an der Dichotomie von Inhalt und Form fest, indem er feststellt, dass der innovative Inhalt eines solchen Werkes nur ausnahmsweise geschützt sei, wenn er in einer auf der Phantasie des Schöpfers beruhenden Fabel Gestalt angenommen habe. Andere Schriftwerke seien lediglich in ihrer Form, insbesondere in ihren Formulierungen, d.h. in ihren Worten oder Wortfolgen geschützt.²³⁸

Richtig ist demgegenüber: Die von den konventionalen sprachlichen, bildlichen, musikalischen und tänzerischen Symbolsystemen bereitgestellten Einzel- und Kombinationsfor-

233 Z.B. *Rehbinder/Peukert*, Fn. 146, Rn. 101; *Schricker/Loewenheim/Ohly*, Fn. 77, Einl. Rn. 52.

234 Mit der Veröffentlichung der sprachlichen und bildlichen Wiedergabe einer schöpferischen Erfindung durch das Patentamt wird diese allerdings zu einem amtlichen Werk nach § 5 Abs. 2 UrhG.

235 Vgl. EuGH GRUR 2011, 220 Rn. 29 ff. – BSA /Kulturministerium; GRUR 2012, 814 Rn. 35 ff. – SAS Institute.

236 Vor allem *Kohler*, Fn. 6, S. 128 ff.; *de Boor*, Urheberrecht und Verlagsrecht, 1917, S. 72 ff.

237 Statt aller *Schricker/Loewenheim*, Fn. 77, § 2 Rn. 78 ff.

238 BGH GRUR 2011, 134 Rn. 36, 38 – Perlentaucher.

men lassen sich nicht von dem trennen, was sie inhaltlich bedeuten (s.o. III 1, VI 1 b, 2 b). *Sie sind gedeutete Formen oder, anders ausgedrückt, geformte Inhalte.* Dies gilt sowohl für Werke, die darstellenden Charakter haben, als auch für ungegenständliche Werke, die nichts darstellen und anscheinend nur vom reinen Spiel der Formen, Farben, Linien, Umrisse von Körpern, Tönen, Bewegungen geprägt sind. Für die Bestimmung des geistigen Gehalts einer Darstellung ist nicht nur maßgebend, auf welchen Gegenstand (Personen, fiktionale Figuren, Landschaften, Ereignisse, soziale Phänomene, Gedanken-, Vorstellungs-, Empfindungsinhalte usw.) Bezug genommen wird, sondern auch wie er beschrieben, erlebnismäßig geschildert, visuell oder akustisch anschaulich gemacht wird. Beides gehört zusammen. Beispielsweise stellen Gemälde oder Bilder von verschiedenen realen oder fiktionalen Personen Unterschiedliches dar, während umgekehrt dieselbe Person in unterschiedlicher Weise dargestellt werden kann.²³⁹ Auch in ungegenständlichen Werken, wie sie vor allem in der (reinen) Musik, in der modernen bildenden Kunst und im modernen Tanztheater anzutreffen sind, drückt der Urheber nicht bloß sinnleere Formen aus, sondern mit ihnen Inhalte von unbestimmten Gefühlen wie Trauer, Freude, Leidenschaft, von Haltungen wie Entschlossenheit oder sonstige allgemeine seelisch-geistige Inhalte wie Bewegtheit, Ruhe, Frieden usw. aus. Ein Künstler, der mit reinen Formen experimentiert, setzt sich zwar nicht mit bestimmten Gegenständen auseinander, thematisiert aber gerade die Mittel und Formen, von denen bei der Herstellung und Verwendung namentlich von Objekten der bildenden Künste und Musikstücken Gebrauch gemacht werden kann und die immer schon – auch in der traditionellen darstellenden Kunst und außerhalb künstlerischer Kontexte – eingesetzt werden, um bestimmte Effekte hervorzurufen und verschiedene Zwecke zu verfolgen. Indem er sich der Möglichkeiten und Grundlagen bildnerischen, akustischen oder tänzerischen Gestaltens bewusst wird, kann es ihm gelingen, neue Weisen farblichen und räumlichen Sehens oder akustischen Wahrnehmens und Erlebens in die menschliche Kommunikation einzuführen und damit ein schöpferisches Werk hervorzu bringen.²⁴⁰ Die Dichotomie zwischen geschützter Form und ungeschütztem Inhalt ist daher im Einklang mit Teilen der Literatur²⁴¹ generell aufzugeben. Warum sich die gegenteiligen Auffassungen bis heute so hartnäckig gehalten haben, dürfte darauf zurückzuführen sein, dass häufig der konkrete Inhalt eines Werkes mit den ihm zugrundeliegenden Ideen und Grundsätzen,²⁴² die vom Schutzmfang ausgenommen sind, und im Fall einer Darstellung mit dem dargestellten Gegenstand verwechselt wird.

239 Vgl. die unterschiedlichen Darstellungen der Comic-Figuren des Asterix und Obelix in der BGH-Entscheidung "Asterix-Persiflagen" (GRUR 1994, 191 ff.).

240 Näher *Haberstumpf*, Nichtgegenständliche Werke im Urheberrecht, Fn. 207, S. 3 ff.

241 *Ulmer*, Fn. 29, S. 120 ff.; *Rehbinder*, Urheberrecht, 10. Aufl. 1998, S. 29 f.

242 So explizit BGH GRUR 2011, 134 Rn. 36 – Perlentaucher.

3. Wissenschaftliche Erkenntnisse sind frei und dürfen von jedermann reproduziert und benutzt werden

Weder der schöpferische Gehalt des wissenschaftlichen oder technischen Inhalts²⁴³ noch dessen Gedankenführung und -formung²⁴⁴ können zur Schutzgewährung herangezogen werden. Aber auch die Form des dargestellten Inhalts bleibt schutzlos, soweit sie aus wissenschaftlichen Gründen notwendig und durch die Verwendung der auf dem fraglichen Gebiet gebräuchlichen Ausdrucksweise üblich ist.²⁴⁵

Richtig demgegenüber ist, dass es auch insoweit einen vom Inhalt losgelösten Schutz der Form, was man auch immer darunter verstehen mag, nicht geben kann, weil andernfalls Werke wissenschaftlichen oder technischen Inhalts entgegen der Konzeption des UrhG (§§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 7 UrhG) aus dem Kreis der geschützten Werke ausgeschlossen wären. Gerade die in einem wissenschaftlichen Werk vorgetragenen Gedanken, Theorien, Erkenntnisse, Schlussfolgerungen usw. machen den innovativen Wert einer solchen Arbeit aus. Sie geben nicht bloß Fakten wieder, sondern erklären und deuten sie (s.o. II 3). Auch sie sind Produkte des menschlichen Geistes und können schöpferisch sein. Richtig ist zwar, dass jedes inhaltliche Element im Interesse der wissenschaftlichen Auseinandersetzung und des wissenschaftlichen Fortschritts diskutierbar und angreifbar sein muss, was grundsätzlich auch bedeutet, schöpferische Inhalte fremder wissenschaftlicher Werke wortgleich, in indirekter Rede oder mit eigenen Worten in ein eigenständiges Werk übernehmen zu dürfen, wie wir es beispielsweise oben (III 1) bei der Darstellung der Lehre Fichtes – deren heutige Schutzfähigkeit unterstellt – getan haben. Gleichzeitig kann aber keines vom Urheberrechtsschutz ausgenommen werden. Es prallen zwei für sich genommen unverträgliche Prinzipien aufeinander. Jedes hat Gewicht und kann nicht gegeneinander ausgespielt werden. Man steht somit vor einer der für die Rechtsanwendung typischen Konfliktlagen, die in der üblichen Weise aufzulösen sind, nämlich mittels einer *Interessenabwägung*,²⁴⁶ die alle Umstände des Einzelfalles einzubeziehen hat. Dem Interesse eines Forschers, sich wortgleich mit Inhalten fremder wissenschaftlicher Werke auseinandersetzen zu können, kann zunächst durch die Regeln des § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 UrhG über das Zitatrecht entsprochen werden. Dem berechtigten Interesse, auf fremden Lehren, Erkenntnissen und Forschungsergebnissen aufzubauen zu können, dem durch das Zitatrecht nicht mehr entsprochen werden kann, indem sie weiterentwickelt, widerlegt oder durch neue Überlegungen bestätigt werden, dient die Zulässigkeit der freien Benutzung nach § 24 UrhG.²⁴⁷

243 BGH GRUR 1979, 464, 465 – Flughafenpläne; GRUR 1985, 1041, 1047 – Inkassoprogramm; GRUR 1993, 34, 36 – Bedienungsanweisung.

244 BGH GRUR 1985, 1041, 1047 – Inkassoprogramm.

245 BGH GRUR 1981, 352, 355 – Staatsexamensarbeit.

246 So auch Schricker/*Loewenheim*, Fn. 77, § 2 Rn. 85; *Obergfell*, in Fn. 114, § 2 UrhG Rn. 16, 25; *Götting*, in Loewenheim (Hrsg.), *Festschrift für Wilhelm Nordemann*, 2004, S. 7, 20 ff.

247 Näher *Haberstumpf*, Die Paradoxien des Werkbegriffs, ZGE 2012, 284, 313 ff.

4. Der private Werkgenuss gehört nicht zu den vom Urheberrechtsschutz umfassten Handlungen und Vorgängen²⁴⁸

Daran ist richtig, dass die – immer private – Verarbeitung eines geistigen Gehalts im Inneren einer Person und dessen Aufnahme in ihr Gedächtnis keine relevanten Nutzungshandlungen sind, gleichgültig, ob sie das Werk genießt oder nicht, an welchem Ort sie sich befindet oder ob sie zusammen mit anderen gerade eine Öffentlichkeit bildet. Dies ist eine Konsequenz davon, dass das Urheberrecht nur entäußerte Werke schützt (s.o. I 2, III 2). Das heißt aber nicht, dass vorausgehende Handlungen und Ereignisse, die die Aufnahme und Verarbeitung des Werkes durch Werkrezipienten ermöglichen, etwa der Druck eines Buches, die Anfertigung eines sonstigen Vervielfältigungsstücks, das Abspielen von Musik oder das Sichtbarmachen auf einem Bildschirm oder einer Leinwand, ebenfalls keine Relevanz hätten. Im Gegenteil beziehen sich die gesetzlichen Verwertungsrechte gerade auf solche Handlungen, unabhängig davon, ob sie sich innerhalb der Privatsphäre²⁴⁹ abspielen oder nicht. Dass viele dieser Handlungen das Urheberrecht nicht verletzen, beruht vielmehr auf einer Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers, der sie z.B. nach § 53 UrhG in bestimmten Fällen vom Vervielfältigungsrecht ausnimmt und stattdessen Vergütungspflichten nach §§ 54 ff. UrhG vorsieht. Dies ist die Idee des Stufenmodells zur mittelbaren Erfassung des Endnutzers.

5. Auf einem bestimmten Schaffensgebiet bestehende Regeln, Methoden, Techniken, Stilrichtungen oder Spielregeln lassen keine Gestaltungsspielräume für schöpferisches Gestalten oder schränken sie ein²⁵⁰

Richtig ist demgegenüber, dass das gesamte Werkschaffen sich im Rahmen regelgeleiteter Kommunikationssysteme vollzieht (s.o. VI 1 b, 2 b). Zu ihnen gehören nicht bloß Regeln, die die Bedeutung einzelner Zeichen und deren Kombinationen festlegen, sondern auch solche, die uns in die Lage versetzen, sie gleichförmig zu vielen verschiedenen Zwecken einzusetzen. In diesem Zusammenhang hat *Wittgenstein* die besondere Rolle von „Sprachspielen“²⁵¹ hervorgehoben, die wir täglich spielen. Auch mit einem Bild kann Verschiedenes gemacht werden, etwa jemandem mitteilen, wie etwas aussieht, wie etwas sein soll oder nicht sein soll, vor etwas warnen, etwas gebieten oder verbieten usw., sodass man in Anlehnung an *Wittgenstein* von „Bildspielen“ sprechen kann.²⁵² Solche Regeln, die *Searle* konsti-

248 BGH GRUR 1991, 449, 453 – Betriebssystem; GRUR 1994, 363, 364 f. – Holzhandelsprogramm; Wandtke/Bullinger/Heerma, Fn. 29, § 15 Rn. 10; a.A. Dreier/Schulze, Fn. 182, § 15 Rn. 20.

249 EuGH GRUR 2011, 909 Rn. 29 – Stichting/Opus; Schricker/Loewenheim/v.Ungern-Sternberg, Fn. 77, § 15 Rn. 190.

250 Vgl. EuGH GRUR 2012, 156 Rn. 98 – Football Association Premier League; Rehbinder/Peukert, Fn. 146, Rn. 202 ff.

251 *Wittgenstein*, Fn. 63, §§ 7 ff.

252 Scholz, Fn. 45, S. 157 ff.

tutive Regeln nennt,²⁵³ geben wie die Spielregeln für Fußball oder Schach an, welches Spiel gespielt wird, bestimmen aber nicht die Zahl der möglichen Spielzüge. Sie schaffen vielmehr erst die Möglichkeit, das jeweilige Spiel zu spielen und dabei auch neue Verhaltensformen in das Spiel einzuführen (s.o. VI 1 b, 2 b). Das gilt auch für Regeln zum technischen Handeln. Hat jemand z.B. die Idee, einen Gegenstand an einem anderen Gegenstand mittels eines besonders gestalteten Hammers und Nagels zu befestigen, dann ist er in der Gestaltung natürlich beschränkt, da Hammer und Nagel in etwa so aussehen müssen, wie Hämmer und Nägel üblicherweise aussehen; ansonsten wären sie kein Hammer und kein Nagel. Zur Lösung selbst dieser ganz einfachen Aufgabe hätte er aber eine unbegrenzte Vielzahl anderer Mittel wählen können, etwa die Gegenstände miteinander zu verschrauben, zu verkleben, zu verkeilen, Druckknöpfe oder ein Klettband zu verwenden usw. Beste-hende Regeln auf den Schaffensgebieten des Urheberrechts begrenzen nicht die Gestaltungsräume, sondern schaffen sie. Um eine Schöpfung hervorzu bringen, muss der Urheber allerdings diese Räume auch tatsächlich nutzen, indem er auf nicht vorgegebene Weise neue Regeln in das jeweils in Anspruch genommene Kommunikationssystem einführt²⁵⁴ und verständlich macht, dass seine Formgebung etwas für unsere menschliche Praxis Be-deutsames ausdrückt.

253 Searle, Fn. 191, S. 54 ff.

254 Näher Haberstumpf, in Erdmann/Rojahn/Sosnitza (Hrsg), Handbuch des Fachanwalts Gewerblicher Rechtsschutz, 3. Aufl. 2018, Kap 7 Rn. 67 ff.