

## i-call working paper

Nr. 2017/03

# Digitale Kunst im Rahmen der Schutzvoraussetzungen von Art. 2 Abs. 1 URG

Linda Nester\*

JULI 2017

### ZUSAMMENFASSUNG

Die Entwicklung Digitaler Kunst war von kunstgeschichtlichen Einflüssen und technologischem Fortschritt gleichermassen geprägt. Obwohl Museen und Galerien weltweit bereits Ende des vergangenen Jahrhunderts Digitale Kunst sammelten und ausstellten, wurde sie bei der Festlegung des urheberrechtlichen Kunst- bzw. Werkbegriffs bislang kaum berücksichtigt. Vorliegender Aufsatz untersucht die Schutzvoraussetzungen von Art. 2 Abs. 1 URG unter Zuhilfenahme einer groben Unterscheidung zwischen zwei Formen Digitaler Kunst, welche gleichzeitig ihre Definition vereinfachen soll: Kunst, die digitale Technologien als Werkzeug nutzt, und solche, welche digitale Technologien als ihr ureigentliches Medium verwendet. Bei letzterer stellt sich insbesondere die Frage, ob der Einsatz schöpferischer Programme oder Zufallsgeneratoren das Erfordernis einer menschlichen geistigen Schöpfung ausschliesst oder erfüllt.

### SCHLÜSSELBEGRIFFE

Digitale Kunst, Computerkunst, rechtliche Kunstdefinition, urheberrechtliche Schutzvoraussetzungen, geistige Schöpfung

\* RA MLaw, Doktorandin und wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich, Lehrstuhl für Rechtssoziologie mit besonderer Berücksichtigung des Medienrechts von Prof. Dr. iur. Christoph B. Graber und stellvertretende Leiterin der Fachstelle internationaler Kulturgütertransfer beim Bundesamt für Kultur. Die Autorin dankt Christoph B. Graber für hilfreiche Kommentare zu früheren Fassungen dieses Textes und weiterführende Hinweise sowie Marcus P. Nester für die redaktionelle Unterstützung.

---

I-CALL WORKING PAPERS sind Forschungsergebnisse des i-call Forschungslaboratoriums. Die i-call Working Papers werden durch Peers begutachtet.

VORGESCHLAGENE ZITIERWEISE: Linda Nester, Digitale Kunst im Rahmen der Schutzvoraussetzungen von Art. 2 Abs. 1 URG, in: i-call Working Paper, Universität Zürich, Nr. 03 (2017).

Publiziert durch:

i-call, Forschungslaboratorium Information • Kommunikation • Kunst • Recht an der  
Universität Zürich

Prof. Dr. Christoph B. Graber

Lehrstuhl für Rechtssoziologie mit besonderer Berücksichtigung des Medienrechts

Universität Zürich, Rechtswissenschaftliche Fakultät

Treichlerstrasse 10

8032 Zurich

Schweiz

ISSN 1664-0144

© i-call Forschungslaboratorium, Schweiz

Alle Rechte vorbehalten. Kein Teil dieses Werkes darf in irgendeiner Form (Druck, Fotokopie oder einem anderen Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Herausgebers reproduziert, übersetzt oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

---

**DIGITALE KUNST IM RAHMEN DER  
SCHUTZVORAUSSETZUNGEN VON ART. 2 ABS. 1 URG**

A.	EINLEITUNG .....	4
B.	WAS IST (DIGITALE) KUNST? .....	5
	1. RECHTLICHER KUNSTBEGRIFF .....	5
	2. ENTWICKLUNG DIGITALER KUNST .....	6
	3. DEFINITION DIGITALER KUNST .....	8
	a. Digitale Technologien als Werkzeug .....	9
	b. Digitale Technologien als Medium .....	9
C.	DIGITALE KUNST UNTER ART. 2 ABS. 1 URG .....	10
	1. KUNSTWERK UND URHEBERRECHTLICHES WERK .....	10
	2. GEISTIGE SCHÖPFUNG .....	11
	a. Geistig .....	11
	b. Schöpfung .....	15
	c. Exkurs: Schöpferprinzip .....	17
	3. INDIVIDUELLER CHARAKTER .....	17
	4. LITERATUR UND KUNST .....	19
D.	FAZIT .....	20

## A. EINLEITUNG

Mit dem Aufkommen der modernen Informationstechnologie entstand die Möglichkeit, Hard- und Software für künstlerisches Schaffen zu nutzen. Seither erweitert jede Innovation auf dem Gebiet der Informatik den Einsatzbereich von Computern für die Kreation von Kunst.<sup>1</sup> Digitale Kunst kann als Synonym für Multimediakunst, electronic art oder technology based art verwendet werden und dient als Sammelbegriff für alle Kunst, die digital mit einem Computer geschaffen worden ist.<sup>2</sup> Entsprechend vielfältig sind ihre Erscheinungsformen.

Obwohl bereits in den 1960er Jahren erste Ausstellungen Digitaler Kunst organisiert wurden, können sich Kunstläien – und unter ihnen zahlreiche Juristen – darunter noch wenig vorstellen.<sup>3</sup> Die Diskussion um den (urheber-)rechtlichen Kunst- und Werkbegriff wird denn auch nach wie vor von der Vorstellung traditioneller Kunstformen wie Malerei, Bildhauerei und Fotografie dominiert.<sup>4</sup> Um urheberrechtlichen Schutz beanspruchen zu können, muss ein Werk gemäss Art. 2 Abs. 1 URG eine geistige Schöpfung der Literatur oder Kunst mit individuellem Charakter sein. Die Frage, ob und wie Digitale Kunst diese Schutzvoraussetzungen erfüllt, bildet Gegenstand des vorliegenden Aufsatzes.

Als Grundlage dieser Untersuchung werden in einem ersten Teil der rechtliche Kunstbegriff hinterfragt und sodann die Entstehungsgeschichte sowie die unterschiedlichen Erscheinungsformen Digitaler Kunst erläutert. Dabei wird eine grobe Unterscheidung zwischen Kunst, welche digitale Technologien als Werkzeug nutzt (computer-aided art) und solcher, welche digitale Technologien durch und durch als eigentliches Medium verwendet (computer-generated art), eingeführt.<sup>5</sup> Denn je nach Einsatzform dieser Technologien im Rahmen der Realisierung Digitaler Kunst müssen die urheberrechtlichen Schutzvoraussetzungen detaillierter geprüft werden. Während computer-aided art mit traditionelleren Kunstformen vergleichbar ist, stellt sich bei computer-generated art die Frage, ob die Nutzung eines Computerprogramms die kreative Tätigkeit des Künstlers bzw. Urhebers ersetzt und welche Auswirkungen dies auf die Beurteilung des Werkcharakters haben kann. Insbesondere wenn sich Digitale Kunst aleatorischer Elemente wie Zufallsgeneratoren bedient, gehen die Lehrmeinungen bezüglich des Vorliegens einer geistigen Schöpfung

---

<sup>1</sup> Emil Neff/Matthias Arn, Urheberrechtlicher Schutz von Software, in: Roland von Büren/Lucas David (Hg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, II/2, Urheberrecht im EDV-Bereich, Basel/Genf/München 1998, 1 ff., 181. Mit „Computer“ sind im Folgenden vor allem Software, d.h. Computerprogramme gemeint, während ebenfalls im Begriff „Computer“ enthaltene Hardware-Komponenten primär als ausführende Hilfsmittel dieser Programme angesehen werden.

<sup>2</sup> Birgit Rolfes, Digital Art und Installationen – neue Anforderungen an die Kunstversicherung, in: Matthias Weller/Nicolai Kemle/Karolina Kuprecht/Thomas Dreier (Hg.), Neue Kunst – Neues Recht, Tagungsband des Siebten Heidelberger Kunstrechtstags am 22. und 23. November 2013, Baden-Baden 2014, 107 ff., 115; Lionel Schüpbach, Das Multimediakunstwerk – von der Schöpfung zum Handel, KUR 2012, 203 ff., 204.

<sup>3</sup> Christiane Paul, Digital Art, 3. Aufl., London 2015, 15.

<sup>4</sup> Andrea Schlütter, Der Begriff des Originals im Urheberrecht, Diss. Bonn, Frankfurt am Main 2012, 267 f.

<sup>5</sup> Reto M. Hilty, Urheberrecht, Bern 2011, 68; Paul (Fn 3), 8.

auseinander.<sup>6</sup> Diese Schutzvoraussetzung wird im zweiten Teil des Aufsatzes daher eingehend behandelt. Zuletzt werden sodann kurz die Kriterien „Individualität“ und „Literatur und Kunst“ dargestellt, welche weniger Schwierigkeiten bereiten, da diese beiden Schutzvoraussetzungen im Hinblick auf Digitale Kunst in der Regel rasch erfüllt sind.<sup>7</sup>

## B. WAS IST (DIGITALE) KUNST?

### 1. RECHTLICHER KUNSTBEGRIFF

Die Freiheit der Kunst wird in Art. 21 der Schweizerischen Bundesverfassung gewährleistet, ohne dass der Begriff „Kunst“ definiert wird.<sup>8</sup> Ebenso regelt das Urheberrechtsgesetz gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a URG den Schutz der Urheberinnen und Urheber von Werken der Literatur und Kunst, ohne diese Kategorien näher zu erläutern.<sup>9</sup> Da es für die Anwendung dieser Normen jedoch notwendig ist, eine Grenze zwischen Kunst und Nicht-Kunst ziehen zu können, ist eine – rechtliche – Begriffsbestimmung erforderlich.<sup>10</sup> Dabei stellt sich indes das Problem, dass jede heteronome Definition von Kunst im Widerspruch zu ihrer grundrechtlich garantierten Autonomie steht.<sup>11</sup> In der Systemtheorie wird dieses Paradox entfaltet, indem zwischen einem künstlerischen und einem rechtlichen Kunstbegriff unterschieden wird:<sup>12</sup> Jede rechtliche Definition von Kunst gilt bloss vorübergehend und erfolgt aus einer beschränkten Perspektive.<sup>13</sup> Dass es für Kunst folglich keine generelle und abschliessende Definition gibt, ist aber nicht nur von Systemtheoretikern, sondern allgemein anerkannt.<sup>14</sup> Gemäss Renold/Mosimann ist der rechtliche Kunstbegriff auf mindestens drei Ebenen relativ: auf zeitlicher Ebene, auf räumlicher Ebene und auf der Ebene des in Frage stehenden Rechtsgebiets.<sup>15</sup> Was heute als Kunstwerk geschätzt wird, wurde nicht zwingend schon gestern als solches

<sup>6</sup> Vgl. Roland von Büren/Michael A. Meer, Der Werkbegriff, in: Roland von Büren/Lucas David (Hg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl., Basel 2014, 58 ff., 108.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Markus Müller-Chen, Grundlagen und ausgewählte Fragen des Kunstrechts, ZSR 2010, 1 ff., 28.

<sup>9</sup> In Art. 2 Abs. 2 URG werden zwar exemplarisch unterschiedliche WerkGattungen aufgeführt, was aber keine Definition des Kunstbegriffs beinhaltet.

<sup>10</sup> Christoph Beat Graber, Der Kunstbegriff des Rechts im Kontext der Gesellschaft, in: Institut suisse de droit comparé, Lausanne/Centre du droit de l'art, Genf (Hg.), Liberté de l'art et indépendance de l'artiste, Actes du Colloque international des 27 et 28 novembre 2003 à Lausanne, Genf/Zürich/Basel 2004, 91 ff., 91; Peter Mosimann/Felix Uhlmann, Kunst und Grundrechte, in: Peter Mosimann/Marc-André Renold/Andrea Raschèr (Hg.), Kultur Kunst Recht, Schweizerisches und Internationales Recht, Basel 2009, 43 ff., 60.

<sup>11</sup> Graber (Fn 10), 91.

<sup>12</sup> Ibid, 95; Bruno Glaus/Peter Studer, Kunstrecht, Zürich 2003, 16.

<sup>13</sup> Graber (Fn 10), 101.

<sup>14</sup> Glaus/Studer (Fn 10), 63; Marc-André Renold/Peter Mosimann, Kunst, in: Peter Mosimann/Marc-André Renold/Andrea Raschèr (Hg.), Kultur Kunst Recht, Schweizerisches und Internationales Recht, Basel 2009, 23 ff., 23; Haimo Schack, Kunst und Recht, Bildende Kunst, Architektur, Design und Fotografie im deutschen und internationalen Recht, 2. Aufl., Tübingen 2009, N 3; m.w.H. Schüpbach (Fn 2), 203.

<sup>15</sup> Renold/Mosimann (Fn 14), 23; Müller-Chen (Fn 8), 45.

angesehen.<sup>16</sup> Des Weiteren kann sich der rechtliche Kunstbegriff in der Schweiz deutlich von demjenigen in einem anderen Land unterscheiden, und darüber hinaus je nach national anwendbarer Rechtsgrundlage ein anderer sein.<sup>17</sup> Während z.B. das Urheberrecht mit Art. 1 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 2 URG auf den Werkbegriff abstellt, wird im internationalen Kunsthandel der Fokus auf den Begriff des Kulturguts i.S.v. Art. 2 Abs. 1 KGTG gelegt.<sup>18</sup>

Kunst ist somit ein relativer Rechtsbegriff und darf als solcher nicht fest definiert werden.<sup>19</sup> Vielmehr muss die rechtliche Definition von Kunst neuen Kunstformen gegenüber offen sein, denn nur so kann man der Vielfalt des künstlerischen Wirkens und dessen Entwicklung infolge des Wandels gesellschaftlicher Werte oder des technischen Fortschritts gerecht werden.<sup>20</sup> Digitale Kunst stellt eine solche junge Kunstentwicklung dar, welche sich erst mit den technischen Voraussetzungen für digitale Datenverarbeitung und -speicherung entstehen und durchsetzen konnte.<sup>21</sup> Ob und wie das Recht – konkret Art. 2 Abs. 1 URG – mit dieser neueren Kunstform umgehen kann, bildet Gegenstand des vorliegenden Aufsatzes.

## 2. ENTWICKLUNG DIGITALER KUNST

Die Entwicklung Digitaler Kunst war von technologischem Fortschritt und kunstgeschichtlichen Einflüssen gleichermassen geprägt.<sup>22</sup> Im Jahr 1946 präsentierte die Universität Pennsylvania den weltweit ersten digitalen Computer ENIAC (Electronic Numerical Integrator and Computer).<sup>23</sup> In den ersten Jahren seiner Evolution war der Computer eine Maschine, die dazu diente, wissenschaftliche Aufgaben zu lösen und komplexe Rechenaufgaben effizient zu erledigen.<sup>24</sup> Teuer, gross und kompliziert in der Handhabung, war er weder ein geeignetes Werkzeug noch Medium für Künstler.<sup>25</sup> So waren es stattdessen Wissenschaftler, welche Anfang der 1960er Jahren als Experiment damit begannen, mit dem Computer erste Grafiken zu erzeugen.<sup>26</sup> Mit der Verbesserung der Ausgabetechniken über Stiftplotter – Zeichengeräte, bei denen ein Stift die Computerinformation Linie für Linie auf ein Papier übertrug – wurden Wissenschaftler zu Künstlern:<sup>27</sup> Computertechniker und Ingenieure, für welche Plotter bis dahin nichts anderes als ein Mittel

---

<sup>16</sup> Renold/Mosimann (Fn 14), 27; Dass diese zeitliche Relativität des Kunstbegriffs nicht nur für dessen rechtliche, sondern auch seine kunsttheoretische Definition gilt, zeigt sich am bekannten Beispiel von Marcel Duchamps „Fountain“ (1971): Während Duchamps sog. ready mades zur Zeit ihrer Entstehung mit der Vorstellung vom Kunstwerk als einem individuell geschaffenen Gegenstand kollidierte, gilt es heute als Ikone der Modernen Kunst. Dennoch wird ready mades (mangels geistiger Schöpfung) i.d.R. kein urheberrechtlicher Schutz zuerkannt. Vgl. hierzu Sandra Sykora, *Kunsturheberrecht, Ein Praxisleitfaden für Sammler, Kunstexperten, Kuratoren, Restauratoren und Juristen*, Zürich/St. Gallen 2011, 28 ff.

<sup>17</sup> Renold/Mosimann (Fn 14), 28 f.; Müller-Chen (Fn 8), 45.

<sup>18</sup> Renold/Mosimann (Fn 14), 29.

<sup>19</sup> Schack (Fn 14), N 2.

<sup>20</sup> Ibid; Müller-Chen (Fn 8), 28; Renold/Mosimann (Fn 14), 32.

<sup>21</sup> Rolfes (Fn 2), 114.

<sup>22</sup> Paul (Fn 3), 8.

<sup>23</sup> Ibid, 9.

<sup>24</sup> ENIAC füllte einen ganzen Raum. Paul (Fn 3), 9; Wolf Lieser, *Digital Art*, Potsdam 2010, 14.

<sup>25</sup> Lieser (Fn 24), 14.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid, 44; Rolfes (Fn 2), 115.

zur visuellen Lösung gewisser Probleme gewesen waren, begannen sich vereinzelt für die neuen Möglichkeiten dieses grafischen Ausgabemediums zu interessieren, und fertigten zunehmend Zeichnungen an, die keinem praktischen wissenschaftlichen Zweck dienten.<sup>28</sup> So entwickelte Michael A. Noll, ein Forscher in den Bell Laboratories<sup>29</sup> in New Jersey, erste Kunstwerke am Computer, welche auf Zufallsprozessen basierten.<sup>30</sup> Diese wurden im April 1965 in New York an der Ausstellung „Computer Generated Pictures“ gezeigt.<sup>31</sup> In Deutschland beschäftigten sich in den frühen 1960er Jahren unabhängig voneinander die Künstler Frieder Nake und Georg Nees – beide von Haus aus Mathematiker – mit den ästhetischen Möglichkeiten von Computern und präsentierten ihre Computerzeichnungen im November 1965 an einer Ausstellung in Stuttgart.<sup>32</sup>

Die ersten Computergrafiken dieser Wissenschaftler legten das Fundament für eine neue Entwicklung in der zeitgenössischen Kunst und machten Computer zunehmend auch für Künstler interessant.<sup>33</sup> 1966 wurde das Projekt „EAT“ (Experiments in Art and Technology) gegründet, in dessen Rahmen erstmalig komplexe Kollaborationen zwischen Künstlern, Wissenschaftlern, Ingenieuren und Programmierern entstanden, welche für Digitale Kunst charakteristisch werden sollten.<sup>34</sup> Digitale Kunst entwickelte sich indes nicht nur im Rahmen der Wissenschaft, in einem kunsthistorischen Vakuum, sondern basiert gleichzeitig auf vorangegangenen Kunstbewegungen wie Dada, Fluxus und Konzeptkunst.<sup>35</sup> Deren Bedeutung für die Entfaltung dieser jungen Kunstform ergibt sich u.a. aus der Tatsache, dass sie ihren Fokus auf Konzept, Ablauf und Interaktivität der Werke setzen, statt auf simple greifbare Objekte.<sup>36</sup>

Den entscheidenden Entwicklungsschub erlebte Digitale Kunst jedoch noch nicht zu Zeiten der raumfüllenden Computer, sondern erst im Laufe der digitalen Revolution.<sup>37</sup> Der erste Personal Computer, welchen IBM im Jahr 1981 präsentierte, und sämtliche folgenden Modelle ermöglichten einem grösseren Kreis von Künstlern das Experimentieren mit Computern.<sup>38</sup> In den 1990er und 2000er Jahren entwickelten sich die digitalen Technologien sodann mit beispielloser Geschwindigkeit.<sup>39</sup> Hard- und Software wurden immer komplexer, leistungsfähiger und erschwinglicher, während die Verbreitung des Internets zu einer globalen Vernetzung führte, was die Digitaltechnik nahezu allgegenwärtig machte.<sup>40</sup>

<sup>28</sup> Jasia Reichhart, *Cybernetic Serendipity, The computer and the arts*, London 1968, 5.

<sup>29</sup> Die Bell Laboratories (heute NOKIA Bell Labs) waren/sind ein führendes Forschungs- und Entwicklungsunternehmen der Informations- und Kommunikationstechnologie. <<http://bell-labs.com/explore/history-bell-labs/>> (29.7.2017).

<sup>30</sup> Lieser (Fn 24), 17; Paul (Fn 3), 15.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Lieser (Fn 24), 21; Rolfes (Fn 2), 115.

<sup>34</sup> Bei EAT waren u.a. Künstler wie Andy Warhol, Robert Rauschenberg und Jean Tinguely involviert. Paul (Fn 3), 16.

<sup>35</sup> Paul (Fn 3), 11.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Vgl. Rolfes (Fn 2), 114.

<sup>38</sup> Lieser (Fn 24), 32.

<sup>39</sup> Paul (Fn 3), 7; Rolfes (Fn 2), 114.

<sup>40</sup> Ibid.

Künstler, welche die Kultur und damit die Technologien ihrer Zeit reflektierten, wussten die dadurch gewonnenen Möglichkeiten zu nutzen.<sup>41</sup> Die ersten interaktiven Installationen wie Jeffrey Shaws „The Legible City“<sup>42</sup> erregten Aufsehen, indem sie aufzeigten, welche Möglichkeiten die digitalen Technologien in sich bargen.<sup>43</sup> Weiter realisierten Künstler wie Vuk Ćosić aus Slowenien und Heath Bunting aus Grossbritannien Kunstprojekte im Rahmen des World Wide Web, die ausschliesslich auf dieses Medium zugeschnitten waren.<sup>44</sup>

So konnte sich Digitale Kunst zur Zeit der Jahrtausendwende immer mehr auf dem Kunstmarkt etablieren, während Museen und Galerien damit begannen, diese Kunstform in ihr Programm aufzunehmen und ihr sogar ganze Ausstellungen zu widmen.<sup>45</sup>

### 3. DEFINITION DIGITALER KUNST

Seit ihrem ersten Aufkommen in den 1960er Jahren hat der Ausdruck „Digitale Kunst“ diverse Namensänderungen erfahren.<sup>46</sup> Heute hat er sich als Sammelbegriff für jegliche Erscheinungsformen von Kunst etabliert, welche unter Einsatz eines Computers entstanden sind.<sup>47</sup> „Digitale Kunst“ bildet damit einen Rahmen, welcher zahlreiche technologische Kunstformen umfasst, und wird als Synonym für Computerkunst, Multimediakunst, Netzkunst, oder im Englischen für technology based art, electronic art und new media art verwendet.<sup>48</sup>

Wie bereits erwähnt, bergen Definitionen und Kategorisierungen stets die Gefahr, mit vorbestimmten Schranken dem Verständnis von Kunst im Allgemeinen und einzelnen Kunstformen im Besonderen entgegenzuwirken.<sup>49</sup> Dies gilt speziell für Digitale Kunst, welche sich nach wie vor stetig weiterentwickelt.<sup>50</sup> Bei der Vielfältigkeit ihrer Ausdrucks- und Erscheinungsformen<sup>51</sup> kann keine einheitliche Ästhetik festgestellt werden.<sup>52</sup> Um im Rahmen der Untersuchung der Schutzvoraussetzungen

<sup>41</sup> Lieser (Fn 24), 32; Paul (Fn 3), 7.

<sup>42</sup> „The Legible City“ wurde 1988 für das Kunstfestival Ars Electronica in Linz geschaffen. Das Werk beruht auf dem Konzept, den Benutzern zu ermöglichen, sich auf einem fest montierten Fahrrad durch eine projizierte virtuelle Stadt (Manhattan, Amsterdam oder Karlsruhe) zu bewegen. Bernhard Serexhe, Die Konservierung digitaler Kunst, Materielle versus ideelle Substanz des Kunstwerks, in: Matthias Weller/Nicolai Kemle/Karolina Kuprecht/Thomas Dreier (Hg.), Neue Kunst – Neues Recht, Tagungsband des Siebten Heidelberger Kunstrechtstags am 22. und 23. November 2013, Baden-Baden 2014, 79 ff., 80 f.

<sup>43</sup> Lieser (Fn 24), 32.

<sup>44</sup> In den 1990er Jahren entstand aus dem Zusammenschluss internationaler Künstler und Medientheoretiker die Bewegung „net.art“. Der Begriff wurde 1996 durch Vuk Ćosić geprägt, als dieser 1996 in Triest ein Treffen unter dem Titel „net.art per se“ organisierte. Seine dort präsentierte Arbeit imitierte die Homepage des Fernsehsenders CNN, wobei durch das Anklicken von Links jeweils andere Netzkunstseiten aufgerufen wurden. Lieser (Fn 24), 32, 112; Paul (Fn 3), 112.

<sup>45</sup> Lieser (Fn 24), 34; Paul (Fn 3), 23.

<sup>46</sup> Paul (Fn 3), 7.

<sup>47</sup> Rolfes (Fn 2), 115; Lieser (Fn 24), 12.

<sup>48</sup> Schüpbach (Fn 2), 204; Paul (Fn 3), 7.

<sup>49</sup> Paul (Fn 3), 8.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Vgl. Lieser (Fn 24), 10, 12. Lieser nennt als Beispiele u.a. Computergrafik, Net Art, Software Art und Animationen.

<sup>52</sup> Paul (Fn 3), 7 f.

von Art. 2 Abs. 1 URG dennoch mit dem Begriff der Digitalen Kunst arbeiten zu können, wird an dieser Stelle folgende Unterscheidung getroffen und erläutert:<sup>53</sup> Zwischen Kunst, welche digitale Technologien als Werkzeug für die Erschaffung eher traditioneller Kunstformen nutzt und Kunst, welche mittels digitaler Technologien erschaffen, erhalten und verbreitet wird und diese als ihr eigentliches Medium verwendet.<sup>54</sup> Dabei ist indes stets zu berücksichtigen, dass es zwischen diesen beiden Erscheinungsformen beliebige Überschneidungen geben kann.<sup>55</sup>

#### a. Digitale Technologien als Werkzeug

Immer mehr Künstler, welche mit Medien wie Malerei, Fotografie oder Bildhauerei arbeiten, nutzen digitale Technologien als Werkzeug für die Schöpfung einzelner Aspekte ihrer Kunst.<sup>56</sup> Damit werden vormals analoge, traditionelle Kunstformen mittels Computern digital weitergeführt.<sup>57</sup> Die digitalen Mittel ermöglichen hierbei Manipulationen und nahtlose Kombinationen verschiedener Kunstformen und verwischen die Grenze zwischen unterschiedlichen Medien.<sup>58</sup> Während gewisse Werke eindeutige Charakteristiken digitaler Technologien aufzeigen, können diese bei anderen Werken so subtil eingesetzt worden sein, dass kaum erkennbar ist, ob sie das Ergebnis eines digitalen oder eines analogen Produktionsprozesses sind.<sup>59</sup>

Als anschauliches Beispiel kann die Serie „Residente Pulido“ des venezolanischen Künstlers Alexander Apóstol genannt werden: Sie besteht aus Fotografien moderner Gebäude, welche aber ohne Türen und Fenster ein trostloses Stadtbild kreieren, in welchem die Häuser bloss als unzugängliche Artefakte dienen.<sup>60</sup> Mittels digitaler Manipulationen schuf Apóstol so eine alternative Realität.<sup>61</sup> Interessanterweise erfüllt sein Werk damit direkt die Funktion, welche Systemtheoretiker dem Kunstsystem zuschreiben, indem es auf die Kontingenz der Weltversionen hinweist.<sup>62</sup>

#### b. Digitale Technologien als Medium

Digitale Kunst, welche die Digitaltechnik als künstlerisches Medium verwendet, nutzt die digitale Plattform durchgehend von ihrer Produktion bis hin zu ihrer Präsentation.<sup>63</sup> Sie wird daher auch als „born-digital art“<sup>64</sup> oder „genuin digitale Kunst“ bezeichnet und ist gegenüber der nachträglichen Speicherung von digitali-

---

<sup>53</sup> Paul (Fn 3), 8.

<sup>54</sup> Ibid; Rolfes (Fn 2), 114.

<sup>55</sup> Neff/Arn (Fn 1), 182; Paul (Fn 3), 8; Rolfes (Fn 2), 114.

<sup>56</sup> Paul (Fn 3), 27.

<sup>57</sup> Rolfes (Fn 2), 116.

<sup>58</sup> Paul (Fn 3), 27.

<sup>59</sup> Ibid; Rolfes (Fn 2), 117.

<sup>60</sup> Paul (Fn 3), 38.

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> Vgl. Graber (Fn 10), 97.

<sup>63</sup> Paul (Fn 3), 67.

<sup>64</sup> Vgl. Bernhard Serexhe (Hg.), *Konservierung digitaler Kunst: Theorie und Praxis, Das Projekt digital art conservation*, Wien 2013, 365 (Glossar).

sierten analogen Werken klar abzugrenzen.<sup>65</sup> Genuin Digitale Kunst zeichnet sich dadurch aus, dass ihre erste Verkörperung ohne technische Hilfsmittel nicht als ästhetisch gestaltetes Werk wahrnehmbar ist.<sup>66</sup> Sie stellt letztlich einen digitalen Code dar, dessen wahrnehmbare Form erst auf einem Bildschirm, einer Projektion oder einem digitalen Print entsteht.<sup>67</sup>

So kann genuin Digitale Kunst in den unterschiedlichsten Formen in Erscheinung treten, z.B. als interaktive Installation mit oder ohne Netzwerkkomponenten, rein internetbasierte Kunst oder etwa virtuelle Realität.<sup>68</sup> Dennoch verfügt sie über charakterisierende Merkmale, welche eine eigene Ästhetik konstituieren: Kunst, welche die digitalen Technologien als Medium nutzt, ist häufig interaktiv bzw. partizipativ<sup>69</sup>, dynamisch und veränderbar.<sup>70</sup> Als Beispiel unter vielen kann hierfür – neben dem vorgenannten „The Legible City“ – das Werk „nebula.m81“ dienen, welches unter dem Pseudonym Netochka Nezvanova veröffentlicht wurde. „nebula.81“ ist eine auf dem Internet basierende User-Anwendung, ein Prozessor von auf Webseiten gewonnenen HTML-Codes.<sup>71</sup> Der Betrachter des Werks kann die URL einer Webseite eingeben, worauf der Browser die von dieser Seite gesendeten Informationen in animierte Text-, Grafik- und Ton-Darstellungen umwandelt.<sup>72</sup> Dadurch verändert sich das Kunstwerk mit jeder vom Betrachter eingegebenen URL.<sup>73</sup>

## C. DIGITALE KUNST UNTER ART. 2 ABS. 1 URG

### 1. KUNSTWERK UND URHEBERRECHTLICHES WERK

Wie oben festgestellt, ist der rechtliche Kunstbegriff u.a. je nach in Frage stehendem Rechtsgebiet relativ. Für das Urheberrecht hält Art. 1 Abs. 1 lit. a URG fest, dass Werke der Literatur und Kunst geschützt sind. Gemäss Art. 2 Abs. 1 URG knüpft der urheberrechtliche Werkbegriff an drei Elemente an: An das Vorliegen einer „geistigen Schöpfung“, an das Kriterium „Literatur und Kunst“ und an den „individuellen Charakter“. <sup>74</sup> Bei klassischen Kunstformen wie Gemälden oder Skulpturen sind das Kunstwerk und das Werk im urheberrechtlichen Sinn i.d.R. deckungsgleich. Bei neueren Kunstgattungen stimmen demgegenüber der kunsttheoretische und der rechtliche Kunst- bzw. Werkbegriff nicht zwingend

<sup>65</sup> Bernhard Serexhe, Born-digital art – aber noch in den Kinderschuhen, in: Bernhard Serexhe (Hg.), *Konservierung digitaler Kunst: Theorie und Praxis*, Das Projekt digital art conservation, Wien 2013, 21 ff., 24.

<sup>66</sup> Winfried Bullinger, *Urheberrechtlicher Originalbegriff und digitale Technologien*, KUR 2006, 106 ff., 110.

<sup>67</sup> Bullinger (Fn 66), 110; Die Frage nach der Materialität eines Codes kann im Rahmen des vorliegenden Aufsatzes nicht abschliessend geklärt werden, bildet jedoch Gegenstand weiterer Untersuchungen.

<sup>68</sup> Paul (Fn 3), 67; Rolfes (Fn 2), 118.

<sup>69</sup> Diese Partizipativität ergibt sich i.d.R. daraus, dass ein Werk auf multi-user input basiert, indem die Betrachter z.B. mit den vom Künstler gesetzten Parametern interagieren können. Paul (Fn 3), 68.

<sup>70</sup> Paul (Fn 3), 67; Rolfes (Fn 2), 118.

<sup>71</sup> [www.medienkunstnetz.de/werke/nebula/](http://www.medienkunstnetz.de/werke/nebula/) (29.7.2017).

<sup>72</sup> *Ibid*; Schlütter (Fn 4), 269.

<sup>73</sup> Schlütter (Fn 4), 269.

<sup>74</sup> Denis Barrelet/Willi Egloff, *Das neue Urheberrecht*, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl., Bern 2008, URG 2 N 4.

überein: Ein Werk im künstlerischen Sinn kann auch aus mehreren Werken im urheberrechtlichen Sinn bestehen.<sup>75</sup> Dies ist bei Digitaler Kunst besonders bedeutsam, da bei ihr sicht- und hörbar gemachte Inhalte wie Bilder, Texte und Musik mit Computerprogrammen und Datenbanken kombiniert werden können.<sup>76</sup> Diese Beiträge können alle rechtlich unterschiedliche Schicksale haben, auch wenn sie integrale Bestandteile ein und desselben digitalen Kunstwerks bilden, welches wiederum für sich als Ganzes urheberrechtlichen Schutz beanspruchen kann.<sup>77</sup> So verschwimmt bei Digitaler Kunst die Trennlinie zwischen Konzept, materieller Ausführung und visuellem oder akustischem Erscheinungsbild des Werks, weshalb der urheberrechtliche Werkbegriff einer genaueren Prüfung unterzogen werden muss.<sup>78</sup> Dies gilt insbesondere, da Digitale Kunst erst im Laufe der digitalen Revolution auf dem Kunstmarkt Bedeutung erlangte und daher bei den bisherigen Festlegungen des urheberrechtlichen Werkbegriffs kaum berücksichtigt wurde.<sup>79</sup>

Des Weiteren erhält ein Erwerber Digitaler Kunst z.B. eine DVD oder einen USB-Stick als Gebrauchsgegenstand, allenfalls die zur Werkpräsentation nötigen technischen Apparaturen, ein Beta-Tape zur Aufbewahrung und ein Certificate of Authenticity, mit welchem der Künstler garantiert, dass es sich bei der verkauften Datei um ein Original handelt.<sup>80</sup> Dieses mehrteilige Set stellt als Werkträger nur ein Exemplar des Werkes dar und ist nicht eigentlicher Schutzgegenstand des Urheberrechts.<sup>81</sup> Dieser erfasst vielmehr die darin verkörperte geistige Substanz, welche in irgendeiner Form wahrnehmbar gemacht wurde.<sup>82</sup>

## 2. GEISTIGE SCHÖPFUNG

### a. Geistig

Als erste Schutzvoraussetzung fordert Art. 2 Abs. 1 URG das Vorliegen einer geistigen Schöpfung. Als geistig gilt eine Schöpfung, wenn sie auf menschlichem Willen beruht bzw. Ausdruck einer menschlichen Gedankenäußerung ist.<sup>83</sup> Somit kann nur eine natürliche Person Urheber sein, was auch in Art. 6 URG bestätigt wird.<sup>84</sup> Ein urheberrechtlich schutzfähiges Werk muss seinen Ursprung folglich im

---

<sup>75</sup> Vgl. hierzu ausführlich Thomas Dreier/Veronika Fischer, Restaurierung von born-digital art?, Der urheberrechtliche Rahmen, in: Matthias Weller/Nicolai Kemle/Karolina Kuprecht/Thomas Dreier (Hg.), Neue Kunst – Neues Recht, Tagungsband des Siebten Heidelberger Kunstrechtstags am 22. und 23. November 2013, Baden-Baden 2014, 89 ff., 93 f.

<sup>76</sup> Ibid, 94.

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> Ibid.

<sup>79</sup> Schlütter (Fn 4), 267.

<sup>80</sup> Schüpbach (Fn 2), 206; Lionel Schüpbach, Kunst & Recht 2013/Art & Law 2013 – Tagungsbericht, KUR 2013, 164 ff., 166.

<sup>81</sup> Vgl. Dreier/Fischer (Fn 75), 94.

<sup>82</sup> Ibid.

<sup>83</sup> BGE 130 III 168, E. 4.5.

<sup>84</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG), BB1 1989 III 477 ff., 521.

Geist einer natürlichen Person haben.<sup>85</sup> Darüber, dass Tiere deshalb keine urheberrechtlich geschützten Werke hervorbringen können, herrscht weitgehend Einigkeit.<sup>86</sup> Es stellt sich indes die Frage, ob dasselbe auch für Computer gelten soll: Kann ein Computer eine geistige Schöpfung im Sinne des Urheberrechts hervorbringen?<sup>87</sup> Kann folglich Digitale Kunst, welche mit digitalen Technologien als Werkzeug oder Medium geschaffen wurde, „geistig“ sein und urheberrechtlichen Schutz beanspruchen? Obenstehende Ausführungen zu den vielfältigen Entstehungs- und Erscheinungsformen Digitaler Kunst lassen bereits vermuten, dass diese Fragen nicht eindeutig und allgemeingültig beantwortet werden können. Insbesondere wenn der Zufall eine entscheidende Rolle bei der Entstehung von Digitaler Kunst spielt, gehen die Meinungen zum Schutz des Werks auseinander.<sup>88</sup>

Bereits 1964 sah Fromm den Glaubenssatz, dass Schöpfer eines Werkes nur ein Mensch sein könne, durch das Vordringen der Elektronik ins Wanken geraten; der Apparat habe sich als geistiger Schöpfer an die Stelle des Menschen geschoben.<sup>89</sup> „Die Entmenschlichung der bewussten Kunst geht mit der Vermenschlichung der Maschinenkunst Hand in Hand.“<sup>90</sup> Mit der Begründung, dass sich elektronisch komponierte, gemalte, gedichtete oder übersetzte Werke in ihrer künstlerischen Form und Aussage von den von Menschen geschaffenen Werken kaum unterscheiden, bejahte Fromm ihre urheberrechtliche Schutzfähigkeit und zeigte sich damit sehr offen.<sup>91</sup> Kritischer äusserte sich Fabiani in seiner Antwort auf Fromms Aufsatz: Wenn ein Mensch sich elektronischer Apparate bediene, um ein Werk produzieren zu lassen, könne dies keine geistige Schöpfung sein, da Werke des Geistes als Gefühlsausdruck eine Beziehung zwischen den Menschen herstellen würden, wozu ein „Elektronengehirn“ nicht fähig sei.<sup>92</sup> Davon zu unterscheiden sei aber die Situation, in welcher sich ein Mensch elektronischer Apparate bedient, um selber mit ihnen ein Werk zu schaffen, wobei der Mensch über dessen endgültige Form entscheiden kann.<sup>93</sup> In ähnlicher Weise hält die Botschaft zum revidierten URG fest, dass bei Computerkunst eine geistige Schöpfung vorliegt, sofern der menschliche Wille über das Resultat entscheidet.<sup>94</sup>

Entsprechend herrscht in der Literatur Einigkeit darüber, dass Werke, bei welchen Computer als Werkzeug eingesetzt wurden, urheberrechtlich schützbar sind, sofern der Urheber die Entstehung des Werks vollständig steuert.<sup>95</sup> Hilty bezeichnet solche Werke als „computer-aided works“, während Schmid in diesem Zusammen-

---

<sup>85</sup> Jacques de Werra, Kunst und geistiges Eigentum, in: Peter Mosimann/Marc-André Renold/Andrea Raschèr (Hg.), Kultur Kunst Recht, Schweizerisches und Internationales Recht, Basel 2009, 439 ff., 454.

<sup>86</sup> De Werra (Fn 86), 454; Florent Thouvenin/Marcel Bircher/Roland Fischer, Repetitorium Immaterialgüterrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, 92.

<sup>87</sup> Hierzu ausführlich Karl Fromm, Der Apparat als geistiger Schöpfer, GRUR 1964, 304 ff.; Mario Fabiani, Sind Apparate geistige Schöpfer?, GRUR Ausl. 1965, 422 ff.

<sup>88</sup> Ivan Cherpillod, L'objet du droit d'auteur, Diss. Lausanne, Lausanne 1985, 128 (bei Fn 77).

<sup>89</sup> Fromm (Fn 88), 304.

<sup>90</sup> Ibid.

<sup>91</sup> Fromm stellt weiter die interessante Frage, wem dieser Schutz zuzubilligen sei. Fromm (Fn 88), 305; Schlütter (Fn 4), 272.

<sup>92</sup> Fabiani (Fn 88), 424 (in Bezug auf elektronische Musikwerke).

<sup>93</sup> Ibid.

<sup>94</sup> BBl 1989 III 477 ff. (Fn 85), 521.

<sup>95</sup> M.w.H. Cherpillod (Fn 89), 128.

hang den Ausdruck „computer-assistance“ verwendet.<sup>96</sup> Letzterer konkretisiert „computer-assistance“ als Hilfestellung durch einen Computer bei einer Arbeit; der Urheber bedient sich des Computers als Werkzeug, um eine bei der Arbeit anfallende Aufgabe zu lösen.<sup>97</sup> Ist das Ergebnis durch das eingesetzte Programm genau vorbestimmt, ist der Computer nichts anderes als ein Werkzeug in der Hand des Künstlers.<sup>98</sup> Als solches hat er dieselbe Funktion wie ein Pinsel oder Meißel eines Malers oder Bildhauers.<sup>99</sup> Damit kreierte Werke können daher als „geistig“ i.S.v. Art. 2 Abs. 1 URG bezeichnet werden, da sich diese Situation kaum von traditionellen kreativen Entstehungsprozessen unterscheidet.<sup>100</sup> Denn wie oben bei 2.3.2 ausgeführt, ermöglichen die digitalen Technologien hier teilweise subtile Manipulationen, wobei am Beispiel von Alexander Apóstol ersichtlich ist, dass der Künstler dabei gezielt – i.c. mit Hilfe eines Bildbearbeitungsprogramms – auf ein von ihm gewünschtes Ergebnis hinarbeiten kann und die Kontrolle über das Ergebnis behält.

Davon zu unterscheiden ist die Situation, in welcher nicht ein Mensch über das künstlerische Resultat entscheidet, sondern das Werk primär vom Zufall bestimmt wird.<sup>101</sup> Wie obige Ausführungen zu Fabiani, welcher der Schutzwürdigkeit solcher Erzeugnisse kritisch gegenüber steht, bereits vermuten lassen, gehen die Lehrmeinungen hier auseinander.<sup>102</sup> Hilty verneint das Vorliegen eines geistigen Akts und damit die Schutzwürdigkeit von sog. „computer-generated works“, welche vergleichbar mit rein zufällig entstandenen Gestaltungen ohne menschliche Einflussmöglichkeit entstanden sind.<sup>103</sup> Zufallsprodukte der Natur oder Technik, welche ohne menschliche geistige Aktivität entstanden sind, gelten nicht als geistige Schöpfungen.<sup>104</sup>

Davon abzugrenzen ist allerdings zufallsgenerierte Computerkunst, welche unter der bewussten Verwendung von Zufallsprinzipien entsteht.<sup>105</sup> So können bei Digitaler Kunst z.B. anhand von Programmen Zufallsgeneratoren eingebaut werden, welche zufällig bestimmte Einstellungen vornehmen und dadurch ein Bild gestalten.<sup>106</sup> Weiter können Suchmaschinen oder Algorithmen einbezogen werden, welche etwa aus gewissen Internetseiten selbständig eine Auswahl treffen und daraus ein Bild generieren.<sup>107</sup>

Basierend auf dem Gedanken, dass ein Computer nur dann arbeiten und folglich Werke realisieren kann, wenn er von einem Menschen entsprechende Eingaben erhält, sollten Kunstwerke, bei welchen der Künstler absichtlich einen Teil dem

<sup>96</sup> Hilty (Fn 5), 68; Thomas Peter Schmid, Urheberrechtliche Probleme moderner Kunst und Computerkunst in rechtsvergleichender Darstellung, Diss. München, München 1995, 111.

<sup>97</sup> Schmid (Fn 97), 111.

<sup>98</sup> Benvenuto Samson, Die moderne Kunst, die Computer- „Kunst“ und das Urheberrecht, UFITA 1970, 117 ff., 140; von Büren/Meer (Fn 6), 61; vgl. Max Kummer, Das urheberrechtlich schützbares Werk, Bern 1968, 195.

<sup>99</sup> Samson (Fn 99), 140; von Büren/Meer (Fn 6), 61.

<sup>100</sup> Cherpillod (Fn 89), 128.

<sup>101</sup> Ibid.

<sup>102</sup> Ibid.

<sup>103</sup> Hilty (Fn 5), 68.

<sup>104</sup> Barrelet/Egloff (Fn 74), URG 2 N 5.

<sup>105</sup> Ibid.

<sup>106</sup> Schlütter (Fn 4), 272.

<sup>107</sup> Ibid.

Zufall überlässt, nicht automatisch vom urheberrechtlichen Schutz ausgeschlossen werden.<sup>108</sup> Digitale Technologien können nur dann produktiv tätig werden, wenn sie von einem Menschen so programmiert wurden, bzw. wenn ein Mensch ein Programm entwickelt, dieses auf einen Computer geladen und nach der Eingabe zusätzlicher Daten das Programm gestartet hat.<sup>109</sup> Erst wenn der Computer in völlig eigener Regie ohne jegliche menschliche Steuerung beginnen würde, etwas zu produzieren, läge kein Werk eines Menschen mehr vor.<sup>110</sup> Die Entstehung eines solchen reinen Maschinenwerks ist – ausser in einem Science-Fiction-Film – heute noch sehr unwahrscheinlich.<sup>111</sup> Es ist jeweils ein Mensch, der einer Maschine Programme eingibt, Parameter definiert und damit Befehle erteilt.<sup>112</sup> Dadurch steht hinter Digitaler Kunst, die mit digitalen Technologien als Medium hervorgebracht wird, immer ein geistiges, menschliches Wesen, welches die entsprechende Programmierung vorgenommen hat.<sup>113</sup> Ob während dieses Prozesses noch ein aleatorisches Element z.B. in Form eines Zufallsgenerators mitspielt, welches das Resultat für den Künstler unvorhersehbar macht, hat keinen Einfluss auf die Frage, ob eine geistige Leistung vorliegt.<sup>114</sup> Diese ist aufgrund des menschlichen Inputs in jedem Fall zu bejahen.<sup>115</sup>

Das Zufallselement bei einem Werk Digitaler Kunst ist gleich zu beurteilen wie etwa die Zufälligkeit bei der Entstehung eines Werks von Jackson Pollock: Während der Künstler die Farbe aus einem Kübel fließen lässt, kann er ihr Auftreffen auf der (am Boden liegenden) Leinwand nicht klar vorherbestimmen.<sup>116</sup> Damit haftet auch diesen Werken ein grosses Mass von Unvorhersehbarem und Zufälligkeit an.<sup>117</sup> Trotzdem würde niemand deswegen Pollocks sog. „Action Paintings“ als schutzunfähig erklären.<sup>118</sup> Dasselbe muss bei Digitaler Kunst, welche digitale Technologien als Medium einsetzt, gelten: Wenn das Programm und die Eingabedaten vom Künstler vorgegeben werden, nimmt er damit wesentlichen Einfluss auf die aus dem Programm hervorgehenden Ergebnisse.<sup>119</sup> Das vom Künstler bewusst eingesetzte und gewollte aleatorische Element, welches hinzukommen kann, steht der Qualifikation des Hervorgebrachten als geistige Schöpfung somit nicht entgegen.<sup>120</sup> Es handelt sich hier gewissermassen um einen gelenkten oder kalkulierten Zufall.<sup>121</sup> Wie verschiedene Autoren feststellen, spricht ausserdem ein ganz pragmatischer Grund dafür, die Schutzwürdigkeit von auf Zufallsprozessen

<sup>108</sup> De Werra (Fn 86), 454; a.M. Benevenuto Samson, Die Computerkunst und das Urheberrecht, UFITA 1975, 89 ff., 96 f.; m.w.H. Andrea Degginger, Beiträge zum urheberrechtlichen Schutz der Gegenwartskunst, Bern 1987, 27 ff.

<sup>109</sup> De Werra (Fn 86), 454; von Büren/Meer (Fn 6), 108.

<sup>110</sup> Von Büren/Meer (Fn 6), 61.

<sup>111</sup> Ibid, 61, 108; Neff/Arn (Fn 1), 184.

<sup>112</sup> Von Büren/Meer (Fn 6), 61; Neff/Arn (Fn 1), 184; m.w.H. Lukas Bühler, Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet, Diss. Freiburg, Freiburg 1999, 57.

<sup>113</sup> Barrelet/Egloff (Fn 74), URG 6 N 2.

<sup>114</sup> Neff/Arn (Fn 1), 185; von Büren/Meer (Fn 6), 108; a.M. Fabiani (Fn 88), 424.

<sup>115</sup> Von Büren/Meer (Fn 6), 108.

<sup>116</sup> Ibid, 109; [www.jackson-pollock.org](http://www.jackson-pollock.org) (29.7.2017).

<sup>117</sup> Von Büren/Meer (Fn 6), 109.

<sup>118</sup> Von Büren/Meer (Fn 6), 109.

<sup>119</sup> Neff/Arn (Fn 1), 185; von Büren/Meer (Fn 6), 109.

<sup>120</sup> Bühler (Fn 113), 57; von Büren/Meer (Fn 6), 109.

<sup>121</sup> Vgl. Neff/Arn (Fn 1), 185; m.w.H. Schlütter (Fn 4), 274.

beruhender Digitaler Kunst zu bejahen: Die Diskussion über aleatorische und nicht-aleatorische Computerkunst führt nämlich in eine Sackgasse, da ihr Unterschied in der Praxis kaum auszumachen ist.<sup>122</sup> Wenn sich also Zufallswerke von durch und durch bewusst geplanter bzw. realisierter Kunst kaum unterscheiden lassen, verkommt die Frage der Schutzgewährung gemäss von Büren/Meer „zu einer reinen Lotterie“.<sup>123</sup> Kummer gelangt seinerseits zum Schluss: „Nicht aus dem Werk selber (...) lässt sich das ‚Künstliche‘ oder ‚Natürliche‘ der Kunst erschliessen, sondern nur noch aus dem Entstehungsverfahren. Das aber ist ein für das Recht von vornherein unbrauchbares Kriterium des Schutzes.“<sup>124</sup> Für das Erfordernis der Geistigkeit muss es daher genügen, dass das Kunstwerk von der Idee und Vorstellung eines Menschen ausgehend geschaffen wurde, unabhängig davon, welches Mittel er sich bediente und welche Rolle der Zufall, den er eventuell dazu eingesetzt hat, dabei spielte.<sup>125</sup>

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass sowohl „computer-aided art“ als auch „computer-generated art“ die urheberrechtliche Schutzvoraussetzung der Geistigkeit erfüllen kann. Bei beiden Einsatzformen digitaler Technologien – als Werkzeug oder als Medium – im Rahmen der Realisierung Digitaler Kunst nimmt letztlich ein Mensch wesentlichen Einfluss auf die von einem Programm hervorgebrachten Ergebnisse. Selbst wenn ein Computer dabei sogar den grösseren Beitrag leistet als der programmierende Mensch, beruhen solche Hervorbringungen auf einem menschlichen Willen und gelten somit als „geistig“.

## b. Schöpfung

Mit der Voraussetzung der Schöpfung wird gefordert, dass etwas noch nicht Vorhandenes geschaffen wird.<sup>126</sup> Gemäss h.L. genügt es für die Voraussetzung der Schöpfung nicht, auf die schlichte Auswahl oder Präsentation als Werk abzustellen.<sup>127</sup> Der Schutz knüpft vielmehr an einen Schöpfungsakt an, womit verlangt wird, dass die geistige Leistung in einer sinnlich greifbaren Objektivierung ihren Ausdruck gefunden hat.<sup>128</sup> Eine blosser Idee ist an sich noch nicht schutzfähig, sondern erst, wenn sie in eine wahrnehmbare Form gekleidet wird:<sup>129</sup> „Zum Wesen des Werkes gehört somit ein Gedanke und sodann die Darstellung dieses Gedankens in bestimmter Form, seine Verkörperung, die mit Hilfe eines Ausdrucksmittels, wie Sprache, Ton, Bild oder Mimik, erreicht wird.“<sup>130</sup> Wie dieses Zitat des Bundesgerichts verdeutlicht, ist es bei der sinnlichen Wahrnehmbarmachung ohne Belang, in

<sup>122</sup> Von Büren/Meer (Fn 6), 108; Kummer (Fn 99), 192 f.; m.w.H. Bühler (Fn 113), 57.

<sup>123</sup> Von Büren/Meer (Fn 6), 64.

<sup>124</sup> Kummer (Fn 99), 193.

<sup>125</sup> Von Büren/Meer (Fn 6), 64.

<sup>126</sup> Hilty (Fn 5), 68.

<sup>127</sup> Andernfalls hätte sich das unter C.2.a. erläuterte Problem der Geistigkeit erübrigt, da dann die Auswahl eines von vielen mittels Zufallsgenerator entstandener Werke durch den Künstler für das Vorliegen einer geistigen Schöpfung genügen würde. Bühler (Fn 113), 58; Müller-Chen (Fn 8), 32.

<sup>128</sup> Magda Streuli-Youssef, Besonderheiten des Urheberrechts im Rechtsverkehr, AJP 1996, 958 ff., 958; Manfred Rehbinder/Adriano Viganò, URG Kommentar, Urheberrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, URG 2 N 1.

<sup>129</sup> BGE 116 II 351, E. 2c.

<sup>130</sup> BGE 70 II 57, E. 2.

welcher Form sie geschieht. Sie muss nicht zwingend visuell erfolgen, sondern kann akustisch, beschreibend sowie dauerhaft oder ephemere sein.<sup>131</sup>

Die Festlegung muss denn auch nicht materiell, bzw. in körperlicher Form erscheinen.<sup>132</sup> Ausdrücke wie „Materialisierung“ oder „Verkörperung“, welche im Zusammenhang mit dem Erfordernis eines Schöpfungsaktes häufig verwendet werden, betonen daher irreführenderweise dessen materielle Seite und sind für die Rechtslage in der Schweiz nicht treffend.<sup>133</sup> Darüber hinaus passen sie auch nicht auf die digitale Speicherung von Werken oder deren Veröffentlichung und Übertragung im Internet.<sup>134</sup> Die Besonderheit Digitaler Kunst, welche digitale Technologien als Medium nutzt, ist, dass sie abstrakt in Bits und Bytes definiert ist.<sup>135</sup> Als solche Datei ist sie mit den menschlichen Sinnen nicht direkt wahrnehmbar, weshalb es einer „Übersetzung“ in Form des Werkexemplars bedarf.<sup>136</sup> Derart Digitale Kunst funktioniert nur durch die Wiedergabe mittels Hard- und Software, die sie wahrnehmbar machen.<sup>137</sup> Zur Erfüllung der Schutzvoraussetzung einer Schöpfung genügt deshalb die mittelbare Wahrnehmbarkeit Digitaler Kunst, d.h. die Möglichkeit der Wahrnehmung unter Einsatz eines technischen Hilfsmittels.<sup>138</sup> „Sowie das Werk durch die Mitteilungsträger unmittelbar und mittelbar zum Erscheinen gebracht wird, ist es Gegenstand des urheberrechtlichen Schutzes.“<sup>139</sup> Dementsprechend gilt Digitale Kunst als wahrnehmbar, wenn sie durch Abspeicherung auf einem Datenträger – Festplatte, USB-Stick, CD-ROM etc. – in digitaler Form festgehalten wird.<sup>140</sup> Darüber hinaus ist auch eine temporäre Ablage im Arbeitsspeicher eines Computers (RAM) oder die Erstellung eines Werks anlässlich eines Kommunikationsvorgangs im Internet für den Schöpfungsakt als hinreichend anzusehen.<sup>141</sup> Damit entsteht durch die unmittelbar elektronische Kreation eines Werkes mit digitalen Technologien eine Schöpfung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 URG.<sup>142</sup>

Erfolgt in einem zweiten Schritt die „Verkörperung“ Digitaler Kunst auf einem Datenträger, so müssen sich Urheber, Museen, Käufer etc. zudem bewusst sein, dass

<sup>131</sup> Müller-Chen (Fn 8), 32; von Büren/Meer (Fn 6), 64.

<sup>132</sup> Bühler (Fn 113), 41; von Büren/Meer (Fn 6), 65.

<sup>133</sup> Bühler (Fn 113), 41.

<sup>134</sup> Ibid.

<sup>135</sup> Peter Mosimann/Markus Müller-Chen, Kauf eines Originals der bildenden Kunst, insbesondere einer Fotografie, in: Andrea Büchler/Markus Müller-Chen (Hg.), *Private Law, national, global, comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, Bern 2011, 1303 ff., 1309 (in Bezug auf digitale Fotografie).

<sup>136</sup> Mosimann/Müller-Chen (Fn 136), 1309.

<sup>137</sup> Schlütter (Fn 4), 275.

<sup>138</sup> Ibid; Thomas Dreier/Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, Kommentar*, 5. Aufl., München 2015, § 2 N 13 f.

<sup>139</sup> Alois Troller, *Immaterialgüterrecht, Patentrecht, Markenrecht, Muster- und Modellrecht, Urheberrecht, Wettbewerbsrecht*, Band I, 3. Aufl., Basel/Frankfurt am Main 1983, 371; m.w.H. Bühler (Fn 113), 42.

<sup>140</sup> Bühler (Fn 113), 42.

<sup>141</sup> Ibid, 43; Bühler erwähnt in seiner 1999 erschienenen Dissertation die im vergangenen Jahrzehnt zunehmend verbreitete Möglichkeit von Cloud-Speicherung (noch) nicht. Clouds stellen IT-Infrastrukturen über ein Rechnernetz zur Verfügung, ohne dass diese auf einem lokalen Rechner installiert sein müssen. Vgl. Christiane Hanna Henkel, *Cloud-Computing, Wolken für die nächste Revolution*, NZZ vom 3. Februar 2017. Damit bieten Clouds u.a. Speicherplatz, welcher im Zusammenhang mit der Prüfung der Voraussetzung der Schöpfung nicht anders behandelt werden sollte als traditionelle Datenträger.

<sup>142</sup> Bühler (Fn 113), 43.

die rasante Entwicklung der digitalen Technologien den Nachteil mit sich bringt, dass Hard- wie Software schnell veralten. Noch vor nur 20 Jahren wurde Digitale Kunst auf Disketten gespeichert, für welche heute kaum mehr Lesegeräte existieren.<sup>143</sup> Diese Problematik ist für die Frage nach geeigneten Mitteln für die Restaurierung äusserst relevant.<sup>144</sup> Für die Prüfung des Vorliegens der Schutzvoraussetzungen beim betroffenen Werk hat sie demgegenüber keine entscheidende Bedeutung. Denn selbst wenn Digitale Kunst nicht dauerhaft abspielbar und folglich nur temporär sinnlich wahrnehmbar sein sollte, steht dies ihrem Schutz angesichts des allgemein anerkannten Schutzes ephemerer Gestaltungen nicht entgegen.<sup>145</sup>

### c. Exkurs: Schöpferprinzip

Gemäss Art. 6 URG ist diejenige natürliche Person Urheberin oder Urheber, welche das Werk geschaffen hat. Ein Problem, das sich bei der Verwendung digitaler Technologien im Rahmen der Werkschöpfung unter Umständen stellt, ist die Bestimmung der Urheberschaft, wenn der Künstler nicht selber über Programmierkenntnisse verfügt.<sup>146</sup> Wurde ein Teil des Werks von einem Programm erstellt, welches seinerseits selbständig urheberrechtlich geschützt ist, kann die damit entstandene Digitale Kunst ein Werk zweiter Hand darstellen, oder daran Miturheberschaft vom Urheber des Programms und Urheber des damit geschaffenen Werks in Frage kommen.<sup>147</sup> Da es sich hierbei nicht direkt um eine Frage der Schutzvoraussetzungen des Werks handelt, würde die eingehende Erläuterung dieser Problematik den Rahmen des vorliegenden Aufsatzes sprengen. Es soll an dieser Stelle aber erwähnt sein, dass sich die Frage nach der Urheberschaft aus zweierlei Gründen insbesondere bei denjenigen Werken stellen wird, welche digitale Technologien als Medium nutzen und

entsprechend obiger Definition häufig interaktiv und dynamisch sind. Erstens, da diese Form digitaler Kunst primär in einem Code besteht, welcher erfahrungsgemäss durch einen Programmierer, der Urheberrechte beanspruchen kann, kreiert wurde. Zweitens, da die Interaktivität wie z.B. oben beim Werk von Netochka Nezvanova ein Tätigwerden der Betrachter erfordert, welche je nach Anteil ihres Beitrags dadurch ebenfalls zu Miturhebern werden könnten.<sup>148</sup>

## 3. INDIVIDUELLER CHARAKTER

Für die Beurteilung der Individualität eines Werks ist einzig dessen sinnlich wahrnehmbare Erscheinung entscheidend.<sup>149</sup> Insbesondere mit Blick auf Schöpfungen, welche digitale Technologien als Medium nutzen, bedeutet dies, dass nicht die binäre aus Nullen und Einsen bestehende Zeichenfolge Gegenstand der Beurteilung der Individualität ist, sondern das durch sie (mittels technischer Hilfsmittel)

---

<sup>143</sup> Serexhe (Fn 65), 25.

<sup>144</sup> Vgl. zu dieser Problematik Dreier/Fischer (Fn 75), 95 ff.

<sup>145</sup> Schlütter (Fn 4), 275.

<sup>146</sup> Ibid, 274.

<sup>147</sup> Neff/Arn (Fn 1), 183; Schlütter (Fn 4), 274; von Büren/Meer (Fn 6), 109; de Werra (Fn 86), 454.

<sup>148</sup> Vgl. Schlütter (Fn 4), 274.

<sup>149</sup> Bühler (Fn 113), 53.

Repräsentierte.<sup>150</sup> Während für die Beurteilung des Vorliegens einer geistigen Schöpfung – wie unter 3.1.2 erläutert – die mittelbare Wahrnehmbarkeit genügt, ergibt sich der individuelle Charakter erst „aufgrund der sinnlich wahrnehmbaren und kognitiv feststellbaren Merkmale, d.h. aus den sicht- und hörbaren Formelementen unter Einbezug der durch sie vermittelten Inhalte.“<sup>151</sup>

Im Übrigen bereitet die Bestimmung der Individualität Digitaler Kunst im Vergleich zu den übrigen Kunstformen keine besonderen Schwierigkeiten.<sup>152</sup> Diese Schutzvoraussetzung ist im Allgemeinen erfüllt, wenn sich eine Schöpfung von anderen bestehenden und möglichen, hypothetischen Werken ausreichend abhebt.<sup>153</sup> Wie das Bundesgericht in seinem Leiturteil zum urheberrechtlichen Schutz von Fotografien festgehalten hat, ist dabei die Werk-Individualität und nicht die Urheber-Individualität entscheidend.<sup>154</sup> Ob eine solche Werk-Individualität vorliegt, kann nicht abstrakt, sondern nur anhand des konkreten Einzelfalls geprüft werden.<sup>155</sup> In der Lehre und Rechtsprechung wird die Individualität dabei mit Begriffen wie Neuheit, (statistischer) Einmaligkeit<sup>156</sup>, persönlicher Prägung, Originalität etc. umschrieben und vielfach mit Blick auf den Grad der schöpferischen Freiheit bzw. den vorhandenen Gestaltungsspielraum, über welchen der Urheber im Rahmen der jeweiligen Werkkategorie verfügt, beurteilt.<sup>157</sup> So kommt dem individuellen Charakter keine einheitliche Bedeutung zu, sondern es werden in den verschiedenen Werkkategorien unterschiedliche Kriterien für die Prüfung des Vorliegens dieser Schutzvoraussetzung verwendet.<sup>158</sup>

Insbesondere bei den im 20. Jahrhundert neu entwickelten Kunstrichtungen wie Digitaler Kunst scheinen Kriterien wie „persönliche Prägung“ für das Vorliegen von Individualität untauglich, da solche Werke bewusst unpersönlich oder das Ergebnis eines aleatorischen Prozesses sind.<sup>159</sup> Um solchen zeitgenössischen künstlerischen Ausdrucksformen den urheberrechtlichen Schutz nicht von vornherein absprechen zu müssen, herrscht in der Lehre die Tendenz, bei bildender Kunst allgemein und Digitaler Kunst besonders, geringere Anforderungen an die Individualität zu stellen.<sup>160</sup> Sofern ein Werk der bildenden Kunst nicht nur aus vorbestehenden, gemeinfreien Elementen geschaffen wird, kann ihm relativ leicht ein individueller

---

<sup>150</sup> Computerprogramme selber werden geschützt, wenn sie neu und nicht banal oder alltäglich sind. Dieses Erfordernis muss auch erfüllt werden, obwohl Computerprogramme gemäss Art. 2 Abs. 3 URG ausdrücklich als Werke gelten. Barrelet/Egloff (Fn 74), URG 2 N 25; Bühler (Fn 113), 53.

<sup>151</sup> Bühler (Fn 113), 54.

<sup>152</sup> Neff/Arn (Fn 1), 182.

<sup>153</sup> BBl 1989 III 477 ff. (Fn 85), 521; Hilty (Fn 5), 71.

<sup>154</sup> BGE 130 III 168, E. 4.4.

<sup>155</sup> Stephan Beutler, Multimedia und Urheberrecht, Die Herstellung und Verwertung von Multimediaprodukten im Lichte des schweizerischen URG, Diss. Bern, Bern 1998, 195.

<sup>156</sup> Der Begriff der statistischen Einmaligkeit ist geprägt von Kummer (Fn 99), 38, 80.

<sup>157</sup> Brigitte I. Sommer/Clara-Ann Gordon, Individualität im Urheberrecht – einheitlicher Begriff oder Rechtsunsicherheit, sic! 2001, 287 ff., 288, 292; de Werra (Fn 86), 456; Bühler (Fn 113), 49; m.w.H. Hilty (Fn 5), 73. Hilty kritisiert die Berücksichtigung des Gestaltungsspielraums, da dies den Sinn der Schutzvoraussetzung der Individualität unterwandere.

<sup>158</sup> Sommer/Gordon (Fn 158), 299.

<sup>159</sup> Ibid, 292.

<sup>160</sup> Ibid, 293, 300 f.; vgl. Hilty (Fn 5), 73.

Charakter zugesprochen werden.<sup>161</sup> Darüber hinaus ist anzumerken, dass digitale Technologien als Werkzeug die Kombination unterschiedlicher Quellenmaterialien ermöglichen, während digitale Technologien als Medium oftmals die Möglichkeit der Interaktivität bieten. Diese Eigenschaften lassen die individuelle Ausgestaltung Digitaler Kunst von vornherein als wahrscheinlich erscheinen.<sup>162</sup>

#### 4. LITERATUR UND KUNST

Gemäss Art. 2 Abs. 1 URG kann eine geistige Schöpfung mit individuellem Charakter nur dann als Werk geschützt werden, wenn sie den Bereichen der Literatur oder Kunst angehört.<sup>163</sup> Art. 2 Abs. 2 URG illustriert die beiden Kategorien sodann mit einer exemplarischen Aufzählung von geistigen Schöpfungen, welche als Werke anerkannt werden können.<sup>164</sup> Die umfangreiche Aufzählung verdeutlicht, dass die Begriffe Literatur und Kunst sehr weit verstanden werden können und kaum ein negatives Abgrenzungskriterium darstellen.<sup>165</sup>

Wie bereits festgestellt, entzieht sich Kunst ohnehin einer abschliessenden und allgemeingültigen Definition.<sup>166</sup> Der wohl überwiegende Teil der Lehre spricht sich im Rahmen des Kriteriums der Zugehörigkeit zur Literatur und Kunst daher dafür aus, als Kunst anzuerkennen, was der entsprechende Schöpfer als solche präsentiert.<sup>167</sup> Damit wird Kummers „Präsentationstheorie“ gefolgt (wodurch sich allerdings die Prüfung der Frage, ob das Kunstwerk eine geistige Schöpfung mit individuellem Charakter ist, *nicht* erübrigt).<sup>168</sup> Im Rahmen der Prüfung der Schutzvoraussetzung der Zugehörigkeit zur Kategorie der Kunst ist folglich darauf abzustellen, ob der Schöpfer seine Kreation explizit als Kunst bezeichnet und dafür urheberrechtlichen Schutz begehrt, oder implizit z.B. in einer Ausstellung als Kunst zeigt oder zum Verkauf anbietet.<sup>169</sup> Bei der Prüfung dieser Schutzvoraussetzung unterscheidet sich Digitale Kunst daher nicht von traditionellen Kunstformen; im

<sup>161</sup> Weiter ist für neuartige Kunstrichtungen bei einem Teil der Lehre eine Tendenz in Richtung Ideenschutz erkennbar. Sommer/Gordon (Fn 158), 294; m.w.H. Schüpbach (Fn 2), 204.

<sup>162</sup> Vgl. Beutler (Fn 156), 195.

<sup>163</sup> Da die Schutzvoraussetzungen von Art. 2 Abs. 1 URG vorliegend in Bezug auf Digitale Kunst untersucht werden, wird der Fokus im Folgenden auf das Kriterium „Kunst“ gelegt.

<sup>164</sup> Bühler (Fn 113), 59.

<sup>165</sup> Barrelet/Egloff (Fn 74), URG 2 N 7; Hilty (Fn 5), 76; Sandro Macciacchini, Die urheberrechtlich schützbar Doppelschöpfung: Ein populärer Irrtum, Bemerkung zu Gregor Wild, Von der statistischen Einmaligkeit zum soziologischen Werkbegriff, sic! 1/2004, 61 ff., sic! 2004, 352 ff., 353.

<sup>166</sup> Siehe oben B.1.; Hilty (Fn 5), 76.

<sup>167</sup> Von Büren/Meer (Fn 6), 72; Hilty (Fn 5), 76; Macciacchini (Fn 166), 353; Bühler (Fn 113), 59; Balz Hösly, Das urheberrechtlich schützbar Rechtssubjekt, Diss. Zürich, Bern 1987, 41; ähnlich, wenn auch etwas kritischer Cherpillod (Fn 89), 124 f.; de Werra (Fn 86), 455; a.M. Wolfgang Straub, Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts, GRUR Int 2001, 1 ff., 2. Straub stützt sich bei der Bestimmung der Zugehörigkeit zu „Literatur oder Kunst“ auf einen gemeinsamen Nenner der in Art. 2 Abs. 2 URG aufgezählten Fallgruppen. Dabei stellt er fest, dass alle (mit Ausnahme der in Art. 2 Abs. 3 genannten Computerprogramme) als Mittel der Kommunikation, welche ästhetische Gestaltungsmöglichkeiten bieten, verstanden werden können. Gleichzeitig nennt Straub die sinnliche Wahrnehmbarkeit als Voraussetzung menschlicher Kommunikation, wodurch aber letztlich die Schutzvoraussetzung der Zugehörigkeit zur Literatur oder Kunst mit derjenigen des Vorliegens einer (geistigen) Schöpfung vermischt wird.

<sup>168</sup> Kummer (Fn 99), 75 ff.; Macciacchini (Fn 166), 353; Hilty (Fn 5), 76.

<sup>169</sup> Hilty (Fn 5), 76; de Werra (Fn 86), 456.

Zweifelsfall ist von der Zugehörigkeit der Schöpfung zum Bereich der Kunst auszugehen.<sup>170</sup>

## D. FAZIT

Vorstehende Ausführungen haben gezeigt, dass der urheberrechtliche Werkbegriff – wie derjenige der Kunst – für kulturelle Entwicklungen wie auch technologische Innovationen offen bleiben muss. Während bezüglich der Schutzvoraussetzungen der Individualität und der Kategorien Literatur oder Kunst keine besonderen Schwierigkeiten bestehen, sind die unterschiedlichen Erscheinungsformen Digitaler Kunst bei der Prüfung des Vorliegens einer geistigen Schöpfung besonders zu berücksichtigen.

Bei „computer-aided art“ wird anerkannt, dass sie als geistige Schöpfung gelten kann, da jeweils ein Mensch über das endgültige Resultat entscheidet und die verwendeten digitalen Technologien als Äquivalent zu anderen Werkzeugen wie z.B. Pinseln oder Meisseln angesehen werden können.

Demgegenüber zeigt sich bei „computer-generated art“ im Rahmen der Prüfung der Schutzvoraussetzung der geistigen Schöpfung zunächst, dass Ausdrücke wie „Materialisierung“ oder „Verkörperung“ für Kunst, welche digitale Technologien als Medium verwendet und so z.B. nur im Internet existiert, ungeeignet sind. Für ihren Schöpfungsakt muss es daher genügen, dass sie abstrakt in Bits und Bytes definiert wird, selbst wenn das Kunstwerk an sich erst unter Einsatz technischer Hilfsmittel sinnlich wahrnehmbar ist. Des Weiteren hat sich gezeigt, dass die urheberrechtliche Schutzfähigkeit solcher Digitaler Kunst auch dann bejaht werden kann, wenn der Zufall einen wesentlichen Einfluss auf das Endergebnis hat.<sup>171</sup> Die (bewusste) Verwendung von aleatorischen Elementen steht der Qualifikation des Werks als geistige Schöpfung nicht entgegen.<sup>172</sup> Denn Zufallsgeneratoren oder Algorithmen, welche aus gewissen Internetseiten eine Auswahl treffen etc., produzieren nur dann etwas, wenn ein Mensch ein entsprechendes Programm entwickelt, dieses gestartet und die Grundparameter festgelegt hat. Solange ein Computer also nicht wie im Science-Fiction-Film von sich aus tätig wird, kann Digitale Kunst jeweils als menschliche geistige Schöpfung gelten.<sup>173</sup>

---

<sup>170</sup> Hilty (Fn 5), 76.

<sup>171</sup> Neff/Arn (Fn 1), 184.

<sup>172</sup> Bühler (Fn 113), 57.

<sup>173</sup> Vgl. von Büren/Meer (Fn 6), 108.