

## Fachbereich Rechtswissenschaft

### Arbeitspapier Nr. 2/2020

---

#### Drei Entstehungsbedingungen des Urheberrechts und seines Schutzgegenstands

*Alexander Peukert\**

Erschienen in: Stephan Meder (Hrsg.), Geschichte und Zukunft des Urheberrechts, 2018, 127-145

Zitiervorschlag: Peukert, Drei Entstehungsbedingungen des Urheberrechts und seines Schutzgegenstands, Arbeitspapier des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 2/2020, Rn.

**Zusammenfassung:** Die rechtshistorische Forschung konzentriert sich auf die Herausbildung spezifisch juristischer Figuren wie das frühneuzeitliche Privileg oder das spätere „geistige Eigentum“. Die Geschichte des urheberrechtlichen Werkbegriffs – immerhin der Gegenstand der „Werkherrschaft“ des Urhebers – hat demgegenüber verhältnismäßig wenig Aufmerksamkeit erfahren. Dabei ist letztlich unstrittig, dass auch die Vorstellung eines von seinen Verkörperungen unabhängigen und daher abstrakt-immateriellen, eigentumsfähigen Werks keine gegebene Wirklichkeit darstellt, sondern erst seit dem Ende des 18. Jahrhunderts etabliert ist. Der Beitrag historisiert das Urheberrecht ausgehend von seiner – so die Hypothese – vorgestellten Wirklichkeit. Betrachtet werden drei Vorbedingungen, die das juristische Reden und Denken in Kategorien eines abstrakt-unkörperlichen, eigentumsfähigen Werks und damit zugleich das „geistige Eigentum“ an diesem Werk möglich gemacht haben: Reproduktionstechnologien, das Ideal des genialen Werks und die dezentral-anonyme Marktwirtschaft.

---

\* Dr. iur., Professor für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

- 1 Die Entstehung des modernen Urheberrechts steht in einem Kontext technologischer, sozioökonomischer, kulturell-epistemischer und politischer Entwicklungen.<sup>1</sup> Diese haben nicht nur auf die Herausbildung spezifisch juristischer Figuren wie dem frühneuzeitlichen Privileg oder dem späteren „geistigen Eigentum“ eingewirkt, auf die sich die rechtshistorische Forschung konzentriert.<sup>2</sup> Auch das Rechtssubjekt des Urheberrechts – der genial-kreative Urheber/Schöpfer/Autor (§ 7 UrhG) – beruht auf Vorstellungen, die erst in der Sattelzeit und sodann in der Romantik prägend wurden.<sup>3</sup> Im Gegensatz zu den spezifisch juristischen Instituten des Urheberrechts und der Idee des romantischen Autors hat die Geschichte des urheberrechtlichen Werkbegriffs – immerhin der Gegenstand der „Werkherrschaft“ des Urhebers – verhältnismäßig wenig Aufmerksamkeit erfahren. In der deutschsprachigen Literatur ist selbst für das 15. und 16. Jahrhundert unhinterfragt vom „Werk“ als dem Gegenstand des Rechtsschutzes die Rede, obgleich parallel hierzu der Unterschied zwischen absolutistischen Nachdruckprivilegien und modernen Urheberrechtsgesetzen herausgearbeitet wird.<sup>4</sup>
- 2 Auf den ersten Blick liegt die Frage nach der Entstehung des Werkbegriffs und seinen Bedingungen auch eher fern. Denn Rechtsobjekte werden vom Recht vorgefunden. Sie sind eine gegebene, keine gewordene Wirklichkeit. Doch ist unter Historikern und anderen Sozialwissenschaftlern, die das Werk im Sinne einer persönlichen geistigen Schöpfung (§ 2 Abs. 2 UrhG) nicht in diesem Sinne als zeitlose Wirklichkeit voraussetzen, sondern als sozial Gewordenes auf einer Zeitachse betrachten und studieren, letztlich *unstreitig*, dass die Vorstellung eines von seinen Verkörperungen unabhängigen und daher abstrakt-immateriellen, eigentumsfähigen Werks erst seit dem Ende des 18. Jahrhunderts etabliert ist.<sup>5</sup> Zuvor dominierte eine handlungs- und

---

<sup>1</sup> Vgl. zur komplexen und multikausalen Ausgangslage *Goehr*, *The Imaginary Museum of Musical Works*, 1992, 107; *Pudelek*, „Werk“, in: Barck u.a., *Ästhetische Grundbegriffe VI*, 545; *Bracha*, *Loyola of L.A. L. Rev.* 38 (2004), 177, 241 („A good contextual story would describe a complex web of causation in which all factors, including the legal-institutional ones, were both active and reactive.“); *ders.*, *Owning Ideas*, 522 („Some of the shaping forces were technological, some were ideological, others were economic, others still political, and finally some of the forces are best understood as internal to legal discourse“); *Barron*, *Social & Legal Studies* 15 (2006), 25 ff.; *Plumpe*, *Archiv für Begriffsgeschichte XXIII* (1979), 175 ff.; *Wadle*, in: *ders.*, *Geistiges Eigentum I*, 119 ff.; *Klippel*, *ZGE/IPJ* 7 (2015), 49, 55 ff.

<sup>2</sup> *Klippel*, *ZGE/IPJ* 7 (2015), 49 ff.; *Wadle*, in: *ders.*, *Geistiges Eigentum I*, 99 ff. m.w.N.

<sup>3</sup> *Rose*, *Authors and Owners*; *Woodmansee*, *The Author, Art and the Market*, 39; *Jaszi*, *Duke L.J.* 40 (1991), 455; *Ortland*, „Genie“, in: Barck u.a., *Ästhetische Grundbegriffe II*, 681 ff.

<sup>4</sup> Etwa *Schuster*, *Das Urheberrecht der Tonkunst*, 7; *Osterrieth*, *UFITA* 131 (1996) [1895], 171, 249; *Gieseke*, *Vom Privileg zum Urheberrecht*, 1.

<sup>5</sup> Zum musikalischen Werkbegriff grundlegend *Goehr*, *The Imaginary Museum of Musical Works*, 1992, 120 ff. Ferner *Jaszi*, *Duke L.J.* 40 (1991), 455, 471-480; *Kawohl/Kretschmer*, *Intellectual Property Quarterly* 2 (2003), 209, 221 ff.; *Barron*, *Social & Legal Studies* 15 (2006), 101; *Bracha*, *Owning Ideas*;

artefaktbasierte Betrachtungsweise, bei der zwar allgemein von Büchern, Schriften, Maschinen usw. die Rede war, womit aber nicht ein abstraktes Objekt, sondern eine Vielzahl roher Artefakte gemeint war, die wir heute als sekundäre „Verkörperungen“ des immateriellen Werkes betrachten.<sup>6</sup> Das juristische Pendant dieses früheren Wirklichkeitsverständnisses war das Privileg. Es wird von der inzwischen ganz herrschenden Meinung unter Rechtshistorikern als qualitativ anderes Rechtsinstitut eingeordnet als das „geistige Eigentum“.<sup>7</sup> Auch dieser Rechtsbegriff lässt sich nicht weiter als bis in das späte 18. Jahrhundert zurückverfolgen.<sup>8</sup> Und in der Tat ist das Eine nicht ohne das Andere zu haben. Vor der Herausbildung des abstrakten („geistigen“) Werk- und Erfindungsbegriffs war es schlicht und ergreifend undenkbar, den Eigentumsbegriff auf etwas anderes als körperliche Gegenstände anzuwenden: ohne Objekt kein Eigentum.<sup>9</sup>

- 3 Unternimmt man den Versuch, das Urheberrecht ausgehend von seiner – so die Hypothese – vorgestellten Wirklichkeit zu historisieren, stößt man wiederum auf Vorbedingungen, die das juristische Reden und Denken in Kategorien eines abstrakt-unkörperlichen Werks möglich gemacht haben. Aus den zahlreichen, miteinander in

---

*ders.*, Yale L.J. 118 (2008), 186, 238; *Toynbee*, Music, Social & Legal Studies 15 (2006), 77, 82; *Rose*, Authors and Owners, 6; *Woodmannsee*, The Author, Art and the Market, 39; *Edelman*, in: Edelman/Heinich, L'art en conflicts, 102, 120-1; *Pila*, Modern L. Rev. 71 (2008), 535, 556 („The history of the copyright system has been described as a history of the law's struggle to come to grips with the subject matter it protects.“); *Sherman/Bently*, The Making of Modern Intellectual Property Law, 47 m.w.N. aus der britischen Diskussion des 18. Jahrhunderts („In its pre-modern form, the intangible (as distinct from the areas of law which granted property rights in mental labour) was thought of not as a thing but more as something which was done: or, as it was described at the time, a form of action or performance.“); *Bosse*, Autorschaft als Werkherrschaft, 7 ff.; *Thierse*, Weimarer Beiträge 36 (1990), 240, 246; *ders.*, Zeitschrift für Germanistik 6 (1985), 441 f.; *Hesse*, Daedalus 131 (2002), 26 ff.; inzident auch *E. Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 11 (die Vergeistigung des Gegenstandsbegriffs habe „sich vollzogen, seitdem man zu unterscheiden gelernt hat zwischen den Werkstücken, die als Sachkörper Gegenstand des Eigentums sind, und dem Werk, das als unkörperliches Gut Gegenstand des Urheberrechts ist); *Wadle*, in: *ders.*, Beiträge zur Geschichte des Urheberrechts, 11, 18 („Die Neubewertung der schöpferischen Kraft der Autoren basierte letztlich auf der Trennung von Werk und Werkstück und ermöglichte eine deutliche Scheidung der Interessen des Werkschöpfers einerseits und des Werkverwerters andererseits.“).

<sup>6</sup> Zu dieser Begrifflichkeit und Ontologie näher *Peukert*, Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts, 2018, 39 ff.

<sup>7</sup> Vgl. *Wadle*, in: *ders.*, Geistiges Eigentum I, 119 ff. m.w.N.; *ders.*, in: *ders.*, Beiträge zur Geschichte des Urheberrechts, 29, 33 (die Sattelzeit um 1800 als Zeit der Herausbildung des modernen Urheberrechts); *Klippel*, ZGE/IPJ 7 (2015), 49, 55 ff. m.w.N.; *May*, Prometheus 20 (2002), 159, 161; *Galvez-Behar*, La république des inventeurs, 21 ff.; *Renouard*, Traité des droits d'auteur, 5.

<sup>8</sup> Zur Geschichte des Begriffs „geistiges Eigentum“ *Bosse*, Autorschaft als Werkherrschaft, 7; *Gieseke*, Vom Privileg zum Urheberrecht, 115 ff.; *Pahlow*, Geistiges Eigentum, in: HRG I, Sp. 2010 ff. Die Begriffe Urheber- und Patentrecht stammen sogar erst aus dem 19. Jahrhundert; vgl. *Köbler*, FS Wadle, 499, 519, 523.

<sup>9</sup> *Hesse*, Daedalus 131 (2002), 26 ff. („The prevailing theories of knowledge and of political legitimacy made such rights inconceivable.“).

komplexer Weise verwobenen Umständen, die zur Herausbildung der exzentrischen, von einem britischen Richter noch im Jahre 1769 als „wild“ qualifizierten<sup>10</sup> Idee unkörperlicher Objekte beigetragen haben, ragen drei als besonders bedeutsam heraus:<sup>11</sup>

## I. Neue Technologien

- 4 Der maßgebliche Impuls, mit dem wir unsere Geschichte der Vorbedingungen des Urheberrechts und seines Rechtsobjekts beginnen lassen, ging vom technischen Fortschritt aus (der selbstverständlich seinerseits Entstehungsvoraussetzungen hatte, usw.). Auf einer recht allgemeinen Ebene ist weithin anerkannt, dass das Urheberrecht als Reaktion auf die Erfindung und Verbreitung von Reproduktionstechnologien begriffen werden kann.<sup>12</sup> Doch lässt sich dieser Befund präzisieren:
- 5 Die Rede von Mnemo- bzw. Gedächtnistechniken belegt, dass bereits das menschliche Erinnerungsvermögen sowie sein Training in diesen Zusammenhang gehören. Mit ihnen sind Menschen in der Lage, Mitteilungen zu reproduzieren, die auch allgemein bezeichnet werden, z.B. mit dem Namen eines oral tradierten Mythos. Da die Reproduktion aber im menschlichen Körper stattfindet, werden diese Techniken bis heute primär als menschliche Aktivität wahrgenommen. Schon dies hindert die Entstehung einer Objektidee.<sup>13</sup> Parallel dazu fehlt aus juristischer Sicht ein Regulierungsbedürfnis, das wie das (geistige) Eigentum einen spezifischen Objektbezug aufweist.<sup>14</sup> Es genügt zu regeln, wer etwas wissen und mitteilen darf.
- 6 Schon näher rückt die abstrakte Objektidee, wenn dieses „Etwas“ in Schriftzeichen bzw. Schriften niedergelegt und diese – wie auch andere Artefakte – händisch kopiert werden können.<sup>15</sup> Denn dann gibt es nicht nur eine allgemeine Bezeichnung etwa für

---

<sup>10</sup> *Millar v Taylor* (1769) 4 Burrow 2303, 2357 (Yates, J.); dazu *Sherman/Bently*, *The Making of Modern Intellectual Property Law*, 19 ff.

<sup>11</sup> Die folgenden Ausführungen beruhen auf Exzerpten aus *Peukert*, *Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts*, 2018, 74 ff.

<sup>12</sup> Statt aller *Zech*, *Information als Schutzgegenstand*, 167 ff.; ferner *Sherman/Wiseman*, *Copyright and the Challenge of the New*, passim.

<sup>13</sup> Zu oralen Gesellschaften *Ong*, *Orality and Literacy*, 32 (mit Hinweis darauf, dass das hebräische Wort „dabar“ zugleich „Wort“ als auch „Ereignis“ bedeute), 42 f.

<sup>14</sup> Dazu *Rognstad*, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 129 (2016), 518 ff.

<sup>15</sup> Zur Erfindung und Bedeutung von Schrift vgl. *Ong*, *Orality and Literacy*, 77 ff. (die Erfindung der Schrift habe einen „kontext-freien“, „autonomen“ Diskurs ermöglicht); zur Bedeutung der Entwicklung des phonetischen Alphabets a.a.O., 90 („The alphabet ... has lost all connection with things as things. It represents sound itself as a thing, transforming the evanescent world of sound to the quiescent, quasi-

einen Mythos oder ein Werkzeug, sondern mehrere konkrete Objekte, die es zu benennen und dadurch zu ordnen gilt. Durch das Speichermedium Schrift steigen sowohl die Zahl origineller Erst-Artefakte als auch die Zahl ihrer Kopien rasant an, weil nicht mehr alles vom begrenzten Erinnerungsvermögen einzelner Menschen abhängt. Es gibt dann nicht mehr nur einen Mythos, sondern viele Tragödien und hierauf aufbauend eine neue abstrakte Ebene, nämlich den idealen Typ einer Tragödie.<sup>16</sup> Dieser Typus nimmt in der Poetik des *Aristoteles* bereits die objekthafte Gestalt einer geschlossenen Einheit mit einem Anfang, einer Mitte und einem Ende ein.<sup>17</sup>

- 7 Zugleich fällt auf, dass antike und mittelalterliche Schriften in der Regel keinen vom Verfasser gewählten Titel trugen, der zum Signifikanten für ein abstraktes Objekt hätte avancieren können.<sup>18</sup> Ohnehin ist weder aus der Antike noch aus dem Mittelalter ein Urheber- oder Patentrecht im heutigen Sinne überliefert.<sup>19</sup> Das liegt, wie zu zeigen sein wird, nicht nur daran, dass es zu diesen Zeiten am Innovationsgedanken und an einer Marktwirtschaft fehlte.<sup>20</sup> Für die Ausbildung des Urheberrechts in seiner heutigen Form mangelte es bereits an Reproduktionstechnologien, die ein spezielles Regulierungsbedürfnis auslösten, auf das zu späteren Zeiten mit Privilegien und schließlich mit Immaterialgüterrechten reagiert wurde. Die Zahl derjenigen, die schreiben konnten, war verhältnismäßig klein.<sup>21</sup> Sowohl der Einsatz dieser Technik wie auch anderer Handwerkstechniken ließen sich wirksam durch die Regulierung des Zugangs zum Erwerb bzw. zur Ausübung dieser Fähigkeiten kontrollieren. Der anspruchsvollen Konzeption eines Eigentums an einem abstrakt-unkörperlichen Objekt bedurfte es hierfür nicht.

---

permanent world of space.“); *McLuhan*, Gutenberg Galaxy, 183 ff.; *Luhmann*, Gesellschaft der Gesellschaft, 249 ff.; *N. Hartmann*, Das Problem des geistigen Seins, 1949, 414 f.; ferner *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 169.

<sup>16</sup> Zu unterschiedlichen Graden abstrakten Sprechens und Denkens in oralen Gesellschaften und Schriftkulturen *Ong*, Orality and Literacy, 49 m.w.N.

<sup>17</sup> *Aristoteles*, Poetik, 12; *Thierse*, Weimarer Beiträge 36 (1990), 240, 245, 247; *Pudelek*, „Werk“, in: Barck u.a., Ästhetische Grundbegriffe VI, 530. Entsprechend zur Aufwertung des Notentextes vom reinen Hilfsmittel der Musik zum primären Repräsentanten des opus *Pudelek*, „Werk“, in: Barck u.a., Ästhetische Grundbegriffe VI, 557. Noch eine Schicht tiefer reicht Ongs Behauptung, bereits die Ideenlehre Platons sei eine Folge der durch Schrift ermöglichten Abstraktionen und zugleich eine Abkehr von oralen, handlungsbasierten Denkweisen; vgl. *Ong*, Orality and Literacy, 79 f. m.w.N.

<sup>18</sup> *Rothe*, Der literarische Titel, 34 f.; *Ong*, Orality and Literacy, 123.

<sup>19</sup> *Gieseke*, Vom Privileg zum Urheberrecht, 3 (die Bedeutung des Geisteswerkes sei im Prinzip erkannt gewesen, zur rechtlichen Anerkennung vom Manuskriptmaterial unabhängiger Rechtsobjekte aber sei es nicht gekommen).

<sup>20</sup> Unten II und III.

<sup>21</sup> *Houston*, Literacy, 1.

- 8 Diese Situation änderte sich erst an der Schwelle zur frühen Neuzeit, als Maschinen erfunden wurden, die menschliche Arbeitskraft in größerem Umfang ersetzen und zugleich nachgebaut werden konnten. Nunmehr genügte es aus wirtschaftspolitischer Sicht nicht mehr, nur die besonders befähigten Handwerker zu kontrollieren. Zusätzlich bzw. präziser musste geregelt werden, wer z.B. die „Kunst“ der Entwässerung von Bergwerken in Böhmen „machen“,<sup>22</sup> Windmühlen<sup>23</sup> errichten und nicht zuletzt Bücher drucken darf bzw. soll.<sup>24</sup> Beim Buchdruck, aber auch beim Kupferstich und vergleichbaren Technologien kam hinzu, dass ihr Sinn und Zweck gerade darin bestand, massenhaft Artefakte zu (re)produzieren. Dadurch potenzierte sich die Zahl der allgemeinen Artefaktbezeichnungen exponentiell. Neben den Werkzeugen und Maschinen, die ihrerseits – wenn auch mit einigem Aufwand – nachgebaut werden konnten, wurden nun in immer größerer Geschwindigkeit immer größere Zahlen unterschiedlicher Grafiken, Bücher und Schriften hergestellt. All diese wiederum reproduzierbaren Artefakte mussten voneinander unterschieden und hierzu mit speziellen Titeln versehen werden. Diese allgemeinen Bezeichnungen wiederum fanden in Privilegien Verwendung, die die Herstellung und weitere Nutzung der Reproduktionstechnologien sowie ihrer Erzeugnisse regulierten.
- 9 Wie groß der Einfluss dieser technologischen Entwicklungen und ihrer sprachlichen Verarbeitung auf die Herausbildung der Idee des abstrakten Werks ist, lässt sich am zeitlichen Zusammenhang zwischen der Erfindung einer Reproduktionstechnologie und der Anerkennung ihres Outputs als eines eigentumsfähigen Immaterialguts ermessen. Druckschriften waren seit dem 15. Jahrhundert Gegenstand von Privilegien und stets der prominenteste und häufig auch erste Anwendungsfall des frühen Urheberrechts. Noch heute stehen sie an der Spitze der in § 2 Abs. 1 UrhG aufgelisteten Werkkategorien. Die in § 2 Abs. 1 Nr. 2 aufgeführten „Werke der Musik“ haben diesen abstrakten Status erst nach den Sprachwerken erlangt, weil Musik noch im 18. Jahrhundert primär als ephemeres Ereignis des Musizierens und Hörens aufgefasst wurde. Diese Wahrnehmung änderte sich erst unter dem Eindruck des

---

<sup>22</sup> *Silberstein*, Erfindungsschutz und merkantilistische Gewerbeprivilegien, 43 f., 56.

<sup>23</sup> Zu einem venezianischen Privileg zur Errichtung von Windmühlen aus dem Jahr 1332 *May*, *Prometheus* 20 (2002), 159, 174.

<sup>24</sup> Zum Buchdruck *Eisenstein*, *The Printing Revolution*; *Ong*, *Orality and Literacy*, 116 („Print suggests that words are things far more than writing ever did.“); *McLuhan*, *Gutenberg Galaxy*, 237 ff. Zur Verbesserung der Papierherstellung im späten 18. Jahrhundert *Bosse*, *Autorschaft als Werkherrschaft*, 124.

massenhaften Drucks von Notenblättern in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts.<sup>25</sup> Was wir heute unter den Begriff der bildenden Kunst subsumieren, konnte zwar seit jeher händisch und seit dem 15. Jahrhundert auch drucktechnisch kopiert werden, was bereits in der Renaissance die Frage nach dem Status des Originals und seines Erzeugers aufwarf.<sup>26</sup> Die massenhafte, originalgetreue Vervielfältigung von Gemälden und Plastiken aber ließ noch lange auf sich warten, und noch heute unterscheidet die Kunsttheorie parallel zu vorhandenen bzw. nicht vorhandenen Kopiertechniken zwischen autographischen und allographischen Kunstwerken, also solchen, bei denen jede korrekte Kopie (z.B. eines Fotos) oder aber nur ein ganz bestimmtes Artefakt (z.B. das originale Ölgemälde) als Exemplar des Werkes *gilt*.<sup>27</sup> Der Umstand, dass bildende Kunst im 18. Jahrhundert anders als die Rede eines Autors bzw. die Ausdrucksform eines Gedankens noch nicht Gegenstand der maschinellen Massenreproduktion war, dürfte auch *Kant* und *Fichte* dazu veranlasst haben, diesen Sektor ausdrücklich von ihren Theorien zur Rechtfertigung von Nachdruckverboten auszunehmen.<sup>28</sup> Der dominante, singuläre Status des Originals stand der Anwendung des abstrakten Werkbegriffs auf den Bereich der bildenden Kunst noch lange Zeit im Wege.<sup>29</sup>

- 10 Der Konnex zwischen der Erfindung von Technologien zur massenhaften (Re)Produktion praktisch ununterscheidbarer Artefakte einerseits und der Herausbildung auf diese Artefakte bezogener Kategorien abstrakter Immaterialgüter andererseits lässt sich an vielen weiteren Beispielen zeigen, die bis in die Gegenwart reichen. Die seit dem späten 19. Jahrhundert bestehende Möglichkeit, Töne und Abbildungen der äußeren Wirklichkeit auf Ton- und Bildträgern zu fixieren und diese zu kopieren, hat eine ganze Reihe neuer Werkarten und „verwandter“ Schutzgegenstände hervorgerufen, nämlich Lichtbild- und Filmwerke, Werke der Tanzkunst, Lichtbilder, Darbietungen ausübender Künstler, Tonträger, Sendesignale

---

<sup>25</sup> *Bach v Longman* (1777), in: Bently/Kretschmer, *Primary Sources on Copyright*; *Kawohl/Kretschmer*, *Intellectual Property Quarterly* 2 (2003), 209, 214 f.; *Barron*, *Social & Legal Studies* 15 (2006), 101, 119; *dies.*, *Social & Legal Studies* 15 (2006), 25, 39 unter Bezugnahme auf Herder (1769); *Kawohl*, in: Sanio/Scheib, *Form – Luxus, Kalkül und Abstinenz*, 136 ff.; *Schuster*, *Das Urheberrecht der Tonkunst*, 16, 21 f. („Mithin ermangelte es bei Musikalien fast immer des Objectes, welches eines Schutzes, nach damaliger Anschauung wenigstens, fähig gewesen wäre.“), 26.

<sup>26</sup> Dazu *Thierse*, *Weimarer Beiträge* 36 (1990), 240, 247.

<sup>27</sup> *Schmücker*, *Was ist Kunst?*, 186 ff. m.w.N., 199.

<sup>28</sup> *Kant*, *Werke* IV, 212, 220 f.; *Fichte*, *UFITA* 106 (1987), 155, 164 f.

<sup>29</sup> *Teilmann-Lock*, *The Object of Copyright*, 120 f. (erst im frühen 20. Jahrhundert habe sich die heute herrschende Vorstellung vom abstrakten Werk der bildenden Kunst im Urheberrecht durchgesetzt).

und Bildträger.<sup>30</sup> All diese Schutzgegenstände fanden erst Eingang in das Recht, nachdem Töne und Bilder zu reproduzierbaren Artefakten geworden waren.<sup>31</sup> Die Digitalisierung hat die Liste der verwandten Schutzrechte um zwei neue Einträge verlängert, nämlich um Datenbanken und jüngst Presseerzeugnisse, die durch gewerbliche Anbieter von Suchmaschinen und äquivalenten Anbietern öffentlich zugänglich gemacht werden.<sup>32</sup>

## II. Von der namenlosen Nachahmung zum genialen Werk

- 11 Die vorgenannten Beispiele belegen, welche Dynamik vom technischen Fortschritt ausgelöst wird. Mit IP-Rechten reagieren Gesetzgeber auf neue Reproduktionstechnologien und diesbezügliche Regulierungsbedürfnisse. Mit dieser Beobachtung wird allerdings keine monokausale Beziehung behauptet. Technologien zur massenhaften Hervorbringung äußerlich identischer bzw. weitestgehend ähnlicher Artefakte sind ein notwendiger, aber kein hinreichender Grund für die Entstehung der Idee des abstrakten Immaterialguts. Allein der Umstand, dass zwischen der Erfindung des Buchdrucks und dem französischen Revolutionsgesetz zum Urheberrecht mehr als dreihundert Jahre vergingen, zeigt, dass es weitere Ursachen für die exzentrische, lange Zeit undenkbbare Vorstellung eines unkörperlichen Kunstwerks und anderer abstrakter Immaterialgüter geben muss.<sup>33</sup>
- 12 Eine weitere, nunmehr sozial-epistemische Voraussetzung für diesen Zug ist die Auffassung, dass Menschen überhaupt etwas Neues schaffen können, statt nur Gottes Plan auszuführen oder die Natur nachzuahmen. Denn erst auf der Grundlage dieser Vorstellung werden neue Artefakte als etwas Erstrebenswertes, als ein „Gut“ wahrgenommen, das rechtlich durch Privilegien und schließlich durch das geistige Eigentum zu schützen ist, und zwar zugunsten des idealtypisch genialen Autors – des säkularen Schöpfers.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> § 2 Abs. 1 Nr. 3, 5 und 6 sowie §§ 72, 73 ff., 85 f., 87, 94 f. UrhG.

<sup>31</sup> Siehe dazu die Beiträge in *Sherman/Wiseman*, Copyright and the Challenge of the New, passim; zur Geschichte der verwandten Schutzrechte auch *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 18. Aufl. 2018, Rn. 672 ff.

<sup>32</sup> §§ 87a ff., 87f ff. UrhG.

<sup>33</sup> So auch *Pohlmann*, Die Frühgeschichte des musikalischen Urheberrechts, 121 f.

<sup>34</sup> *Plumpe*, Archiv für Begriffsgeschichte XXIII (1979), 175 ff.



13 Der Antike war solches Denken fremd. Erfindungsreichtum bei der Lösung von Problemen oder bei der Verbesserung der Kriegstechnik wurde zwar geschätzt. Männer mit solchen Fähigkeiten wurden ingeniosus (πολύμητις) genannt.<sup>35</sup> Doch wurden ihre Leistungen letztlich nicht der Originalität, Kreativität usw. des betreffenden Akteurs zugeschrieben. Alle technisch-ästhetischen Leistungen hatten stets nur einen verweisenden Sinn, keinen ihnen eigenen Aussage- und Wahrheitsgehalt.<sup>36</sup> Das gilt für das alte Ägypten<sup>37</sup> ebenso wie für das antike Griechenland, wo *Aristoteles* zwar die Tragödie als ein Ganzes definierte (s.o.), aber zugleich festhielt, dass

„[e]pische und tragische Dichtung also, außerdem die Komödie, die Dithyrambendichtung und der größte Teil der Kunst des Aulos- und Kitharspiels ... grundsätzlich alle Nachahmungen [sind]. ... Sofern der Dichter etwas nachahmt – genauso wie ein Maler oder ein anderer bildender Künstler –, hat er genau drei (mögliche Arten von Gegenständen), von denen er immer eine bestimmte wählen muss: entweder er stellt etwas so dar, wie es war oder ist, oder so, wie man sagt und meint (, dass es ist), oder so, wie es sein müsste.“<sup>38</sup>

14 In dieser Welt schöpft der Mensch nicht „ex nihilo“. In ihm und durch ihn sind andere Kräfte am Werk, die bewirken, dass die Natur nachgeahmt oder der Wahrheit des ewigen Ideenreiches Ausdruck verliehen wird.<sup>39</sup> „Die Möglichkeit, am Kunstwerk etwas nur da Aufgehendes zu erfahren, ist noch ungedacht, das Werk ist noch kein Medium der Selbsterkenntnis und Selbstbestätigung des Menschen.“<sup>40</sup> Es ist eingebunden in ein schicksalhaftes Wirken des Menschen, in eine Gesellschaftsordnung, die keine vom Menschen ausgehende Innovation kennt.

15 Diese Ordnung des Denkens und der Dinge beginnt sich erst im späten Mittelalter zu ändern.<sup>41</sup> Im frühen 15. Jahrhundert sieht *Nikolaus von Kues* selbst in den recht

---

<sup>35</sup> *Grimm/Grimm*, Deutsches Wörterbuch, Bd. 3, Sp. 800; *Puddelek*, „Werk“, in: Barck u.a., Ästhetische Grundbegriffe VI, 536; *Ortland*, „Genie“, in: Barck u.a., Ästhetische Grundbegriffe II, 664.

<sup>36</sup> *Blumenberg*, in: ders., Ästhetische und metaphrologische Schriften, 9, 27; *Thierse*, Weimarer Beiträge 36 (1990), 240, 244. Zum Eigentum in diesem Sinne *Menke*, Kritik der Rechte, 40 ff.

<sup>37</sup> *Pottage/Sherman*, Figures of Invention, 25 mit Fn. 24.

<sup>38</sup> *Aristoteles*, Poetik, 3, 36 f.

<sup>39</sup> *Ortland*, „Genie“, in: Barck u.a., Ästhetische Grundbegriffe II, 665 ff. m.w.N.

<sup>40</sup> *Blumenberg*, in: ders., Ästhetische und metaphrologische Schriften, 9, 27.

<sup>41</sup> *Gieseke*, Vom Privileg zum Urheberrecht, 10 (seit dem 13. Jahrhundert hätten einzelne Sänger ein Bewusstsein ihrer Urheberschaft entwickelt).

profanen Produkten eines Löffelmachers etwas in der Natur nicht vorgegebenes Neues.<sup>42</sup> Im 16. Jahrhundert werden Analogien von Gott und Künstler häufiger;<sup>43</sup> besonders erfolgreiche Akteure wie *Dürer* signieren ihre Werke und fordern, man dürfe sich „*alieni laboris et ingenii*“ nicht unautorisiert aneignen;<sup>44</sup> die Rede vom schöpferischen „Genie“ beginnt das mittelalterliche Ingenium zu verdrängen;<sup>45</sup> und Autoren erhalten Privilegien für die von Ihnen verfassten Schriften.<sup>46</sup>

- 16 Trotzdem hat sich *Pohlmanns* Lesart dieser Ereignisse, wonach das Urheberrecht ein Kind der Renaissance sei, nicht durchsetzen können.<sup>47</sup> Das liegt nicht nur am umstrittenen historischen Befund, wie häufig Autorenprivilegien im Vergleich zu Verlegerprivilegien waren und ob nicht auch sie im Kontext von Zensur und absolutistischer Wirtschaftskontrolle gelesen werden müssen.<sup>48</sup> Entscheidend ist vielmehr die Erkenntnis, dass es nicht genügt, nur auf den Status des innovativ oder kreativ Tätigen zu blicken. Vielmehr muss darüber hinaus gefragt werden, ob im 16. Jahrhundert auch die Idee des abstrakten Werks vorhanden war, das als Objekt für sich selbst besteht und aus sich selbst heraus verständlich ist.
- 17 Das aber ist nicht der Fall. Selbst in den Künstlerbiographien des *Giorgio Vasari* bildet die göttliche Inspiration die Quelle des genialen Schaffens.<sup>49</sup> Die Wiedergeburt (sic!) des antiken Denkens ist auch eine Wiederkehr des Gedankens der Nachahmung, gegen die sich das Konzept des authentisch-schöpferischen Menschen erst langsam und mühsam durchsetzen musste.<sup>50</sup> Die „*musica poetica*“ des 16. Jahrhunderts beispielsweise übertrug die aristotelische Konzeption einer abgeschlossenen und

---

<sup>42</sup> Vgl. *Blumenberg*, in: ders., *Ästhetische und metaphrologische Schriften*, 9, 13 f. (von hier aus sei bis zum modernen industrial design kein Sprung mehr nötig).

<sup>43</sup> *Blumenberg*, in: ders., *Ästhetische und metaphrologische Schriften*, 9, 13 f. (Nikolaus von Kues); zur Rolle des Buchdrucks in diesem Zusammenhang *McLuhan*, *Gutenberg Galaxy*, 177 ff.

<sup>44</sup> *Gieseke*, *Vom Privileg zum Urheberrecht*, 28 f.; *Pudelek*, „Werk“, in: Barck u.a., *Ästhetische Grundbegriffe VI*, 538.

<sup>45</sup> *Ortland*, „Genie“, in: Barck u.a., *Ästhetische Grundbegriffe II*, 664; *Pudelek*, „Werk“, in: Barck u.a., *Ästhetische Grundbegriffe VI*, 545.

<sup>46</sup> *Pohlmann*, *Die Frühgeschichte des musikalischen Urheberrechts*, 192 f. mit Abdruck des Privilegs für Hans Neusidler v. 15.5.1535 a.a.O., 263.

<sup>47</sup> Siehe *Pohlmann*, *Die Frühgeschichte des musikalischen Urheberrechts*, 19.

<sup>48</sup> Vgl. *Schuster*, *Das Urheberrecht der Tonkunst*, 10 f.

<sup>49</sup> *Ortland*, „Genie“, in: Barck u.a., *Ästhetische Grundbegriffe II*, 671 ff..

<sup>50</sup> *Blumenberg*, in: ders., *Ästhetische und metaphrologische Schriften*, 9, 16 ff. m.w.N.

nachahmenden Tragödie auf den Bereich der Musik.<sup>51</sup> Noch die französische Barockmusik des 17. Jahrhunderts folgt festen Komponierregeln.<sup>52</sup>

- 18 Erst mit der völligen Zersetzung der Mimesis-Idee im 18. Jahrhundert soll das Kunstwerk nicht mehr nur etwas anderes nachahmen bzw. bedeuten, sondern etwas Eigenständiges *sein* – womit es schließlich einen ontologischen Selbststand erlangt.<sup>53</sup> Dieser Vorgang verläuft parallel zur Herausbildung der romantischen Vorstellung vom Autor, der ein Original schafft, als dessen natürlicher Eigentümer er gilt.<sup>54</sup> Der Schriftsteller gilt sogar als befähigt, Fantasiewelten zu schaffen, die nichts Existentes imitieren.<sup>55</sup> Was das Genie schafft, gilt per definitionem als unnachahmlich, also kann das Werk des Genies keine Nachahmung sein.<sup>56</sup> Wenn aber göttliche, natürliche oder sonst externe normative Vorgaben wegfallen, was ein Kunst- oder Schriftwerk auszeichnet, kann der Sinn dieser Originale nur in ihnen selbst begründet sein.<sup>57</sup>
- 19 In England ist es insbesondere *Edward Young*, der diese radikale Konsequenz zieht und das Werk aus allen Bindungen löst. In seiner Schrift „On lyric property“ aus dem Jahre 1728 heißt es, der Autor habe nach einer Perfektion „im“ Werk zu streben, das als Werk eines Genius nur gelten könne, wenn es „original“ sei.<sup>58</sup> Trotz anders gearteter politischer und ökonomischer Rahmenbedingungen wurden im kulturell führenden Frankreich des *age classique* ganz ähnliche Töne angeschlagen. Rund um die zahlreichen Akademien für Sprache, Malerei und Bildhauerei, Musik und Tanz etablierte sich in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts ein Diskurs über Merkmale eines „*ouvrage excellent*“, die nicht von außen an das Werk herangetragen wurden.<sup>59</sup> Während im Deutschland dieser Zeit noch ständische Dichter Regelpoetik betrieben

---

<sup>51</sup> Zu Listenius' „*musica*“ aus dem Jahr 1533 *Thierse*, Weimarer Beiträge 36 (1990), 240, 248 ff.

<sup>52</sup> *Wetzel*, „Autor/Künstler“, in: Barck u.a., *Ästhetische Grundbegriffe* I, 480, 509 f.

<sup>53</sup> *Blumenberg*, in: *ders.*, *Ästhetische und metaphrologische Schriften*, 9, 45.

<sup>54</sup> *Haferkorn*, *Archiv für Geschichte des Buchwesens* 5 (1964), 523, 631 ff.; *Ortland*, „Genie“, in: Barck u.a., *Ästhetische Grundbegriffe* II, 681 ff.

<sup>55</sup> *Blumenberg*, in: *ders.*, *Ästhetische und metaphrologische Schriften*, 9, 42.

<sup>56</sup> *Pudelek*, „Werk“, in: Barck u.a., *Ästhetische Grundbegriffe* VI, 545.

<sup>57</sup> *Pudelek*, „Werk“, in: Barck u.a., *Ästhetische Grundbegriffe* VI, 564, mit Hinweis auf das Urheber- und Denkmalschutzrecht; *Ortland*, *DZPhil* 52 (2005), 773, 783 f.; *Rotstein*, 68 *Chicago-Kent L. Rev.* 725, 729 ff. (1993), mit Hinweis auf poststrukturalistische Literaturkritik.

<sup>58</sup> *Young*, in: *ders.*, *Conjectures on original composition*, 56. Zu *Young* und seinem Einfluss auf die deutsche Diskussion auch *Plumpe*, *Archiv für Begriffsgeschichte* XXIII (1979), 175, 188 ff.; *Ortland*, „Genie“, in: Barck u.a., *Ästhetische Grundbegriffe* II, 680 mit Verweis auf *Joseph Addison* 1711.

<sup>59</sup> Zu den französischen Akademien des 17. Jahrhunderts *Kristeller*, *Journal of the History of Ideas* 12 (1951), 496, 521 ff.; *Höffner*, *Geschichte und Wesen des Urheberrechts* I, 251 ff.

und ihren Mäzenen mit Erbaulichem zu gefallen trachteten,<sup>60</sup> legte *Heinrich Christoph Koch* 1728 den „Versuch einer Anleitung zur Composition“ vor, in dem er für die Musik mit der aristotelischen Poetik brach und musikalische Poesie im „inneren Charakter“, im „Geist der Tonstücke“ suchte, die wiederum den schöpferischen Geist des Genies reflektierten.<sup>61</sup>

- 20 Eine umfassende Theorie zu diesen Ansätzen legte schließlich *Karl Philipp Moritz* 1785 mit seinem „Versuch einer Vereinigung aller schönen Künste und Wissenschaften unter dem Begriff des in sich selbst Vollendeten“ vor.<sup>62</sup> Für *Moritz* war es bereits eine historische Tatsache, dass „[m]an ... den Grundsatz von der Nachahmung der Natur als den Hauptendzweck der schönen Künste verworfen und ihn dem Zweck des Vergnügens untergeordnet... hat.“ Während der „nützliche Gegenstand“ als Ergebnis der „mechanischen“ Künste nichts in sich Ganzes oder Vollendetes darstelle, sondern stets auf einen Verwendungszweck hin geschaffen werde, verhalte es sich bei den „schönen“ Künsten anders. Deren Ergebnisse seien als etwas „in sich selbst Vollendetes, das also in sich ein Ganzes ausmacht und mir um sein selbst willen Vergnügen gewährt“, zu begreifen. Das Schöne habe „seinen Zweck nicht außer sich“ und sei „nicht wegen der Vollkommenheit von etwas anderm, sondern wegen seiner eigenen innern Vollkommenheit“, seiner „inneren Zweckmäßigkeit“ da. „*Der Gegenstand muß etwas in sich selbst Vollendetes sein.*“<sup>63</sup> Oder in den Worten *Friedrich Schlegels*: „Gebildet ist ein Werk, wenn es überall scharf begrenzt, innerhalb der Gränzen aber gränzenlos und unerschöpflich ist, wenn es sich selbst ganz treu, überall gleich, und doch über sich selbst erhaben ist.“<sup>64</sup> Die einzigen Kriterien, an denen solch „reine“ Kunst noch gemessen werden darf (!), werden im autonomen Kunstsystem generiert.<sup>65</sup>

---

<sup>60</sup> *Haferkorn*, Archiv für Geschichte des Buchwesens 5 (1964), 523 ff., insbes. 651 ff.

<sup>61</sup> *Thierse*, Weimarer Beiträge 36 (1990), 240, 251. Zur Herausbildung des abstrakten Musikwerkbegriffs *Goehr*, The Imaginary Museum of Musical Works, 1992, 120 ff.; ferner *Barron*, Social & Legal Studies 15 (2006), 25, 40.

<sup>62</sup> *Moritz*, in: Jahn, Karl Philipp Moritz: Werke in zwei Bänden, Band 1, 202 f.; dazu *Pudelek*, „Werk“, in: Barck u.a., Ästhetische Grundbegriffe VI, 531; *Fontius*, in: Klotz/Schröder/Weber, Literatur im Epochenbruch, 409, 417 ff.; *Thierse*, Weimarer Beiträge 36 (1990), 240, 252, 254 ff. („das Entstehungsdokument der deutschen Werkästhetik“, Hervorh. im Original).

<sup>63</sup> *Moritz*, in: Jahn, Karl Philipp Moritz: Werke in zwei Bänden, Band 1, 203.

<sup>64</sup> Zitiert nach *Kölbel*, Text. Kritische Beiträge 10 (2005), 27, 38.

<sup>65</sup> *Luhmann*, Kunst der Gesellschaft, 268 f., 438 f.; *Kristeller*, Journal of the History of Ideas 12 (1951), 496 ff.

- 21 Die Entkopplung des Kunstwerks von allen kunstexternen Vorgaben hat weitreichende Konsequenzen. Anders als in der aristotelischen Poetik ist es nunmehr das Werk selbst, das bei der Aufführung und beim Druck Werktreue verlangt. Das Werk setzt die Standards seiner Realisierung selbst. Zugleich können potentiell fehlerhafte Aufführungen, Bücher oder Notenblätter das Werk niemals vollständig repräsentieren. „Das“ Werk ist in diesen Exemplaren vielmehr nur akzidentiell verkörpert und existiert hiervon unabhängig.<sup>66</sup> Das zu einem strukturellen Ganzen kristallisierte, zunehmend mit einem unterscheidungskräftigen Werktitel versehene<sup>67</sup> und zugleich rein ideale Werk nimmt sogar eine Art Eigenleben an. Es gilt als „geistiges Kind“, als objektivierter Ausdruck der Persönlichkeit des Autors, das wie jene den Schutz des Gesetzes verdient.<sup>68</sup>
- 22 Erneut gilt es, diese zweite Bedingung der Möglichkeit der Idee des abstrakten Immaterialguts in einen Kontext zu stellen. Dieser Kontext wird von technologischen Entwicklungen und wirtschaftlichen Umwälzungen gebildet. Die antiken und mittelalterlichen Vorgaben für künstlerisches Schaffen waren unmittelbar mit dem Mäzenatentum als dominanter Form der Finanzierung schriftstellerischer und künstlerischer Tätigkeit verwoben. An die Stelle der vom Mäzen in Übereinstimmung mit der gesellschaftlichen Praxis formulierten Vorgaben für eine Auftragsarbeit trat – zuerst in England – zunehmend der Geschmack des anonymen Publikums, das über Erfolg oder Misserfolg entschied. Künstler wie *Young* und *Moritz*, die ihr Schaffen nicht allein am Markterfolg messen lassen wollten, mussten mithin neue, von ihnen selbst formulierte und an Ihresgleichen adressierte Kriterien für „gute“ Kunst aufstellen.<sup>69</sup> Die Ironie der Geschichte ist, dass sie mit ihrem romantisch-emphatischen Werkbegriff überhaupt erst die konzeptionelle Grundlage für das eigentumsfähige und damit marktgängige Objekt schufen. Die romantische Zurückweisung aller überkommenen Bewertungskriterien von Kunst und Literatur eröffnete der Marktlogik Tür und Tor.<sup>70</sup>

---

<sup>66</sup> Zur Musik *Goehr*, *The Imaginary Museum of Musical Works*, 1992, 106-119 und 205-242.

<sup>67</sup> *Rothe*, *Der literarische Titel*, 17, 31 f. (unterscheidungskräftige Werktitel seit dem 18. Jahrhundert üblich); *Vogt*, *Untitled*, 7 (unterscheidungskräftige Werktitel in der bildenden Kunst erst seit 1850 üblich).

<sup>68</sup> Vgl. *Schuster*, *Das Urheberrecht der Tonkunst*, 79 (Werkteile als „Embryonen“); *Elster*, *RabelsZ* 6 (1932), 903, 915 (der Schaffende bleibe in seinem Werk kristallisiert); *A. Troller*, *UFITA* 50 (1967), 385, 409 („Das ästhetische Werk ist eine selbständige Individualität.“).

<sup>69</sup> *Wetzel*, „Autor/Künstler“, in: *Barck u.a.*, *Ästhetische Grundbegriffe I*, 480, 510 ff., 512; *Haferkorn*, *Archiv für Geschichte des Buchwesens* 5 (1964), 523, 563.

<sup>70</sup> *Bourdieu*, *Market of Symbolic Goods*, 1 ff.

### III. Von der dirigistischen Regelung des Wirtschaftens zur Marktwirtschaft

23 Generell hat die Umstellung der Ordnung der Wirtschaft von einer inhaltlich-planerischen Steuerung durch Zünfte, Gilden, die Kirche und feudale Herrscher auf eine dezentral-anonyme Marktwirtschaft entscheidend zur Herausbildung der Idee des abstrakt-unkörperlichen Werkes beigetragen. Neben dem technologischen Fortschritt und der positiven Konnotation des Neuen und Originalen stellt mit anderen Worten *der Markt* die dritte Bedingung der Möglichkeit dieser sozial-institutionellen Innovation dar.

#### 1. Wirtschaftsregulierung durch Privilegien und andere Regularien

24 Bevor die Entscheidung über den Einsatz von Reproduktionstechnologien an die Marktteilnehmer delegiert wurde, dominierte der Gedanke der zentralen Kontrolle sowohl des Wirtschaftens als auch der sonstigen Kommunikation. Seit der frühen Neuzeit waren die Herrschenden allerdings mit dem Problem konfrontiert, dass sie einerseits nicht dauerhaft auf neue Technologien insbesondere im Bereich der Buch- und Kunstdruckproduktion verzichten konnten und wollten, andererseits aber die Kontrolle über diese machtvollen Technologien behalten wollten.<sup>71</sup>

25 Das juristische Instrument zur Bewältigung dieses Problems war das Privileg. Es erlaubte dem Privilegierten, die betreffende Technik einzusetzen, und untersagte dieses Verhalten zugleich allen anderen. Dadurch ermöglichte das Privileg eine gezielte Steuerung von Wirtschaft und Gesellschaft. Es wurde ein Anreiz zur Einführung bzw. Erfindung neuer Technologien und zur Herstellung reproduzierbarer Artefakte wie z.B. Büchern gesetzt, aber dies nur zugunsten ganz bestimmter, handverlesener Personen oder aus dem Mittelalter hervorgegangener, korporatistischer Organisationen, an die zum Teil die Durchsetzung der mit dem Privileg verbundenen Exklusivrechte delegiert wurde.<sup>72</sup> Hiermit eng verknüpft waren Maßnahmen der Zensur. Denn aus dem Privileg ergab sich, welcher Drucker bzw. Buchhändler unter welchen Voraussetzungen welche Schriften drucken und in Verkehr

---

<sup>71</sup> May, Prometheus 20 (2002), 159, 166, 174.

<sup>72</sup> May, Prometheus 20 (2002), 159, 164.

bringen durfte. Dementsprechend waren es überwiegend diese Unternehmer, nicht aber die Schriftsteller und Künstler, denen Privilegien verliehen wurden.<sup>73</sup>

- 26 Ihrer juristischen Struktur nach waren Privilegien stets auf *Verhaltensweisen* zur Herstellung und weiteren Nutzung *körperlicher Waren* bezogen.<sup>74</sup> Die Allgemeingültigkeit dieser rohen Regelungswirklichkeit von Privilegien beruht darauf, dass in der frühen Neuzeit noch nicht zwischen Technik und Kunst unterschieden wurde; sämtliche Bereiche wirtschaftlicher Aktivität standen unter der Kontrolle und ggf. privilegierenden Regulierung des lokalen Herrschers.<sup>75</sup> Demgemäß nahm die englische Statute of Monopolies von der grundsätzlichen Abschaffung von Monopolrechten nicht nur Privilegien für „any manner of new manufacture“ – also den heute vom Patentrecht erfassten Bereich der technischen Innovation – aus, sondern auch die weiterhin zulässigen Privilegien „for the sole printing of ... Bookes“.<sup>76</sup> Der Bezug auf physische Artefakte und ihre Herstellung bzw. Nutzung ergibt sich ferner aus der typischen Formulierung von Privilegien, dass zugunsten eines Privilegierten das Verbot ausgesprochen wird, eine bestimmte gedruckte Schrift nachzudrucken sowie entsprechende Nachdruckexemplare einzuführen und zu verkaufen.<sup>77</sup> *Nachdrucken* aber bedeutet, dass eine körperliche Vorlage (ein Buch, ein Manuskript) benutzt wird, um nach ihrem Vorbild weitere Exemplare herzustellen. Dieser bis in die Nachdruckdebatten (sic!) des 18. Jahrhunderts gängige, ja dominante Diskurs operiert mit allgemeinen Bezeichnungen für äußerlich identische bzw. ausreichend ähnliche Bücher, Karten usw. Ihm sind Anhaltspunkte für die Vorstellung von abstrakten, unkörperlichen Objekten nicht zu entnehmen. Dass die konkrete Rede- und Betrachtungsweise im 16. Jahrhundert nicht nur technische Juristensprache, sondern

---

<sup>73</sup> Gieseke, Vom Privileg zum Urheberrecht, 39 ff. m.w.N.; Bosse, Autorschaft als Werkherrschaft, 7 („In der ständischen Gesellschaft garantierte der Souverän durch seine Privilegien die Nutzung des Werks – in der modernen Gesellschaft ist der Autor an die Stelle des Königs getreten.“).

<sup>74</sup> Gieseke, Vom Privileg zum Urheberrecht, 72 ff. (Regulierung nach dem Vorbild der Handwerksordnungen); Pohlmann, Die Frühgeschichte des musikalischen Urheberrechts, 192.

<sup>75</sup> Kostylo, Commentary on the Venetian Statute on Industrial Brevets (1474), in: Bently/Kretschmer, Primary Sources on Copyright; May, Prometheus 20 (2002), 159, 169.

<sup>76</sup> Statute of Monopolies, Westminster (1624), in: Bently/Kretschmer, Primary Sources on Copyright.

<sup>77</sup> Gieseke, Vom Privileg zum Urheberrecht, 39 ff.; Hesse, Daedalus 131 (2002), 26 ff.; zu französischen Privilegien vgl. Renouard, Traité des droits d'auteur, 8 ff. In den lateinisch verfassten Privilegien war entsprechend von „libris“ die Rede, vgl. Privileg des Erzbischoffs von Würzburg (1479), in: Bently/Kretschmer, Primary Sources on Copyright.

generell gängig war, bestätigt *Luthers* Klage über den falschen und deshalb irreführenden Nachdruck.<sup>78</sup>

- 27 In Anbetracht der steigenden Zahl neu erscheinender Bücher erwies sich die Praxis des Einzelfallprivilegiums allerdings als zu schwerfällig. An seine Stelle traten im Laufe der Zeit Generalprivilegien für die gesamte Produktion eines Druckers<sup>79</sup> und in den Druck- und Buchhändlerzentren wie Basel, Frankfurt am Main und Nürnberg allgemeine Verordnungen zum Buchdruck. Jene Regularien bezogen sich nicht mehr auf bestimmte Titel, sondern auf alle „Bücher“, die im geographischen Anwendungsbereich der Ordnung gedruckt wurden. Das „Buch“ avancierte so zum dominanten Begriff des Privilegienwesens und des Nachdruckdiskurses,<sup>80</sup> auch wenn abweichende Redeweisen wie in der Nürnberger Buchdruckerordnung von 1673, in der vom Nachdruck „sowol privilegirter als unprivilegirter Materien“ die Rede ist,<sup>81</sup> eine dauernde Unsicherheit darüber signalisierten, was mit „Buch“ gemeint ist. Dies gilt nicht nur für Deutschland, sondern auch für England und Frankreich. Die Ordnungen der in der Stationers‘<sup>82</sup> Company vereinigten Londoner Buchdrucker im 16. und 17. Jahrhundert beziehen sich durchweg auf das Drucken von „books“ und anderen Schriften wie Karten etc.<sup>83</sup> Die französische Buchhandelsordnung aus dem Jahr 1701 besagt in Artikel 1, dass „[q]u’aucans Libraires, Imprimeurs ou autres, ne pourront faire imprimer ou reimprimer ... aucun Livre...“.<sup>84</sup>

## 2. Die Herausbildung von Märkten und die Verdinglichung allen In- und Outputs

- 28 Solange eine solch dirigistische Wirtschaftsordnung vorherrschte, genügte es, die Herstellung und Nutzung reproduzierbarer Artefakte zu regeln. In einer Marktwirtschaft

---

<sup>78</sup> Luther, Warnung an die Drucker (1545), in: Bently/Kretschmer, Primary Sources on Copyright („Aber das mus ich klagen vber den Geitz / Das die geitzigen Wenste vnd reubische Nachdrücker mit vnser Erbeit vntrewlich vmbgehen. Denn weil sie allein jren Geitz suchen / fragen sie wenig darnach / wie recht oder falsch sie es hin nach drücken“).

<sup>79</sup> Gieseke, Vom Privileg zum Urheberrecht, 39, 75 ff.

<sup>80</sup> Vgl. das Register von Schupp, Der Bücherdieb. Gewarnet und ermahnet, Hamburg (1658), in: Bently/Kretschmer, Primary Sources on Copyright.

<sup>81</sup> Nürnberger Druckerordnung (1673), in: Bently/Kretschmer, Primary Sources on Copyright, 6.

<sup>82</sup> Zu den Stationarii, den Handschriftenvermietern an oberitalienischen Universitäten des späten Mittelalters, siehe Gieseke, Vom Privileg zum Urheberrecht, 6.

<sup>83</sup> Zitate bei *Osterrieth*, UFITA 131 (1996) [1895], 171, 175 ff.; ferner *Millar v Taylor* (1769) 4 Burrow 2303, 2314 m.w.N.

<sup>84</sup> French Royal letters patent (1701), in: Bently/Kretschmer, Primary Sources on Copyright, Art. I („That no Bookseller, Printer or other person may cause to be printed or reprinted anywhere in the Kingdom any Book, without having previously obtained permission to do so in Letters bearing the great Seal.“).



hingegen folgt die Wirtschaft vollkommen anderen Gesetzen. Hier existiert gerade keine zentrale Institution, die vorgibt, wer was zu produzieren oder zu konsumieren hat. Stattdessen entscheiden die Marktteilnehmer selbst, was sie anbieten und nachfragen. Um diesen dezentralen Transaktionsmechanismus in Gang zu setzen, müssen alle Ergebnisse menschlicher Tätigkeit, die menschliche Arbeitskraft und jeder sonstige Produktionsfaktor, handelbar sein. Denn nur unter dieser Voraussetzung können alle Bedürfnisse auf dem Markt befriedigt und marktkonforme Einkommen erzielt werden. Folglich geht die Entstehung des Marktes mit einer umfassenden Verdinglichung („Kommodifizierung“) einher. Das heißt, sämtlicher In- und Output wird zur Ware, zu einem „Gut“, an dem fungible Verfügungsrechte bestehen.<sup>85</sup>

- 29 Dieser Prozess war auch im hier interessierenden Bereich – dem Einsatz des Buchdrucks und anderer Reproduktionstechnologien – wirksam.<sup>86</sup> Um diese Wirtschaftssektoren den Marktgesetzen zu unterwerfen, mussten die bisher in Privilegien geregelten *Tätigkeiten* von Verlegern, Schriftstellern, Künstlern usw. in handelbare Objekte („Waren“) verwandelt werden. Die körperlichen Endprodukte der Reproduktionstechnologien (das Buch, der Kupferstich usw.) genügten als Anknüpfungspunkte für diese Kommodifizierung immer weniger. Denn dabei wäre der gesonderte („versunkene“) Aufwand zur Herstellung der ersten Vorlage, des „Master-Artefakts“, unter den Tisch gefallen.<sup>87</sup> Die Sonderstellung dieses originären Inputs wurde umso deutlicher, je effizienter die Reproduktionstechnologien funktionierten und je perfekter und preisgünstiger die Kopien wurden.<sup>88</sup> Zugleich nahm das Bedürfnis nach neuen Artefakten immer weiter zu, je vorherrschender das moderne Epistem der Innovation wurde.<sup>89</sup> Dadurch rückte derjenige, der diese kreative Leistung erbringt – der Urheber – in den Fokus.<sup>90</sup> Der von ihm erbrachte Input an Zeit, Geld und persönlichen Fähigkeiten wird mit dem konkreten Manuskript, das dem Drucker oder Verleger übergeben wird, nicht erfasst. Sein Beitrag ist darin nur *verkörpert*. Er wird verdinglicht zum abstrakten Werk, das als immaterielles Gut auf Märkten gehandelt

---

<sup>85</sup> Siehe *Polanyi*, *The Great Transformation*, 102 ff.

<sup>86</sup> In Bezug auf das Urheberrecht *Peukert*, FS 50 Jahre UrhG, 305 ff.; in Bezug auf das Markenrecht *ders.*, FS Fezer, 405 ff.

<sup>87</sup> Zum Begriff des Master-Artefakts vgl. *Peukert*, Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts, 2018, 61 ff.

<sup>88</sup> *Pottage/Sherman*, *Figures of Invention*, 19 ff.

<sup>89</sup> Dazu *MacLeod*, *Inventing the Industrial Revolution*, 202.

<sup>90</sup> *Kawohl*, Urheberrecht der Musik in Preussen, 41; *Bracha*, *Owning Ideas*, 574 ff.

wird, die wiederum von Märkten für Rohstoffe wie Papier, für Drucker-, Verleger- und Händlerleistungen unabhängig sind.<sup>91</sup>

- 30 Doch vergingen mehrere hundert Jahre, bis der Einsatz der Druckpresse vollständig marktwirtschaftlichen Bedingungen unterworfen war. Bis in das 18. Jahrhundert waren die an dieser Technologie beteiligten Akteure in die ständische Wirtschaftsordnung eingebunden. Drucker operierten juristisch auf der Basis von Privilegien (s.o.) und betrieben ihr vertikal integriertes Geschäft durch den Verkauf der hergestellten Bücher.<sup>92</sup> Schreiber und Komponisten bestritten ihren Lebensunterhalt weit überwiegend aus festen Anstellungen und Honoraren, die sie von feudalen Herrschern und anderen Gönnern erhielten. Auch wenn Kopien ihrer Werke im Umlauf waren, so waren sie nicht auf einen Anteil am hieraus erzielten Umsatz angewiesen.<sup>93</sup> In seltenen Einzelfällen wurden ihnen persönliche Privilegien erteilt.<sup>94</sup> Auf jener juristischen Grundlage gelang es auch den Verlegern, die sich im 16. Jahrhundert in einem arbeitsteiligen Prozess von den Druckern und Buchhändlern abgespalten hatten, ein eigenes, bereits marktbasierendes Auskommen zu finden.<sup>95</sup>
- 31 Dieses in die ständische Gesellschaft eingebettete Wirtschaften begann sich erst im 17. Jahrhundert aufzulösen. An die Stelle des in Patronageverhältnisse eingebundenen Schriftstellers, Komponisten und Künstlers tritt der freischaffende Autor, der seine Werke unter Vermittlung von Verlegern und anderen Intermediären der entstehenden bürgerlichen Öffentlichkeit – dem Publikum – offeriert.<sup>96</sup> Er agiert am Markt für bestimmte Schriften oder Kompositionen im Wettbewerb mit anderen

---

<sup>91</sup> Bosse, Autorschaft als Werkherrschaft, 6 f. („Gedankenkommerz“); Plumpe, Archiv für Begriffsgeschichte XXIII (1979), 175, 192; Haferkorn, Archiv für Geschichte des Buchwesens 5 (1964), 523, 613 ff.; Hesse, Daedalus 131 (2002), 26 ff. Für Nachrichten Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 78.

<sup>92</sup> Kiesel/Münch, Gesellschaft und Literatur im 18. Jahrhundert, 124. Entsprechendes gilt für die Entwicklung und Herstellung anderer Maschinen.

<sup>93</sup> Gieseke, Vom Privileg zum Urheberrecht, 17, 33 f., 55, 70 f. (zu Privilegien des 16. Jahrhunderts), 111 (Kantoren und Kapellmeister); Kiesel/Münch, Gesellschaft und Literatur im 18. Jahrhundert, 144 f.; zu Hofkomponisten Pohlmann, Die Frühgeschichte des musikalischen Urheberrechts, 21 ff.

<sup>94</sup> Schuster, Das Urheberrecht der Tonkunst, 10 f.; Gieseke, Vom Privileg zum Urheberrecht, 110 f.

<sup>95</sup> Vgl. Kiesel/Münch, Gesellschaft und Literatur im 18. Jahrhundert, 124; Gieseke, Vom Privileg zum Urheberrecht, 63, 69.

<sup>96</sup> Zur bildenden Kunst Luhmann, Kunst der Gesellschaft, 262 ff. Zur Literatur Kiesel/Münch, Gesellschaft und Literatur im 18. Jahrhundert, 77 ff.; Fontius, in: Klotz/Schröder/Weber, Literatur im Epochenbruch, 409, 498 ff.; zum Verschwinden von Widmungen in Schriften ab den 1760er Jahren Haferkorn, Archiv für Geschichte des Buchwesens 5 (1964), 523, 619, 634 f. Zur Musik Pohlmann, Die Frühgeschichte des musikalischen Urheberrechts, 136.

Autoren und ist für sein Überleben als Autor darauf angewiesen, ein marktkonformes Einkommen zu erzielen.<sup>97</sup>

- 32 Was aber hat der Schreiber zu verkaufen? Wie kann er sicherstellen, dass er seine versunkenen Kosten in die Abfassung des Manuskripts, die Komposition usw. amortisieren und Gewinne machen kann, mit denen er seine weitere Tätigkeit vorfinanziert? Abgesehen von vorübergehenden Versuchen der Direktvermarktung ohne zwischengeschaltete Verleger<sup>98</sup> war es lange Zeit nur das konkrete Manuskript, die körperliche Sache, die der Autor anzubieten hatte. Transaktionen, bei denen ein Manuskript gegen eine Einmalzahlung ausgetauscht wird, wecken jedoch keinen Gedanken an ein abstraktes Immaterialgut. Noch immer dreht sich alles um rohe Artefakte, die in der einen oder anderen Weise benutzt: beschrieben, bemalt, gedruckt, nachgedruckt, verkauft usw. werden.
- 33 Der Gegenstand der Transaktion und damit auch die Wahrnehmung des Leistungsergebnisses des Autors änderten sich erst, als an die Stelle des einmaligen Manuskriptionorars ein wiederkehrendes Absatzhonorar trat. Denn dann erfolgte die Zahlung des Verlags nicht mehr für den Erwerb des Eigentums an einer körperlichen Sache, sondern für die wiederkehrende Nutzung eines anderen Gutes, das in allen verkauften Exemplaren verkörpert, aber hiervon doch zu unterscheiden war.<sup>99</sup>
- 34 Dieser Perspektivwechsel vom Manuskript auf das abstrakte Werk lässt sich für den deutschen Buchmarkt sogar recht präzise datieren. Er ging nämlich einher mit dem Wechsel von einem korporatistischen Tausch- zu einem entgeltlichen „Nettohandel“, den Leipziger Verleger nach dem Ende des Siebenjährigen Krieges 1764 initiierten.<sup>100</sup> Bis zu diesem Zeitpunkt war der Vertrieb von Büchern in den zahlreichen deutschen Einzelstaaten so organisiert gewesen, dass Verleger ihre Bücher gegen andere

---

<sup>97</sup> Bosse, *Autorschaft als Werkherrschaft*, 82 ff.

<sup>98</sup> Dazu Kiesel/Münch, *Gesellschaft und Literatur im 18. Jahrhundert*, 149 ff.; Haferkorn, *Archiv für Geschichte des Buchwesens* 5 (1964), 523, 643 ff.

<sup>99</sup> Für Theaterautoren in Frankreich im 17. Jahrhundert Gaudrat, *RIDA* 221 (2009), 2, 18. Für Musik und Texte Bosse, *Autorschaft als Werkherrschaft*, 61 ff.; Pohlmann, *Die Frühgeschichte des musikalischen Urheberrechts*, 136 ff.; Schuster, *Das Urheberrecht der Tonkunst*, 23. Für Schriftsteller Haferkorn, *Archiv für Geschichte des Buchwesens* 5 (1964), 523, 631; Becker, 1788, zitiert nach Gieseke, *Vom Privileg zum Urheberrecht*, 174 („Das einzige Mittel, den Geldeswerth eines Buches zu beziehen, ist aber dieses: daß man so viel Exemplare davon absetze, als das Publikum kaufen will.“).

<sup>100</sup> Zum Folgenden Kiesel/Münch, *Gesellschaft und Literatur im 18. Jahrhundert*, 124 ff.; Haferkorn, *Archiv für Geschichte des Buchwesens*, 5 (1964), 523, 633 f.; Gieseke, *Vom Privileg zum Urheberrecht*, 157 f.

eintauschten und dadurch in ihrem jeweiligen Heimatteritorium ein recht umfassendes Repertoire anbieten konnten. Unter diesen Umständen kam es nur vereinzelt zum unautorisierten Nachdruck. Außerdem kam ein Absatzhonorar schon deshalb nicht in Betracht, weil der mit dem Autor kontrahierende Verleger keine Umsätze aus dem Verkauf der im Tausch abgegebenen Exemplare erzielte und die endgültigen Absatzzahlen für diese Bücher auch gar nicht kannte. 1764 aber gingen die Leipziger Verleger plötzlich dazu über, ihre Bücher nur noch gegen Entgelt an andere Verleger bzw. Buchhändler abzugeben. Die Änderung des Geschäftsmodells der führenden Verlage rief zum einen unautorisierte Nachdrucke hervor, die von Verlegern veranstaltet wurden, die sich die Leipziger Preise nicht leisten konnten oder wollten. Zum anderen war es auf dieser geschäftlichen Grundlage erstmals möglich, den vollständig entgeltlichen Absatz zur Berechnung der Autorenvergütung heranzuziehen.

- 35 Für den Bereich der Musik sind parallele Kommodifizierungsprozesse insbesondere von *Lydia Goehr* in ihrer Studie „The Imaginary Museum of Musical Works“ nachgewiesen worden.<sup>101</sup> Hier ereignete sich die entscheidende konzeptionelle Innovation erst im beginnenden 19. Jahrhundert und damit etwas später als in der Literatur. Sie bestand darin, dass an die Stelle des Verständnisses der Musik als eines ephemeren Ereignisses, das von Instrumentalisten und Sängern ad hoc realisiert wird, die Idee des abstrakten Musikwerks trat, das in Aufführungen und Notenblättern nur akzidentiell manifestiert ist. Auslöser für diesen Perspektivwechsel waren erneut verbesserte Reproduktionstechnologien. Notenblätter und Musikinstrumente wurden zu Massenprodukten, die sich die wachsende bürgerliche Klasse leisten konnte.<sup>102</sup> Sie repräsentierten zunehmend „die Musik“, die sich nicht mehr in seltenen Aufführungen unter Anwesenheit des Komponisten-Interpreten, sondern permanent, überall und damit scheinbar zeit- und raumlos ereignete. Zugleich verdrängte der auf den Notenblättern genannte Komponist den Instrumentalisten und Sänger, der zum austauschbaren Interpreten des vorgegebenen Werks herabsank. Komponisten wie *Beethoven* gerieten sich als Genies und wurden als solche wahrgenommen. Ökonomisch waren sie wie die Schriftsteller zunehmend auf Absatzhonorare aus dem

---

<sup>101</sup> *Goehr*, Imaginary Museum, passim, insbes. 87 ff.; ferner *Pohlmann*, Die Frühgeschichte des musikalischen Urheberrechts, 21 ff. (Beethoven als erster Vertreter des unabhängigen Komponistenstandes).

<sup>102</sup> Zum Musikalienverlag im 18. Jahrhundert *Schuster*, Das Urheberrecht der Tonkunst, 23 f.

Verkauf von Notenblättern angewiesen. Das Gut, dass sie zu Markte trugen, war wie dort das abstrakte Werk, nicht das Manuskript.<sup>103</sup>

- 36 Die Vorstellung der bis heute an der Spitze des urheberrechtlichen Werkkatalogs stehenden Sprach- und Musikwerke als abstrakte, unkörperliche Objekte strahlte auf andere Bereiche aus. Wenn Bücher und Notenblätter immaterielle Güter verkörpern, dann gilt Selbiges auch für Skulpturen (Kunstwerke), Maschinenmodelle und Patentschriften (Erfindungen), Stoffmuster und andere Vorlagen für die äußere Gestaltung von Waren (Geschmacksmuster, Design) sowie letztlich für alle reproduzierbaren Artefakte.<sup>104</sup>
- 37 All diese rohen Tatsachen stehen nicht mehr für sich, sondern sie zählen fortan als Verkörperungen eines in seinen Grenzen weithin unbestimmten abstrakten Objekts, das in einer unkörperlichen Welt<sup>2</sup> existiert. Es handelt sich beim abstrakten Werk und anderen abstrakten Immaterialgütern also nicht um zeitlose Objekte, die nur zu erkennen und vom Recht zu regulieren sind, sondern um gewordene sozial-institutionelle Tatsachen, die lediglich insoweit existieren, als wir seit gerade einmal etwas mehr als 200 Jahren so sprechen und denken, als ob sie existierten. Erst als diese „wilde“ semantische Innovation vollzogen war, wurde der Gedanke des geistigen Eigentums möglich. Und so überrascht es nicht, dass die Anwendung der Eigentumsform auf unkörperliche Objekte sich zuerst dort ereignete, wo auch der Werkbegriff voll ausgebildet war: im revolutionären Frankreich des späten 18. Jahrhunderts.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> *Goehr*, *Imaginary Museum*, 205 ff.

<sup>104</sup> Dazu *Peukert*, *Kritik der Ontologie*, 74 ff.

<sup>105</sup> Dazu und vergleichend zur Entwicklung im Vereinigten Königreich und in Deutschland *Peukert*, *Kritik der Ontologie*, 99 ff., 104 ff.