

Der Siegeszug der “kleinen Münze”?

Die Europäisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs und das Schicksal der Gestaltungshöhe

Dipl. Jur. Marius Mesenbrink und Dipl. Jur. Joris Wendorf, MLE

Die Autoren sind Wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Immaterialgüterrecht, insbesondere Patent- und Markenrecht von Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M. (Cambridge) an der Leibniz Universität Hannover..

Das Urheberrecht zeichnet sich durch eine Vielzahl verschiedener Rechtsquellen aus, was einerseits eine besonders reizvolle Dynamik mit sich bringt, andererseits jedoch zumindest anfänglich auch den Zugang erschweren kann: Neben dem nationalen Recht, vorwiegend dem UrhG, sind die wichtigsten Rechtsquellen des Urheberrechts im Völker- und mit zunehmender Tendenz im Unionsrecht zu verorten.¹ Die einschlägigen europäischen Rechtsakte sehen jedoch keine expliziten Regelungen vor, mit denen konkrete Schutzvoraussetzungen des urheberrechtlichen Werkbegriffs als „Tor zum Urheberrecht“² für alle Werkarten vorgegeben werden und auch das Völkerrecht bietet keine einheitlichen Schutzkriterien.³

Nachdem der Werkbegriff auch durch die Rechtsprechung des EuGH zunächst unberührt blieb,⁴ begann dieser spätestens im Jahre 2009⁵ den ursprünglich nationalstaatlich geprägten Werkbegriff rechtsfortbildend zu harmonisieren.⁶ Dieser Prozess hat zehn Jahre später im Jahr 2019 mit gleich mehreren Entscheidungen seinen einstweiligen Höhepunkt gefunden: Der EuGH vertritt (nunmehr) einen einheitlichen europäischen Werkbegriff für grundsätzlich alle Werkarten.⁷ Vor dem Hintergrund der Harmonisierungstendenzen des EuGH wird bzw. wurde vorgebracht, dass das deutsche Urheberrecht zwei verschiedene Werkbegriffe mit unterschiedlichen Schutzvoraussetzungen

kenne: Dies ist einerseits die „klassische“ persönlich geistige Schöpfung (§ 2 Abs. 2 UrhG) und andererseits die unionsrechtlich geprägte eigene geistige Schöpfung.⁸

Mit Blick auf die jüngste Rechtsprechungsentwicklung wird daher folgend zunächst der europäische Werkbegriff nachgezeichnet, bevor auf dessen Bedeutung für den (deutsch-)nationalstaatlichen Werkbegriff eingegangen und gezeigt wird, dass diese sich fortlaufend annähern und die tradierten deutschen Anforderungen mit denen des europäischen Werkbegriffs inhaltlich in weiten Teilen miteinander vereinbar sind.⁹

A. Der europäische Werkbegriff

Den ersten Anknüpfungspunkt für die Herausbildung des europäischen Werkbegriffs bietet das europäische Sekundärrecht. Darauf aufbauend werden kurz Kompetenzfragen des EuGH für dessen (Fort-)Entwicklung betrachtet, bevor eine kurze Herleitung sowie Erklärung der Voraussetzungen des europäischen Werkbegriffes unter Konturierung des Schutzgegenstandes erfolgt.

I. Anknüpfungspunkte im europäischen Sekundärrecht für eine europäische Harmonisierung

Trotz des Fehlens konkreter Bestimmungen für die Schutzvoraussetzungen ist eine Definition des Werks für bestimm-

¹ Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 9. Aufl. 2019, Rn. 2; s. a. Reinbothe, Die Rolle der Europäischen Union in den internationalen Abkommen zum Schutz des Urheberrechts, in: Calliess, Herausforderungen an Staat und Verfassung – Völkerrecht – Europarecht – Menschenrechte – Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag, 2015, 304 zur Stellung und dem Wirken der EU im „internationale[n] Urheberrecht“ (304).

² Erdmann, Die Relativität des Werkbegriffs, in: Erdmann et al., Festschrift für Michael Loschelder zum 65. Geburtstag, 2010, 61 (61).

³ S. dazu die Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ) zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst: Nicht Schutzvoraussetzung darf sein: Die Staatsbürgerschaft (Art. 5 Abs. 1) oder Förmlichkeiten (Art. 5 Abs. 2). Zumindest bei Sammlungen muss es sich um geistige Schöpfungen handeln (Art. 2 Abs. 5); bindend in der EU auch in Ermangelung des Beitritts zur RBÜ nach Art. 1 Abs. 4 WIPO-Urheberrechtsvertrag (EuGH, Urt. v. 09.02.2012, Rs. C-277/10, ECLI:EU:C:2012:65 – Luksan, Rn. 59). Für eine Übersicht der Verträge im Bereich des Völkerrechts sowie die Auswirkung auf das nationale Recht s. Schack (Fn. 1), UrhR, Rn. 945ff.

⁴ Vgl. Handig, Was ist eine „eigene geistige Schöpfung des Urhebers“? – Der auslegungsbedürftige Werkbegriff des europäischen Urheberrechts, UFITA 2009/I, 55 (55) beschränkt auf Vorabentscheidungsverfahren.

⁵ EuGH, Urt. v. 16.07.2009, Rs. C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 – Infopaq, Rn. 26.

⁶ Schulze, Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs? – Anmerkung zu EuGH „Infopaq/DDF“, GRUR 2009, 1019 (1019).

⁷ Bullinger in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 2 Rn. 14; Loewenheim/Leistner in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 2 Rn. 5; Schack (Fn. 1), Rn. 182a.

⁸ Offenlassend jüngst OLG München ZUM-RD 2020, 140 (141) – Früher war mehr Lametta: „Inwieweit [...] an der Auffassung festgehalten werden kann, dass für die in § 2 Abs. 1 UrhG aufgeführten Kategorien die Werkqualität nach unterschiedlichen Kriterien zu beurteilen ist, bedarf keiner Entscheidung“; Schulze in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 2 Rn. 23.

⁹ Seifert/Wirth in: Eichelberger/Wirth/Seifert, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2020, § 2 Rn. 3.

te Werkarten im europäischen Sekundärrecht vorgegeben. Zunächst ergibt sich aus Art. 1 Abs. 3 RL 2009/24/EG¹⁰, dass Computerprogramme Schutz beanspruchen können, „wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind“. Ebenso werden Datenbanken geschützt, wenn sie „aufgrund der Auswahl oder Anordnung des Stoffes eine eigene geistige Schöpfung ihres Urhebers darstellen“ (Art. 3 Abs. 1 RL 96/9/EG¹¹). Schließlich postuliert Art. 6 RL 2006/116/EG¹² die Voraussetzungen zum Schutz von Fotografien. Sie müssen „individuelle Werke in dem Sinne darstellen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind.“ Ferner ist all diesen Werkarten gemeinsam, dass bei der Bestimmung der Schutzfähigkeit kein Raum für weitere, insbesondere für qualitative oder ästhetische, Kriterien besteht.¹³

II. Weitergehende Kompetenz des EuGH zur Harmonisierung?

Im Anwendungsbereich dieser drei harmonisierenden Richtlinien bemisst sich die Schutzfähigkeit des in Rede stehenden Gegenstandes also nur danach, ob eine *eigene geistige Schöpfung* vorliegt. Umstritten ist, ob der EuGH auch darüber hinaus einen allgemeinen, richtlinienübergreifenden europäischen Werkbegriff formulieren durfte. So wird die Frage nach einem harmonisierten Werkbegriff nicht nur im urheberrechtlichen Kontext, sondern auch als „Lehrstück zum Europarecht“¹⁴ relevant. So wird bereits

angeführt, dass der EuGH keine Kompetenz zur Schaffung eines einheitlichen Begriffes habe, da das Wort „Werk“ nur am Rande der RL 2001/29/EG erwähnt wird.¹⁵ Ansonsten würde jeder Sekundärrechtsakt eine Vollharmonisierung durch den EuGH erlauben.¹⁶ Auch würde eines der Grundprinzipien der EU, das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 2 EUV,¹⁷ umgekehrt, wenn der EuGH, wie in *Infopaq*, aus der Feststellung, dass in der RL 2001/29/EG nicht explizit auf das mitgliedstaatliche Recht verwiesen wird, seine Kompetenz herleitet.¹⁸ Schließlich wird auch darauf verwiesen, dass der EuGH den mitgliedstaatlichen Gerichten die Bewertung des Vorliegens einer eigenen geistigen Schöpfung übertragen, also keinen allgemeinen Werkbegriff vorgegeben habe.¹⁹

Dagegen ist anzuführen, dass durch die betreffenden Urteile des EuGH bereits weitgehende Kriterien zur Bestimmung des Vorliegens der Merkmale des europäischen Werkbegriffes mit „auf den Weg gegeben“ werden.²⁰ Ferner sprechen für eine vollständige Harmonisierung auch wichtige teleologische Erwägungen. Die Rechtsvereinheitlichung, die mit der RL 2001/29/EG angestrebt wird, hat das Ziel, den Binnenmarkt zu fördern.²¹ Der Binnenmarkt kann aber nur gefördert werden, wenn „das Tor zum Urheberrecht“²² innerhalb der Union dem gleichen Verständnis unterliegt.²³ Die Harmonisierungsbemühungen, besonders im Bereich der Verwertungsrechte, würden sonst ins Leere laufen; eine einheitliche Anwendung der Verwertungs-

¹⁰ Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen.

¹¹ Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.03.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken.

¹² Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte.

¹³ Erwägungsgrund 8 und Art. 1 Abs. 3 S. 2 RL 2009/24/EG, Erwägungsgrund 16 und Art. 3 Abs. 1 S. 2 RL 96/9/EG und Erwägungsgrund 16 sowie Art. 6 S. 2 RL 2006/116/EG.

¹⁴ Diese Formulierung geht auf *Tomuschat*, Das *Francovich*-Urteil des EuGH – Ein Lehrstück zum Europarecht, in: *Due/Lutter/Schwarze*, Festschrift für Ulrich Everling, 1995, 1585 zurück und bezog sich auf das *Francovich*-Urteil (EuGH, Urt. v. 19.11.1991, Rs. C-6/90 und C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 – *Francovich*).

¹⁵ *Schack*, Anmerkung zum Urteil *Levola Hengelo*, GRUR 2019, 73 (75).

¹⁶ Ebd.

¹⁷ Hiernach hat die EU nur die Kompetenzen, die ihr explizit zugewiesen werden. S. dazu *Bickenbach*, Das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 EUV und seine Kontrolle, EuR 2013, 523 (526f.).

¹⁸ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft. Diese stellt die allgemeinere Richtlinie zu den bereits genannten Richtlinien dar (vgl. EuGH, Urt. v. 23.01.2014, Rs. C-355/12, ECLI:EU:C:2014:25 – *Nintendo*, Rn. 23); *Schack* (Fn. 15), GRUR 2019, 73 (75); *Handig*, Was erfordert „die Einheit und die Kohärenz des Unionsrechts“? – das urheberrechtliche Nachspiel der EuGH-Entscheidung *Football Association Premier League*, GRUR Int. 2012, 9 (10) spricht von einer „außergewöhnlichen Sprengkraft“ dieser Auslegungskompetenz.

¹⁹ BGH GRUR 2014, 175 (177f. Rn. 31) – *Geburtstagszug*; *Ahlberg*, Das Urheberrecht und seine verwandten Schutzrechte in Deutschland und in der EU, ZUM 2015, 538 (542f.); *Schack*, Anmerkung zum Urteil *Geburtstagszug*, JZ 2014, 207; *Ungern-Sternberg*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten in den Jahren 2008 und 2009 (Teil I), GRUR 2010, 273 (273).

²⁰ *Leistner*, Urheberrecht an der Schnittstelle zwischen Unionsrecht und nationalem Recht – Werkbegriff und Recht der öffentlichen Wiedergabe, GRUR 2014, 1145 (1146). Exemplarisch sind hier die Ausführungen aus der Entscheidung *Painer* anzuführen (EuGH, Urt. v. 01.12.2011, Rs. C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 – *Painer*, Rn. 90f.): „Bei der Herstellung einer Porträtfotografie kann der Urheber auf mehrfache Weise und zu unterschiedlichen Zeitpunkten frei kreative Entscheidungen treffen. In der Vorbereitungsphase kann der Urheber über die Gestaltung, die Haltung der zu fotografierenden Person oder die Beleuchtung entscheiden. Bei der Aufnahme des Porträts kann er den Bildausschnitt, den Blickwinkel oder auch die Atmosphäre wählen. Schließlich kann er bei der Herstellung des Abzugs unter den verschiedenen bestehenden Entwicklungstechniken diejenigen wählen, die er einsetzen möchte, oder gegebenenfalls Software verwenden.“

²¹ Erwägungsgründe 2, 3 RL 2001/29/EG.

²² *Erdmann*, in: FS Loschelder (Fn. 2), 61 (61).

²³ *Berger*, Aktuelle Entwicklungen im Urheberrecht – Der EuGH bestimmt die Richtung, ZUM 2012, 353 (355).

rechte ist ohne einheitlichen Schutzgegenstand schwerlich möglich.²⁴ Dies entspricht auch gerade dem Effektivitätsgrundsatz des Europarechts,²⁵ sodass bisweilen von einer Kompetenz des EuGH ausgegangen wird, von der dieser auch Gebrauch gemacht hat.²⁶

III. Herleitung eines allgemeinen europäischen Werkbegriffs

1. Erstes Kriterium – Die eigene geistige Schöpfung

In der Entscheidung *Infopaq* hatte sich das Gericht mit der Frage zu befassen, ob das Speichern und Ausdrucken elf aufeinander folgender Worte das Vervielfältigungsrecht des Urhebers aus Art. 2 RL 2001/29/EG verletzen kann.²⁷ Dieser Artikel sagt aus, dass der Urheber das Recht hat, die Vervielfältigung seiner Werke zu untersagen. Hieraus schließt der EuGH mit Verweis auf die Relevanz einer einheitlichen Anwendung innerhalb der Union, dass es sich bei dem Begriff „Werk“ um einen autonomen Begriff des Unionsrecht handele.²⁸ Sodann verweist er auf die genannten harmonisierten Werkarten²⁹ und folgert, dass RL 2001/29/EG als harmonisierende Rahmenrichtlinie auf den gleichen Prinzipien wie diese Richtlinien basiere.³⁰ Demnach könne etwas nur urheberrechtlichen Schutz beanspruchen, wenn es sich um „ein Original in dem Sinne handelt, dass es eine eigene geistige Schöpfung seines Urhebers darstellt“.³¹

2. Schutzgegenstand des europäischen Werkbegriffs

Der Werkbegriff in *Infopaq* wurde also aus einer Gesamtschau von RBÜ³² und harmonisierten Werkarten als Grundsatz entwickelt und in späteren Entscheidungen auf

weitere andere Werkarten angewandt.³³ Der europäische Werkbegriff ist somit offen und nicht auf bestimmte Arten von Werken beschränkt.³⁴ Auch findet in den entsprechenden Urteilen in keiner Form eine Kategorisierung nach Werkarten o.Ä. statt.³⁵ Im Urheberrecht der Europäischen Union wird nicht die Idee, ein bestimmtes Verfahren oder eine Arbeitsweise, sondern nur der konkrete Ausdruck einer eigenen geistigen Schöpfung geschützt.³⁶ Werkteile können auch geschützt werden, wenn sie wiederum eine eigene geistige Schöpfung darstellen.³⁷

3. Präzisierung des Merkmals der persönlich geistigen Schöpfung

Der Begriff der eigenen geistigen Schöpfung ist jedoch weiter konkretisierungsbedürftig, da daraus nicht ersichtlich ist, welcher Maßstab bei der Bewertung anzulegen ist.³⁸

In der Entscheidung *Painer* hatte der EuGH die Schutzzfähigkeit von Porträtfotografien zu beurteilen.³⁹ Hier wurde deutlich gemacht, dass eine eigene geistige Schöpfung vorliegt, wenn die Persönlichkeit zum Ausdruck kommt, was wiederum der Fall sei, wenn der Urheber durch „frei[e] kreative Entscheidungen“ seine Fähigkeiten zum Ausdruck bringen konnte.⁴⁰ Dies ist als erste Konkretisierung des Begriffs der „eigenen geistigen Schöpfung“ zu sehen.⁴¹

Bei der Betrachtung dieser Merkmale ist jedoch nicht auf ästhetische Erwägungen abzustellen, da der EuGH den Werkbegriff aus den harmonisierten Richtlinien mit ihren Schutzvoraussetzungen entwickelt hat.⁴² Es ist lediglich zu betrachten, ob der Urheber entsprechende Entschei-

²⁴ A. Nordemann in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 2 Rn. 7a; Metzger, Der Einfluss des EuGH auf die gegenwärtige Entwicklung des Urheberrechts, GRUR 2012, 118 (121, 126).

²⁵ Leistner, Der europäische Werkbegriff, ZGE 2013, 4 (8).

²⁶ Die darunterliegende komplexe und europarechtliche Frage, wie weit der EuGH ggf. auch gegen den Willen der Mitgliedsstaaten zur Harmonisierung in der Lage ist, bleibt im vorliegenden Text außer Acht.

²⁷ EuGH – *Infopaq* (Fn. 5), Rn. 26.

²⁸ Vgl. EuGH – *Infopaq* (Fn. 5), Rn. 27f.; Urt. v. 13.11.2018, Rs. C-310/17, ECLI:EU:C:2019:721 – *Levola Hengelo*, Rn. 33; Urt. v. 12.09.2019, Rs. C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 – *Cofemel*, Rn. 29; Bullinger in: Wandtke/Bullinger (Fn. 7), § 2 Rn. 14. Zum autonomen Begriff des Unionsrechts Schroeder, Die Auslegung des EU-Rechts, JuS 2004, 180 (185).

²⁹ S. dazu A. I.

³⁰ EuGH – *Infopaq* (Fn. 5), Rn. 35f.

³¹ EuGH – *Infopaq* (Fn. 5), Rn. 37; Urt. v. 22.12.2010, Rs. C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816 – *Bepečnostní softwarová asociace*, Rn. 45; Urt. v. 04.10.2011, Rs. C-403/08 und C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631 – *Football Association Premier League*, Rn. 159; EuGH – *Levola Hengelo* (Fn. 28), Rn. 36; EuGH – *Cofemel* (Fn. 28), Rn. 29.

³² Dazu Fn. 3 und die dort genannten Quellen.

³³ Heinze, Software als Schutzgegenstand des Europäischen Urheberrechts, JIPITEC 2011, 97 (Rn. 26); Leistner (Fn. 25), ZGE 2013, 4 (11).

³⁴ Heinze (Fn. 33), JIPITEC 2011, 97 (Rn. 26); Leistner (Fn. 20), GRUR 2014, 1145.

³⁵ Leistner (Fn. 25), ZGE 2013, 4 (11)

³⁶ EuGH – *Levola Hengelo* (Fn. 28), Rn. 39; Urt. v. 02.05.2012, Rs. C-406/10, ECLI:EU:C:2012:259 – *SAS Institute*, Rn. 39.

³⁷ EuGH – *Infopaq* (Fn. 5), Rn. 38f.

³⁸ Vgl. Metzger (Fn. 24), GRUR 2012, 118 (122), der hier exemplarisch auf die englische „Skill-and-Labour“-Lehre verweist.

³⁹ EuGH – *Painer* (Fn. 20), Rn. 85ff.

⁴⁰ EuGH – *Painer* (Fn. 20), Rn. 88f., 94; in diesem Fall reiht der EuGH in Rn. 91 Möglichkeiten, bei Porträtfotografien freie kreative Entscheidungen zu treffen, auf (z.B. Bildausschnitt, Blickwinkel).

⁴¹ Dreyer in: Dreyer et al., Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 2 Rn. 8; Metzger (Fn. 24), GRUR 2012, 118 (121).

⁴² EuGH – *Infopaq* (Fn. 5), Rn. 35; Bullinger in: Wandtke/Bullinger (Fn. 7), § 2 Rn. 14; A. Nordemann in: Fromm/Nordemann (Fn. 24), § 2 Rn. 32.

dungen getroffen hat.⁴³ Solche sind nicht möglich, wenn Ausdrucksformen auf technischen Erwägungen oder Regeln und Zwängen basieren und in diesem Fall „Idee und Ausdruck zusammenfallen“ und es keinen schöpferischen Freiraum gibt.⁴⁴

Da sich die Entscheidung *Painer* jedoch mit einer Fotografie, also einem Gegenstand der spezielleren RL 2006/116/EG, befasst, stellt sich die Frage, ob das Gesagte für alle Werkarten gilt. Dafür wird angeführt, dass diese Anpassung mit Bezug zur Rechtsprechung in *Infopaq* erfolge.⁴⁵ Entscheidend spricht für eine Erstreckung auf alle Werkarten, dass der EuGH in *Cofemel*, wo es sich um ein Werk der angewandten Kunst und somit einen Gegenstand, der nach der RL 2001/29/EG zu betrachten ist, handelte, ebenfalls mit Verweis auf *Painer* fordert, dass die Persönlichkeit des Urhebers durch zum Ausdruck bringen freier kreativer Entscheidungen wiedergespiegelt werden müsse.⁴⁶

4. Zweites Merkmal – Ausdruck der geistigen Schöpfung

Als zweites Merkmal des europäischen Werkbegriffes muss die geistige Schöpfung auch zum Ausdruck gebracht werden.⁴⁷ Mithilfe einer völkerrechtlichen Betrachtung (hier Art. 2 Abs. 1 RBÜ und Art. 9 Abs. 2 TRIPS⁴⁸), wonach sich der urheberrechtliche Schutz auf die konkrete Ausdrucksform bezieht, wird dieses Merkmal konkretisiert.⁴⁹ Der in Rede stehende Gegenstand muss hinreichend genau und objektiv bestimmbar,⁵⁰ jedoch nicht zwingend dauerhaft sein.⁵¹

5. Zusammenfassung und Grenzen des europäischen Werkbegriffes

Zusammenfassend ist im Unionsrecht ein urheberrechtlicher Schutz jedenfalls dann geboten, wenn zwei kumulati-

ve Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens muss ein Original in Form einer eigenen geistigen Schöpfung vorliegen, also die Persönlichkeit des Autors durch freie und kreative Entscheidungen ausgedrückt worden sein.⁵² Zweitens muss diese eigene geistige Schöpfung auch zum Ausdruck gebracht worden sein, also in einem hinreichend genau und objektiv bestimmbar, wenn auch nicht notwendigerweise dauerhaften, Schutzgegenstand verkörpert sein.⁵³

Dieser (europäische) Werkbegriff ist jedoch (noch) nicht „komplett“ (aus-)entwickelt, sondern in einigen Bereichen isoliert betrachtet weiterhin unzulänglich.⁵⁴ Dies betrifft Kriterien des Werkbegriffes, die noch nicht vom EuGH, auch nicht indirekt unter anderem Titel, adressiert worden, aber gleichzeitig Teil der mitgliedstaatlichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Werkes sind.⁵⁵ (Auch) vor diesem Hintergrund werden im Folgenden die deutschen Voraussetzungen des Werkbegriffes herausgearbeitet und zu den Vorgaben durch den europäischen Werkbegriff in Bezug gesetzt.

B. Der deutsche Werkbegriff im Lichte der europäischen Harmonisierung

Nach § 1 UrhG genießen Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst urheberrechtlichen Schutz, für die in § 2 Abs. 1 UrhG beispielhaft darunter fallende konkrete Werkarten aufgezählt sind.⁵⁶ Anhand des hier vorgegebenen Kataloges zeigt sich bereits, dass auch der deutsche Werkbegriff offen ausgestaltet ist.⁵⁷ Die urheberrechtliche Schutzfähigkeit sowohl der enumerativ genannten als auch neuer Werkarten richtet sich danach, ob die materiellen Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 UrhG erfüllt sind,⁵⁸ es sich also um Werke handelt. Die hier implementierte Definition

⁴³ Bullinger in: Wandtke/Bullinger (Fn. 7), § 2 Rn. 14

⁴⁴ EuGH – *Bezpečnostní softwarová asociace* (Fn. 31), Rn. 49f.; EuGH – *Cofemel* (Fn. 28), Rn. 31; Urt. v. 01.03.2012, Rs. C-604/10, ECLI:EU:C:2012:115 – *Football Dataco*, Rn. 39. Dies kann auch der Fall sein, wenn ein Dokument lediglich informiert und einem festen Schema (z.B. militärischer Lageplan) folgt, da dann das Dokument durch seine Funktion gekennzeichnet ist (EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Rs. C-469/17 – *Funke Medien NRW*, Rn. 24).

⁴⁵ Metzger (Fn. 24), GRUR 2012, 118 (121).

⁴⁶ EuGH – *Cofemel* (Fn. 28), Rn. 30.

⁴⁷ EuGH – *Infopaq* (Fn. 5), Rn. 51; EuGH – *Football Association Premier League* (Fn. 31), Rn. 159. Explizit als zweites Kriterium bezeichnet in: EuGH – *Levola Hengelo* (Fn. 28), Rn. 37 und EuGH – *Cofemel* (Fn. 28), Rn. 29.

⁴⁸ Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums.

⁴⁹ EuGH – *Levola Hengelo* (Fn. 28), Rn. 39.

⁵⁰ Ebd., Rn. 40; EuGH – *Cofemel* (Fn. 28), Rn. 32. Dies ist z.B. bei Geschmacksempfindungen nicht der Fall, EuGH – *Levola Hengelo* (Fn. 28), Rn. 42.

⁵¹ EuGH – *Levola Hengelo* (Fn. 28), Rn. 40.

⁵² Grünberger, Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2019, ZUM 2020, 175 (178); Leistner in: Schrickler/Löwenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 5 und siehe oben.

⁵³ Leistner in: Schrickler/Löwenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 5.

⁵⁴ Leistner (Fn. 25), ZGE 2013, 4, 25; ders. in: Schrickler/Löwenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 19; van Eechoud, Along the Road to Uniformity – Diverse Readings of the Court of Justice Judgments on Copyright Work, JIPITEC 2012, 60, Rn. 79.

⁵⁵ Leistner (Fn. 25) ZGE 2013, 4, 25f.; ders. in: Schrickler/Löwenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 19, 21. Dieser führt diese „Lückenhaftigkeit des europäischen Werkbegriffes“ darauf zurück, dass diese Voraussetzungen selten problematisch sind und es daher auch nicht zu entsprechenden Vorlagen beim, EuGH kommt.

⁵⁶ Wandtke, Urheberrecht, 7. Aufl. 2019, Kap. 2 § 1 Rn. 7

⁵⁷ Leistner (Fn. 25), ZGE 2013, 4 (12); Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 5.

⁵⁸ Wandtke (Fn. 56), UrhR, Kap. 2 § 1 Rn. 7.

von Werken als „persönliche geistige Schöpfungen“ kann jedoch ihrerseits für sich genommen kaum mehr als eine grobe Orientierungshilfe geben.⁵⁹

Ungeachtet divergierender Terminologien, Akzentuierungen und Systematisierungen wird jedoch üblicherweise angenommen, dass vier Elemente eine persönlich geistige Schöpfung konstituieren: Es muss sich um eine persönliche Schöpfung mit geistigem Gehalt, konkreter Formgestaltung und hinreichender Individualität handeln.⁶⁰ Wenn gleich zwischen diesen eine Wechselwirkung besteht und sich daher eine ausschließlich isolierte Betrachtungsweise verbietet,⁶¹ ist der so „konstruierte“ Werkbegriff operabel.

I. Persönliche Schöpfung

Mit dem Kriterium der persönlichen Schöpfung werden all jene Erzeugnisse vom Werkschutz ausgenommen, die keine Schöpfung einer natürlichen Person sind.⁶² Rein tierische⁶³ und maschinelle⁶⁴ Erzeugnisse können daher dem deutschen Werkbegriff nicht unterfallen.⁶⁵ Dies kann auch nicht dadurch umgangen werden, dass im Sinne der *Präsentationslehre*⁶⁶ vorgefundene Objekte präsentiert und somit als schutzfähig „erkoren“ werden.⁶⁷ Freilich ergibt sich ein anderes Ergebnis, soweit sich der nicht-menschliche Einfluss auf den Schöpfungsakt als Hilfsmiteileinsatz darstellt.⁶⁸ Der Schöpfungsakt muss dennoch jedenfalls einem Menschen zuzuordnen sein.⁶⁹

Zumindest indirekt wird sich dieser Befund auch mit dem

europäischen Werkbegriff vereinbaren lassen. Immerhin setzen freie kreative Entscheidungen, mit denen der Persönlichkeit des Urhebers Ausdruck verliehen werden kann,⁷⁰ denklogisch eine Entität mit Persönlichkeit, mithin (bisweilen) einen Menschen, voraus. Die Anerkennung einer nicht an natürliche Personen geknüpfte Urheberschaft dürfte sich ferner auch (regelmäßig) vor dem Hintergrund einer völkerrechtskonformen Auslegung verbieten.⁷¹

II. Geistiger Gehalt

Damit Erzeugnisse einen geistigen Gehalt aufweisen, ist eine über die bloßen Eigenschaften hinausgehende Wirkung erforderlich.⁷² Ein menschlicher Geist muss in diesem Ausdruck finden.⁷³ Dies kann beispielsweise durch einen geistig-ästhetischen Gehalt, also einer „den Schönheits-sinn ansprechenden Bedeutung“⁷⁴ oder einem nach außen erkennbar gemachten (sprachlichen) Gedankenausdruck⁷⁵ erfüllt sein. Die mit dem Erzeugnis umgesetzte „Gedankenformung und -führung (...) oder [die besonders geistvolle] Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung“ von Inhalten genügt jedoch auch.⁷⁶ Jedenfalls muss der geistige Gehalt dem Erzeugnis selber innewohnen.⁷⁷

Die Rolle des Kriteriums des geistigen Gehaltes kann auch als solche eines dem Kriterium der Individualität vorgelagerten Filters verstanden werden,⁷⁸ da ein geistiger Gehalt des Werkes notwendige Bedingung für deren Vorliegen ist.⁷⁹ Dies könnte erklären, dass auf die (isolierte) Voraussetzung eines geistigen Gehaltes teilweise auch verzich-

⁵⁹ Schack (Fn. 1), UrhR, Rn. 180: Die Definition ist „reichlich verschwommen, lässt aber zumindest einige Elemente des Werkbegriffs erkennen.“

⁶⁰ Wandtke (Fn. 56), UrhR, Kap. 2 § 1 Rn. 1; s. auch Schack (Fn. 1), UrhR, Rn. 180, der die Möglichkeit betont, das Kriterium der persönlichen Schöpfung, des geistigen Gehalts und der konkreten Formgestaltung unter der individuellen Formgestaltung zusammenzufassen.

⁶¹ Schulze in: Dreier/Schulze (Fn. 8), § 2 Rn. 7.

⁶² LG Berlin GRUR 1990, 270 (270, 1. Ls.) – *Satellitenfoto*; Bullinger in: Wandtke/Bullinger (Fn. 7), § 2 Rn. 15; Schack (Fn. 1), UrhR, Rn. 183; Seifert/Wirth in: Eichelberger et al. (Fn. 9), § 2 Rn. 3.

⁶³ Vgl. LG München I UFITA 1969, 320 (323); s. a. König/Beck, Die immaterialgüterrechtliche Schutzfähigkeit von »Affen-Selfies«, ZUM 2016, 34.

⁶⁴ Lauber-Rönsberg, Autonome „Schöpfung“ – Urheberschaft und Schutzfähigkeit, GRUR 2019, 244 (245); Ory/Sorge, Schöpfung durch Künstliche Intelligenz?, NJW 2019, 710 (711).

⁶⁵ Dreyer in: Dreyer et al. (Fn. 41), § 2 Rn. 26f.; Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7) § 2 Rn. 38; Wandtke (Fn. 56), UrhR, Kap. 2 § 1 Rn. 1.

⁶⁶ Dazu Kummer, Das urheberrechtlich schützbares Werk, 1968, S. 75f., 80; ders., Die Entgrenzung der Kunst und das Urheberrecht, in: Brügger, Homo Creator – Festschrift für Alois Troller, 89 (95ff.).

⁶⁷ Bullinger in: Wandtke/Bullinger (Fn. 7), § 2 Rn. 15; Dreyer in: Dreyer et al. (Fn. 41), § 2 Rn. 24f.

⁶⁸ Dreyer in: Dreyer et al. (Fn. 41), § 2 Rn. 28.

⁶⁹ Bullinger in: Wandtke/Bullinger (Fn. 7), § 2 Rn. 15.

⁷⁰ S. oben A III 3.

⁷¹ Dazu Dietz, Der Begriff des Urhebers im Recht der Berner Konvention, in: Leser/Isomura, Wege zum japanischen Recht – Festschrift für Zantaro Kitagawa zum 60. Geburtstag am 5. April 1992, 1992, 851; Ginsburg, People Not Machines: Authorship and What It Means in the Berne Convention, IIC 2018, 131; s. a. Fn. 1, 3 zur völkerrechtlichen Bindung der EU an die RBÜ.

⁷² Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 45; Schack (Fn. 1), UrhR, Rn. 185; Schrickler, Urheberrechtsschutz für Spiele, GRUR Int. 2008, 200 (202).

⁷³ Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 45; Schack (Fn. 1), UrhR, Rn. 185.

⁷⁴ BGH GRUR 1985, 1041 (1047) – *Inkasso Programm*.

⁷⁵ BGH GRUR 1963, 633 (634) – *Rechenschieber*.

⁷⁶ BGH GRUR 1999, 923 (924) – *Tele-Info-CD*; BGH GRUR 1985, 1041 (1047) – *Inkasso Programm*.

⁷⁷ BGH GRUR 1963, 633 (634) – *Rechenschieber*; Bisges, Die kleine Münze im Urheberrecht, 2014, S. 27 m.w.N.

⁷⁸ Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 46.

⁷⁹ A. Nordemann in: Fromm/Nordemann (Fn. 24), § 2 Rn. 25.

tet⁸⁰ und der geistige Gehalt im Rahmen der Individualität verhandelt wird.⁸¹ Unabhängig von der Frage, ob dem Kriterium des geistigen Gehalts dennoch ein eigenständiger Abgrenzungscharakter innewohnt,⁸² dürfte jedoch auch diese Schutzvoraussetzung mit der Rechtsprechung des EuGH vereinbar sein: Wo keinerlei Gestaltungsspielraum besteht, kann der Aussagegehalt nicht über das „sinnlich wahrnehmbare Substrat“ hinausgehen und sich kein menschlicher Geist manifestieren.⁸³

III. Konkrete Formgestaltung

Schutzfähig sind nach der Rechtsprechung des BGH „nicht alle Ergebnisse individueller geistiger Tätigkeit“, sondern nur „das Ergebnis der schöpferischen Formung eines bestimmten Stoffs“,⁸⁴ also eines Gedankeninhalts, „der durch die Festlegung in eine bestimmte Form in konkrete Erscheinung getreten ist.“⁸⁵ Erfasst sein können nur mit den Sinnen Dritter wenigstens vorübergehend und auch bloß mittelbar etwa unter Verwendung technischer Hilfsmittel wahrnehmbare,⁸⁶ nicht notwendigerweise körperliche Schöpfungen,⁸⁷ da die nicht offenbarte geistige Leistung keines urheberrechtlichen Schutzes bedarf.⁸⁸ Ein Werk muss von seinem Schöpfer also aus dessen geistig-intellektueller Sphäre in die Außenwelt entlassen worden sein. Eine „abstrakte Idee“ oder die „abstrakten Eigenschaften eines Werks“ sind vom urheberrechtlichen Schutz jedoch nicht erfasst.⁸⁹ Hiervon scheint auch der EuGH auszugehen, indem eine genaue und objektiv identifizierbare Ausdrucks-

form gefordert wird⁹⁰ und ebenfalls keine Ideen schutzfähig sind.⁹¹

IV. Individualität und Gestaltungshöhe

Hinter dem Begriff der Individualität verbirgt sich das „zentrale Kriterium“⁹² bzw. der „Kern des Werkbegriffs“⁹³. Ungeachtet terminologischer Unterschiede wird verlangt, dass eine Verbindung zwischen Werk und Urheber besteht,⁹⁴ die dieses als sein persönliches Schaffensergebnis mit „individueller Ausdruckskraft“ darstellt.⁹⁵ Der Geist des Urhebers muss also im Werk derart Niederschlag finden,⁹⁶ dass es sich bei diesem um „eine Schöpfung [mit] individueller Prägung“ handelt.⁹⁷ Wenngleich statistische Einmaligkeit⁹⁸ regelmäßig einen hinreichenden Niederschlag der Schöpferpersönlichkeit indizieren dürfte,⁹⁹ ist für die Erfüllung der Werkqualität weder absolute Neuheit erforderlich,¹⁰⁰ noch muss die Wahrscheinlichkeit der Schöpfung durch eine andere Person übermäßig gering sein.¹⁰¹ Auch muss das Werk nicht den sinnbildlichen „Stempel der Persönlichkeit“ seines Urhebers tragen.¹⁰²

Damit sich die Persönlichkeit des Schöpfers in seinem Werk niederschlagen kann, muss jedoch jedenfalls (ausreichender) Gestaltungsspielraum vorgelegen haben.¹⁰³ Dies entspricht auch und gerade der Rechtsprechung des EuGH, wenn dieser verlangt, dass der Urheber durch freie und kreative Entscheidungen seine Persönlichkeit zum Ausdruck bringen müsse und betont, dass dafür Gestal-

⁸⁰ König, Der Werkbegriff in Europa, 2015, S. 263 Fn. 23 mit Verweis auf Bullinger in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 2 Rn. 15ff.; s. auch Wandtke, UrhR (Fn. 56), Kap. 2 § 1 Rn. 1, der das Kriterium der persönlichen Schöpfung umreißt und anschließend die der Formgebung und Individualität als „nur“ entscheidende Elemente hervorhebt.

⁸¹ A. Nordemann in: Fromm/Nordemann (Fn. 24), § 2 Rn. 25; so wohl auch Bullinger in: Wandtke/Bullinger (Fn. 7), § 2 Rn. 21: Das Werk „besitzt einen geistigen Gehalt.“

⁸² S. Dreyer in: Dreyer et al. (Fn. 41), § 2 Rn. 63 m.w.N. für Leistungen ohne geistigen Gehalt.

⁸³ Ausführlich dazu Leistner (Fn. 25), ZGE 2013, 4 (19ff.); Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7) § 2 Rn. 54.

⁸⁴ BGH GRUR 2003, 876 (878) – Sendeformat.

⁸⁵ BGH GRUR 1953, 497 (498).

⁸⁶ Vgl. bereits BGH GRUR 1962, 470 (472) – AKI zum LUG.

⁸⁷ BGH GRUR 1985, 1041 (1046) – Inkasso Programm; Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 47f.; Schack (Fn. 1), UrhR, Rn. 187f.; Schulze in: Dreier/Schulze (Fn. 8), § 2 Rn. 13.

⁸⁸ König (Fn. 80), S. 264f.; Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 47.

⁸⁹ BGH Urt. v. 21.01.1977, Az. 1 ZR 68/75, GRUR 1977, 547 (550) – Kettenkerze.

⁹⁰ Grünberger (Fn. 52), ZUM 2020, 175 (178); Hofmann, Aktuelle Entwicklungen der Rechtsprechung zum europäischen Urheberrecht von Mai 2018 bis April 2020, EuZW 2020, 397 (398); vgl. auch Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 47 mit einer Synthese von tradierter Dogmatik und EuGH-Rechtsprechung.

⁹¹ S. oben A. III. 2.

⁹² Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 50.

⁹³ Schack (Fn. 1), UrhR, Rn. 189.

⁹⁴ Ebd.

⁹⁵ BGH, Urt. v. 23.2.1995, Az. 1 ZR 68/93, GRUR 1995, 673 (675) – Mauer-Bilder; Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 50 m.w.N.: Schöpferische Eigentümlichkeit, schöpferische Eigenart und eigenschöpferische Prägung sind im Wesentlichen gleichbedeutend.

⁹⁶ A. Nordemann in: Fromm/Nordemann (Fn. 24), § 2 Rn. 23.

⁹⁷ JüngstKG, Urt. v. 16.01.2020, Az. 2 U 12/16; Kart, MMR 2020, 318 (Rn. 44) – Mittels elektronischer Befehle erstellte Abbildung eines virtuellen Gegenstands.

⁹⁸ Kummer (Fn. 66), S. 30ff., 80.

⁹⁹ Straub, Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts, GRUR Int. 2001, 1 (4).

¹⁰⁰ A. Nordemann in: Fromm/Nordemann (Fn. 24), § 2 Rn. 29.

¹⁰¹ Straub (Fn. 100), GRUR Int. 2001, 1 (4); Schack (Fn. 1), Rn. 189f.

¹⁰² Loewenheim/Leistner in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 7), § 2 Rn. 51.

¹⁰³ BGH GRUR 2014, 175 (179 Rn. 41) – Geburtstagszug bereits mit Bezug zur europäischen Rechtsentwicklung; BGH GRUR 1999, 923 (924); BGH GRUR 1986, 739 (741) – Anwaltsschriftsatz; Schack (Fn. 1), UrhR, Rn. 192.

tungsspielraum notwendig sei.¹⁰⁴

Ebenso wie zu den Anfangszeiten der Harmonisierung des Werkbegriffs durch den EuGH¹⁰⁵ ist nicht abschließend geklärt, ob und in welchem Umfang der nationalstaatlichen Gerichtsbarkeit „Rechtsanwendungsspielräume“ verbleiben.¹⁰⁶ Problematisch ist insbesondere der Begriff der Gestaltungshöhe, der von der Individualität abzugrenzen ist. Während die Gestaltungshöhe oder auch Schöpfungs- oder Leistungshöhe¹⁰⁷ als ein über die Individualität hinausgehendes qualitatives Kriterium weitgehend abgelehnt wird,¹⁰⁸ wird der Begriff nunmehr überwiegend zur quantitativen Beschreibung des Individualitätsgrades herangezogen.¹⁰⁹

Die von der deutschen Rechtsprechung im Rahmen eines relativen Werkbegriffs¹¹⁰ vormals divergierenden Anforderungen an die Gestaltungshöhe verschiedener Werkarten wurden überwiegend zugunsten eines allgemeinen Werkbegriffs aufgegeben.¹¹¹ Dies gilt insbesondere auch im Bereich der angewandten Kunst, für die ursprünglich eine gesteigerte Gestaltungshöhe verlangt wurde.¹¹² Zwar hat der BGH in seiner Entscheidung *Geburtstagszug* zum Ausdruck gebracht, dass dennoch eine „nicht zu geringe“ Gestaltungshöhe zu fordern sei,¹¹³ daraus wird jedoch abgeleitet, dass nunmehr für die Gestaltungshöhe aller Werkarten gleichniedrige Anforderungen gestellt werden sollen.¹¹⁴ Es gilt nun flächendeckend das auf *Elster* zurückgeführte Prinzip der „kleinen Münze“, womit Gegenstände bezeichnet werden, die lediglich eine niedrige Gestaltungshöhe

aufweisen und daher gerade so schutzfähig sind.¹¹⁵ Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Entfaltung persönlicher Züge in dem Erzeugnis dennoch notwendig bleibt, was wiederum nicht möglich ist, wenn sich dessen Gestaltung „aus der Natur der Sache“ ergibt und (allein) durch „Gesetze der Zweckmäßigkeit“ oder „Logik“¹¹⁶ determiniert ist,¹¹⁷ also „notwendig oder [wenigstens] üblich sind“¹¹⁸ und (selbstverständlich) soweit Vorbestehendes übernommen wird.¹¹⁹ Daher weisen rein handwerklich erstellte Produkte keine Individualität auf.¹²⁰

V. Die Gestaltungshöhe im Lichte des Unionsrechts

Nicht zuletzt mit Blick auf die jüngere Rechtsprechung des EuGH könnten nunmehr Zweifel an der Existenzberechtigung der Gestaltungshöhe aufkommen,¹²¹ da die Anforderungen des EuGH nicht unterlaufen werden dürfen¹²² und dieser betont, dass der „Grad der schöpferischen Freiheit“ für den Schutzzumfang unerheblich ist.¹²³ Ungeachtet des Umstandes, dass Ergebnisse von Schöpfungsakten, bei denen Gestaltungsspielräume bestanden und diese ausgenutzt worden sind,¹²⁴ wohl ohnehin regelmäßig nach dem Prinzip des Schutzes der „kleinen Münze“ eine hinreichende Gestaltungshöhe aufweisen dürften,¹²⁵ ist der Schutz der kleinen Münze wohl europarechtlich geboten.¹²⁶ Eine schutzeinschränkende Berücksichtigung der Gestaltungshöhe erscheint dahingegen problematisch.¹²⁷

Dennoch spricht gegen eine vollständige Aufgabe des Erfordernisses der Gestaltungshöhe, dass der EuGH Zweifel daran geäußert hat, ob Originalität für „rein informative

¹⁰⁴ S. oben A. III. 3.

¹⁰⁵ S. dazu bereits *Schulze* (Fn. 6), GRUR 2009, 1019 (1019).

¹⁰⁶ *Bullinger* in: *Wandtke/Bullinger* (Fn. 7), § 2 Rn. 14.

¹⁰⁷ *Loewenheim/Leistner* in: *Schricker/Loewenheim* (Fn. 7), § 2 Rn. 51.

¹⁰⁸ *Schack* (Fn. 1), UrhR, Rn. 182: „Durch die Rechtsentwicklung überholt“; a.A. wohl *Seifert/Wirth* in: *Eichelberger et al.* (Fn. 9), § 2 Rn. 7: Die Gestaltungshöhe oder schöpferische Eigentümlichkeit ist wichtigstes Merkmal für die „Zubilligung einer persönlich geistigen Schöpfung“.

¹⁰⁹ *Bisges*, (Fn. 78), S. 31; *Loewenheim/Leistner* in: *Schricker/Loewenheim* (Fn. 7), § 2 Rn. 52.

¹¹⁰ Dazu *Engisch*, Zur Relativität des Werkbegriffs, in: *Erdmann et al.*, Festschrift für Otto-Friedrich Frhr. v. Gamm, 1990, 369; *Erdmann*, in: *FS Loschelder* (Fn. 2), 61.

¹¹¹ BGH GRUR 2014, 175 (1. Ls) – *Geburtstagszug*.

¹¹² BGH GRUR 1995, 581 (582) – *Silberdistel*: „deutliches Übertagen der Durchschnittsgestaltung“.

¹¹³ BGH GRUR 2014, 175 (179 Rn. 40) – *Geburtstagszug*.

¹¹⁴ *Dreyer* in: *Dreyer et al.* (Fn. 41), § 2 Rn. 67; in Bezug auf dem Gebrauchszweck dienenden Schriftwerken zweifelnd *Loewenheim/Leistner* in: *Schricker/Loewenheim* (Fn. 7), § 2 Rn. 59.

¹¹⁵ *Bisges* (Fn. 78), S. 19; *Loewenheim/Leistner* in: *Schricker/Loewenheim* (Fn. 7), § 2 Rn. 61.

¹¹⁶ Vgl. BGH GRUR 1986, 739 (741) – *Anwaltsschriftsatz*.

¹¹⁷ BGH GRUR 2002, 958 (960) – *Technische Lieferbedingungen*; BGH GRUR 1984, 659 (661) – *Ausschreibungsunterlagen*

¹¹⁸ BGH GRUR 1987, 704 (707) – *Warenzeichenlexika*.

¹¹⁹ *Bisges* (Fn. 78), S. 30.

¹²⁰ BGH GRUR 1993, 34 (36) – *Bedienungsanweisung*; BGH GRUR 1981, 267 (268) – *Dirlada*; *Loewenheim/Leistner* in: *Schricker/Loewenheim* (Fn. 7), § 2 Rn. 53.

¹²¹ *Bullinger* in: *Wandtke/Bullinger* (Fn. 7), Rn. 14; weitergehend *Schack* (Fn. 1), UrhR, Rn. 182f.; vgl. auch *Loewenheim/Leistner* in: *Schricker/Loewenheim* (Fn. 7), § 2 Rn. 61: Aufgrund der europäischen Rechtsentwicklung hat die kleine Münze „nur noch historische Bedeutung“.

¹²² *Grünberger* (Fn. 52), ZUM 2020, 175 (178).

¹²³ EuGH – *Cofemel* (Fn. 28), Rn. 35.

¹²⁴ EuGH – *Cofemel* (Fn. 28), Rn. 30 mit Verweis auf EuGH – *Painer* (Fn. 20), Rn. 88f., 94.

¹²⁵ Vgl. *Loewenheim/Leistner* in: *Schricker/Loewenheim* (Fn. 7), § 2 Rn. 15.

¹²⁶ *Loewenheim/Leistner* in: *Schricker/Loewenheim* (Fn. 7), § 2 Rn. 63; a.A. *Peukert* in: *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, 18. Aufl. 2018, Rn. 203.

¹²⁷ *Grünberger* (Fn. 52), ZUM 2020, 175 (179f.).

Dokumente“ vorliegen könne.¹²⁸ Zwar sei es möglich, Gestaltungsspielraum durch die „Auswahl, [die] Anordnung und [die] Kombination der Wörter“ auszuüben, wenn aber der Inhalt von Dokumenten „im Wesentlichen durch die in ihnen enthaltenen Informationen bestimmt wird, so dass diese Informationen und ihr Ausdruck in den Berichten deckungsgleich und die Berichte somit allein durch ihre technische Funktion gekennzeichnet sind“, könne kein schöpferischer Geist in origineller Weise zum Ausdruck gebracht werden.¹²⁹ Minimalster Gestaltungsspielraum, wie bei der Anordnung und Kombination von Worten im Rahmen einer Wiedergabe von faktischen Ereignissen nach einem vorgegebenen Muster, genügt also auch nach Ansicht des EuGH nicht. Somit verbleibt noch (etwas) Raum zwischen solchen Werken, die dem Prinzip der „kleinen Münze“ konsequent folgend (noch) geschützt werden müssten, und geistigen Erzeugnissen, die den mindestens erforderlichen Gestaltungshöhengrad nicht überschreiten und bei deren Herstellung bestehender Gestaltungsspielraum nur in unerheblichem Maße genutzt werden kann. Im Rahmen der Rezeption der Urteile des EuGH durch die deutsche Rechtsprechung wird jedenfalls angenommen, dass sich aus diesen selbst für Werke der bildenden Kunst „kein anderer Prüfungsmaßstab“ als den des BGH ergebe, da nicht erkennbar sei, „[d]ass es durch diese Entscheidung[en] zu einer Absenkung der Anforderungen an den Urheberrechtsschutz gekommen wäre“.¹³⁰

Die Grenzziehung zwischen Elementen, für die hinreichender Gestaltungsspielraum vorliegt, und solchen, die durch technisch-formale Zwänge diktiert werden, wird wohl immer dann Unsicherheiten mit sich bringen, wenn nur minimalste Variationen möglich sind. Dennoch ist bei der schutzbegrenzenden Anwendung des Kriteriums der Gestaltungshöhe auch unter Rückgriff auf das Prinzip der „kleinen Münze“ höchste Vorsicht geboten. Es bleibt mit Spannung abzuwarten, welche (weiteren konkretisierenden) Leitlinien der EuGH der nationalstaatlichen Rechtsanwendung an die Hand geben wird.¹³¹ Eine andere Frage ist freilich, ob es nicht sinnvoll wäre, im Rahmen der Systematisierung des Werkbegriffs auch eine (verstärkte) terminologische Vereinheitlichung vorzunehmen und mittelfristig einen sprachlich-systematischen „Spagat“ zu vermeiden.

¹²⁸ EuGH – Funke Medien NRW (Fn. 44), Rn. 24.

¹²⁹ Ebd., Rn. 23f.

¹³⁰ KG MMR 2020, 318 (Rn. 43) – Mittels elektronischer Befehle erstellte Abbildung eines virtuellen Gegenstands.

¹³¹ Bullinger in: Wandtke/Bullinger (Fn. 7), § 2 Rn. 14.