Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil

GRUR Int

Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht

1/2001

In Gemeinschaft mit Rainer Jacobs und Peter Mes herausgegeben im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht von Gerhard Schricker

Seite 1 – 102
50. Jahrgang
Januar 2001

Aufsätze

*Wolfgang Straub**

Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts

I. Zur Aufgabe der Urheberrechtstheorie

In der Praxis stellt sich in letzter Zeit vermehrt die Frage, ob die traditionellen Grundsätze des Urheberrechts überhaupt noch als Maßstäbe für den Schutz neuer Werkarten wie Computerprogramme, Internetpräsentationen etc. geeignet sind.

Die Definition sachgerechter Voraussetzungen für rechtlichen Schutz geistiger Leistungen ist eine Kernaufgabe des Immaterialgüterrechts schlechthin[1]. Was urheberrechtlichen Schutz verdient, ist letztlich eine eminent politische Frage. Die Aufgabe der Urheberrechtsdogmatik besteht indessen darin, operable Kriterien zu erarbeiten, wie die gesetzgeberischen Grundwertungen möglichst rechtssicher und effizient umgesetzt werden können.

Die Elemente einer sachgerechten Urheberrechtstheorie müssen angesichts der langen Schutzdauern Flexibilität gegenüber neuen künstlerischen Ausdrucksformen und neuen Medien gewähren. Da die Entstehung von Urheberrechten in den Mitgliedstaaten des revidierten Berner Übereinkommens nicht von einer Registereintragung abhängig gemacht werden darf[2], müssen die Kriterien, welche über deren Bestand oder Nichtbestand entscheiden, zugleich ein hohes Maß an Rechtssicherheit bieten. Indessen können die Voraussetzungen der Entstehung von subjektiven absoluten Rechten nicht ohne Blick auf deren Inhalt festgelegt werden.

Das schweizerische Urheberrechtsgesetz versucht dieser schwierigen Aufgabenstellung gerecht zu werden, indem es den Schutz von drei Elementen abhängig macht: ‚*Werke sind unabhängig von ihrem Wert oder Zweck, geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben*[3]‘. Ein urheberrechtlich schützbares Werk muss also erstens in den (weit gefassten) Bereich der Literatur und Kunst fallen. Zweitens muss es eine geistige Schöpfung darstellen. Und drittens muss es individuellen Charakter haben[4]. Nachfolgend soll untersucht werden, inwieweit diese Kriterien tatsächlich geeignet sind, ihre Aufgabe zu erfüllen und wie sie im Hinblick auf moderne Werkformen konkretisiert werden können.

II. Literatur und Kunst als Medien der Kommunikation

Der schweizerische Gesetzgeber hat, anknüpfend an Art. 2 RBÜ, bewusst auf eine Definition von Literatur und Kunst verzichtet und statt dessen eine nicht abschliessende Aufzählung von Beispielen[5] und eine gesetzliche Fiktion vorgesehen[6].

---

* Dr., Rechtsanwalt in Bern.
Für wertvolle Hinweise und Anregungen danke ich insbesondere Herrn Fürsprecher Fridolin Walther, LL.M., Herrn Fürsprecher Dr. Stephan Beutler, LL.M. und Herrn Marcel Küchler, LL.M.

1) Auf den ersten Blick gesehen stecken immaterialgüterrechtliche Erlasse zunächst ihren *Anwendungsbereich* ab [z. B. Werke der Literatur und Kunst (Art. 2 Abs. 1 URG, gewerbliche Muster (Art. 1 MMG) oder gewerblich anwendbare Erfindungen (Art. 1 Abs. 1 PatG)]. Anschliessend wird anhand *qualitativer Kriterien* [z. B. Individualität (Art. 2 Abs. 1 URG), Nichtnaheliegen (vgl. Art. 1 Abs. 2 PatG) und Eigenart (vgl. Art. 2 des Entwurfes zum Designgesetz, BBl. 2000, S. 2784 ff.)] und *formeller Voraussetzungen* [z. B. Registereintrag (vgl. z. B. Art. 49 PatG, Art. 5 MMG, Art. 5 MSchG), Priorität (vgl. z. B. Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 7 ff. PatG) und Abwesenheit von Ausschlussgründen (vgl. z. B. Art. 2 PatG, Art. 2 f. MSchG)] definiert, welche Immaterialgüter rechtlichen Schutz geniessen sollen. Bei näherer Betrachtung zeigt sich allerdings, dass eine Unterscheidung in quantitative und qualitative – d. h. durch richterliche Wertentscheidung zu konkretisierende – Kriterien nicht ohne weiteres möglich ist. Vgl. etwa zu den qualitativen Elementen des Begriffs der ‚Literatur und Kunst‘ weiter hinten II. und zu den quantitativen Aspekten der Individualität IV.

2) Vgl. Art. 5 Abs. 2 RBÜ.

3) Art. 2 Abs. 1 URG.

4) Währenddem sich das Kriterium der Zugehörigkeit zu Literatur und Kunst weitgehend aus Art. 2 RBÜ ergibt, enthalten die nationalen Urheberrechtsgesetze unterschiedliche qualitative Schutzvoraussetzungen. Vgl. dazu die Übersicht über Schutzkriterien in Europa und den USA bei *Alain Strowel*, Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences, étude de droit comparé, Paris 1993, S. 398 ff.

5) Art. 2 Abs. 2 URG zählt insbesondere Sprachwerke, akustische und audiovisuelle Werke, choreografische Werke und Pantomimen, Werke der bildenden Kunst, der Baukunst und der angewandten Kunst sowie Werke mit wissenschaftlichem oder technischem Inhalt auf.

6) Art. 2 Abs. 3 URG: ‚Als Werke gelten auch Computerprogramme‘.

Verschiedene Autoren haben Zweifel geäußert, ob die Zugehörigkeit zur Literatur und Kunst überhaupt ein taugliches Kriterium zur Abgrenzung urheberrechtlichen Schutzes darstellt[7]. Tatsächlich wurde urheberrechtlicher Schutz in der Gerichtspraxis bisher kaum je wegen fehlender Zugehörigkeit zur Literatur und Kunst versagt.

Die in Art. 2 Abs. 2 URG aufgezählten Fallgruppen erscheinen zunächst relativ disparat. Sie umfassen nicht nur materialisierte Werke, sondern auch flüchtige Darbietungen und sie enthalten nicht nur Werke mit künstlerischer, sondern auch mit wissenschaftlicher, technischer und handwerklicher Ausrichtung. Versucht man trotzdem einen gemeinsamen Nenner zu finden, könnten – mit Ausnahme der Computerprogramme – alle als *Mittel der Kommunikation* verstanden werden[8]. Sie kommunizieren Inhalte in Formen, welche ästhetische Gestaltungsmöglichkeiten[9] bieten[10]. Dadurch können sie über eine allfällige rational erfassbare Botschaft hinaus emotional ansprechen. Ob das Werk von den Rezipienten als ästhetisch empfunden wird und sie emotional berührt oder nicht, darauf kann es unter urheberrechtlichen Gesichtspunkten hingegen nicht ankommen. Weil Art. 2 Abs. 1 URG den urheberrechtlichen Schutz vom Wert und Zweck des Werks unabhängig macht, wird implizit auch ein ästhetisches Werturteil ausgeschlossen.

Die in Art. 2 Abs. 3 URG erwähnten Computerprogramme unterscheiden sich in ihrem Wesen von den Werken der Literatur und Kunst[11]: Computerprogramme können – müssen aber nicht – Mittel der Kommunikation sein: Sinnliche Wahrnehmbarkeit ist eine Voraussetzung menschlicher Kommunikation. Der urheberrechtliche Schutz von Software umfasst indessen primär ihre für den Benutzer nicht sichtbare Programmstruktur[12]. Tatsächlich weicht auch der Inhalt ihres Schutzes in manchen Punkten von demjenigen sonstiger Werke ab[13].

Sieht man von den Computerprogrammen ab, ermöglicht das Kriterium der Kommunikation eine Abgrenzung gegenüber rein technischen Werken: Die Platine einer elektronischen Schaltung kann z. B. durchaus eigene ästhetische Reize haben, stellt aber im Gegensatz zum urheberrechtlich schützbaren Schaltplan, der den Fachleuten etwas mitteilen will, kein Kommunikationsmittel dar. Wird die Platine jedoch gerahmt und aufgehängt, so soll sie die Betrachter ansprechen und wird dadurch zum Kommunikationsinhalt.

Ist im Zweifel also aus den Umständen zu entscheiden, ob ein Werk der Literatur und Kunst vorliegt? Die von *Max Kummer* entwickelte *Präsentationstheorie*[14], wonach der Autor in Zweifelsfällen durch sein Verhalten zu erkennen geben muss, dass ein Werk der Kunst vorliegt, ist in der Lehre zu Recht auf Ablehnung gestoßen[15]. Vor allem die Interessen der Rechtssicherheit sprechen dafür, dass die kommunikative Botschaft sich im Werk selbst manifestieren muss. Da einem materialisierten Werk nicht unbedingt anzusehen ist, ob es zu einem bestimmten Zeitpunkt zu einem Kommunikationsinhalt gemacht wurde, genügt es nicht, dass es vom Autor in einen kommunikativen Zusammenhang gestellt wird (z. B. Aufhängen in einer Kunstausstellung).

Werke, welche eine physische Einheit bilden[16] (z. B. CD-ROM), enthalten oft sowohl Aspekte, welche dem Bereich der Literatur und Kunst zuzuordnen sind als auch solche, welche auf einer rein rationalen Ebene liegen und technischer oder wissenschaftlicher Natur sind[17]. Die Grenzziehung kann im Einzelfall insbesondere bei geisteswissenschaftlichen Werken[18] oder bei Werken der angewandten Kunst[19] äußerst schwierig sein und lässt sich jedenfalls nicht ohne weiteres anhand einer Abgrenzung zwischen Form und Inhalt vornehmen[20]. Die kommunikative Funktion von Werkelementen könnte hier einen wichtigen Anhaltspunkt geben.

---

7) Vgl. dazu *Roland von Büren*, SIWR II/1, S. 72 f., und *Denis Barrelet/Willi Egloff*, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bern 1994, N. 7 zu Art. 2 URG.

8) Kommunikation wird in diesem Zusammenhang weit verstanden als Vermittlung von Information. Auch Industriedesign und Architektur haben kommunikative Aspekte, was in Begriffen wie ‚Formensprache' oder ‚Architektursprache' zum Ausdruck kommt. Vgl. dazu bereits *Victor Hugo*, Notre Dame de Paris, Paris 1832, chapitre V/2: „. . .Ainsi, jusqu'à Gutenberg l'architecture est l'écriture principale, l'écriture universelle. . .'. Vgl. zum urheberrechtlichen Schutz von Architekturwerken BGE 125 III 328, 117 II 468, 100 II 167, 58 II 290 E. 3 und 56 II 413 E. 2.

9) Vgl. zur Bedeutung des Gestaltungsspielraums für die Individualität weiter hinten IV.

10) Entscheidend für die Zuordnung zur Literatur und Kunst ist, dass das Werk sinnlich wahrnehmbare (insbesondere optische, akustische oder sprachliche) Mittel verwendet, welche ästhetische Gestaltungsmöglichkeiten beinhalten. Bloße wissenschaftliche Daten fallen daher nicht unter den Begriff der Literatur und Kunst, eventuell aber ihre grafische Darstellung oder ihre sprachliche Umschreibung. Vgl. dazu auch den in SMI 1995, S. 101 ff., publizierten Bundesgerichtsentscheid vom 3. 6. 1994 (Laborergebnisse).

11) Der Gesetzgeber hat den wesensmäßigen Unterschied zwischen Computerprogrammen und Werken der Literatur und Kunst durch die Fiktion von Art. 2 Abs. 3 URG bereits gesetzessystematisch zum Ausdruck gebracht. Aus der Unterstellung der Computerprogramme unter den Urheberrechtsschutz können daher keine Rückschlüsse auf die anderen Werkarten – etwa in dem Sinn, dass auch andere rein technische Produkte unter den Begriff der Literatur und Kunst subsumiert werden könnten – gezogen werden. Hingegen gelten hinsichtlich der übrigen Schutzkriterien für Computerprogramme grundsätzlich die selben Voraussetzungen wie für die übrigen Werke.

12) Währenddem bei interaktiven (insbesondere multimedialen) Programmen der Kommunikationscharakter via Benutzeroberfläche durchaus vorhanden ist, können andere Programme (z. B. Programmbibliotheken, Treiber etc.) vom Benutzer überhaupt nicht wahrgenommen werden. Vgl. zu den verschiedenen Ebenen urheberrechtlichen Schutzes von Computerprogrammen weiter hinten IV.

13) Vgl. insbesondere Art. 10 Abs. 3 und Art. 13 Abs. 4 URG (Vermieten von Werkexemplaren), Art. 12 Abs. 2 URG (Erschöpfung), Art. 17 URG (Schaffung im Arbeitsverhältnis), Art. 19 Abs. 4 URG (Eigengebrauch), Art. 21 URG (Dekompilation), Art. 24 Abs. 2 URG (Sicherungskopie), Art. 29 Abs. 2, Art. 30 Abs. 1 und Art. 31 Abs. 2 URG (Schutzdauer). Da der Gesetzgeber auf eine spezialgesetzliche Regelung verzichtet hat, gelten im übrigen die Bestimmungen über den Inhalt des Urheberrechts für Computerprogramme zumindest sinngemäß.

14) *Max Kummer*, Das urheberrechtlich schützbare Werk, Bern 1968, S. 75 ff., und ders., Der Werkbegriff und das Urheberrecht als subjektives Privatrecht, in: 100 Jahre URG, Bern 1983, S. 123 ff., S 128.

15) Vgl. insbesondere *Manfred Rehbinder*, Schweizerisches Urheberrecht, 3. A., Bern 2000, S. 91, Rz. 76, *Elmar Heim*, Die statistische Einmaligkeit im Urheberrecht *de lege lata* und *de lege ferenda*, Diss. Fribourg 1971, S. 45, und für das deutsche Recht *Haimo Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Tübingen 1997, S 79 Rz. 156, und *Ulrich Loewenheim*, in: Urheberrecht, Kommentar, hrsg. von Gerhard Schricker, München 1999, N. 16 f. zu § 2 UrhG, mit zahlreichen weiteren Literaturhinweisen. Vgl. demgegenüber *Roland von Büren*, Gesetzliche Neuerungen im Bereich des Urheberrechts, ZSR 1993 (112) 1. Halbband, S. 193 ff., S. 197, *Mario M. Pedrazzini/Roland von Büren/Eugen Marbach*, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998, Rz. 186, und differenzierend *von Büren*, SIWR II/1, S. 73.

16) Hinsichtlich der Grenzen eines Werks können sich im Einzelfall schwierige Abgrenzungsfragen stellen. Umfasst z. B. eine Installation auch den von einem Dritten geschaffenen Museumsraum oder gehören vorinstallierte Programmbibliotheken zum Computerprogramm, welches sich auf sie bezieht? Vgl. zur Relevanz der Begrenzung von Werken allerdings weiter hinten V.

17) Vgl. dazu die Beispiele in Fn. 52.

18) Vgl. etwa BGE 120 IV 208 (Lizentiatsarbeit) und den in SMI 1996, S. 3 ff., publizierten Bundesgerichtsentscheid vom 26. 5. 1994 (Normverweisungen Schönenberger/Gauch).

19) Vgl. dazu etwa BGE 113 II 190 E I/2a (Le Corbusier), 110 IV 102 E. 1 (Harlekin) und 105 II 299 E. 3 (van Cleef & Arpels).

20) Inwieweit die urheberrechtlich schützbare Form gegenüber nicht schützbaren *Ideen* abgegrenzt werden kann und soll, ist in der

III. Das Kriterium der geistigen Schöpfung

Das Kriterium der ‚geistigen Schöpfung' soll das Werk vom Zufall, vom bloß Vorgefundenen und von der maschinellen Herstellung abgrenzen.

Urheberrechtliche ‚Schöpfung' führt zur Entstehung eines neuen Rechtsobjekts und setzt subjektive[21], nicht aber absolute Neuheit[22] voraus. Zufällige Parallelschöpfungen sind durchaus denkbar[23]. Die Schöpfung muss indessen geistiger Art sein[24]. Dies setzt einen[25] menschlichen Schöpfer[26] voraus. Sich etwas Vorgefundenes als *objet trouvé* zu Eigen zu machen ist alleine noch keine Schöpfung[27]. Hingegen kann eine Schöpfung durchaus in der Kombination von vorgefundenen Elementen (z. B. *ready made*) liegen.

Von Büren[28] weist zu Recht daraufhin, dass der Zufall oft eine wichtige Rolle bei der Werkentstehung spielt und dass kaum ein Schöpfer im voraus genau weiß, wie sein Werk ausfallen wird. Die Konzeption von Art. 2 Abs. 1 URG setzt zwar voraus, dass die im Werk manifestierte Individualität auf geistiger Schöpfung beruht und schließt damit den Rechtsschutz rein aleatorisch entstandener Werke aus[29]. An den Bewusstseinsgrad[30] und die willentliche Steuerung der Detailausführung sind indessen nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen.

Inwieweit ein Werk Resultat menschlicher Schöpfung ist, braucht ihm nicht notwendigerweise anzusehen sein. Obwohl die Interessen der Rechtssicherheit grundsätzlich dafür sprechen würden, die urheberrechtliche Schützbarkeit ausschliesslich anhand der im Werk manifestierten Eigenschaften zu bestimmen, hat der Gesetzgeber mit dem Merkmal der ‚geistigen Schöpfung' explizit ein auf den Urheber bezogenes Element ins URG übernommen.

Dieses Kriterium hat mit der Unterstellung der Computerprogramme unter das URG besondere Aktualität erhalten. Bei der Softwareentwicklung werden in großem Maßstab Entwicklungswerkzeuge (*tools*) eingesetzt, welche nach gewissen Vorgaben selbständig Programmteile implementieren können[31]. Das Beispiel der Softwareentwicklungswerkzeuge macht deutlich, dass Werke generell nur soweit geistige Schöpfungen eines Autors sind, wie dieser sie durch seine Vorgaben bestimmt[32].

IV. Individualität und statistische Einmaligkeit

Allein das Vorhandensein einer geistigen Schöpfung der Literatur und Kunst rechtfertigt urheberrechtlichen Schutz noch nicht. Praktisch alle Rechtsordnungen verwenden zusätzliche Abgrenzungskriterien[33], um einen Ausgleich zwischen den Interessen der Schöpfer am Schutz ihrer Werke und der Allgemeinheit an der Freihaltung bestimmter Formen zu finden. Es wird etwa darauf abgestellt, ob die fraglichen Werke auf der Anstrengung des Schöpfers beru-

Schweiz schon seit BGE 19, S. 943 ff., kontrovers. Vgl. dazu grundlegend *Ivan Cherpillod*, L'objet du droit d'auteur, étude critique de la distinction entre forme et idée, thèse Lausanne 1985, S. 59 ff. und 171 ff. Vgl. auch *Kamen Troller*, Manuel du droit suisse des biens immatériels, Band I, 2. A., Basel/Frankfurt a. M. 1996, S. 244 f., und *François Dessemontet*, Le droit d'auteur, Lausanne 1999, S. 98 ff., sowie *Botschaft*, BBl. 1989 III, S. 523, wonach etwa die einem Computerprogramm zugrunde liegenden Lösungsprinzipien nicht urheberrechtlich schützbar sind. Vgl. rechtsvergleichend *Strowel* (Fn. 4), S. 413 ff.

Nach der hier vertretenen Ansicht sind Ideen nur – aber immerhin – soweit urheberrechtlich schutzfähig wie sie im Werk selbst manifestiert sind. Der in eine bestimmte Form gegossene Inhalt (z. B. Handlung eines Theaterstücks, Motiv eines Gemäldes) kann über eine rational erfassbare Botschaft hinausgehen. Oft werden Ideen auch durch Metastrukturen kommuniziert (z. B. Struktur eines Computerprogramms, Sinn eines Rebus-Rätsels). Zwischen der Analyse der Metastrukturen und der eigentlichen Interpretation des Werks stellen sich allerdings heikle Abgrenzungsfragen. Der urheberrechtliche Schutz kann sich nicht auf alle möglichen inhaltlichen Interpretationen eines Werks erstrecken. Indessen setzt die Beantwortung der Frage, was im Werk enthalten ist, bis zu einem gewissen Grad eine Auslegung voraus.

21) Die blosse Wiederholung eines früheren Werks durch den selben Künstler lässt keine neuen Urheberrechte entstehen, weil es an einem schöpferischen Akt fehlt. Ob Werkvariationen zu neuen Urheberrechten führen, ist aufgrund deren Individualität zu prüfen.

22) Vgl. demgegenüber die objektivierte Definition der Neuheit in Art. 7 ff. PatG.

23) Vgl. zur Individualität von Parallelschöpfungen allerdings weiter hinten IV.

24) Die französische Fassung von Art. 2 URG spricht in Analogie zu Art. L 112–4 des französischen CPI von *oeuvre d'esprit*.

25) Nach Art. 6 URG kommen juristische Personen nicht als Schöpfer in Betracht, wohl aber Gruppen von Mitschöpfern. Vgl. zu den Verwendungsbefugnissen an Computerprogrammen immerhin Art. 17 URG.

26) Z. B. kann eine von einem Schimpansen hergestellte Zeichnung schon deshalb nicht zur Entstehung eines Urheberrechts führen, weil Tiere zumindest *de lege lata* nicht Inhaber von subjektiven Rechten sein können. Auch der Künstler, welcher dem Schimpansen die Malutensilien in die Hand gibt, wird dadurch nicht zum Schöpfer.

27) Z. B. fällt *John Cages* legendäres Klavierstück 4'33", das vom Pianisten verlangt, 4 Minuten 33 Sekunden stumm vor dem Klavier zu sitzen, so dass die ‚Musik' durch die Zufallsgeräusche des Konzertsaales entsteht, nicht unter den Begriff der geistigen Schöpfung. Vgl. dazu *Max Kummer*, Die Entgrenzung der Kunst und das Urheberrecht, in: Homo creator, Festschrift für Alois Troller, Basel/Stuttgart 1976, S. 89 ff., S. 106.

28) *Von Büren*, SIWR II/1, S. 65.

29) *Jackson Pollock* hat die Urheberrechtler mit seinem *action painting* möglicherweise über Gebühr beschäftigt. Eine Anordnung von Farbtropfen, welche aus freischwingenden Farbdosen auf eine Leinwand fallen, dürfte stets statistisch einmalig sein. Währenddem die Auswahl der dazu verwendeten Farben vom Künstler bewusst getroffen wird, lässt sich die Position der einzelnen Farbkleckse hingegen nur in beschränktem Maß steuern. Da das Urheberrecht nur Werke schützt, bleibt jedenfalls die Verwendung der aleatorischen Methode selbst frei.

30) Vgl. dazu auch BGE 116 II 351 (Medium). Auch *Arnulf Rainers* LSD-Bilder sind geistige Schöpfungen. Ein unbelichtetes Filmstück wird aber beispielsweise nicht dadurch urheberrechtlich schützbar, dass es sich unabhängig vom Willen des Fotografen wegen eines Materialfehlers bizarr verfärbt.

31) In der Programmierpraxis erfüllen Entwicklungswerkzeuge unterschiedlichste Funktionen. Gewisse *tools* liefern als Programmgeneratoren fixe Sourcecodezeilen, andere müssen als *runtime version* ins Programm eingebunden werden und wirken während des Programmablaufs quasi interaktiv. Vgl. dazu auch *Neff/Arn*, SIWR II/2, S. 157 ff., und *Dessemontet*, droit d'auteur (Fn. 20), S. 91.

32) Sind mit Entwicklungstools geschaffene Programmteile allenfalls Schöpfungen des Werkzeugherstellers? Eine mittelbare Schöpfung kommt in Betracht soweit das Werk nicht Ergebnis mitwirkenden Zufalls oder der Vorgaben des Endprogrammierers ist. Falls im Endresultat erkennbar, kann es allenfalls auch einen gestalterischen Entscheid darstellen, ein bestimmtes Werkzeug für eine bestimmte Aufgabe einzusetzen. Vgl. dazu weiter hinten IV.2.

33) Solche zusätzlichen Abgrenzungskriterien können in einem Gesetz verankert sein oder durch die Rechtsprechung entwickelt worden sein. Vgl. dazu die rechtsvergleichenden Untersuchungen von *Alain Strowel* (Fn. 4), S. 392 ff., und *Jean-Sylvestre Bergé*, La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, essai d'une analyse conflictuelle, Paris 1996, S. 22 ff., und *André R. Bertrand*, Le droit d'auteur et les droits voisins, 2. A., Paris 1999, S. 143 ff. Art. 2 Abs. 1 des schweizerischen URG erwähnt den individuellen Charakter des Werks ausdrücklich als Schutzvoraussetzung. Für die USA bestimmt 17 U.S.C. § 102 (a): ‚Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship. . .' Ein ‚work of authorship' setzt ‚originality' voraus. Art. L 112-4 des französischen CPI äußert sich nur hinsichtlich des Werktitels explizit zur Originalität: ‚Le titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même'.

hen[34], Ausdruck seiner Persönlichkeit sind[35] oder ob sie eine besondere schöpferische Leistung[36] oder einen besonderen ästhetischen Wert[37] beinhalten.

Alle über einen bloßen Leistungsschutz[38] hinausgehenden Konzeptionen bringen indessen schwierige Wertungsentscheidungen mit sich. Moderne Kunstformen wie abstrakte Kunst, *conceptual art* etc., aber auch die Unterstellung von Computerprogrammen unter das Urheberrecht stellen die Richter vor immer schwierigere Ermessensfragen und führen zu Rechtsunsicherheit, wo es an justiziablen Maßstäben fehlt.

Max Kummer hat versucht, die traditionellen, auf richterlichen Werturteilen beruhenden Kriterien zu überwinden, indem er vorschlug, nur ‚statistisch einmalige' Werke zu schützen. Nach diesem Ansatz muss geprüft werden, ob ein gleiches Werk bereits existiert oder ob zumindest eine erhebliche Wahrscheinlichkeit besteht, dass jemand ein solches unabhängig schaffen könnte[39]. Nur wenn beide Fragen zu verneinen sind, soll urheberrechtlicher Schutz eingreifen.

Obwohl Kummers Ansatz zuerst international intensiv diskutiert worden ist, blieb sein Einfluss auf Lehre und Praxis letztlich gering. Auf internationaler Ebene wird er – soweit überhaupt noch in Betracht gezogen – ganz überwiegend abgelehnt[40]. Tatsächlich ist eine Übertragung der Konzeption der ‚statistischen Einmaligkeit' auf Rechtsordnungen, welche von der persönliche Prägung des Werks durch den Urheber ausgehen[41], mit besonderen Schwierigkeiten verbunden. Immerhin ist die statistische Einmaligkeit ein Indiz dafür, dass die Persönlichkeit des Schöpfers im Werk zum Ausdruck kommt: Werke, die voraussichtlich kein anderer Mensch in gleicher Weise schaffen könnte, beruhen in der Regel auf der Persönlichkeitsstruktur der Schöpfers.

Kann im schweizerischen Recht Individualität im Sinn von Art. 2 URG mit statistischer Einmaligkeit gleichgesetzt werden? Die Botschaft zum URG geht zwar implizit von der statistischen Einmaligkeit aus[42]. Der Gesetzgeber überlässt es aber letztlich der Praxis, den Begriff der Individualität sinnvoll zu konkretisieren.

Obwohl von der Literatur ursprünglich mit großem Interesse aufgenommen, hat sich das Kriterium der statistischen Einmaligkeit auch in der schweizerischen Rechtspraxis nicht durchgesetzt[43]. In die Bundesgerichtspraxis ist es bisher jedenfalls kaum eingeflossen[44]. Die in der Schweiz wohl herrschende Lehre verneint seit dem Inkrafttreten des neuen URG zwar das Erfordernis der persönlichen Prägung[45] und verschiedene Autoren verweisen bei der Auslegung des Begriffs der Individualität auf Kummer[46]. Wie das Konzept der statistischen Einmaligkeit praktisch umgesetzt werden kann, wurde bisher jedoch kaum diskutiert. Nachfolgend soll daher untersucht werden, ob und wie das Kriterium des statistischen Einmaligkeit konkretisiert werden könnte, um die Individualität eines Werkes im Sinn von Art. 2 URG zu bestimmen.

Vorweg ist festzuhalten, dass statistische Einmaligkeit ihrem Wesen nach nie absolut ist[47]. Wenn jener Fall ein-

34) Vgl. zur Entwicklung der angloamerikanischen *sweat of the brow-doctrine* in England und den USA *Strowel* (Fn. 4), S. 443 ff. und 461 ff., und *Bergé* (Fn. 33), S. 22 f. Der U. S. Supreme Court hat sich von diesem Ansatz in der Entscheidung Feist Publications Inc. vs. Rural Tel. Service Co., 499 U.S. 340 (1991), allerdings distanziert. Der am Aufwand orientierte Ansatz klingt teilweise auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts an, wenn es auf einen geistigen Mindestaufwand abstellt. Vgl. z. B. BGE 100 II 167 E. 7. Es betont jedoch stets, dass bloß handwerkliche Leistungen nicht geschützt seien. Siehe dazu die Nachweise in Fn. 36.

35) Vgl. zum Merkmal der persönlichen Prägung im schweizeri-

36) Vgl. BGE 113 II 190 E. I/2a (Le Corbusier), 110 IV 102 E. 1 (Harlekin) und 106 II 71 E. 2a (Handpuppen), wonach ‚bloß handwerkliche Leistungen' keinen Urheberrechtsschutz verdienen und 105 II 297 E. 3a (van Cleef & Arpels): „. . . l'œuvre doit (. . .) porter la marque de l'activité créatrice et de la personnalité de l'auteur.' Vgl. dazu zustimmend *Kamen Troller* (Fn. 20), Band I, S. 255, ablehnend *Dessemontet*, droit d'auteur (Fn. 20), S. 127.
In eine ähnliche Richtung geht die deutsche Konzeption der Gestaltungshöhe. Vgl. dazu *Nordemann/Vinck/Hertin* (Fn. 35), N. 14 zu § 2 UrhG, *Loewenheim* (Fn. 15), N. 32 ff. zu § 2 UrhG, sowie kritisch *Schack* (Fn. 15), S. 78 Rz. 154. Vgl. zum Kriterium der besonderen intellektuellen Anstrengung im französischen Urheberrecht *Strowel* (Fn. 4), S. 401 ff.

37) Nach der deutschen ‚Theorie des ästhetischen Überschusses' liegt ein urheberrechtlich schützbares Werk erst vor, wenn der ästhetische Gehalt über das Übliche hinausgeht. Vgl. dazu *Nordemann/Vinck/Hertin* (Fn. 35), N. 13 zu § 2 UrhG.

38) Ein reiner urheberrechtlicher Leistungsschutz wird allerdings auch im angloamerikanischen Bereich wohl heute nicht mehr vertreten (vgl. dazu Fn. 34).

39) Vgl. dazu *Kummer*, Werk (Fn. 14), S. 30 ff., 47 ff. und 80.

40) In Deutschland wird die Konzeption der statistischen Einmaligkeit heute allgemein abgelehnt. Vgl. *Loewenheim* (Fn. 15), N. 31 zu § 2 UrhG, und *Schack* (Fn. 15), S. 82 Rz. 162.

41) Vgl. dazu Fn. 35.

42) *Botschaft*, S. 521: „. . . Der individuelle Charakter, diejenigen Merkmale also, die eine Schöpfung von anderen bestehenden oder möglichen Schöpfungen abheben, sind ausschließlich im Werk selbst zu suchen. . .'.

43) Abgelehnt etwa in einem Entscheid der I. Zivilkammer des Zürcher Obergerichts vom 18. 1. 1979 (Werbebrief), ZR 78/1979, Nr. 80, angewendet hingegen im Entscheid der selben Kammer vom 30. 6. 1983 (E.I/1), SMI 1985, S. 221.

44) Die Bundesgerichtspraxis ist von einem Methodenpluralismus bei der Konkretisierung der Voraussetzungen urheberrechtlichen Schutzes geprägt. In BGE 110 IV 102 E. 2 (Harlekin) wird zwar festgehalten: ‚Im Geiste des Urhebers entstandene Schöpfungen, die zwar von ihm nicht Bekanntem entnommen sind, die aber dem Bekannten so nah sind, dass auch ein anderer die gleiche Form schaffen könnte, ermangeln der Originalität und der Individualität. . .'. In diesem Entscheid wird implizit Kummers Methode angewendet aber zugleich auf die persönliche Prägung abgestellt. In BGE 113 II 190 E. I/2a (Le Corbusier) definiert das Bundesgericht die Voraussetzungen urheberrechtlichen Schutzes wie folgt: ‚Unter den Begriff des geschützten Werkes im Sinne von Art. 1 (aURG) fallen konkrete Darstellungen, die nicht bloß Gemeingut enthalten, sondern insgesamt als Ergebnis geistigen Schaffens von individuellem Gepräge oder als Ausdruck einer neuen originellen Idee zu werten sind. Individualität oder Originalität gelten denn auch als Wesensmerkmale des urheberrechtlich geschützten Werkes. Am eindrücklichsten sind diese Schutzvoraussetzungen erfüllt, wenn das Werk den Stempel der Persönlichkeit seines Urhebers trägt, unverkennbar charakteristische Züge aufweist und sich von Darstellungen der gleichen Werksgattung deutlich unterscheidet. . .'. In BGE 125 III 328 E. 4b wird weiterhin festgehalten: „. . .Le droit d'auteur protège l'expression concrète de l'oeuvre, qui ne contient pas uniquement des éléments relevant du domaine public mais qui dans son ensemble apparaît comme le résultat d'une création intellectuelle à caractère personnel ou l'expression d'une nouvelle idée originale. L'individualité ou l'originalité caractérisent l'oeuvre protégée en droit d'auteur. . .'

45) Vgl. *Botschaft* S. 521, *Roland von Büren*, SIWR II/1, S. 69 und ders., ZSR (Fn. 15), S. 197, *Dessemontet*, droit d'auteur (Fn. 20), S. 109, *Manfred Rehbinder* (Fn. 15), S. 91, Rz. 76, und *Ursula Widmer*, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, ZSR 1993, 1. Halbband, S. 247 ff., S. 252. Vgl. demgegenüber allerdings *Barrelet/Egloff* (Fn. 7), N. 8 zu Art. 2 URG und *Denis Barrelet*, Droit de la communication, Bern 1998, S. 501, Rz. 1713. Auch das Bundesgericht hält mit BGE 125 III 328 (E. 4b) offenbar weiterhin am Kriterium der persönlichen Prägung fest.

46) Vgl. *von Büren*, SIWR II/1, S. 69, *Pedrazzini/von Büren/Marbach* (Fn. 15), Rz. 182, ablehnend, *Dessemontet*, droit d'auteur (Fn. 20), S. 113 ff., und wohl auch *Barrelet/Egloff* (Fn. 7), N. 8 zu Art. 2 URG, differenzierend, *Cherpillod*, L'objet du droit d'auteur (Fn. 20), S. 134 f. Vgl. noch zum alten URG: *Alois Troller*, Die Bedeutung der statistischen Einmaligkeit im urheberrechtlichen Denken, in: Recht und Wirtschaft heute, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, S. 265 ff., *Wolfgang Larese*, Urheberrecht in einem sich wandelnden Kulturbetrieb, eine vergleichende Untersuchung der Urheberrechtsordnungen Frankreichs und der Schweiz, Bern 1979, S. 105, und *Balz Hösli*, das urheberrechtlich schützbare Rechtssubjekt, Bern 1987, zugl. Diss. Zürich 1986, S. 47 ff.

47) Der Begriff der ‚statistischen Einmaligkeit' ist insofern irreführend, als sich die Einmaligkeit eines Werks nicht statistisch erfassen

tritt, den man als vernachlässigbar unwahrscheinlich betrachtet hatte oder wenn sich die *ex-ante*-Würdigung als unzutreffend erweist, weil sich z. B. die Maßstäbe für die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit verändert haben[48], kann es durchaus zu unabhängigen Parallelschöpfungen kommen. Weder die Präexistenz noch eine spätere unabhängige Parallelschöpfung eines identischen Werks führen unmittelbar zur Verneinung der statistischen Einmaligkeit. Sie bilden indessen kaum widerlegbare Indizien gegen ihr konkretes Vorliegen.

1. Die Definition der Aufgabenstellung

Bei der Abschätzung der Wahrscheinlichkeit einer Parallelschöpfung, fragt sich zunächst, wie die Aufgabenstellung definiert werden muss, von welcher der hypothetische Parallelschöpfer ausgeht. Wenn die Aufgabe etwa lautet, ein Bild zu malen, wäre es beispielsweise sehr unwahrscheinlich, dass aus einer beliebigen Anzahl von Testpersonen jemand zufällig das aus drei monochromen Farbstreifen bestehende Bild ‚no. 61, rust & blue' (1953) von *Mark Rothko* wiederholen würde. Wenn die Aufgabe hingegen lautet, ein abstraktes Bild aus drei Farbstreifen zu malen, könnte ein zumindest sehr ähnliches Ergebnis durchaus erreicht werden.

Urheberrechtlich relevante Werke können stets als Antwort auf eine bestimmte Problemstellung bzw. ein bestimmtes Grundbedürfnis aufgefasst werden (z. B. Herstellung eines Dekorationsobjekts, Konstruktion eines Sitzmöbels[49], Entwicklung eines Computerprogramms zur Adressverwaltung). Diese Problemstellungen bilden sozusagen den Rahmen, innerhalb dessen sich die Kreativität des Schöpfers entfalten kann.

Die jedem Werk zugrunde liegende Problemstellung wird oft durch Detailvorgaben einschränkt, welche entweder technisch bedingt sind (z. B. Design eines Telefons mit Hörer, Mikrofon und Zehnerwahlblock) oder selbst auf schöpferischen Entscheidungen beruhen (z. B. Vorgaben des Auftraggebers zum Inhalt einer Werbekampagne, Themen einer Wettbewerbsausschreibung, Pflichtenhefte für die Erstellung eines Computerprogramms). Diese enthalten über die eigentliche Aufgabenstellung hinaus unter Umständen bereits Elemente des noch zu schaffenden Werks, welche bei genügender Individualität eigenständigen urheberrechtlichen Schutz genießen können.

Manchmal ist der Rahmen der technischen Vorgaben so eng, dass für eigene Kreativität kaum mehr Raum bleibt. *Kummer*[50] hat in diesem Zusammenhang mit dem Kriterium der *Zweckfreiheit* für einige Verwirrung gesorgt[51]. Das Postulat der Zweckfreiheit verlangt indessen nur, dass die Aufgabenstellung genügend Kreativitätsspielraum für das Erreichen einer statistisch einmaligen Lösung zulässt. In der Regel sind eigentliche Kunstwerke weitgehend zweckfrei (in diesem Sinn ist der Ausdruck ‚*l'art pour l'art*' treffend), währenddem bei Werken der Wissenschaft und der angewandten Kunst (technische Zeichnungen, Geschäftsbriefe, Computerprogramme etc.) der Spielraum für kreative Gestaltungsentscheidungen stärker durch einen Zweck eingeschränkt ist[52].

Nach der Bundesgerichtspraxis und der wohl herrschenden Lehre sind an den Grad der Individualität geringere Anforderungen zu stellen, wo der Gestaltungsspielraum klein ist[53]. Wenn die Individualität im Sinn der statistischen Einmaligkeit interpretiert wird, ist eine Senkung der Anforderungen bei geringem Gestaltungsspielraum allerdings sachlich kaum zu rechtfertigen. Es besteht dann kein Grund, die in Deutschland entwickelte Rechtsfigur der ‚kleinen Münze'[54] auf das schweizerische URG zu übertragen: Ist eine Aufgabenstellung ausnahmsweise so eng, dass die Schwelle der Individualität nicht erreicht werden kann, besteht an den wenigen möglichen Lösungen in der Regel ein Freihaltebedürfnis. Meistens lassen jedoch auch durch viele technische Vorgaben geprägte Aufgabenstellungen statistisch einmalige Lösungen zu[55]. Das schweizerische URG bietet auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Grenze der Individualität bei verschiedenen Werkkategorien unterschiedlich hoch anzusetzen wäre[56].

2. Für die Beurteilung relevante Gestaltungselemente

Beim Vergleich des existierenden Werks mit hypothetischen Parallelwerken fragt sich, anhand welcher Elemente die statistische Einmaligkeit zu beurteilen ist.

Nach dem Prinzip der Digitalisierung könnten zweidimensionale Werke (Bilder, Fotografien etc.) als eine Kombination von Bildpunkten verstanden werden. Ebenso können Töne und Texte in digitale Information verwandelt und miteinander verglichen werden. Bereits bei einer Auflösung von 10×10 Bildpunkten oder bei 50 Buchstaben wäre das zufällige Wiedererreichen der selben Kombination statistisch gesehen praktisch ausgeschlossen. Eine solch formale Analyse ist indessen kaum aussagekräftig, da die menschlichen Gewohnheiten durchaus dazu führen können, dass zwei Personen unabhängig voneinander fünfzig Buchstaben zu einem identischen Satz aneinanderreihen (z. B. ‚Veuillez agréer, Monsieur, Madame, l'expres-

---

lässt. Bestenfalls kann die Wahrscheinlichkeit der zufälligen Wiederholung abgeschätzt werden. Es handelt sich also nicht um einen mathematischen, sondern um einen juristischen Terminus. Im Grunde genommen geht es um die *Unwahrscheinlichkeit einer hypothetischen Parallelschöpfung*. Da dafür der von *Kummer* verwendete Begriff der ‚statistischen Einmaligkeit' inzwischen allgemein gebräuchlich geworden ist, wird er jedoch auch hier verwendet.

48) Vgl. zum für die Beurteilung maßgebenden Zeitpunkt weiter hinten IV.6.

49) Vgl. dazu Fn. 67.

50) *Kummer*, Werk (Fn. 14), S. 70 ff.

51) Vgl. dazu etwa *Heinz Zollinger*, Urheberrechtlicher Markenschutz, SJZ 17/1979, S. 282 ff., sowie den Entscheid des Berner Obergerichts vom 7. 3. 1979 (JPS), SMI 1980, S. 83 ff. Zweckfreiheit setzt nicht voraus, dass das Werk gar keinem Zweck dient, sondern nur, dass der Zweck noch genügend Spielraum für die Schaffung eines individuellen Werkes lässt. Vgl. dazu *Kummer*, Werk (Fn. 14), S. 73, sowie *Roland von Büren*, Überschneidungen zwischen Markenschutz und Urheberrecht, in: Mélanges Joseph Voyame, herausgegeben von François Dessemontet, Lausanne 1989, S. 21 ff., S. 25.

52) Vgl. dazu etwa die Sachverhalte von BGE 20, S. 1040 (Fahrplan), 25 II 966 (Mathematikschulbuch), 70 II 57 (‚Habla-Notenschriftsystem'), BGE 64 II 162 (‚Maag-Tabellen' zur Berechnung von Zahnradformen), der Bundesgerichtsentscheide vom 3. 6. 1994 (Laborergebnisse), SMI 1995, S. 101 ff., vom 26. 5. 1994 (Normverweisungen in Gesetzesausgabe), SMI 1996, S. 3 ff., und der Entscheide des Obergerichts Luzern vom 20. 11. 1997 (Kontenrahmen KMU), SIC 1998, S. 178 ff., des Kantonsgerichtspräsidenten Schwyz vom 13. 12. 1996 (Luftdrucktabellen für Autoreifen), SIC 1997, S. 143 ff., und der II. Strafkammer des Obergerichts Zürich vom 1. 9. 1992 (Eurotax-Lacktabelle), SMI 1993, S. 331.

53) Vgl. dazu BGE 125 III 328 E. 4b und 113 II 190 E. I/2a (Le Corbusier) mit zahlreichen Hinweisen sowie *von Büren*, SIWR II/1, S. 71, *Barrelet/Egloff* (Fn. 7), N. 8 zu Art. 2 URG, *Kamen Troller* (Fn. 20), Band I, S. 256, wohl anderer Meinung hingegen *Dessemontet*, droit d'auteur (Fn. 20), S. 129 ff.

54) Vgl. dazu *Nordemann/Vinck/Hertin* (Fn. 35), N. 20 zu § 2 UrhG, und *Loewenheim* (Fn. 15), N. 38 ff. zu § 2 UrhG.

55) Wenn z. B. das Design einer Steckdose hinsichtlich Material, Form und Abmessungen durch technische Normen eingeschränkt ist, wäre statistische Einmaligkeit durch den Einbezug weiterer Gestaltungselemente wie Oberflächendekor, Strukturen etc. theoretisch immer noch möglich. An den wenigen möglichen Grundformen besteht hingegen meist ein Freihaltebedürfnis.

56) Vgl. dazu auch *Dessemontet*, Droit d'auteur (Fn. 20), S. 129 ff. In Deutschland werden demgegenüber je nach Werkkategorie unterschiedlich hohe Schutzgrenzen angenommen. Vgl. dazu *Nordemann/Vinck/Hertin* (Fn. 35), N. 14 zu § 2 UrhG, *Loewenheim* (Fn. 15), N. 32 ff. zu § 2 UrhG, sowie kritisch *Schack* (Fn. 15), S. 78 Rz. 154.

sion de mes sentiments bien dévoués' am Schluss eines Briefes). Die statistische Einmaligkeit muss also anhand von anderen Elementen überprüft werden.

Die Entstehung eines Werks kann in der Regel in zahlreiche Einzelschritte unterteilt werden, welche jeweils in einer gestalterischen Entscheidung münden: Wer etwa den Eiffelturm fotografieren möchte, muss einen Aufnahmestandpunkt wählen und entscheiden, mit welcher Brennweite, welcher Belichtung, welchem Filmmaterial, welcher Distanzeinstellung etc. und in welchem Moment die Aufnahme gemacht werden soll. Eine bestimmte Kombination aller dieser Elemente dürfte ohne weiteres statistisch einmalig sein. Für den Urheberrechtler wäre es verlokkend, einfach die Anzahl dieser gestalterischen Entscheidungen und der jeweiligen Möglichkeiten mit einander zu multiplizieren[57]. Eine solche Betrachtungsweise greift jedoch ebenfalls zu kurz, denn die gestalterischen Entscheidungen des Schöpfers werden erst dann urheberrechtlich relevant, wenn sie zu einem Werk führen: Im obigen Beispiel ist es eine Fotografie, deren Aussehen sich möglicherweise kaum von tausenden anderer Fotografien unterscheidet, welche von anderen Fotografen mit anderen Apparaten zu anderen Zeitpunkten gemacht wurden. Für die Beurteilung der Individualität des Werks sind nur solche gestalterischen Entscheidungen zu berücksichtigen, welche im Werk selbst wahrnehmbar sind. Es ist mit anderen Worten nicht danach zu fragen, von welchem Punkt aus oder mit welcher Blende fotografiert wurde, sondern wie das Motiv wiedergegeben wird und welche Gestaltungsmittel im Bild zum Ausdruck kommen[58]. Auf welchem technischen Weg das Resultat erreicht wurde, ist urheberrechtlich grundsätzlich ohne Bedeutung. Das Kriterium der Individualität bezieht sich somit ausschliesslich auf das Werk selbst und ist daher im Gegensatz zu demjenigen der geistigen Schöpfung[59] völlig unabhängig von der Person des Autors.

Wie muss aber die Größe der Gestaltungselemente bestimmt werden, anhand derer das Werk mit realen und hypothetischen Alternativwerken verglichen werden soll? Liegen z. B. die gestalterischen Entscheidungen eines Schriftstellers auf der Ebene der einzelnen Buchstaben, so wäre praktisch jede Zeile statistisch einmalig. Sind es hingegen ganze Gedankengänge, ist auch ein langer Text vielleicht noch nicht einmalig. Wann eine gestalterische Entscheidung vorliegt, muss danach beurteilt werden, in welchen Dimensionen die Autoren entsprechender Werke denken. Jedes Medium hat hier seine eigenen Strukturen. Für Sprachwerke dürften gestalterische Entscheidungen oft auf der Ebene von Satzteilen erfolgen, können eventuell aber auch in der Größenordnung einzelner (insbesondere origineller) Worte oder aber ganzer Passagen (z. B. Grußformeln) liegen. Für Computerprogramme kommen als Maßstab insbesondere Programmzeilen, Standardsequenzen oder *function points*[60] in Betracht. Daneben werden gestalterische Entscheidungen auch auf der Ebene der Metastrukturen getroffen. Bei Computerprogrammen können z. B. sowohl Sequenzen einzelner Befehle als auch der strukturelle Aufbau des Programms[61], die Gestaltung der Benutzeroberfläche[62] oder die Kombination der Funktionalitäten[63] statistisch einmalig sein.

3. Naheliegen bestimmter Gestaltungen

Einige Antworten auf bestimmte Gestaltungsfragen sind für die Urheber naheliegend, andere weniger. Auch technische Gegebenheiten beeinflussen die Wahrscheinlichkeit des Erreichens bestimmter Ergebnisse. Werden ungewöhnliche Antworten gewählt, ist statistische Einmaligkeit bereits mit wenigen gestalterischen Entscheidungen erreicht, währenddem es bei naheliegenden Entscheidungsergebnissen einer längeren Kette bedarf[64].

Die in der Schweiz wohl herrschende Lehre verneint die Entstehung von Individualität durch die bloße Aneinanderreihung banaler Elemente[65]. Mit der Unterstellung von Computerprogrammen unter das URG hat diese Frage besondere Aktualität erhalten: Ein bestimmtes Ziel kann in der Informatik in der Regel auf unterschiedlichen, mehr oder weniger originellen Wegen erreicht werden. Größere Programme bestehen weitgehend aus der Aneinanderreihung von Befehlssequenzen, welche für sich alleine gesehen meist banal sind, ab einer gewissen Länge jedoch statistische Einmaligkeit erreichen[66]. Macht man mit der Kon-

57) Z. B. 16 mögliche Blendenstufen × 10 Belichtungszeiten × 10 Distanzen × 50 Filmarten × 10 Brennweiten = Wiederholungswahrscheinlichkeit 1: 800.000. Bereits Zoomobjektive, stufenlose Kameraverschlüsse, Aufnahmezeitpunkt und Standort stellen solche Berechnungen vor Probleme. Zudem wäre fraglich, ob der Fotograf gestalterische Entscheidungen trifft, wenn er die Kameraautomatik einsetzt.

58) *Kummers* Ansatz der statistischen Einmaligkeit eignet sich entgegen seiner eigenen Ansicht auch zur Beurteilung der urheberrechtlichen Schützbarkeit von Fotografien. Vgl. *Kummer*, Werk (Fn. 14), S. 207. Das Bundesgericht hat sich bereits in BGE 8, S. 762, mit der Frage des urheberrechtlichen Schutzes von Fotografien zu befasst, ihn allerdings unter dem damaligen Staatsvertragsrecht verneint. Art. 2 Abs. 2 lit. g URG zählt Fotografien als urheberrechtlich schützbare Werke nun jedenfalls explizit auf. Vgl. dazu auch *Thomas Ackermann/Ueli Buri*, Der Fotografenvertrag als Konsumentengeschäft, recht 1998, S. 144 ff., S. 152 f., und *Gitti Hug* in: Copyright and photographs, an international survey, hrsg. von Ysolde Gendreau/Axel Nordemann/Rainer Oesch, London/Den Haag/Boston 1999, S. 259 ff. Vor allem das Zürcher Obergericht hat sich bereits wiederholt mit der urheberrechtlichen Schützbarkeit von Fotografien beschäftigt. Vgl. dazu etwa die Entscheide der II. Zivilkammer (urheberrechtlicher Schutz von Röntgenbildern verneint), ZR 85/1986, Nr. 57, E. 7c, der I. Zivilkammer vom 30. 6. 1983 (statistische Einmaligkeit eines Bildausschnitts verneint), SMI 1985, S. 221, und den Entscheid vom 2. 3. 1972 (urheberrechtlicher Schutz einer Fotografie dreier Schlagersänger auf Bundeshausterrasse verneint), SJZ 68/1972, S. 308 ff.

59) Vgl. dazu weiter vorne III.

60) Vgl. dazu *Robert Hürten*, Transparenz in Streitfällen durch ‚Software Metrik' CR 1999, S. 596 ff.

61) Vgl. zum Schutz der Programmstruktur insbesondere *Botschaft*, BBl. S. 523, sowie *Neff/Arn*, SIWR II/1, S. 141. *Kamen Troller* (Fn. 20), Band II, S. 313 f., sieht in der Originalität der Struktur grundsätzlich nur ein Indiz für die Individualität des Programms. Vgl. zum Spannungsverhältnis zwischen Struktur und Idee aber auch *Dessemontet* (Fn. 20), Rz. 141 ff., sowie weiter vorne Fn. 20.

62) Vgl. zum Schutz der Benutzeroberfläche bzw. ihrer Teile *Neff/Arn*, SIWR II/2, S. 150 f.

63) Vgl. dazu *Ursula Widmer* (Fn. 45), S. 253. Immerhin ergeben sich die Funktionalitäten eines Programms meist aus dessen Aufgabenstellung. Vgl. dazu weiter vorne IV.1.

64) Rationale Auswahlkriterien erhöhen die Wahrscheinlichkeit einer Wiederholung. Vgl. dazu *Kummer*, Werk (Fn. 14), S. 46. Empirische Untersuchungen vor dem Eiffelturm würden zeigen, dass die meisten Fotografen Belichtungs- und Distanzeinstellung der Kameraautomatik überlassen, das Objekt formatfüllend mit einer Standardbrennweite auf Kleinbildfilm bannen und daher innerhalb einer bestimmten Bandbreite von Standpunkten bleiben. Daneben gibt es einige Fotografien des Eiffelturms, welche weitere Gestaltungsmittel wie ungewöhnliche Perspektiven mit einbeziehen, so dass ein zufälliges Wiedererreichen des selben Bildresultats praktisch als ausgeschlossen erscheint.

65) In diesem Zusammenhang wird etwa das Beispiel eines Geschäftsbriefes angeführt, welcher nur aus üblichen Floskeln besteht, ab einer gewissen Länge aber statistische Einmaligkeit erreicht, da die Wahrscheinlichkeit des zufälligen Wiederholens der gleichen Kombination exponentiell abnimmt. Vgl. den Entscheid der I. Zivilkammer des Obergerichts Zürich vom 18. 1. 1979, ZR 78/1979, Nr. 80 (allerdings relativiert in den Entscheiden derselben Kammer vom 30. 6. 1983, SMI 1985, S. 221 und vom 20. 5. 1986, SMI 1987, S. 79), sowie *Kamen Troller* (Fn. 20), Band I, S. 256, und *von Büren*, SIWR II/1, S. 70.

66) Allerdings hat die praktische Bedeutung des urheberrechtlichen Schutzes von Computerprogrammen durch die weltweite Öffnung des Patentrechts für Softwareerfindungen abgenommen. Art. 52 Abs. 2 lit. c EPÜ schliesst die Patentierung von Programmen

zeption der statistischen Einmaligkeit ernst, kann es auf den Wert des Werks nicht ankommen, hingegen beeinflusst die Banalität der Elemente oder ihrer Kombination die Wahrscheinlichkeit der zufälligen Wiederholung.

Gerade großen Gestaltern ist es immer wieder gelungen, durch die Beschränkung auf ein absolutes Minimum von Elementen ‚Klassiker' zu schaffen. *Marcel Breuers* Stahlrohrstühle oder *Hans Hilfikers* Bahnhofsuhr wirken auch nach Jahrzehnten noch modern, weil sie keine Linie zuviel enthalten[67]. Die Ausrichtung auf ästhetisch als besonders ansprechend empfundene Proportionen erhöht indessen die Wahrscheinlichkeit, dass Dritte in einem entsprechenden kulturellen Umfeld zu einem identischen Ergebnis kommen könnten[68]. Damit das Kriterium der statistischen Einmaligkeit zuverlässige Aussagen über die Wahrscheinlichkeit einer identischen Parallelschöpfung erlaubt, sollten daher auch die Gewohnheiten der betreffenden Schöpfergruppe[69] – welche ihrerseits gewissen Moden unterworfen sind – mit einbezogen werden.

4. Die Grenze zwischen Wahrscheinlichkeit und Unwahrscheinlichkeit

Die statistische Einmaligkeit eines Werks lässt sich um so klarer beurteilen, je mehr Gestaltungselemente es aufweist. Beruht ein Werk oder ein strittiger Werkteil nur auf ganz wenigen gestalterischen Entscheidungen, ist für den Richter hingegen nur schwer abzuschätzen, ob diese auch von hypothetischen Dritten hätten gewählt werden können[70]. Die Wahrscheinlichkeit des zufälligen Erreichens der gleichen Kombination nimmt bei Erhöhung der Anzahl der zu vergleichenden Gestaltungselemente exponentiell ab und übersteigt schon bald die Grenzen des menschlichen Vorstellungsvermögens. Ab 20 Elementen gehen die Kombinationsmöglichkeiten bei jeweils zwei Alternativen bereits in die Millionen. Bei 100 Elementen hätte die gleiche Kombination selbst dann vermutlich nie erreicht werden können, wenn sämtliche je existierenden Menschen während ihres ganzen Lebens ausschließlich damit beschäftigt gewesen wären, danach zu suchen. . .[71].

Kummer[72] wollte indessen zurecht eine rein zahlenmässige Definition der statistischen Einmaligkeit vermeiden. Sie würde nur zu einer Scheingenauigkeit führen, da jede Berechnung der statistischen Wahrscheinlichkeit von Parallelschöpfungen auf nur beschränkt objektivierbaren Annahmen hinsichtlich der für das Werk relevanten Gestaltungselemente beruht. In den meisten Fällen dürfte nach dieser Methode trotzdem abgeschätzt werden können, ob ein zufälliges Wiedererreichen durchaus vorstellbar oder jenseits des menschlichen Vorstellungsvermögens liegt. Während z. B. *Kasimir Malewitschs* legendäres ‚schwarzes Quadrat' nur auf wenigen gestalterischen Entscheidungen (insbesondere Quadratform, Grösse, Monochromie, Farbton und Material) beruht, ist die Wahrscheinlichkeit, zufällig die ‚Mona Lisa' zu malen, praktisch gleich null.

5. Individualität und Schutzumfang

In welchem Verhältnis stehen die Individualität eines Werks und dessen Schutzumfang zueinander? Der Schöpfer eines urheberrechtlich geschützten Werks hat Abwehransprüche gegenüber Werken Dritter, in welchen der individuelle Charakter des Erstwerks erkennbar bleibt[73]. Es fragt sich somit, wann der individuelle Charakter eines Werks in einem späteren Werk erkennbar ist. Wenn die Individualität nach der Konzeption der statistischen Einmaligkeit beurteilt wird, muss geprüft werden, ob das spätere Werk statistisch einmalige Charakteristika des Erstwerks[74] aufnimmt[75]. Im Ergebnis darf von einem Werk umso weniger übernommen werden, je individueller es ist[76]. Ein Zweitschöpfer darf mit anderen Worten Elemente des Erstwerks unter Vorbehalt der freien Benutzung nur soweit übernehmen als diese insgesamt noch nicht statistisch einmalig sind[77]. Beispielsweise darf jeder-

---

für Datenverarbeitungsanlagen zwar grundsätzlich aus, *technische Softwareerfindungen* können jedoch patentiert werden. Vgl. dazu grundlegend den in ABl. EPA 1999, S. 609 ff. publizierten Entscheid T 1173/97 sowie den Überblick über die bisherige Praxis des EPA bei *Margarete Singer/Dieter Stauder*, Europäisches Patentübereinkommen, Kommentar, 2. A., Köln/Berlin/Bonn/München 2000, N. 36 ff. zu Art. 52 EPÜ. Die Praxis des IGE lehnt sich an diejenige des EPA an. Vgl. dazu *Peter Heinrich*, Kommentar zum Schweizerischen Patentgesetz und den entsprechenden Bestimmungen des Europäischen Patentübereinkommens, Zürich 1998, Rz. 1.17 ff., und Ziff. 223.4 der Richtlinien des IGE für die Sachprüfung der Patentgesuche. Für das grafische Layout von Programmoberflächen kommt auch eine Hinterlegung als Muster in Betracht. Zudem kann das direkte Kopieren von Programmen, welche die Schwelle urheberrechtlicher Individualität noch nicht erreichen, gegen Art. 5 lit. c UWG verstoßen.

67) Vgl. zum Schutz funktionalistischer Sitzmöbel BGE 113 II 190 (Le Corbusier), und die Entscheidungen des deutschen BGH vom 27. 2. 1961, GRUR 1961, S. 635 ff., und vom 27. 5. 1981, GRUR 1981, S. 820 ff. (Mart Stam) sowie den Entscheid des OLG Köln vom 17. 2. 1989 (Mart Stam), GRUR 1990, S. 356 f. Illustrativ ist auch der Entscheid des Aargauer Obergerichts vom 18. 12. 1987 (Sportpiktogramme Otl Aicher), SMI 1988, S. 128 ff.

68) Aus der Tatsache, dass die ästhetische Qualität durch Designpreise oder Ausstellung in Kunstmuseen gewürdigt wurde, kann vielleicht auf den kommunikativen Wert des Produkts, nicht aber auf dessen Individualität geschlossen werden. Vgl. demgegenüber den Entscheid des Obergerichts Luzern vom 24. 6. 1998, SIC 1998, S. 567 ff. (Bo Hansen), wo es um den Schutz der funktionalistischen Digitaluhr ‚Watch Fleming' ging.

69) Es kommt noch darauf an, ob eine Entscheidung für den Urheber selbst auf der Hand liegt. Daher sollte ähnlich wie im Haftpflichtrecht bei der objektivierten Beurteilung der Fahrlässigkeit ein Vergleich zum Verhalten idealtypischer Urheber entsprechender Werke gezogen werden. Wie detailliert diese Zielgruppe zu definieren ist, lässt sich allerdings kaum generell-abstrakt bestimmen.

70) Solche Probleme stellen sich insbesondere hinsichtlich des selbständigen Schutzes von Werktiteln, welche nur in Ausnahmefällen die Grenze der urheberrechtlichen Individualität erreichen. Vgl. dazu etwa BGE 77 II 377 (Mickey Mouse) E. 3c und BGE 64 II 111 (Zeitschriftentitel) E. 1.

71) Vgl. dazu auch den Sachverhalt des Bundesgerichtsentscheides vom 26. 5. 1994, SMI 1996, S. 3 ff.: Die ZGB/OR-Ausgabe von *Schönenberger/Gauch* enthält eine Vielzahl von Hinweisen auf weitere Gesetzesnormen. Einige davon sind ohne weiteres naheliegend, andere beruhen auf subjektiver Auslese der Autoren. Letztere erreichen ab einer gewissen Anzahl zusammen statistische Einmaligkeit, so dass ihre integrale Übernahme urheberrechtlich unzulässig wird.

72) *Kummer*, Werk (Fn. 14), S. 45.

73) Vgl. Art. 3 Abs. 1 und 4 und Art. 9 Abs. 1 URG.

74) Ausnahmsweise wirken mehrere Autoren so zu einem Gesamtwerk zusammen, dass ihre Beiträge die Schwelle der Individualität einzeln zwar noch nicht erreichen, in ihrer Gesamtheit jedoch individuell sind. In solchen Fällen kann sowohl gemeinsame Urheberschaft oder Urheberschutz nur für den Bearbeiter vorliegen. Gemeinsame Urheberschaft kommt insbesondere bei Erarbeitung eines Gesamtwerks in einem Team in Betracht. Vgl. dazu *Eugen Marbach*, Rechtsgemeinschaften im Immaterialgüterrecht, Bern 1987, S. 66 ff. Bei sukzessiver Werkentstehung ist dem Vollender über seinen eigenen Anteil an der Herstellung des Gesamtwerks hinaus die Auswahl des Erstbeitrags zuzuordnen (z. B. Variation einer Melodie, nicht naheliegender Einbau einer alleine nicht schutzfähigen Sequenz von Befehlen in ein Computerprogramm).

75) Demgegenüber macht das MMG die Abwehransprüche im Ergebnis von der Verwechselbarkeit abhängig. Vgl. Art. 24 Ziff. 1 MMG und Art. 8 des Entwurfs zum Designgesetz (BBl. 2000, S. 2784 ff.). Auch das MSchG baut auf dem Konzept der Verwechselbarkeit auf, schützt aber nicht nur die Interessen des Markeninhabers, sondern auch diejenigen des Publikums vor Fehlzuordnung von Leistungen.

76) Größere Werke enthalten so viele Gestaltungselemente, dass auch einzelne Werkteile bereits statistische Einmaligkeit erreichen können. Z. B. dürfte jede einzelne Abfolge von 100 Takten innerhalb *Igor Strawinskys* ‚Le sacre du printemps' einmalig sein.

77) Illustrativ ist in diesem Zusammenhang der Entscheid der cour de justice de Genève vom 19. 11. 1993, SMI 1994, S. 185, wo es um die Übernahme von 458 Fotografien aus einem Architekturbuch ging.

mann ein aus drei monochromen Farbstreifen bestehendes Bild malen, obwohl damit sehr schnell die Assoziation zu den Gemälden *Mark Rothkos* geweckt wird: Sein Stil ist nicht geschützt[78], hingegen dürfte z. B. die identische Übernahme von Farbtöne und Bildaufteilung seines Gemäldes ‚no. 61, rust & blue' selbst dann unzulässig sein, wenn nicht die gleiche Pinselstruktur erzielt wird.

Die urheberrechtlichen Abwehransprüche werden indessen relativiert durch das Prinzip der *freien Benützung*, wonach schutzfähige Elemente eines bestehenden Werkes ausnahmsweise frei übernommen werden können, wenn ihre Bedeutung angesichts der Individualität des neuen Werks als völlig untergeordnet erscheint[79]. In solchen Fällen ist im Ergebnis eine Abwägung zwischen den Interessen beider Schöpfer vorzunehmen.

6. Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Individualität

Was zum Zeitpunkt der Werkschöpfung als statistisch einmalig zu qualifizieren war, kann sich später als mehr oder weniger banal erweisen, weil die relevanten Gestaltungselemente spätere Zeitströmungen antizipiert oder gar geprägt haben. Der strukturelle Aufbau zunächst neuartiger Computerprogramme kann z. B. durch ähnliche – nicht notwendigerweise urheberrechtsverletzende – Lösungen im Lauf der Zeit naheliegend werden. Die statistische Einmaligkeit muss daher auch in zeitlicher Hinsicht definiert werden.

Soll die innovative Erstleistung honoriert werden, muss für die Rechtsentstehung auf den Zeitpunkt der Werkschöpfung abgestellt werden[80]. Angesichts der langen Schutzdauern des Urheberrechts sollte für die Bestimmung des Schutzumfangs eines Werks hingegen auf den Beurteilungszeitpunkt abgestellt werden. Auf diese Weise lässt sich auch dem Interesse an Weiterentwicklung angemessen Rechnung tragen.

V. Kongruenz der Kriterien

Wie bereits eingangs erwähnt, besteht urheberrechtlicher Schutz nur soweit ein Werk kumulativ allen drei Kriterien von Art. 2 URG entspricht, d. h. zur ‚Literatur und Kunst' bzw. zu den Computerprogrammen zählt, als geistige Schöpfung entstanden ist und individuellen Charakter hat. Werke, für welche urheberrechtlicher Schutz beansprucht wird, entsprechen diesen Kriterien indessen oft nur partiell: Die meisten Werke enthalten – wie auch immer die Individualität definiert wird – individuelle und für sich alleine betrachtet nicht individuelle Passagen. Einige sind teilweise durch menschliche Schöpfung, teilweise durch Zufall entstanden[81]. Zudem können Werke sowohl Aspekte enthalten, welcher der Literatur und Kunst zuzuordnen sind als auch solche, welche in den Bereich der Technik, der Wissenschaft etc. fallen[82], und urheberrechtlich schutzfähige Computerprogramme sind eventuell mit Hardwarekomponenten zu einem einheitlichen Ganzen verknüpft (z. B. *firmware*). Urheberrechtlicher Schutz besteht nur soweit diese Elemente kongruent sind. Solange die zentralsten urheberrechtlichen Befugnisse – d. h. die Abwehransprüche gegenüber Dritten – auf diesen Kongruenzbereich beschränkt sind, bleiben die schwierigen Abgrenzungsfragen, wo ein Werk beginnt und wo es endet, in der Praxis weitgehend bedeutungslos.

VI. Ergebnisse

Urheberrechtlicher Schutz besteht nach dem Konzept des schweizerischen URG soweit die drei gesetzlichen Voraussetzungen (Zugehörigkeit zur ‚Literatur und Kunst oder den Computerprogrammen, geistige Schöpfung und Individualität) kongruent erfüllt sind. Werke der ‚Literatur und Kunst' charakterisieren sich nach der hier vorgeschlagenen Auslegung dadurch, dass sie Inhalte in Formen kommunizieren, welche ästhetische Gestaltungsmöglichkeiten bieten, wobei sich der Kommunikationscharakter aus dem Werk selbst ergeben muss. Auf den ästhetischen Wert des konkreten Werks kommt es hingegen nicht an.

Das Kriterium der Individualität ist innerhalb der Trias der Schutzvoraussetzungen von besonderer praktischer Bedeutung. Die Notwendigkeit, urheberrechtlichen Schutz mangels justiziabler Vergleichsmaßstäbe von ästhetischen und persönlichkeitsbezogenen Wertungen loszulösen, führte *Max Kummer* bereits 1968 zum zukunftsweisenden Konzept der ‚statistischen Einmaligkeit', wonach Individualität vorliegt, soweit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann, dass ein identisches Werk von hypothetischen Dritten hätte geschaffen werden können. Um dieses theoretische Konzept für die Praxis brauchbar zu konkretisieren, sind Werke auf ihre Gestaltungselemente zu analysieren und es ist zu prüfen, wie naheliegend die gestalterischen Entscheidungen und ihre Kombination für die betreffende Schöpfergruppe jeweils waren. Obwohl diese Annahmen im Einzelnen nur beschränkt objektivierbar sind, lässt sich anhand ihrer Gesamtheit doch meist klar abschätzen, ob eine zufällige Parallelschöpfung wahrscheinlich wäre. Da das konkretisierte Konzept der ‚statistischen Einmaligkeit' eine gegenüber anderen qualitativen Kriterien rechtssicherere Beurteilung erlaubt, könnte es über das schweizerische Recht hinaus Anhaltspunkte für die Schutzwürdigkeit von Werken liefern.

[A 666]

Damit wurden nicht nur die Rechte der Fotografen, sondern auch diejenigen des Herausgebers tangiert. Vgl. dazu explizit auch Art. 4 Abs. 2 URG.

78) Um den Stil geht es auch, wenn durch die Übernahme von für sich alleine noch nicht individuellen Gestaltungselementen aus verschiedenen Werken Assoziationen zu einem bestimmten Autor oder einer Künstlergruppe geweckt werden. Die Nichtschützbarkeit des Stils entspricht der ganz herrschenden Lehre. Vgl. dazu *von Büren*, SIWR II/1, S. 68, mit weiteren Hinweisen sowie auch BGE 85 II 120 (Sherlock Holmes). Illustrativ ist auch der Entscheid der cour de justice de Genève vom 4. 6. 1993 (Softwatch Salvador Dal), SMI 1994, S. 193 ff.

79) Vgl. dazu *Cherpillod*, objet du droit d'auteur (Fn. 20), S. 145 ff., und ders., SIWR II/1, S. 277 ff., *Barrelet/Egloff*, N. 12 zu Art. 11 URG, und *Kamen Troller* (Fn. 20), Band I, S. 259, ablehnend hingegen *Dessemontet*, droit d'auteur (Fn. 20), Rz. 400 ff. Der Grundsatz der freien Benutzung wurde in BGE 125 III 328 E. 4c unter dem neuen URG bestätigt. Vgl. noch unter dem alten Recht BGE 85 II 120 (Sherlock Holmes) E. 8.

80) Vgl. dazu auch den Entscheid des OLG Köln vom 17. 2. 1989 (Mart Stam), GRUR 1990, S. 356 f., sowie *von Büren*, SIWR II/1, S. 69.

81) Vgl. dazu weiter vorne III.

82) Vgl. dazu etwa BGE 120 IV 208 (Lizentiatsarbeit), den Bundesgerichtsentscheid vom 26. 5. 1994 (Normverweisungen Schönenberger/Gauch), SMI 1996, S. 3 ff., und den Entscheid des Einzelrichters Horgen vom 4. 2. 1988 (Computerhandbuch).