

Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 2/2021

Ontologie des Immaterialgüterrechts: Was ist damit gemeint, und was bringt das?

*Alexander Peukert**

Erscheint in: Jahrbuch Eigentum und Urheberrecht in der Demokratie (JEUD)

Zitiervorschlag: Peukert, Ontologie des Immaterialgüterrechts: Was ist damit gemeint, und was bringt das?,
Arbeitspapier des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 2/2021, Rn.

Zusammenfassung: Der Beitrag erläutert die Fragestellung, die Kernthesen und den juristischen Erkenntniswert einer „Ontologie des Immaterialgüterrechts“. Ihr Untersuchungsgegenstand ist die Frage, auf welchem Verständnis der Wirklichkeit, genauer: seines Schutzgegenstands, das IP-Recht beruht. Nicht die Seinsweise des Rechts wird analysiert, sondern die hiervon zu unterscheidende Seinsweise einer bestimmten Klasse von Rechtsobjekten, nämlich Immaterialgütern und insbesondere urheberrechtlichen Werken. Die diesbezügliche ontologische und historische Betrachtung ergibt, dass es sich beim abstrakt-unkörperlichen Werk um eine sprachbasierte Konstruktion handelt, die als sozial-institutionelle Tatsache wirkmächtig ist, weil und soweit Menschen seit ca. 200 Jahren so sprechen und denken, als gäbe es unkörperliche Werke – obwohl diese metaphysische Annahme nicht plausibel ist. Der Beitrag erläutert weiter, dass sich das Urheber- und IP-Recht auf der Basis dieser Einsichten und einer alternativen, handlungs- und artefaktbasierten IP-Theorie besser erklären lässt als auf dem Boden des herrschenden Paradigmas vom abstrakten Immaterialgut bzw. Werk. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die Dogmatik und Anwendungspraxis des geltenden Rechts als auch im Hinblick auf die ökonomische Analyse und den Rechtsvergleich. Die normativen Implikationen dieser deskriptiven Erkenntnisse sind hingegen begrenzt und richten sich vor allem an die Urheberrechtswissenschaft. Diese sollte tunlichst nicht mehr so reden und argumentieren, als existierten abstrakte Werke, die dem Berechtigten wie Sachen exklusiv zugeordnet sind.

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

I. Fragestellung: In welcher Weise existieren Immaterialgüter?

- 1 In der Ankündigung der Dialogveranstaltung des Humboldt-Forschungsinstituts „Eigentum und Urheberrecht in der Demokratie“, auf die der folgende Text zurückgeht, wurde meine Schrift „Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts“ als Versuch vorgestellt, „an den Grundfesten des geistigen Eigentums zu rütteln“. Denn ich lehnte eigentumsfähige geistige Entitäten ab und schlug stattdessen eine Rückbesinnung auf das artefakt- und handlungsbasierte Privilegiendenken vor.¹
- 2 Diese Charakterisierung meines Buchs weckt zunächst Erinnerungen an Josef Kohler, Doyen des deutschen Immaterialgüterrechts und Namensgeber eines weiteren Forschungsinstituts, unter dessen Dach der Dialog zur „Ontologie des Urheberrechts“ ebenfalls angesiedelt war.² Kohlers Abhandlung zum „Aurorrecht“ von 1880 beginnt nämlich wie folgt:

“Das Aurorrecht ist eines der wenigen Rechte, welche noch um ihre wissenschaftliche Existenz zu kämpfen haben. Allerdings ist es kein Recht, welches in dem festen Boden des Alterthums wurzelt ... Mit um so größerem Rechte können und müssen wir uns gegen jene sterile, im Sande verlaufende Lehre erheben, welche das Aurorrecht völlig aus dem Nexus des sonstigen Rechtsorganismus abschneidet und ihm abseits von der ewig fruchtbaren Quelle des Lebens eine einsame verdorrnde Sonderexistenz anweisen will. Darauf hinaus zielen aber alle jene Privilegentheorieen und Alles, was bis jetzt gegen unser Immaterialgüterrecht laut geworden ist; denn mit dem Immaterialgüterrecht haben wir unsern festen Boden im Rechtssysteme neben dem Eigenthum gefunden: Rechte an immateriellen Gütern, wie das Eigenthum ein Recht an einem materiellen Gute ist; daher Verschiedenheiten der Technik neben gleichartigen Ausgangspunkten.“³

- 3 In der Tat hinterfrage ich den „festen Boden“, den Kohler hier mit den ihm eigenen, markigen Worten verteidigt. Dabei geht es allerdings entgegen dem unglücklich gewählten Titel meines Buches *nicht* um die Seinsweise des dem Eigentum ähnlichen Urheber- oder Immaterialgüterrechts.⁴ Vielmehr arbeite ich mich wie insbesondere

¹ <https://demokratie-eigentum-urheberrecht.de/3-dialog-die-ontologie-des-urheberrechts-2/>.

² <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/lis/ogf/events>.

³ Kohler, Das Aurorrecht, eine zivilistische Abhandlung, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 18 = N.F Bd. 6, 1880, 129 f. (originale Orthographie beibehalten).

⁴ Dazu etwa Neumann, Rechtsontologie und juristische Argumentation, 1979; MacCormick/Weinberger, Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus, 1985.

bereits der dänische Rechtsrealist und spätere Richter am EGMR Alf Ross an Kohlers Konzept des Immaterialguts ab.⁵ Hier, bei der Erfindung und Taufe jenes neuartigen Rechtsobjekts und weniger bei den juristischen Anleihen beim Sacheigentum liegt die eigentliche rechtshistorische Leistung Kohlers. Denn: ohne Immaterialgut kein Immaterialgüterrecht.

- 4 Mein Untersuchungsgegenstand ist also die Frage, auf welchem Verständnis der Wirklichkeit, genauer: seines Schutzgegenstands, das IP-Recht in der Nachfolge Kohlers beruht, oder anders gewendet, mit welchen ontologischen Annahmen dieses Rechtsgebiet operiert – welches, mit nochmals anderen Worten, die Ontologie des Immaterialgüterrechts ist. Nicht die Seinsweise des subjektiven oder objektiven Rechts wird analysiert, sondern die hiervon zu unterscheidende Seinsweise einer bestimmten Klasse von Rechtsobjekten, nämlich Immaterialgütern und insbesondere urheberrechtlich schutzfähigen Werken.⁶
- 5 Dass seine Lehre an *diesem* Punkt, also der Möglichkeit und ontologischen Klassifikation des Immaterialguts bzw. Werks⁷ der Präzisierung bedurfte und angreifbar blieb, bestätigen Kohlers Ausführungen zur Idee des geistigen Eigentums aus dem Jahr 1894:

“Wenn ich mich bemüht habe, hier Klarheit zu schaffen, hinter der äußern Form die innere Form und hinter dieser das sog. *imaginäre Bild* aufzufinden, so mußte ich mir bewußt sein, auf Widerspruch zu stoßen. Und doch muß sich Jeder sofort überzeugen, daß hinter dem Kleide der Sprache etwas stecken muß, – da das Werk in der Uebersetzung oder Transcription zwar viel verlieren kann, aber doch noch seinen individuellen Kern behält ... Und während die Kunst nach einem durchgreifenden Schutze seufzt, ... so glaubte man, das, was ich imaginäres Bild genannt habe, d.h. den inneren Charakter des Werkes, der bleibt, wenn wir uns die innere und äußere Form wegdenken, in die Mystik verweisen zu dürfen! Dies ist nur erklärlich, wenn man erwägt, wie sehr heutzutage die speculativen Studien in die Brüche gegangen sind. Ja, hat die Welt denn keinen Anklang mehr an die Untersuchungen der Denker, von den indischen Weisen an bis auf Plato, Baco und Schopenhauer über die Frage, ob nicht hinter der individuellen Sache die Idee der

⁵ Ross, Ophavsrettens grundbegreber, Tidsskrift for Rettsvitenskap 58 (1945), 321.

⁶ Kähler, in diesem Band, II 1.

⁷ Zu dieser Fragestellung der Ontologie Meixner, Einführung in die Ontologie, 2004, S. 9. Zu ihrer Sinnhaftigkeit ungeachtet postmoderner Verspottung Peukert, Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts, 2018, S. 30-32; Kähler, in diesem Band, III 1.

Sache lebt? Ist uns dieser Gedanke, die Wahrheit des sog. Realismus ganz abhanden gekommen? Und was bei den Schöpfungen der Natur zweifelhaft sein könnte, sofern die Frage auftaucht, in wie weit diesen Naturdingen ein geistiges Prototyp zu Grunde liege, das ist bei den künstlerischen Schöpfungen sicher: der Künstler, der durch seine Skizzen das Rohbild der in ihm schlummernden Ideenmacht zu Tage bringt, bekundet damit von selbst, daß dem fertigen Werke ein Vorbild zu Grunde liegen muß, um das sich erst die individuelle Gestalt herumlegt, die ihm der Künstler gibt. Also hier ist ein Prototyp, hier ist ein Kern, der bleibt, mag das Aeußere der Schöpfung verwandelt werden wie es will – das ist es, was ich imaginäres Bild genannt habe; ... Es ist daher sicher, daß die Konstruktion des Autorrechts als eines geistigen Eigenthums einen wesentlichen konstruktiven Fehler enthält; daß das Autorrecht vom Eigenthum zu scheiden und als ein eigenthumsartiges Recht zu behandeln ist, dessen Gegenstand in dem Autorgut besteht, dessen Gegenstand eben mit dem identisch ist, was ich das imaginäre Bild nenne, und was im geschriebenen oder gesprochenen Wort als ein höheres, von der Form abgelöstes Substrat mit existirt. Das eigenthumsähnliche Recht ist das Immaterialgüterrecht, und dieses besteht an einem imaginären Ideenbild, ähnlich wie das Erfinderrecht an einer Erfindungs-idee.“⁸

- 6 Viel mehr als kräftige Metaphern und beinahe schon flehentliche Appelle hat Kohler freilich auch in dieser Textstelle nicht zu bieten. Seine kurze Rede vom „imaginären Bild“, das „im“ konkreten Werkstück als ein „höheres Substrat“ (?) „mit“ (?) existieren soll, bleibt dunkel. Immerhin bekennt sich Kohler ausdrücklich zum Realismus im philosophisch-metaphysischen Sinne, also zur Position, dass Ideen und damit auch abstrakte Immaterialgüter existieren.⁹ Es ist diese ontologische Position, die ich in meinem Buch einer Kritik unterziehe.

II. Thesen zur Seinsweise urheberrechtlicher Werke

- 7 Insoweit erläutere ich in Auseinandersetzung mit aktuellen kunstontologischen Auffassungen zunächst, dass eine metaphysische Objektontologie die Existenz abstrakt-geistiger Werke nicht widerspruchsfrei zu erläutern vermag.¹⁰ Die betreffenden Autoren gehen nicht zuletzt unter Verweis auf das geltende Urheberrecht davon aus, dass die gängige Rede bzw. implizite Vorstellung von unkörperlichen

⁸ Kohler, Die Idee des geistigen Eigenthums, AcP 82 (1894), 141, 154-157 (Hervorh. im Original, Orthographie beibehalten).

⁹ Hierzu und zum konträren Rechtsrealismus, auf den ich mich stütze (vgl. Peukert (wie Fn. 7), S. 25 f.), Kähler, in diesem Band, I.

¹⁰ Peukert (wie Fn. 7), S. 32-39.

Kunstwerken indiziert, dass solche Entitäten tatsächlich existieren.¹¹ Die zugrundeliegende Annahme lautet, dass eine etablierte Sprachpraxis im Zweifel ein Körnchen ontologische Wahrheit zum Ausdruck bringt.¹² Wenn alle vom abstrakten Werk reden, dann wird schon etwas dran sein. Schutzgegenstand des Urheberrechts und anderer IP-Rechte sei demgemäß nicht etwa ein konkretes physisches oder mentales Artefakt, sondern ein abstrakter Typ, der in sog. Token wie z.B. Büchern oder Dateien akzidentiell manifestiert sei, aber hiervon unabhängig existiere.¹³ Wie andere abstrakte Typen seien Werke weder materiell/physisch noch mental in Raum und Zeit zu verorten, als solche also nicht sinnlich wahrnehmbar.¹⁴ Sie existierten also unabhängig davon, ob, wann und wie sie realisiert würden.¹⁵

- 8 Freilich müssen die Vertreter dieser Auffassung zugestehen, dass Werke und andere IP-Rechtsobjekte gerade nicht die Kennzeichen aufweisen, die nach allgemeiner Metaphysik für Typen/Universalien kennzeichnend sind. Erstens sind Werke Ergebnisse bestimmter menschlicher Handlungen. Auch bewirken sie etwas, sind also nicht akausal. Zweitens sind Werke in ihrer zeitlichen Existenz vom Vorhandensein mindestens einer physischen oder mentalen Manifestation abhängig: Ein Text, von dem keine analoge oder digitale Kopie mehr vorhanden ist und den kein Mensch auswendig gelernt hat, ist verloren.¹⁶ Mit diesen Eigenschaften aber können Werke, Erfindungen und andere IP-Schutzgegenstände schon aus Gründen der internen Theoriekonsistenz nicht als abstrakte Typen gelten. Die Ausflucht mancher

¹¹ Siehe *Pudelek*, in: Barck et al., *Ästhetische Grundbegriffe VI*, 2010, S. 563 f.; *Schmücker*, *Was ist Kunst? Eine Grundlegung*, 2014, S. 267; *Reicher*, *Wie aus Gedanken Dinge werden: Eine Philosophie der Artefakte*, *DZPhil* 61 (2013), 219, 227 f.

¹² Kritisch zu dieser Annahme bereits *Rudner*, *The ontological status of the esthetic object*, *Philosophy and Phenomenological Research* 10 (1950), 380, 386.

¹³ *Shiffirin*, *Intellectual Property*, in: Goodin/Pettit/Pogge, *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, 2007, S. 653, 654.

¹⁴ *Reicher*, *DZPhil* 61 (2013), 219, 227 f.; *Ortland/Schmücker*, *Copyright & Art*, *German L.J.* 12 (2005), 1762, 1767; *Biron*, *The Elusive 'Objects' of Intellectual Property*, in: Goldhammer/Grünberger/Klippel, *Geistiges Eigentum im Verfassungsstaat*, 2016, S. 127, 133 ff.

¹⁵ *Reicher*, *DZPhil* 61 (2013), 219, 227 m.w.N.; *Reicher*, *Eine Typenontologie der Kunst*, in: *Schmücker, Identität und Existenz: Studien zur Ontologie der Kunst*, 4. Aufl. 2020, S. 180; *Bahr*, *Was heißt „ein Artefakt illegitim kopieren“? Grundlagen einer artefaktbezogenen Ethik des Kopierens*, *DZPhil* 61 (2013), 283, 285; *Levinson*, *What a Musical Work Is*, *The Journal of Philosophy* 77 (1980), 5 f. („widespread consensus that a musical work is in fact a variety of abstract object ..., a structural type or kind“).

¹⁶ *Schmücker* (wie Fn. 11), S. 258; *Patzig*, *Über den ontologischen Status von Kunstwerken*, in: *Schmücker, Identität und Existenz. Studien zur Ontologie der Kunst*, 4. Aufl., 2020, S. 107, 111; *Zech*, *Information als Schutzgegenstand*, 2012, S. 38, 40; a.A. *Reicher*, *Materielle und abstrakte Artefakt-Fragmente*, in: *Malcher u.a., Fragmentarität als Problem der Kultur- und Textwissenschaften*, 2013, S. 211, 225; für das Urheberrechtsgesetz als materielle Grundlage des Urheberrechts a.A. *Kähler*, in diesem Band II 1.

Objektontologen, Immaterialgüter seien als abstrakter Typ „sui generis“ zu begreifen, ist nichts anderes als der Versuch, das Projekt der traditionellen Metaphysik mit ihrem Glauben an eine Welt ideeller Objekte zu retten.¹⁷

- 9 Eine kohärente Theorie und plausible Erläuterung der Seinsweise des urheberrechtlichen Werkes und anderer Immaterialgüter liefert hingegen die Sozialontologie John Searles.¹⁸ Nach Searle gibt es nicht etwa zwei oder gar drei Welten, die in einer Art Dualismus von Geist (Typen, Werke) und Materie (Token, Werkstücke) koexistieren, sondern nur eine Welt, die letztlich vollständig aus organischer und anorganischer Materie besteht.¹⁹ Ferner geht Searle mit anderen Vertretern des sog. Neuen Realismus davon aus, dass es eine Wirklichkeit gibt, über die epistemisch objektive, nicht vom subjektiven Meinen und Beobachten abhängige und in diesem Sinne wahre Aussagen getroffen werden können.²⁰ Diese *eine* Welt/Wirklichkeit zerfällt bei Searle dann allerdings in zwei qualitativ verschiedene Tatsachenkategorien, nämlich „rohe“ (im englischen Original: „brute“/„rude“) Tatsachen einerseits und soziale/institutionelle Tatsachen andererseits. Rohe Tatsachen existieren unabhängig davon, ob Menschen sie aktuell beobachten, verstehen und artikulieren können; sie können allerdings mit naturwissenschaftlichen Methoden gemessen werden.²¹ Hierzu zählen alle körperlichen Gegenstände (Sachen i.S.v. § 90 BGB), verkörperte „sonstige Gegenstände“ gem. § 453 Abs. 1 Alt. 2 BGB wie elektrische Energie, Daten und Schallwellen und nicht zuletzt der handelnde Mensch mit seinen mentalen Zuständen.²² Soziale/institutionelle Tatsachen hingegen

¹⁷ Z.B. *Schmücker* (wie Fn. 11), S. 262 (Kunstwerke als „nichtwirkliche Entitäten einer besonderen Art“, die sich durch „Instantialität“ auszeichnen). Dieser Vorwurf trifft auch *Kähler*, in diesem Band, II 2 a.E., der einerseits zwischen verschiedenen ideellen Gegebenheiten differenzieren möchte (von Menschen geschaffene Werke vs. Zahlen), andererseits all diese „Gegebenheiten“ zu den „ideellen Gegenständen“ zählt.

¹⁸ Ausgearbeitet vor allem in *Searle*, Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit: Zur Ontologie sozialer Tatsachen, 2011, sowie in *Searle*, Wie wir die soziale Welt machen: Die Struktur der menschlichen Zivilisation, 2012. Zusammenfassung der searleschen Position bei *Peukert* (wie Fn. 7), S. 40-49.

¹⁹ *Searle*, Soziale Welt (wie Fn. 18), S. 12; *Ross*, On Law and Justice, 1959, S. 67 („There is only one world and one cognition.“).

²⁰ *Searle*, Konstruktion (wie Fn 18), S. 43 f., 198 ff.; ferner *Ferraris*, Manifest des neuen Realismus, 2014.

²¹ *Searle*, Konstruktion (wie Fn. 18), S. 24.

²² Zu sonstigen Gegenständen vgl. *Peukert*, „Sonstige Gegenstände“ im Rechtsverkehr, in: *Leible/Lehmann/Zech*, Unkörperliche Güter im Zivilrecht, 2010, S. 95 ff.; zu Daten unten Fn 36.; zum Bewusstsein als einer biologischen Eigenschaft gewisser Nervensysteme höherer Ordnung *Searle*, The Normative Structure of Human Civilization, in: *Gephardt/Suntrup*, The Normative Structure of Human Civilization, 2016, S. 21, 22.

werden von Menschen durch Sprechakte und ihre kollektive Anerkennung geschaffen; mit naturwissenschaftlichen Methoden lassen sie sich nicht verständlich machen. Bei einem Zehneuroschein etwa handelt es sich zunächst nur um ein Stück Papier. Menschen aber weisen diesem Papier in einem sprachbasierten Akt kollektiver Intentionalität eine spezifische Funktion (Zahlungsmittel) zu, die dem Stück Papier nicht immanent ist. Ebenso verhält es sich beim Eigentum, anderen Rechtsinstituten wie der Ehe und letztlich beim Recht insgesamt.²³ All diese Tatsachen haben nach Searle keine ideell-abstrakte, sondern eine sprachbasiert-soziale Existenz. Sie sind nicht gegeben, sondern werden von Menschen geschaffen, indem und soweit sie artikuliert und kollektiv anerkannt werden.

- 10 Fraglich ist nun, in welche dieser beiden ontologischen Grundkategorien das abstrakt-unkörperliche Werk als Schutzgegenstand des heutigen Urheberrechts fällt.²⁴ Zunächst ist allseits anerkannt und auch von mir nicht bestritten, dass es sich hierbei nicht um eine rohe Tatsache handelt. Das Werk i.S.d. § 2 UrhG kann weder mit naturwissenschaftlichen Methoden gemessen noch – in den Worten des herrschenden Paradigmas – auf seine „Verkörperungen“ (Token) reduziert werden. Der ontologische Streit betrifft vielmehr allein die Frage, ob das Werk als ideeller Gegenstand (Typ) oder als sozial-institutionelle Tatsache plausibel gemacht werden kann. Kohler und Kähler vertreten die erstgenannte Position (philosophischer Realismus), ich in Anwendung der searleschen Sozialontologie die letztgenannte.
- 11 Für ein solch konstruktivistisch-sozialontologisches Verständnis des Werkes sprechen nicht nur die erläuterten internen Theoriedefizite der metaphysischen Werkontologie, sondern auch eine Betrachtung der Genealogie einzelner Werke und des abstrakten Werkbegriffs als solchem. Beide haben nämlich eine Geschichte. Sie sind also nicht gegeben, sondern wurden/werden gemacht.
- 12 Dabei kann zwischen zwei Abstraktionsebenen unterschieden werden. Eine erste, sehr alte und permanent wiederholte Sprachübung geht dahin, eine Vielzahl roher Artefakte mit einer allgemeinen Bezeichnung zu benennen. Dieser Prozess lässt sich wiederum in drei logische Schritte zerlegen. Am Anfang steht die Veränderung der äußeren Wirklichkeit durch den Menschen in Gestalt der Erzeugung eines neuen

²³ Searle, Konstruktion (wie Fn. 18), S. 68 ff.

²⁴ Vgl. Peukert (wie Fn. 7), S. 49-57.

Artefakts, z.B. einer neuen Datei, einem Manuskript, einer Zeichnung usw. Manche dieser Artefakte werden gespeichert oder sonst aufbewahrt und vom Erzeuger oder von Dritten mit einer speziellen Bezeichnung versehen. Diese Artefakte nenne ich „Master-Artefakte“. Schließlich werden identische und ausreichend ähnliche Kopien, Nachahmungen und sonstige Sekundäre Artefakte mit dem Namen des Master-Artefakts bezeichnet. Sowohl der Status des Master-Artefakts als auch derjenige der Sekundären Artefakte sind Ergebnisse oftmals streitiger sozialer Aushandlungsprozesse. Etwa: Ist ein Urinoir ein Kunstwerk? Welche Filmfassung ist das Original? Wird beim Regietheater das klassische Stück oder ein Aliud aufgeführt?²⁵

- 13 Wie das lange Zeitalter der Privilegien und noch heute die mit dem Urheberrecht verwandten Schutzrechte (s.u.) beweisen, kommen all diese Sprachübungen ohne die Annahme eines abstrakt-unkörperlichen Immaterialguts aus. Vielmehr werden mehrere Artefakte mit einer je gesonderten physischen oder mentalen Existenz unter einen allgemeinen Begriff gefasst. Diese Bezeichnung verweist nach „unten“, auf die rohe Wirklichkeit, nicht nach „oben“ auf eine abstrakt-unkörperliche Ideenwelt.
- 14 Die zweite Abstraktion, hin zum immateriellen Werk, vollzog sich nach allgemeiner rechtshistorischer Erkenntnis erst im Laufe des 18. Jahrhunderts.²⁶ Diese Erkenntnis ist so wichtig, dass sie eine Wiederholung verdient: Die Rede- und Denkweise von einem geistigen Werk ist unstreitig eine vergleichsweise junge, nämlich erst ca. 200 Jahre alte historische Tatsache. Der Schutzgegenstand des Urheberrechts war also nicht schon immer als Ausschnitt der äußeren Wirklichkeit gegeben und wurde als solcher in den französischen Revolutionsgesetzen endlich erkannt, sondern er hat seinerseits eine Geschichte, die wiederum auf das engste mit der Geschichte des Urheberrechts verwoben ist. Die für das gesamte IP-Recht prägende Herausbildung des abstrakten Werkbegriffs ging von romantischen Autoren wie Edward Young und Karl Philipp Moritz aus, die deklarierten, der Autor schaffe mit seinem „Werk“ eine ideale und zugleich geschlossene Einheit, die sich nicht im konkreten Manuskript erschöpfe. Diese nicht nur auf den ersten Blick überraschende und damals

²⁵ Peukert (wie Fn. 7), S. 58-70. Nicht hingegen lautet meine These, dass Urheberrechte Artefakte sind; so aber Kähler, in diesem Band, Fn. 29.

²⁶ Dazu im Vergleich zwischen Deutschland, Frankreich und Großbritannien Peukert (wie Fn. 7), S. 70-117.

exzentrische Schaffung einer zweiten, ideellen Wirklichkeit fiel gleichwohl auf einen fruchtbaren Boden. Sie lieferte den sich in der Sattelzeit formierenden Kunst-, Literatur- und Technologiemarkten das erforderliche Tauschobjekt und trug im Zuge des Mahlstroms zur Moderne dazu bei, die geistige (kreative und innovative) Tätigkeit in den kapitalistischen Produktionsprozess einzufügen.²⁷ Kohlers Theorie des Immaterialgüterrechts ist eine späte Frucht dieser Entwicklung.

III. Erkenntniswert ontologischer Betrachtung

- 15 Die ontologische und historische Betrachtung ergibt also, dass es sich beim abstrakt-unkörperlichen Werk um eine sprachbasierte Konstruktion handelt, die als sozial-institutionelle Tatsache existiert, weil und soweit Menschen seit ca. 200 Jahren so sprechen und denken, als gäbe es unkörperliche Werke, obwohl diese metaphysische Annahme nicht plausibel ist. Das mag zwar erstaunlich sein, aber leistet eine solche Ontologiekritik, um die Promotionsordnung meines Frankfurter Fachbereichs zu zitieren, auch einen „Beitrag zum Fortschritt der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis“?²⁸ Was, mit anderen Worten, ist der spezifisch juristische Erkenntniswert einer Analyse des Wirklichkeitsverständnisses, mit dem das geltende Urheberrecht operiert?

1. Deskriptive Erkenntnisgewinne

- 16 Antwort: Ein besseres Verständnis des geltenden Urheberrechts. Primäres Ziel meines Buches ist die Ausarbeitung einer Theorie, die das Urheber- und sonstige IP-Recht mit seinen Eigenheiten besser erklären kann als die herrschende Immaterialgüterrechtstheorie à la Kohler. Es geht also um eine *überlegene Beschreibung des geltenden Rechts*, nicht hingegen um ein Bekenntnis zum oder einen Angriff auf den eigentumsmäßigen Schutz von Kunst, Kultur, Journalismus und Wissenschaft, der nach Kähler zwingend die Annahme eines „ontologisch ideellen Gegenstands“ des Urheberrechts voraussetze.²⁹ In dieser deskriptiven Hinsicht bietet eine Kritik des kohlerschen Paradigmas und zugleich eine alternative, nämlich

²⁷ Plumpe, Eigentum – Eigentümlichkeit. Über den Zusammenhang ästhetischer und juristischer Begriffe im 18. Jahrhundert, Archiv für Begriffsgeschichte XXIII, 175, 176 ff. („Man hat nicht mehr littérature, man macht sie.“).

²⁸ § 2 Abs. 2 der Promotionsordnung des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, UniReport v. 23.7.2015, S. 1.

²⁹ Kähler, in diesem Band, IV.

handlungs- und artefaktbasierte Ontologie des IP-Rechts in der Tat erheblichen Erkenntnisgewinn:

a) Der begrenzte Geltungsbereich des herrschenden Paradigmas

- 17 Zunächst offenbart eine über das Urheberrecht am abstrakten Werk³⁰ hinausgehende Betrachtung, dass das Konzept des ideellen Gegenstands bzw. abstrakten Immaterialguts nicht in allen Bereichen durchgeführt ist, die international zum geistigen Eigentum gezählt werden. Neben dem Marken- und Sortenschutzrecht³¹ betrifft dies auch die mit dem Urheberrecht verwandten Schutzrechte. Diese Verwandtschaft ist nämlich auch auf dem Boden des herrschenden Paradigmas keine ontologische. Vielmehr kommt in der kontinentaleuropäischen Trennung von urheberrechtlich schutzfähigen Werken einerseits (Teil 1 des Urheberrechtsgesetzes) und sonstigen, hiermit nur „verwandten“ Leistungen (Teil 2 des Urheberrechtsgesetzes) auch eine ontologische Unterscheidung zum Ausdruck. Demnach werden künstlerische Darbietungen, einfache Lichtbilder, Ton- und Bildträger, Presseerzeugnisse usw. gerade nicht als abstrakte Typen, sondern als schnöde Handlungen und Erzeugnisse (vgl. § 72 Abs. 1 UrhG) mit einer rohen, physischen Existenz aufgefasst.³²
- 18 Wenn man fragt, was in den rohen Artefakten des zweiten Teils des Urheberrechtsgesetzes „verkörpert“ sein könnte, so stößt man auf die persönliche oder unternehmerisch-organisatorische „Investition“, die erforderlich war, um z.B. ein Werk darzubieten oder eine Tonaufnahme herzustellen. Das Datenbankherstellerrecht hebt hierauf ausdrücklich ab, und auch die anderen verwandten Schutzrechte dienen dem Investitionsschutz.³³ Investitionen von Geld, Zeit und anderen Ressourcen in die Produktion künstlerischer Darbietungen und anderer Erzeugnisse eignen sich anders als der Werk-, Erfindungs- und Designbegriff aber nicht als Platzhalter für ein abstraktes Objekt. Ihnen fehlt das „Geistige“. Sie kommunizieren keine Information, sondern sie bewirken mit ihrer rohen, physischen Existenz eine Veränderung der

³⁰ Dazu Art. 2 Abs. 1 RBÜ, § 44 UrhG, 17 U.S.C. § 101 („embodied“); BGHZ 37, 1 = GRUR 1962, 470, 472 – AKI; BGHZ 206, 211 = NJW 2016, 317 Rn. 20 m.w.N. – Helmut Kohl Tonbänder; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 11 f.

³¹ Dazu *Peukert* (wie Fn. 7), S. 123-125, 127 f.

³² Zum Recht des Filmherstellers vgl. RegE UrhG 1965, BT-Drucks. IV/270, 102 („Das Leistungsschutzrecht bezieht sich nach Absatz 1 entsprechend dem Recht des Tonträgerherstellers lediglich auf den Filmstreifen, d. h. den Bildträger oder Bild- und Tonträger, auf den das Filmwerk aufgenommen worden ist, nicht auf das Filmwerk als solches.“).

³³ Siehe § 87a UrhG sowie *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, 18. Aufl., 2018, Rn. 760.

Außenwelt – eben die reproduzierbaren Artefakte, auf die sich die verwandten Schutzrechte beziehen. Verfechter des Denkens in abstrakten Objektkategorien gestehen denn auch zu, dass diese Ontologie auf die verwandten Schutzrechte nicht passt.³⁴ Richtig beschrieben werden jene als ausschließliche Rechte zur Vervielfältigung und sonstigen Nutzung bestimmter, technisch reproduzierbarer Artefakte, z.B. eine Werkdarbietung, die erste Fixierung von Tönen oder Bildern, ein Sendesignal oder eine Presseveröffentlichung. Eine handlungs- und artefaktbasierte IP-Theorie kann also mehr erklären als die überkommene Theorie des Immaterialguts und ist schon daher vorzugswürdig.

- 19 Das gilt nicht zuletzt mit Blick auf die jüngsten, horizontal angelegten Gesetzgebungsvorschläge der Europäischen Kommission zur Daten- und Digitalwirtschaft. Denn in jenen werden „Daten“ definiert als

„jede digitale Darstellung von Handlungen, Tatsachen oder Informationen sowie jede Zusammenstellung solcher Handlungen, Tatsachen oder Informationen auch in Form von Ton-, Bild- oder audiovisuellem Material“.³⁵

- 20 „Daten“ als Basiselement der gesamten Digitalwirtschaft und primärer Anknüpfungspunkt unionsrechtlicher Regelungen wären demnach künftig als „Darstellung“, und zwar als „digitale“ Darstellung, auch als „Material“ zu begreifen, nicht (mehr) als immateriell-ubiquitäres Objekt. Das Tatbestandsmerkmal der „digitalen“ Darstellung schließt auch eine Deutung des Datenbegriffs als zwar nicht semantische, aber syntaktische, immer noch irgendwie unkörperliche Grundlage jeder Information aus.³⁶ Daten werden hier vielmehr ausdrücklich als digitale Artefakte definiert und als solche reguliert. Dann aber sollten die digitalen Schutzgegenstände

³⁴ Siehe *Troller*, Urheberrecht und Ontologie, UFITA 50 (1967), 385, 414 („Die Wesensforschung dürfte doch wohl eher dazu führen, die Arbeitsleistung, die in einem physisch wahrnehmbaren Träger festgehalten ist, auf eine ihr angepasste Weise zu schützen und sie nicht mit dem wesensfremden urheberrechtlichen Werkschutz zu vermengen.“).

³⁵ So gleichlautend Art. 2 Nr. 1 Vorschlag der Europäischen Kommission für ein Daten-Governance-Gesetz, COM(2020) 767; Art. 2 Nr. 19 Vorschlag der Europäischen Kommission für ein Gesetz über Digitale Dienste, COM(2020) 825; Art. 2 Nr. 19 Vorschlag der Europäischen Kommission für ein Gesetz über Digitale Märkte, COM(2020) 842. Entsprechend Art. 3 Abs. 1 Nr. 2 Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über Märkte für Kryptowerte, COM/2020/593 („Kryptowert“ eine digitale Darstellung von Werten oder Rechten, die unter Verwendung der Distributed-Ledger-Technologie oder einer ähnlichen Technologie elektronisch übertragen und gespeichert werden können“).

³⁶ Siehe dazu *Zech* (wie Fn. 16), S. 56 (Software als Paradebeispiel für ein syntaktisches Informationsgut sei „richtigerweise“ ein „unkörperliches Gut“); kritisch *Weinmann*, in: *Weinmann/Münche/Herrn, Schweizer IP-Handbuch*, 2021, § 4 Rn. 16a-16o.

des Urheberrechts, bei denen es sich ebenfalls um Daten im Sinne der zitierten Definition handelt, im gleichen Sinne aufgefasst und theoretisiert werden.

b) Dogmatik des Urheberrechts

21 Und selbst dort, wo wie im Urheberrecht i.e.S. das Rechtsobjekt als abstraktes Immaterialgut kodifiziert ist,³⁷ lässt sich diese letztlich eben fiktionale Betrachtungsweise nicht konsequent durchhalten. Sowohl zur Bestimmung des Schutzgegenstands als auch zur Bestimmung des Schutzbereichs kommt es im geltenden Urheberrecht nämlich auf ganz konkrete, dem zivilprozessualen Beweise zugängliche Artefakte an:

aa) Das Master-Artefakt als Schutzgegenstand

22 Nach Kohler ist „der Umfang der originalen Idee oft sehr schwierig abzugrenzen“.³⁸ Auch heutige Verfechter einer metaphysischen Objektontologie bieten keine juristisch handhabbare Definition „des“ Kunstwerks, sondern notieren im Gegenteil seine notorische Unbestimmtheit in ästhetischen und juristischen Debatten. Es gehöre einfach „zum Wesen von Typen überhaupt“, dass sie lediglich „einige, aber nicht alle Eigenschaften ihrer Realisierungen“ definierten.³⁹ Um einen Schwachpunkt des herrschenden Paradigmas handelt es sich bei diesem Charakteristikum freilich nicht, im Gegenteil: Je abstrakter und unbestimmter der Schutzgegenstand, desto weiter reicht der verfügbare Begriffshof und damit der potentielle Schutzbereich des betreffenden IP-Rechts; im Urheberrecht bis hin zum völligen Verblässen der „eigenpersönlichen Züge“ des bearbeiteten oder sonst umgestalteten Werks.⁴⁰

23 Das Problem ist nun allerdings, dass das weithin europäisierte IP- und speziell das Urheberrecht mit dieser Konzeption des Schutzgegenstands nicht mehr richtig beschrieben wird. Denn weder im Urheberrecht noch im gewerblichen Rechtsschutz genügt es, zur Bestimmung des Schutzgegenstands auf nicht näher spezifizierte

³⁷ Oben Fn. 31.

³⁸ Kohler, AcP 82 (1894), 141, 153.

³⁹ Reicher, DZPhil 61 (2013), 219, 229.

⁴⁰ Unten Fn. 60 f. sowie Peukert (wie Fn. 7), S. 112 f.

Gedanken und Vorstellungen – auf etwas imaginär „Geistiges“ – zu verweisen.⁴¹ Vielmehr muss ein schutzfähiges Werk drei Bestimmtheitsanforderungen erfüllen:

- 24 Erstens muss ein konkretes Objekt beansprucht werden, das „der Wahrnehmung durch die menschlichen Sinne zugänglich“ [ist].⁴² „Der ungestaltete, noch nicht geäußerte Gedanke ist nicht schutzfähig und bedarf auch keines Schutzes.“⁴³ Zweitens umfasst der Werkbegriff zwar alle „Erzeugnisse“ auf dem Gebiet der Literatur, Wissenschaft und Kunst, nicht aber „Ideen, Verfahren, Arbeitsweisen oder mathematische Konzepte als solche“.⁴⁴ Den hiernach von vornherein nicht urheberschutzfähigen „Ideen“ ist gemeinsam, dass sie auf weitere Konkretisierung bzw. Verwirklichung angelegt sind und zu diesem Zweck die gedankliche Vorstellung ansprechen.⁴⁵ Ein Beispiel sind sog. Fernsehshowformate, also Konzepte für bestimmte Sendungen. Ihnen hat der BGH 2003 den Urheberrechtsschutz versagt, und zwar „unabhängig von der schöpferischen Leistung“. Denn der Kläger erstrebe keinen Schutz für ein „Ergebnis der schöpferischen Formung eines bestimmten Stoffs“, sondern für eine bloße „Anleitung zur Formgestaltung gleichartiger anderer Stoffe“. Solch ein Gegenstand sei kein „Werk“ i.S.d. § 2 UrhG.⁴⁶ Schließlich müssen wahrnehmbare Ausdrucksformen intersubjektiv klar und eindeutig identifizierbar sein, damit Gerichte sowie die Allgemeinheit einschätzen können, welche Handlungen in Bezug auf welche wahrnehmbaren Objekte der vorherigen Zustimmung des Rechtsinhabers bedürfen. Olfaktorische, gustatorische und ästhetische Eindrücke erfüllen diese dritte Bestimmtheitsvoraussetzung aufgrund ihrer lediglich subjektiven Erfahrbarkeit nicht.⁴⁷

⁴¹ Näher *Peukert*, Das Gebot der Bestimmtheit des Schutzgegenstands im geistigen Eigentum, GRUR 2021, Heft 5.

⁴² *Loewenheim/Leistner*, in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 6. Aufl., 2020, § 2 Rn. 47.

⁴³ *Loewenheim/Leistner*, in *Schricker/Loewenheim* (wie Fn. 42), § 2 Rn. 47.

⁴⁴ Art. 2 Abs. 1 RBÜ und Art. 9 Abs. 2 TRIPS sowie EuGH, Rs. C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 = GRUR 2019, 73 Rn. 38 f. – Levola; anders *Kähler*, in diesem Band, III 2 (maßgeblich sei im Urheberrecht die semantische Ebene).

⁴⁵ Vgl. *Rehbinder/Peukert* (wie Fn. 33), Rn. 192-197.

⁴⁶ BGHZ 155, 257 = GRUR 2003, 876, 877 f. – Fernsehshowformat; zu Werbekonzepten OLG Köln 6 U 226/08 = ZUM 2010, 179, 180 – DHL im All; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 2 Rn. 38; a.A. *Schricker*, Der Urheberrechtsschutz von Werbeschöpfungen, Werbeideen, Werbekonzeptionen und Werbekampagnen, GRUR 1996, 815 ff.; kritisch *Leistner*, Bei Spielen nichts Neues? GRUR 2011, 761, 764 ff. (bedenklich weitreichender Ausschluss individueller Konzeptionen).

⁴⁷ Für Gerüche EuGH, Rs. C-273/00, ECLI:EU:C:2002:748 = GRUR 2003, 145 Rn. 37 ff. – Sieckmann; für Geschmack EuGH, Rs. C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 = GRUR 2019, 73 Rn. 38 f. – Levola; für die „naturgemäß subjektive Schönheitsempfindung“ EuGH, Rs. C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 = GRUR

25 Insgesamt beschränkt sich der unionale Werkbegriff also auf (1) wahrnehmbare Ausdrucksformen, die (2) klar und eindeutig identifizierbar sind und die (3) die qualitative Anforderung der „eigenen geistigen Schöpfung“ erfüllen.⁴⁸ Dieser Schutzgegenstand ist kein imaginäres Ideenbild, sondern ein ganz konkretes, dem Beweise zugängliches Master-Artefakt, anhand dessen im Rahmen des Verletzungsprozesses entschieden wird, ob die gesetzlichen Schutzvoraussetzungen erfüllt sind.⁴⁹

bb) Bestimmung des Schutzbereichs durch Vergleich der streitgegenständlichen Artefakte

26 Nun besteht der Sinn des Urheberrechts nicht darin, dem Urheber zu garantieren, mit dem Master-Artefakt nach Belieben verfahren und alle Dritten von seiner Nutzung ausschließen zu können.⁵⁰ Sinn der IP-Rechte ist es vielmehr, die Reproduktion des Master-Artefakts sowie Nutzungen der erzeugten Sekundären Artefakte zu regulieren. Letztere haben eine eigene, vom Master-Artefakt zeitlich und räumlich getrennte Existenz.⁵¹ Ihr Inhaber ist gerade nicht der IP-Berechtigte, sondern ein Dritter, der in Ausübung seiner Eigentums- und Besitzrechte gegen das Urheberrecht verstößt.⁵² Wie wird nun ermittelt, welche dieser rechtsinhaberfremden Artefakte rechtsverletzend sind?

27 In der täglichen Rechtspraxis nicht durch Deduktion aus dem unbestimmten Rechtsbegriff des Werks, sondern induktiv, indem das als schutzfähig beanspruchte Master-Artefakt mit dem als rechtsverletzend angegriffenen Artefakt verglichen wird. Nach der geglückten Metapher Dirk Vissers bilden Vergleiche zwischen

2019, 1185 Rn. 53 – Cofemel. Allgemein Searle, Konstruktion (wie Fn. 18), S. 18 f., 24 (epistemisch objektive im Gegensatz zu ontologisch subjektiven Tatsachen).

⁴⁸ Zum letztgenannten Originalitätserfordernis *Rehbinder/Peukert* (wie Fn. 33), Rn. 202 m.w.N.

⁴⁹ Grundlegend zu den verschiedenen Formen der Beanspruchung des Master-Artefakts *Fromer*, *Claiming Intellectual Property*, 76 (2009) U. Chi. L. Rev. 719, 721 ff. Beachtlich ist die von Kähler herausgestellte Gefahr, mit dem Fokus auf das Master-Artefakt werde ein sakrosankter Fetisch stilisiert; *Kähler*, in diesem Band, III 2. Für den emphatischen Werkbegriff gilt dies freilich ebenfalls.

⁵⁰ Vgl. § 903 BGB sowie *Bluntschli*, *Deutsches Privatrecht I*, 1853, S. 189; *Schefczyk*, *Rechte an Immaterialgütern – eine kantische Perspektive*, *DZPhil* 52 (2004), 739, 746 f.; *Kraetzig*, *Das Urheberrecht als Zensurrecht*, Diss. Frankfurt am Main, 2021.

⁵¹ *Jefferson*, in: *Kurland/Lerner*, *The Founders' Constitution* 3, 2000; *White-Smith Music Pub. Co. v. Apollo Co.*, 209 U.S. 1, 19 (1908, Holmes, J., concurring) (Copyright "is a prohibition of conduct remote from the persons or tangibles of the party having the right.").

⁵² § 98 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 UrhG sowie BGHZ 206, 211 = NJW 2016, 317 Rn. 20 – Helmut Kohl Tonbänder m.w.N.

Vorbestehendem (A), Master-Artefakt (B) und Sekundärem Artefakt (C) das „ABC“ der täglichen Praxis des geistigen Eigentums.⁵³

- 28 Zunächst muss der Anspruchsteller im Klageantrag nicht nur das Master-Artefakt bestimmt angeben, sondern darüber hinaus auch die konkrete Verletzungsform bzw. Verletzungshandlung (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Hierfür ist es beispielsweise nicht ausreichend, die Namen elektronischer Dateien ohne Wiedergabe ihres Inhalts aufzulisten. Vielmehr ist dem Klageantrag ein Exemplar des Datenträgers beizufügen, auf dem ein beanspruchtes Computerprogramm gespeichert ist.⁵⁴ Dass die Formulierung von Unterlassungsanträgen eine Herausforderung darstellt, ist aus hiesiger Warte nicht überraschend. Denn es ist ersichtlich schwierig, in knappen Worten das Master-Artefakt, das angegriffene Sekundäre Artefakt und die diesbezüglich zu unterlassenden Verhaltensweisen in bestimmter Weise zu benennen. Die pauschale Bezugnahme auf „das“ Werk genügt zivilprozessual nicht.
- 29 Der Vergleich der streitgegenständlichen Artefakte vollzieht sich sodann ebenfalls ganz konkret durch Inaugenscheinnahme von Objekten, vergleichende Sachverständigengutachten und sonstige geeignete Beweise.⁵⁵ Ob eine Rechtsverletzung vorliegt, beurteilt sich danach, ob der Artefaktvergleich so viele Übereinstimmungen ergibt, dass die einschlägigen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.⁵⁶ Hierfür maßgeblich ist nicht die Sicht des Rechtsinhabers, sondern eine objektive Betrachtung aus der Warte eines fiktiven Dritten, nämlich den für Kunst und musikalische Fragen „einigermaßen vertrauten und hierfür aufgeschlossenen Verkehrskreisen“.⁵⁷ Diese fiktive Person repräsentiert die Teilnehmer derjenigen

⁵³ Visser, Het ABC van iedere IE-inbreuk, 2004, <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/15021>; ferner Peukert (wie Fn. 7), S. 137 ff.

⁵⁴ Vgl. BGHZ 94, 276 = GRUR 1985, 1041 – Inkasso-Programm; BGHZ 142, 388 = GRUR 2000, 228 – Musical-Gala; BGH, Ur. v. 23. 1. 2003, I ZR 18/00 = GRUR 2003, 786 – Innungsprogramm; v. Ungern-Sternberg, Grundfragen des Klageantrags bei urheber- und wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsklagen – Teil II, GRUR 2011, 486, 495 f.

⁵⁵ Zum Urheberrecht Rotstein, Beyond Metaphor: Copyright Infringement and the Fiction of the Work, Chicago-Kent L. Rev. 68 (1993), 725, 776 ff.; Balganesch, The Normativity of Copying in Copyright Law, Duke L.J. 62 (2012), 203; Balganesch/Manta/Wilkinson-Ryan, Judging Similarity, Iowa L. Rev. 100 (2014), 267; Bellido, Looking Right: The Art of Visual Literacy in British Copyright Litigation, Law, Culture and the Humanities 10 (2014), 66 ff.

⁵⁶ Kritisch zur diesbezüglichen Praxis des BGH in Urheberrechtssachen Peukert, Die Gemeinfreiheit. Begriff, Funktion und Dogmatik, 2012, S. 183 ff. m.w.N.

⁵⁷ So die ständige Rechtsprechung zur Beurteilung der Schöpfungshöhe im Urheberrecht, vgl. BGH, Ur. v. 19. 03. 2008, I ZR 166/05 = GRUR 2008, 984 Rn. 20 – St. Gottfried; BGH, Ur. v. 16.4.2015, I ZR 225/12 = GRUR 2015, 1189 Rn. 63 – Goldrapper.

sozialen Praktiken, aus denen sowohl das Master-Artefakt als auch die Sekundären Artefakte als verrechtlichte und damit ihrerseits institutionelle Tatsachen hervorgehen.

- 30 Aus normativ-juristischer Sicht entscheidend ist schließlich, dass auch die materiellrechtlichen Maßstäbe des Vergleichs nicht aus einem abstrakten Rechtsgutsbegriff, sondern aus den gesetzlichen Voraussetzungen für eine Rechtsverletzung folgen. Demgemäß erstrecken sich Urheberrechte und verwandte Schutzrechte im Gegensatz namentlich zum Patentrecht nur auf Sekundäre Artefakte, die entstehungsgeschichtlich auf das Master-Artefakt zurückgehen. Doppelschöpfungen und eigenständige Gesangs- oder Tonimitationen sind auch dann nicht rechtsverletzend, wenn sie in ihren äußeren Merkmalen völlig mit dem Master-Artefakt übereinstimmen.⁵⁸ Im Übrigen endet das Bearbeitungsrecht des Urhebers dort, wo das neu geschaffene Werk (lies: Sekundäres Artefakt) einen hinreichenden äußeren *Abstand* zum benutzten Werk (lies: Master-Artefakt) wahrt.⁵⁹ Maßgeblich hierfür ist, ob die entlehnten eigenpersönlichen Züge des Originals *dem Gesamteindruck nach* gegenüber der Eigenart des neuen Werks so stark verblasen, dass das vorbestehende Werk nicht mehr oder nur noch rudimentär *zu erkennen* ist.⁶⁰ Auf die semantische Ebene („Inhalt“) kommt es dabei entgegen Kähler nur ausnahmsweise an, nämlich beim Schutz einer Fabel.⁶¹ Bei verwandten Schutzrechten werden Rechtsverletzungen ebenfalls nicht nach Maßgabe einer Subsumtion unter einen abstrakt-imaginären Begriff des Tonträgers usw. beurteilt, sondern in quantitativer Betrachtung danach, wie viele Teile des Master-Artefakts übernommen wurden.⁶²

c) Subsumtion unter den Begriff „Werk“

- 31 Von einer informierten Ontologie profitiert des Weiteren die Subsumtionsarbeit im konkreten Fall. Denn in manchen Konstellationen ist es eben doch

⁵⁸ *Rehbinder/Peukert* (wie Fn. 33), Rn. 173, 233.

⁵⁹ Vgl. § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG i.d.F. des Entwurfs eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, BT-Drucks. 19/27426, 13.

⁶⁰ BT-Drucks. 19/27426, 78 f.

⁶¹ A.A. *Kähler*, in diesem Band, III 2; vgl. *Rehbinder/Peukert* (wie Fn. 33), Rn. 418-420.

⁶² Vgl. EuGH, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 = GRUR 2019, 929 Rn. 26 ff. – Pelham; Art. 15 Abs. 1 UAbs. 4 DSM-Richtlinie 2019/790, ABl. L 130/92 (einzelne Wörter und sehr kurze Auszüge aus einer Presseveröffentlichung); § 87b Abs. 1 UrhG (wesentlicher Teil einer Datenbank).

entscheidungserheblich, was genau mit „Werk“ im Sinne des Urheberrechts gemeint ist.

- 32 So verhält es sich bei den bereits angesprochenen kategorialen Schutzausschlussgründen für Fernsehshowformate und andere abstrakte Anweisungen an den menschlichen Geist („Ideen“) sowie für olfaktorische, gustatorische und ästhetische Eindrücke.⁶³ Um die betreffenden, ggf. durchaus kreativen Objekte von schutzfähigen Werken i.S.d. Urheberrechts unterscheiden zu können, muss man das exklusiv beanspruchte „Erzeugnis“ (Art. 2 Abs. 1 RBÜ) genau identifizieren.
- 33 Ein weiteres Beispiel für die Relevanz einer ontologischen Betrachtung liefern die drei Urteile des BGH vom 21.2.2019 in Sachen HHole (for Mannheim), PHaradise und Minigolfanlage, wonach „die Vernichtung eines urheberrechtlich geschützten Werks“ eine „andere Beeinträchtigung“ im Sinne des § 14 UrhG darstellen soll.⁶⁴ Auf den ersten Blick liefert der BGH für seine Abkehr von der jahrzehntelang herrschenden, gegenteiligen Rechtspraxis eine methodisch mustergültige Begründung unter eingehender Analyse des Wortlauts, der Systematik, des Zwecks und der Entstehungsgeschichte des § 14 UrhG. Ein Tatbestandsmerkmal der Vorschrift aber definiert und subsumiert der BGH nicht – den Begriff des „Werkes“, das entsteht oder anders beeinträchtigt wird. Insoweit oszillieren die Urteilsbegründungen zwischen einem Verständnis des Werks als konkretem Werkstück (etwa einer zerstörten Installation in einem bestimmten Gebäude) und einem hiervon zu unterscheidenden, in seiner „Existenz“ aber nicht weiter erläuterten Werks, „von dem“ Vervielfältigungsstücke „existieren“.⁶⁵
- 34 Mit dieser Lücke bzw. Unklarheit hängt dann freilich die gesamte Argumentation zu § 14 UrhG in der Luft:⁶⁶ Schon rein sprachlich bleibt das Verbot, etwas zu beeinträchtigen, unverständlich, wenn nicht erläutert wird, was denn nicht beeinträchtigt werden darf. Eine juristische Definition des Begriffs der

⁶³ Oben III 1 b aa.

⁶⁴ BGHZ 221, 181 = ZUM 2019, 508 Rn. 25-36 – HHole (for Mannheim); BGH Urt. v. 21.02.2019, I ZR 99/17 = ZUM 2019, 521 Rn. 24-35 – PHaradise; BGH Urt. v. 21.02.2019, I ZR 15/18 = ZUM 2019, 528 Rn. 10-20 – Minigolfanlage.

⁶⁵ Vgl. BGHZ 221, 181 = ZUM 2019, 508 Rn. 28, 39 – HHole (for Mannheim).

⁶⁶ Näher zum Folgenden *Peukert*, Die Zerstörung eines Werkstücks. Ein Fall des § 14 UrhG? ZUM 2019, 567 ff.

Beeinträchtigung, die diese Frage offenlässt, ist mithin prinzipiell unvollständig. Es entspricht dem allgemeinen Sprachverständnis eben nicht, zu sagen, ein und dasselbe Objekt werde durch seine Vernichtung beeinträchtigt. Was vernichtet wurde, kann nicht mehr beeinträchtigt sein. Denn die Beeinträchtigung benennt einen gegenwärtigen Zustand des Beeinträchtigtseins.⁶⁷

- 35 Der Widerspruch der Aussage „Beeinträchtigung durch Vernichtung“ lässt sich jedoch auflösen, wenn man präzise zwischen Werkstück und Werk unterscheidet. Dann ergibt sich die im Ansatz sinnvolle Aussage, dass die Vernichtung eines Werkstücks (Artefakt, rohe Tatsache) das im Übrigen fortbestehende Werk i.S.e. institutionellen Tatsache (s.o.) beeinträchtigen kann. Genau so stellt sich der Sachverhalt etwa in der Leitentscheidung „HHole (for Mannheim)“ denn auch dar: Obwohl das Gebäude, in das die urheberrechtlich geschützte Installation integriert war, abgerissen wurde, existieren in Gestalt von Abbildungen und ggf. Zeichnungen der Rauminstallation noch (teilweise) Vervielfältigungen des Werkes, das folglich nicht „vernichtet“ wurde und zu dem auch kein geistiges Band „durchgeschnitten“ wurde.⁶⁸
- 36 Die Folgefrage lautet sodann, unter welchen Voraussetzungen die Vernichtung eines Werkstücks geeignet ist, die berechtigten geistigen oder persönlichen Interessen des Urhebers am Werk zu gefährden (§ 14 UrhG). Insoweit kommt es, wie der BGH im Ansatz zutreffend erläutert, darauf an, ob die Vernichtung eines Werkstücks das Interesse des Urhebers verletzt, „durch sein Werk auf den kulturellen oder gesellschaftlichen Kommunikationsprozess einzuwirken und im Werk fortzuleben“.⁶⁹ Was der BGH hier als Schutzgegenstand des § 14 UrhG und damit als Bedeutung des Begriffs „Werk“ anspricht, ist das, was Kant in seiner – von Kohler als „abenteuerliche Ausgeburt eines unjuristischen Geistes“ nachhaltig diffamierten – Schrift zur Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks die Rede (opera) des Autors nennt:⁷⁰ ein kommunikativer Akt, der sich durch die Veröffentlichung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines Master-Artefakts und seiner Kopien, Darbietungen und

⁶⁷ Wiktionary, Eintrag „Beeinträchtigung“, <https://de.wiktionary.org/wiki/m.w.N>.

⁶⁸ So aber BGHZ 221, 181 = ZUM 2019, 508 Rn. 33, 54 – HHole (for Mannheim) (einziges Werkexemplar).

⁶⁹ BGHZ 221, 181 = ZUM 2019, 508 Rn. 29 – HHole (for Mannheim).

⁷⁰ *Kant*, in: Buchenau/Cassirer, Immanuel Kants Werke, Bd. 4, 1922, S. 211 ff.; *Kohler*, Die Idee des geistigen Eigentums, UFITA 123 (1993), 99, 127 (Kant sei ein „formalistische[r] gemütlose[r] Schematiker“).

Bearbeitungen (Sekundäre Artefakte) vollzieht. Diese Artefakte und Handlungen zeitigen je für sich und in ihrer Gesamtheit reale Wirkungen auf das Publikum, welche der Urheber kontrollieren können soll. Wird nun die einzige Realisierung eines Architekturwerks oder ein Ölgemälde zerstört, kann dies die kommunikative Wirkung des ggf. noch in Zeichnungen oder sonstigen Kopien vorliegenden Werks und die diesbezüglichen geistigen oder persönlichen Interessen des Urhebers in der Tat beeinträchtigen. Denn diese weiterhin verfügbaren Vervielfältigungen können die Authentizität des vernichteten Autographs nicht vermitteln.⁷¹ So verhielt es sich auch in den Sachverhalten der drei BGH-Urteile, denn die im/am Bau realisierten Rauminstallationen konnten nach ihrer Zerstörung nicht mehr vom allgemeinen Publikum wahrgenommen werden und für die Urheber in der Öffentlichkeit wirken.⁷² Es ist diese Beeinträchtigung, die der BGH durch die Anwendung des § 14 UrhG sanktioniert.

- 37 Dass eine ontologisch präzise Erläuterung des Werkbegriffs nur selten entscheidungserheblich wird, mindert ihren Erkenntniswert nicht. Denn die theoretischen Fundamente eines Rechtsgebiets müssen sich gerade an seinen äußersten Grenzen, etwa der Schutzfähigkeit eines Lebensmittelgeschmacks oder der Sanktionierbarkeit einer Werkstückzerstörung, bewähren. Das herrschende Paradigma mit seinen blinden Flecken bietet an diesen kritischen Punkten keine Orientierung.

d) Vergleich mit dem Sacheigentum

- 38 Festzuhalten ist, dass eine Theorie, die das Urheberrecht als ausschließliches Recht zur Reproduktion und sonstigen Nutzung bestimmter, reproduzierbarer Artefakte begreift, das geltende Recht besser verständlich und leichter handhabbar macht als das kohlersche Paradigma des abstrakt-geistigen Werks. Das gilt auch im Hinblick auf den Vergleich zwischen Sacheigentum und geistigem Eigentum:

⁷¹ Zur Unterscheidung zwischen autographen und allographen Kunstwerken *Goodman*, *Sprachen der Kunst*, 1968, S. 122 f.

⁷² Vgl. BGHZ 221, 181 = ZUM 2019, 508 Rn. 33 – HHole (for Mannheim) (Fortwirken des Werkes vereitelt oder erschwert).

- 39 Gemeinsam ist beiden Ausschließlichkeitsrechten im Ausgangspunkt, dass sie relationale Rechte und Pflichten im Hinblick auf ein Objekt begründen.⁷³ Allerdings ist das Objekt, auf das sich die unbestimmt vielen Rechtsrelationen zwischen dem Rechtsinhaber und den ausgeschlossenen Dritten beziehen, im Sachen- und IP-Recht von kategorial unterschiedlicher Art. Das Objekt des Sacheigentums ist der für sich allein bestehende, räumlich begrenzte, körperliche Gegenstand, den man anfassen und auf diese Weise faktisch beherrschen kann.⁷⁴ IP-Rechte hingegen ordnen weder solch körperliche noch sonst verkörperte „sonstige Gegenstände“ (Daten, DNA usw.) zu. Ihr Objektbezug besteht vielmehr wie gezeigt in einer Ähnlichkeitsrelation zwischen einem Master-Artefakt und einem Sekundären Artefakt. Es sind diese fundamental verschiedenen Seinsweisen des Rechtsobjekts, die die Unterschiede zwischen Sachen- und IP-Rechten verursachen und daher auch verständlich machen.
- 40 So wird auf der Basis der hier vertretenen Auffassung ohne Weiteres klar, warum nur das Sachenrecht Erwartungssicherheit im Hinblick auf einen friedlichen Besitz gewährleistet, während der Sinn des Urheberrechts nicht darin besteht, dem Rechtsinhaber einen ungestörten Umgang mit einem körperlichen oder verkörperten Gegenstand – etwa dem Original eines Werkes oder dem unveröffentlichten Manuskript – zu sichern.⁷⁵ Denn IP-Rechte schützen nicht, was der Rechtsinhaber in seinem Besitz hat und ungestört verwenden möchte, sondern sie bestimmen, ob Dritte für ihren Umgang mit eigenen Ressourcen seiner vorherigen Zustimmung bedürfen.⁷⁶ Mit diesem „öffentlichen“ Regelungsgegenstand unterscheiden sich IP-Rechte auch vom Schutz faktischer Geheimnisse durch das Persönlichkeits- und Geheimnisschutz- bzw. allgemeine Lauterkeitsrecht.⁷⁷

⁷³ Ross (wie Fn. 19), S. 184.

⁷⁴ Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 213 ff. m.w.N.; Jänich, Geistiges Eigentum – eine Komplementäerscheinung zum Sacheigentum? 2002, S. 229.

⁷⁵ Oben Fn. 51.

⁷⁶ Peukert, Why do “good people” disregard copyright on the internet? in: Geiger, Criminal Enforcement of Intellectual Property: A Handbook of Contemporary Research, 2012, S. 151 ff.; a.A. Hauptmann, Wesen und Begriff der sogenannten Immateriellen Güter. Dogmatische Untersuchung, in: Festgabe Juristische Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz), 1924, S. 50, 64 (das Autorrecht bestehe vor allem darin, dass der Autor sein Werk vervielfältigen könne).

⁷⁷ Zu Kohlers Unterscheidung zwischen veröffentlichten Immaterialgütern und unveröffentlichten Äußerungen, die dem Individualrecht unterliegen, Klippel, Persönlichkeitsrecht und Persönlichkeitsrechte bei Josef Kohler, ZGE/IPJ 6 (2014), 443, 455; zum Geheimnisschutz Druey, Information als Gegenstand des Rechts. Entwurf einer Grundlegung, 1995, S. 104 f.

- 41 Die unbefristete Dauer der Sachenrechte lässt sich ebenfalls auf den nur hier gültigen Gedanken der Besitzsicherung zurückführen. Denn die Erwartung, mit einer beweglichen oder unbeweglichen Sache ungestört nach Belieben verfahren zu können, beansprucht so lange legitime Rücksicht, wie die Sache existiert. IP-Rechte beziehen sich hingegen nicht auf eine bestimmte körperliche oder verkörperte Materie, deren unbeeinträchtigte Fortexistenz gesichert werden soll. Die mit IP-Rechten zwangsläufig und systemisch einhergehenden Einschränkungen von Handlungsfreiheiten Dritter sind vielmehr nur für eine begrenzte Zeit und/oder in Verbindung mit einem Ausübungszwang für den Berechtigten zu rechtfertigen.⁷⁸
- 42 Weil sich das Sacheigentum auf einen bestimmten, körperlichen Gegenstand bezieht, dessen Nutzung rivalisierend ist, muss ferner verhindert werden, dass an ein und derselben Sache überlappende Rechte bestehen, mit denen sich die jeweils Berechtigten gegenseitig blockieren. Diesem Zweck dient der *numerus clausus* der Verfügungsgeschäfte bzw. beschränkten dinglichen Rechte, der wiederum im IP-Recht nicht gilt.⁷⁹ Denn hier fehlt es an einem Rechtsobjekt, dessen Nutzung rivalisierend ist. Selbst Millionen abgeleiteter, gleichlautender oder variierender Nutzungsbefugnisse rufen keine Gefahr einer gegenseitigen Blockade der Nutzungsrechtsinhaber hervor, im Gegenteil: Je mehr Sekundäre Artefakte kursieren und autorisiert Verwendung finden, desto mehr Bedürfnisse werden befriedigt und desto mehr Einnahmen kann der Rechtsinhaber erzielen.⁸⁰
- 43 Fehlt es für eine Nutzung Sekundärer Artefakte an der erforderlichen Zustimmung des Berechtigten, ist für beide Eigentumskategorien zu entscheiden, wie ein kausaler Schaden bemessen werden soll. Im Sachenrecht sowie bei der Beeinträchtigung sonstiger verkörperter Gegenstände dominiert insoweit die im BGB als Normalfall kodifizierte konkrete Schadensberechnung gem. § 249 Abs. 1 BGB, welche wiederum im IP-Recht ein völliges Schattendasein führt.⁸¹ Die praktische Irrelevanz der konkreten Schadensberechnung im IP beruht dabei nicht nur und nicht einmal

⁷⁸ Dazu monografisch *Peukert* (wie Fn. 56), *passim*.

⁷⁹ *Jänich* (wie Fn. 74), S. 234 ff., 357 (Sach- und geistiges Eigentum in einer Reihe von Eigenschaften „wesensverschieden“).

⁸⁰ Näher *Peukert*, *Immaterialgüterrecht, Privatautonomie und Innovation*, in: Grundmann/Möslein, *Vertragsrecht und Innovation*, 2020, S. 69 ff.

⁸¹ Siehe einerseits *Peukert*, *Das Sacheigentum in der Informationsgesellschaft*, in: FS Schrickler, 2005, S. 149 ff. sowie andererseits *Raue*, *Dreifache Schadensberechnung. Eine Untersuchung zum deutschen und europäischen Immaterialgüter-, Lauterkeits- und Bürgerlichen Recht*, 2017, S. 340 ff.

vorrangig darauf, dass der objektive Verkehrswert von Werken systematisch schwerer zu bestimmen wäre als bei Mobilien, Immobilien oder Daten. Denn es gibt sowohl Sachen, für die kein Markt und daher auch kein etablierter Marktpreis besteht, als umgekehrt auch Alltags-IP wie Fotografien oder Popmusikstücke, die nach weit verbreiteten Tarifen vergütet werden. Die klassische Differenzhypothese funktioniert im IP-Recht vielmehr deshalb nicht, weil eine IP-Rechtsverletzung nicht auf die Sachen und sonst verkörperten Aktiva in der Bilanz des Rechtsinhabers einwirkt, und die als rechtsverletzend angegriffenen Sekundären Artefakte nicht in der Bilanz des Rechtsinhabers geführt werden. Die Ähnlichkeitsrelation zwischen Master-Artefakt und Sekundären Artefakten, die den Gegenstand der IP-Rechte bildet, ist kein abstrakt bilanzierbarer Vermögenswert. Denn auch aus bilanzrechtlicher Sicht folgt ein „immaterieller Vermögenswert“ nicht aus der statischen Innehabung eines Manuskripts oder sonst schutzfähigen Master-Artefakts, sondern aus dem insoweit „erwartete[n] künftige[n] wirtschaftliche[n] Nutzen“. ⁸² Es ist aber im Voraus nicht bekannt, wie viele Sekundäre Artefakte hergestellt und auf welche Art und Weise benutzt werden. ⁸³ Das hängt von der Nachfrage ab, die das Urheberrecht weder hervorrufen noch garantieren kann. Deshalb kann der Schaden im Urheber- und sonstigen IP-Recht nicht anders als auf der Grundlage von Wahrscheinlichkeiten (§ 252 BGB), normativen Fiktionen (Lizenzanalogie) oder dem – vom BGB als Anknüpfungspunkt für einen Schaden gerade ausgeschlossenen – Gewinn des Verletzers berechnet werden. ⁸⁴

⁸² International Accounting Standard 38, Immaterielle Vermögenswerte, § 21, Anhang IAS 38 zu Verordnung (EG) Nr. 1126/2008 zur Übernahme bestimmter internationaler Rechnungslegungsstandards, ABl. L 320/1.

⁸³ § 5 Abs. 2 EStG („Für immaterielle Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens ist ein Aktivposten nur anzusetzen, wenn sie entgeltlich erworben wurden.“). In die Handelsbilanz hingegen können seit einigen Jahren „selbst geschaffene immaterielle Vermögensgegenstände“ aufgenommen werden; vgl. §§ 248 Abs. 2 S. 1, 266 Abs. 2 lit. A I HGB. Allerdings sah sich der Rechtsausschuss des Bundestages im Hinblick auf dieses Aktivierungswahlrecht zur zirkulären „Klarstellung“ veranlasst, „dass eine Aktivierung erst in Frage kommt, wenn die Vermögensgegenstandseigenschaft des selbst geschaffenen immateriellen Vermögensgegenstands des Anlagevermögens bejaht werden kann“ (BT-Rechtsausschuss, BilMoG-E, BT-Drucks. 16/12407, 85). Siehe ferner International Accounting Standard 38, Immaterielle Vermögenswerte (wie Fn. 82), § 10 (ein immaterieller Vermögenswert zeichnet sich durch „Identifizierbarkeit, Verfügungsgewalt über eine Ressource und Bestehen eines künftigen wirtschaftlichen Nutzens“ aus), § 13 („Die Verfügungsgewalt eines Unternehmens über den künftigen wirtschaftlichen Nutzen aus einem immateriellen Vermögenswert basiert normalerweise auf juristisch durchsetzbaren Ansprüchen.“), § 51 („Manchmal ist es schwierig zu beurteilen, ob ein selbst geschaffener immaterieller Vermögenswert ansetzbar ist ...“).

⁸⁴ Statt aller *Wimmers*, in: Schricker/Loewenheim (wie Fn. 42), § 97 UrhG Rn. 265 ff.

e) Ökonomische Analyse

- 44 Auch die ökonomische Analyse des Urheberrechts würde von einer Abkehr vom abstrakt-imaginären Werk und einer Hinwendung zu den realiter regulierten Handlungen und betroffenen Artefakten profitieren. Ihre Fragestellung lautet, ob und wie IP-Rechte Innovationen und Investitionen fördern.⁸⁵ Die klassische Variante der ökonomischen Analyse geht dabei im Einklang mit der herrschenden Ontologie davon aus, dass Werke Güter sind, die eigentumsartig zugeordnet werden. Zugleich ist unter Ökonomen allgemein anerkannt, dass sich Immaterialgüter von Sachen dadurch grundlegend unterscheiden, dass sie nicht-rivalisierend und nicht-exklusiv sind. Sei beispielsweise ein Werk einmal öffentlich verfügbar, sei „es“ eigentlich nicht mehr knapp, da „es“ beliebig kopiert werden könne. Weil dann aber Anreize zur Hervorbringung solch öffentlicher Güter fehlten, erzeugten IP-Rechte eine künstliche Knappheit, der die Berechtigten durch Erteilung entgeltlicher Lizenzen abhelfen könnten, was weitere Innovationen und Investitionen begünstige. Auf der Basis dieser Annahmen und in Anbetracht ubiquitär verfügbarer Produktions- und Distributionstechnologien hat Lemley die offenbar ernstgemeinte Frage aufgeworfen, ob wir nicht am Beginn eines Zeitalters weithin fehlender Knappheit stehen, auch im Hinblick auf Innovationen.⁸⁶
- 45 Zu solch ersichtlich utopischen und letztlich empirisch nicht überprüfbaren Annahmen⁸⁷ kann nur gelangen, wer seine ökonomischen Modelle auf der Fiktion des abstrakten Immaterialguts errichtet. Da ein solches nur als begriffliches Konstrukt existiert, gilt selbiges für seine vermeintlich künstliche, gegebene oder bald fehlende Knappheit – auch sie ist fiktiv. Die Rede von der Knappheit immaterieller Güter verweist auf keine rohe Realität. Sie existiert und fungiert wie das abstrakte Immaterialgut lediglich als begriffliche Abstraktion, diesmal im Rahmen ökonomischer Modelle.

⁸⁵ Eingehend *Nazari-Khanachayi*, Rechtfertigungsnarrative des Urheberrechts im Praxistest, 2016, S. 67 ff. m.w.N.

⁸⁶ *Lemley*, IP in a World without Scarcity, N.Y.U. L. Rev. 90 (2015), 460, 466 ff.

⁸⁷ Zur berühmten und oft wiederholten *Machlup*-Sentenz, wonach, „es nach der gegenwärtigen Kenntnis seiner wirtschaftlichen Folgen unverantwortlich [wäre], die Annahme eines Patentgesetzes zu empfehlen“, seine Abschaffung aber ebenso „unverantwortlich“ sei (*Machlup*, Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts – 3. Teil, GRUR Ausl. 1961, 524, 537), vgl. *Lemley*, Faith-Based Intellectual Property, UCLA L. Rev. 62 (2015), 1328, 1331 f.

46 Wer hingegen wie die Ökonomen Boldrin und Levine die hier verfochtene, realistische, handlungs- und artefaktbasierte Ontologie zum Ausgangspunkt seiner Analyse macht, der gelangt zu empirisch feststellbaren Knappheiten und Bedürfnissen. Zweifellos den ehernen Gesetzen der irdischen Knappheit unterliegen nämlich menschliche Fähigkeiten zu innovieren und unternehmerisch tätig zu sein sowie die materiellen Ressourcen, die zur Herstellung neuer Artefakte, aber auch zu ihrer Vervielfältigung oder Nachahmung erforderlich sind. Eine Ökonomik, die überprüfbare Aussagen über die Wirklichkeit technischer und anderer Innovationen machen möchte, muss sich mit der effizienten Allokation dieser mentalen und physischen Ressourcen befassen.⁸⁸

f) Rechtsvergleichung: Unterschiede zwischen Copyright und droit d'auteur

47 Schließlich liefert eine Analyse des Wirklichkeitsverständnisses verschiedener Urheberrechtsordnungen wichtige Erkenntnisse für den Rechtsvergleich. Insbesondere lässt sich auf diesem Wege zeigen, dass idealistische IP-Rechtsordnungen mit einem voll entwickelten Begriff des abstrakten Immaterialguts einen tendenziell umfassenderen Rechtsschutz gewähren als physikalistische IP-Rechtsordnungen, die zumindest teilweise noch mit dem handlungs- und artefaktbasierten Konzept des Privilegienzeitalters operieren.

48 Mit Blick auf das Urheberrecht ist damit der Unterschied zwischen dem kontinentaleuropäischen droit d'auteur einerseits und dem angloamerikanischen Copyright andererseits angesprochen. Der heute weltweit geltende, abstrakt-emphatische Werkbegriff wurde zuerst im französischen Recht kodifiziert, während das britische und US-amerikanische Recht diese Innovation erst in der Mitte des 19. Jahrhunderts importierten.⁸⁹ Trotz der Globalisierung des abstrakten Werkbegriffs hat das Copyright-System bis heute nicht alle konkretistischen, artefakt- und handlungsbasierten Regulierungskonzepte abgestreift:

⁸⁸ Noch immer zu einfach machen es sich insoweit *Boldrin/Levine*, Intellectual property and the efficient allocation of social surplus from creation, *Review of Economic Research on Copyright Issues* 2 (2005), 45, 47 („The fundamental point we make is that classical competitive theory applies to ideas, and their copies, the same way it applies to wheat, and its copies.“); vgl. auch *Scotchmer*, Innovation and Inventives, 2004, S. 32 ff.; *Sherman*, What Is a Copyright Work?, *Theoretical Inquiries in Law Forum* 12 (2011), 99, 104; *Gruner*, Dispelling the Myth of Patents as Non-Rivalrous Property: Patents as Tools for Allocating Scarce Labor and Resources, *Colum. Sci. & Tech. L. Rev.* 13 (2012), 1, 8-9 (allocations of invention inputs such as the scarce time of key inventors and the scarce innovation resources of corporations).

⁸⁹ *Peukert* (wie Fn. 7), S. 104 ff.

49 Bereits die Rede vom „Copyright“ – dem Recht an der Kopie/zum Kopieren – zeigt an, dass das materielle Objekt der „Kopie“ noch immer eine wesentliche theoretische Rolle spielt.⁹⁰ Ein Ausdruck dieser Tatsache ist das Fixierungserfordernis, wonach ein Copyright-Schutz und damit auch der rechtliche Werkbegriff nicht nur Wahrnehmbarkeit voraussetzen,⁹¹ sondern darüber hinaus verlangen, dass eine ephemere Äußerung oder Darbietung in einem „tangible medium of expression“ fixiert ist.⁹² Diese Schutzvoraussetzung ist dem französischen und deutschen Urheberrecht fremd, „denn Gegenstand des Urheberrechts ist kein Sachgegenstand, sondern das Werk als geistiges, immaterielles Gut“.⁹³ Während dieses unkörperliche Objekt hierzulande streng von den materiellen Gegenständen der verwandten Schutzrechte unterschieden wird,⁹⁴ bereitet es im Copyright-System keine größeren Schwierigkeiten, den nicht voll idealisierten Werkbegriff auf Tonträger und andere physische Artefakte zu erstrecken.⁹⁵ Der höhere Konkretisierungsgrad schlägt sich ferner in abschließenden Werk- und Rechkatalogen nieder, während der abstrakte Werkbegriff im kontinentaleuropäischen Recht gerade die normative Funktion hat, Rechtsschutzlücken zu schließen.⁹⁶ Dennoch wirksamen, expansiven Tendenzen des

⁹⁰ Siehe 17 U.S.C. § 101 („Copies‘ are material objects, other than phonorecords, in which a work is fixed by any method now known or later developed, and from which the work can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device.“).Vgl. hingegen § 44 UrhG und Art. L-111-1 CPI („L’auteur d’une oeuvre de l’esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d’un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.“), Art. 111-3 CPI („La propriété incorporelle définie par l’article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l’objet matériel.“).

⁹¹ Zum deutschen Recht oben Fn. 43 f.

⁹² Vgl. Art. 2 Abs. 2 RBÜ („Der Gesetzgebung der Verbandsländer bleibt jedoch vorbehalten, die Werke der Literatur und Kunst oder eine oder mehrere Arten davon nur zu schützen, wenn sie auf einem materiellen Träger festgelegt sind.“); 17 U.S.C. § 101 („A work is ‚created‘ when it is fixed in a copy or phonorecord for the first time“), § 102(a) („original works of authorship fixed in any tangible medium of expression“). Ambivalent Sec. 3(2) UK CDPA 1988 („Copyright does not subsist in a literary, dramatic or musical work unless and until it is recorded, in writing or otherwise“); dazu *Pila*, An Intentional View of the Copyright Work, *The Modern L. Rev.* 71(4) 2008, 535, 540.

⁹³ BGHZ 37, 1 = GRUR 1962, 470, 472 – AKI; ferner Art. L111-1 f. und L112-1 f. CPI.

⁹⁴ Oben III 1 a.

⁹⁵ Vgl. Sec. 1, 5A (sound recordings), 5B(1) („film‘ means a recording on any medium ...“), 6 („broadcast‘ means an electronic transmission ...“), 8 („typographical arrangement of a published edition“) UK CDPA 1988; 17 U.S.C. § 101 („Sound recordings‘ are works that result from the fixation of a series of musical, spoken, or other sounds, but not including the sounds accompanying a motion picture or other audiovisual work, regardless of the nature of the material objects, such as disks, tapes, or other phonorecords, in which they are embodied.“).

⁹⁶ Vgl. Sec. 1 ff., 16 CDPA 1988; 17 U.S.C. § 102 und *Griffiths*, Dematerialization, Pragmatism and the European Copyright Revolution, *Oxford Journal of Legal Studies* 33 (2013), 767, 776, mit §§ 2, 15 UrhG, Art. L112-1 f. CPI.

abstrakten Werkbegriffs wirkt das US-amerikanische Recht darüber hinaus mit den Grundsätzen der Ideenfreiheit und der Schranke für jeden *fair use* entgegen.⁹⁷

- 50 Die physikalistisch-konkretistische Konzeption des Copyright korrespondiert mit seiner primär instrumentellen Ausrichtung. Begrenzte ausschließliche Rechte zum Kopieren werden gewährt, um im Interesse der Allgemeinheit Lernen und Fortschritt zu fördern. Diese Betrachtungsweise ist in doppelter Hinsicht realitätsnäher als das kontinentaleuropäische Urheberrecht, das die Fiktion des abstrakten Werks in sein Zentrum stellt und weniger folgenorientiert ist.⁹⁸ In dem Maße, in dem sich die Vorstellung vom Rechtsobjekt von der rohen Wirklichkeit entfernt, kann auch der Zweck der Rechte von ihren messbaren Effekten absehen.

2. Präskriptive Erkenntnisgewinne

- 51 Mit dieser Feststellung ist eine Brücke zur Normativität geschlagen. Alle zuvor präsentierten Erkenntnisse sind indes deskriptiver Art. Ihr Wert besteht darin, die Anwendung, das rechtstheoretische Verständnis und die ökonomisch-folgenorientierte Analyse des Urheberrechts zu verbessern. Ebenfalls noch beschreibend ist die ontologische Einsicht, dass das Werk als Objekt des Urheberrechts keinen Ausschnitt der rohen, messbaren Wirklichkeit bildet, sondern dass dem Denken, Sprechen und Regulieren in Begriffen von abstrakten Immaterialgütern wie dem Werk bereits eine spezifische Normativität innewohnt. Eine ontologische Kritik vermag also zu zeigen, dass und warum das herrschende Paradigma nicht einfach eine unschuldige Vorstellung der äußeren Wirklichkeit ist, sondern eine fundamentale normative Weichenstellung. Der ganze Sinn und Zweck der zutreffend als „very difficult, or rather quite wild“ erachteten Vorstellung vom abstrakt-ideellen Werk⁹⁹ besteht darin, ein distinktes, eigentumsfähiges Objekt zu fingieren. Genau das war auch Kohlers Punkt: ohne Immaterialgut kein Immaterialgüterrecht.¹⁰⁰

⁹⁷ *Bracha*, *The Ideology of Authorship Revisited: Authors, Markets, and Liberal Values in Early American Copyright*, Yale L.J. 118 (2008), 186, 224 ff. m.w.N., 238.

⁹⁸ *Griffiths*, *Oxford Journal of Legal Studies* 33 (2013), 767 f.

⁹⁹ So Richter Yates in *Millar v Taylor* (1769) 4 Burrow 2303, 2357.

¹⁰⁰ So letztlich auch *Kähler*, in diesem Band, IV („Will man Kunst und Kultur, Journalismus und Wissenschaft schützen, ist es unverzichtbar, die semantische oder sonstige Bedeutung ihrer Werke in den Vordergrund zu rücken und damit ausdrücklich oder stillschweigend einen ontologisch ideellen Gegenstand anzunehmen.“).

- 52 Hat man die inhärente Normativität der sozial-institutionellen Tatsache „Werk“ erkannt, stellt es weitergehend keinen Kategorienfehler dar, das herrschende Paradigma aus normativer Warte zu kritisieren. Allerdings ist der diesbezügliche, normativ-präskriptive Erkenntniswert meines Buches gering. Nicht nur verbietet die für das moderne Recht unhintergehbare Sein/Sollen-Dichotomie Kurzschlüsse von Annahmen über die Wirklichkeit auf ein rechtliches Ge- oder Verbot.¹⁰¹ Die ganze Stoßrichtung meines Vorhabens geht dahin, die Differenz zwischen rohen und stets inhärent normativen, institutionellen Tatsachen im Urheber- und IP-Recht präzise zu markieren, um auf diesem Wege Sein und Sollen wieder in ihr je eigenes Recht zu setzen, während der abstrakt-emphatische Werkbegriff, wie die Kohler-Zitate zu Beginn belegen, diese Unterscheidung systematisch unterläuft.¹⁰²
- 53 Demgemäß gibt eine handlungs- und artefaktbasierte Rekonstruktion des Urheberrechts keine Auskunft darüber, wie das Urheberrecht allgemein auszugestalten oder wie ein einzelner Urheberrechtsfall zu beurteilen ist. Für diese primär präskriptiv-normativen Fragen ist eine rechtsrealistische Ontologiekritik unergiebig.¹⁰³ Umgekehrt kann sie allerdings auch nicht mit normativen Argumenten als verfehlt verworfen werden.
- 54 Der maximale normative Anspruch, den ich erhebe, lautet lediglich, dass zumindest die Urheberrechtswissenschaft tunlichst nicht so reden und argumentieren sollte, als existierten abstrakte Werke, die ihrem Inhaber wie Sachen exklusiv zugeordnet werden.¹⁰⁴ Stattdessen sollten die betroffenen Akteure, ihre Handlungen und die Artefakte ihres Handelns in den Vordergrund rücken. Zu fragen ist, unter welchen Voraussetzungen literarische und künstlerische Werke sowie verwandte Leistungen hervorgebracht und zu marktreifen Erzeugnissen entwickelt werden. Braucht es hierfür spezifische Rechte am jeweiligen Arbeitsprodukt oder gibt es andere Anreizmechanismen und Wege zur Aneignung von Innovationsrenten? Die in diesem Perspektivwechsel zum Ausdruck kommende rechtsrealistische Überzeugung lautet: Je näher das Recht seiner rohen Wirklichkeit kommt, desto größer ist die

¹⁰¹ Ebenso *Kähler*, in diesem Band, II 1.

¹⁰² Zur Instabilität dieser fundamentalen Differenz im geltenden IP-Recht *Peukert* (wie Fn. 7), S. 162-165.

¹⁰³ Zur Definition des Werkbegriffs im Zuge der Gesetzesanwendung aber oben III 1 c.

¹⁰⁴ Dafür fehlt allerdings weithin das Vokabular. Daher mein Vorschlag, den Privilegienbegriff unter rechtsstaatlich-demokratischen Vorzeichen zu reaktivieren; *Peukert* (wie Fn. 7), S. 171-174.

Wahrscheinlichkeit, dass es wirksam ist und seine selbstgesetzten Ziele erreicht. Forderungen nach neuen oder erweiterten Rechten können unter diesem Blickwinkel leichter als ggf. wettbewerbsfeindliche Rufe nach dem Schutz einer Marktposition bzw. Marktchance entlarvt werden.¹⁰⁵

55 Die normativen Implikationen des eingeforderten Perspektivwechsels lassen sich am Beispiel des bereits mehrfach erwähnten urheberrechtlichen Bearbeitungsrechts ausweisen. Denkt man ausgehend vom abstrakt-unbestimmten Werk und dem auch persönlichkeitsrechtlich motivierten Erfordernis, dass grundsätzlich jede Umgestaltung „des Werkes“ erlaubnisbedürftig ist, so kann man auch lineare Fortschreibungen von Romanhandlungen für urheberrechtsverletzend halten.¹⁰⁶ Fragt man auf dem Boden der hier vertretenen Auffassung hingegen, ob allein der Verfasser einer belletristischen Schrift berechtigt sein soll, hieran anknüpfend weitere Geschichten zu schreiben, so stellt sich dieses Begehren anders und deutlich problematischer dar. Warum soll es allein im Belieben des Erstautors stehen, ob solche Weitererzählungen Dritter das Licht der Öffentlichkeit erblicken, soweit hiermit keine Persönlichkeitsrechtsverletzungen, unlauteren Irreführungen des Publikums oder Werktitelrechtsverletzungen verbunden sind? Die hier entfaltete Theorie begünstigt solch unbefangenes Fragen und damit generell ein stärker instrumentelles Verständnis der Rechte, ihrer Zwecke und Effekte.¹⁰⁷

56 Indes muss ein solcher Perspektivwechsel – anders als dies offenbar Max Lange meinte¹⁰⁸ – keineswegs zwangsläufig mit einer Aufgabe der juristischen Figur des Ausschließlichkeitsrechts einhergehen. Es ist zwar konzeptionell anspruchsvoll, aber möglich, die Fiktion des abstrakten Werks in reale Handlungen und Artefakte zu zerlegen, ohne die Form des Ausschließlichkeitsrechts zu verabschieden. Das hierfür erforderliche Objekt, das die relationalen Rechte und Pflichten bündelt, ist das Master-

¹⁰⁵ *Rotstein*, Chicago-Kent L. Rev. 68 (1993), 725, 795 („By contrast, the interests at stake may seem far different if a copyright infringement case is viewed as a resolution of the competing right of speakers to engage in acts of speech – a more realistic view in light of contemporary literary thought.“).

¹⁰⁶ BGHZ 141, 267 = BGH GRUR 1999, 984 – Laras Tochter.

¹⁰⁷ Dafür auch *Drahos*, A Philosophy of Intellectual Property, 1996, S. 213 ff. (instrumentalism); skeptisch *Drassinower*, What's Wrong with Copying? 2015, S. 147. Zum Privilegienwesen in diesem Sinne *Klippel*, „Ueber die Unzulässigkeit des Büchernachdrucks nach dem natürlichen Zwangsrecht“. Der Diskurs über den Büchernachdruck im Jahr 1784, in: FS Wadle, S. 477, 485 f.

¹⁰⁸ *Lange*, Kritik der Grundbegriffe vom geistigen Eigentum (1837), UFITA 117 (1991), 169, 173 f., 179 („Damit treten wir aber in das Gebiet der Obligationen und erkennen, wie die Eigentumstheorie sich selbst gerichtet hat.“); skeptisch auch *Rognstad*, Property Aspects of Intellectual Property, 2018, S. 124.

Artefakt, das nach Maßgabe der IP-Gesetze mit anderen Artefakten verglichen wird. Hingegen ist es nicht wünschenswert, die Form des subjektiven Ausschließlichkeitsrechts nur deshalb aufzugeben, weil sich die Vorstellung vom abstrakten Immaterialgut als irreführende, versteckt-normative, institutionelle Tatsache erwiesen hat. Die Fiktion des romantisch-abstrakten Werks und seine Sprösslinge in anderen Bereichen des IP-Rechts sollte aufgegeben werden, da sie nicht den Tatsachen entspricht. Im Hinblick auf die Eigentumsform, die ebenfalls zu den sozial konstruierten, institutionellen Tatsachen zählt, ist hingegen eine deutlich konservativere Haltung angebracht.¹⁰⁹ Denn es wäre inkonsequent und letztlich ungerecht, Urheber den Marktgesetzen zu unterwerfen, ihnen aber zugleich die rechtlichen Instrumente zu versagen, mit deren Hilfe sie ihren kreativen Output marktkonform versilbern können.¹¹⁰ Eine Kritik des Wirklichkeitsverständnisses des Immaterialgüterrechts muss daher nicht in eine Fundamentalopposition gegen den Eigentumsgedanken münden. Auch deshalb sollte sich die Urheberrechtswissenschaft den hier zusammengefassten Erkenntnissen nicht verschließen.

¹⁰⁹ Peukert (wie Fn. 7), S. 168-171. In diesem Sinne auch Searle, Geist, Sprache und Gesellschaft, 2001, S. 191 („Die alten Begriffe [insbesondere des Geistes, A.P.] entsprechen nicht dem Verständnis, das wir inzwischen, nach hundert Jahren Hirnforschung, von den Tatsachen haben können. In andern Bereichen – in der Ontologie des Gelds oder des Eigentums zum Beispiel – müssen wir unsere gewöhnlichen Begriffe viel konservativer behandeln, denn der gesellschaftlich geschaffenen institutionellen Wirklichkeit liegt keine Wirklichkeit zugrunde – außer der Fähigkeit des Menschen, gewisse Phänomene auf gewisse Weise zu behandeln und zu betrachten; und der Begriffsapparat ist dieser Behandlung und Betrachtung wesentlich.“).

¹¹⁰ Renouard, Traité des droits d'auteur, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts, 1838, S. 434 ff.; Peukert, Die Expansion des Urheberrechts – eine polanyische Perspektive, in: FS 50 Jahre UrhG, S. 305, 313. Umgekehrt gilt: Wird das Leistungsergebnis wie bei steuerfinanzierten Wissenschaftlern öffentlich finanziert, entfällt das Erfordernis und Gebot einer umfassenden Vermarktungsmöglichkeit; vgl. § 38 Abs. 4 UrhG.