Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MELCHIOR WATHELET
vom 25. Juli 2018 [1]

Rechtssache C-310/17

Levola Hengelo BV
gegen
Smilde Foods BV

(Vorabentscheidungsersuchen des Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden [Berufungsgericht Arnhem-Leeuwarden, Niederlande])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Richtlinie 2001/29/EG – Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Begriff ‚Werk' – Geschmack eines Lebensmittels"

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen vom 23. Mai 2017, das am 29. Mai 2017 vom Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Berufungsgericht Arnhem-Leeuwarden, Niederlande) bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingereicht worden ist, betrifft die Auslegung der Art. 2 bis 5 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft [2].

2. Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Firma Levola Hengelo B. V. (im Folgenden: Levola) und der Firma Smilde Foods B. V. (im Folgenden: Smilde), zwei Herstellern von Lebensmitteln, über die angebliche Verletzung des Urheberrechts von Levola am Geschmack eines Streichdips mit Rahmkäse und frischen Kräutern mit der Bezeichnung „Heksenkaas" oder „Heks'nkaas" (im Folgenden: Heksenkaas) durch Smilde [3].

3. Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts muss zur Entscheidung über den bei ihm anhängigen Rechtsstreit u. a. geklärt werden, ob das Unionsrecht, speziell die Richtlinie 2001/29, dem urheberrechtlichen Schutz des Geschmacks eines Lebensmittels entgegensteht.

1 Originalsprache: Französisch.

2 ABl. 2001, L 167, S. 10.

3 Auf Deutsch: Hexenkäse.

I. Rechtlicher Rahmen

A. Völkerrecht

1. Berner Übereinkunft

4. In Art. 2 der am 9. September 1886 in Bern unterzeichneten Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (Pariser Fassung vom 24. Juli 1971) in ihrer am 28. September 1979 geänderten Fassung (im Folgenden: Berner Übereinkunft) heißt es:

„(1) Die Bezeichnung ‚Werke der Literatur und Kunst' umfasst alle Erzeugnisse auf dem Gebiet der Literatur, Wissenschaft und Kunst, ohne Rücksicht auf die Art und Form des Ausdrucks, wie Bücher, Broschüren und andere Schriftwerke; Vorträge, Ansprachen, Predigten und andere Werke gleicher Art; dramatische oder dramatisch-musikalische Werke; choreographische Werke und Pantomimen; musikalische Kompositionen mit oder ohne Text, Filmwerke einschließlich der Werke, die durch ein ähnliches Verfahren wie Filmwerke hervorgebracht sind; Werke der zeichnenden Kunst, der Malerei, der Baukunst, der Bildhauerei, Stiche und Lithographien; fotografische Werke, denen Werke gleichgestellt sind, die durch ein der Photographie ähnliches Verfahren hervorgebracht sind; Werke der angewandten Kunst; Illustrationen, geographische Karten; Pläne, Skizzen und Darstellungen plastischer Art auf den Gebieten der Geographie, Topographie, Architektur oder Wissenschaft.

(2) 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.

…

(5) Sammlungen von Werken der Literatur oder Kunst, wie zum Beispiel Enzyklopädien und Anthologien, die wegen der Auswahl oder der Anordnung des Stoffes geistige Schöpfungen darstellen, sind als solche geschützt, unbeschadet der Rechte der Urheber an jedem einzelnen der Werke, die Bestandteile dieser Sammlungen sind.

(6) Die oben genannten Werke genießen Schutz in allen Verbandsländern. Dieser Schutz besteht zugunsten des Urhebers und seiner Rechtsnachfolger oder sonstiger Inhaber ausschließlicher Werknutzungsrechte.

…"

5. Art. 9 Abs. 1 der Berner Übereinkunft bestimmt:

„Die Urheber von Werken der Literatur und Kunst, die durch diese Übereinkunft geschützt sind, genießen das ausschließliche Recht, die Vervielfältigung dieser Werke zu erlauben, gleichviel, auf welche Art und in welcher Form sie vorgenommen wird."

2. WIPO-Urheberrechtsvertrag

6. Am 20. Dezember 1996 nahm die Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) in Genf den WIPO-Urheberrechtsvertrag an, der am 6. März 2002 in Kraft trat und dem mit Beschluss 2000/278/EG im Namen der Europäischen Gemeinschaft zugestimmt wurde [4].

4 Beschluss des Rates vom 16. März 2000 über die Zustimmung – im Namen der Europäischen Gemeinschaft – zum WIPO-Urheberrechtsvertrag und zum WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger (ABl. 2000, L 89, S. 6).

7. Art. 1 („Verhältnis zur Berner Übereinkunft“) Abs. 4 des WIPO-Urheberrechtsvertrags sieht vor:

„Die Vertragsparteien kommen den Artikeln 1 bis 21 und dem Anhang der Berner Übereinkunft nach.“

8. Art. 2 („Umfang des Urheberrechtsschutzes“) des WIPO-Urheberrechtsvertrags bestimmt:

„Der urheberrechtliche Schutz erstreckt sich auf Ausdrucksformen und nicht auf Ideen, Verfahren, Arbeitsweisen oder mathematische Konzepte als solche.“

9. Art. 4 („Computerprogramme“) des WIPO-Urheberrechtsvertrags lautet:

„Computerprogramme sind als Werke der Literatur im Sinne von Artikel 2 der Berner Übereinkunft geschützt. Dieser Schutz gilt für Computerprogramme unabhängig von der Art und Form ihres Ausdrucks.“

10. Art. 5 („Datensammlungen [Datenbanken]“) des WIPO-Urheberrechtsvertrags sieht vor:

„Sammlungen von Daten oder anderem Material in jeder Form, die aufgrund der Auswahl oder Anordnung ihres Inhalts geistige Schöpfungen darstellen, sind als solche geschützt. Dieser Schutz erstreckt sich nicht auf die Daten oder das Material selbst und gilt unbeschadet eines an den Daten oder dem Material der Sammlung bestehenden Urheberrechts.“

3. WTO-Übereinkommen und TRIPS-Übereinkommen

11. Das Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS) vom 15. April 1994 (im Folgenden: TRIPS-Übereinkommen) in Anhang 1 C des Übereinkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO) (ABl. 1994, L 336, S. 3, im Folgenden: WTO-Übereinkommen) wurde durch den Beschluss 94/800/EG des Rates vom 22. Dezember 1994 über den Abschluss der Übereinkünfte im Rahmen der multilateralen Verhandlungen der Uruguay-Runde (1986–1994) im Namen der Europäischen Gemeinschaft in Bezug auf die in ihre Zuständigkeiten fallenden Bereiche genehmigt[5].

12. Art. 9 („Verhältnis zur Berner Übereinkunft“) des TRIPS-Übereinkommens bestimmt

„(1) Die [WTO-]Mitglieder befolgen die Artikel 1 bis 21 der Berner Übereinkunft (1971) und den Anhang dazu. …

(2) Der urheberrechtliche Schutz erstreckt sich auf Ausdrucksformen und nicht auf Ideen, Verfahren, Arbeitsweisen oder mathematische Konzepte als solche.“

13. Art. 10 („Computerprogramme und Zusammenstellungen von Daten“) des TRIPS-Übereinkommens lautet

„(1) Computerprogramme, gleichviel, ob sie in Quellcode oder in Maschinenprogrammcode ausgedrückt sind, werden als Werke der Literatur nach der Berner Übereinkunft (1971) geschützt.

(2) Zusammenstellungen von Daten oder sonstigem Material, gleichviel, ob in maschinenlesbarer oder anderer Form, die aufgrund der Auswahl oder Anordnung ihres Inhalts geistige Schöpfungen bilden, werden als solche geschützt. Dieser Schutz, der sich nicht auf die Daten oder das Material selbst erstreckt, gilt unbeschadet eines an den Daten oder dem Material selbst bestehenden Urheberrechts.“

5 ABl. 1994, L 336, S. 1.

B. Unionsrecht

14. In Art. 2 („Vervielfältigungsrecht“) der Richtlinie 2001/29 heißt es:

„Die Mitgliedstaaten sehen für folgende Personen das ausschließliche Recht vor, die unmittelbare oder mittelbare, vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigung auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise zu erlauben oder zu verbieten:

a) für die Urheber in Bezug auf ihre Werke,

…“

15. Art. 3 („Recht der öffentlichen Wiedergabe von Werken und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung sonstiger Schutzgegenstände“) der Richtlinie 2001/29 bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass den Urhebern das ausschließliche Recht zusteht, die drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe ihrer Werke einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung der Werke in der Weise, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, zu erlauben oder zu verbieten.

…“

16. In Art. 4 („Verbreitungsrecht“) der Richtlinie 2001/29 heißt es:

„(1) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass den Urhebern in Bezug auf das Original ihrer Werke oder auf Vervielfältigungsstücke davon das ausschließliche Recht zusteht, die Verbreitung an die Öffentlichkeit in beliebiger Form durch Verkauf oder auf sonstige Weise zu erlauben oder zu verbieten.

…“

C. Niederländisches Recht

17. Art. 1 der Auteurswet (niederländisches Urheberrechtsgesetz, im Folgenden: Urheberrechtsgesetz) bestimmt:

„Das Urheberrecht ist vorbehaltlich der gesetzlichen Beschränkungen das ausschließliche Recht des Urhebers eines Werks der Literatur, der Wissenschaft oder der Kunst oder seines Rechtsnachfolgers, dieses Werk zu veröffentlichen oder zu vervielfältigen.“

18. Art. 10 des Urheberrechtsgesetzes lautet:

„(1) Werke der Literatur, Wissenschaft oder Kunst im Sinne dieses Gesetzes sind:

1. Bücher, Broschüren, Zeitungen, Zeitschriften und alle anderen Schriftwerke,

2. dramatische und dramatisch-musikalische Werke,

3. Reden,

4. Werke der Tanzkunst und pantomimische Werke,

5. musikalische Werke mit und ohne Text,

6. Zeichnungen, Gemälde, Bauwerke, Skulpturen, Lithografien, Gravuren und andere Arbeiten auf Blech,

7. Landkarten,

8. Entwürfe, Skizzen und plastische Darstellungen mit Bezug auf die Ingenieurwissenschaften, die Geografie, die Topografie oder andere Wissenschaften,

9. Lichtbildwerke,

10. Filmwerke,

11. Werke der angewandten Kunst sowie gewerbliche Muster und Modelle,

12. Computerprogramme und das Entwurfsmaterial

sowie generell jedes Erzeugnis auf dem Gebiet der Literatur, Wissenschaft oder Kunst, unabhängig davon, auf welche Weise oder in welcher Form es zum Ausdruck gebracht wird."

II. Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

19. Heksenkaas ist ein Streichkäse aus Rahmkäse und frischen Kräutern. Er wurde im Jahr 2007 von einem niederländischen Gemüse-und Frischproduktehändler kreiert. Aufgrund eines im Jahr 2011 geschlossenen Vertrags wurden die Rechte des geistigen Eigentums an diesem Erzeugnis von dessen Schöpfer gegen eine an den mit diesem Erzeugnis erzielten Umsatz geknüpfte Vergütung an Levola übertragen.

20. Am 10. Juli 2012 wurde ein Patent für das Verfahren zur Herstellung des Heksenkaas erteilt, und Mitte 2010 wurde die Wortmarke „Heksenkaas" angemeldet.

21. Seit Januar 2014 stellt Smilde ein Erzeugnis mit der Bezeichnung „Witte Wievenkaas" für eine Supermarktkette in den Niederlanden her.

22. In der Erwägung, dass die Erzeugung und der Verkauf von Witte Wievenkaas ihre Urheberrechte am „Geschmack" des Heksenkaas verletze, erhob Levola bei der Rechtbank Gelderland (Gericht Gelderland, Niederlande) Klage gegen Smilde. Sie definierte das Urheberrecht an einem Geschmack als den „gesamte[n] durch Verzehr eines Lebensmittels hervorgerufene[n] Eindruck auf die Geschmackssinne, einschließlich des mit dem Tastsinn wahrgenommenen Gefühls im Mund".

23. Levola beantragte bei der Rechtbank Gelderland (Gericht Gelderland), für Recht zu erkennen, dass der Geschmack des Heksenkaas eine eigene geistige Schöpfung von dessen Hersteller ist und mithin als „Werk" im Sinne von Art. 1 des Urheberrechtsgesetzes urheberrechtlichen Schutz genießt und dass der Geschmack des von Smilde hergestellten Produkts eine Vervielfältigung dieses „Werks" darstellt. Sie beantragte ferner, Smilde aufzugeben, jegliche Verletzung ihres Urheberrechts, einschließlich der Herstellung, des Ankaufs, des Verkaufs, des Anbietens oder einer anderen Vermarktung des mit der Bezeichnung „Witte Wievenkaas" versehenen Produkts abzustellen und zukünftig zu unterlassen.

24. Mit Urteil vom 10. Juni 2015 befand die Rechtbank Gelderland (Gericht Gelderland), dass, ohne dass es einer Entscheidung über die Frage bedürfe, ob der Geschmack des Heksenkaas schutzfähig im Sinne des Urheberrechts sei, das Klagebegehren von Levola jedenfalls als unbegründet abzuweisen sei, da diese nicht angegeben habe, welche Bestandteile oder Kombination von Bestandteilen des Geschmacks des Heksenkaas diesem einen eigenen, durch Originalität geprägten Charakter und einen persönlichen Stempel verliehen.

25. Levola legte gegen dieses Urteil beim vorlegenden Gericht Rechtsmittel ein.

26. Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts ist die zentrale Frage in der vorliegenden Rechtssache, ob der Geschmack eines Lebensmittels urheberrechtlich geschützt werden kann. Die Parteien des bei ihm anhängigen Rechtsstreits verträten diesbezüglich entgegengesetzte Standpunkte.

27. Nach Auffassung von Levola kann der Geschmack eines Lebensmittels als urheberrechtlich geschütztes Werk der Literatur, der Wissenschaft oder der Kunst eingestuft werden. Levola stützt sich dabei u. a. auf das Urteil des Hoge Raad der Nederlanden (Oberster Gerichtshof der Niederlande) vom 16. Juni 2006, Lancôme (ECLI:NL:HR:2006:AU8940), in dem dieses Gericht grundsätzlich die Möglichkeit anerkannt habe, ein Urheberrecht am Geruch eines Parfums zuzuerkennen.

28. Dagegen trägt Smilde vor, der Schutz eines Geschmacks sei nicht mit dem System des Urheberrechts vereinbar, das nur Schöpfungen erfasse, die optisch oder akustisch wahrgenommen werden könnten. Darüber hinaus stünden die Verderblichkeit eines Lebensmittels und der subjektive Charakter der Geschmackserfahrung einer Einordnung des Geschmacks eines Lebensmittels als urheberrechtlich geschütztes Werk entgegen. Zudem seien die Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers eines urheberrechtlich geschützten Werks und ihre Beschränkungen praktisch nicht auf den Geschmack übertragbar.

29. Das vorlegende Gericht führt aus, die Cour de cassation (Kassationsgerichtshof, Frankreich) habe die Möglichkeit eines urheberrechtlichen Schutzes eines Geruchs u. a. in ihrem Urteil vom 10. Dezember 2013 kategorisch ausgeschlossen [6]. Die Rechtsprechung der nationalen Obergerichte in der Union gehe somit in der – mit der im Zentrum des vor dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreits stehenden Frage vergleichbaren – Frage, ob sich ein Geruch für urheberrechtlichen Schutz eigne, auseinander.

30. Unter diesen Umständen hat der Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Rechtsmittelgericht Arnhem-Leeuwarden) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. a) Steht das Unionsrecht einem urheberrechtlichen Schutz des Geschmacks eines Lebensmittels – als eigene geistige Schöpfung des Urhebers – entgegen?

   b) Steht es urheberrechtlichem Schutz entgegen, dass der Begriff „Werke der Literatur und Kunst“ in Art. 2 Abs. 1 der Berner Übereinkunft, die für alle Mitgliedstaaten der Union verbindlich ist, zwar „alle Erzeugnisse auf dem Gebiet der Literatur, Wissenschaft und Kunst, ohne Rücksicht auf die Art und Form des Ausdrucks“, umfasst, sich die in dieser Vorschrift genannten Beispiele aber lediglich auf Schöpfungen beziehen, die optisch und/oder akustisch wahrgenommen werden können?

   c) Stehen die (mögliche) Verderblichkeit eines Lebensmittels und/oder der subjektive Charakter der Geschmackserfahrung einer Einstufung des Geschmacks eines Lebensmittels als urheberrechtlich geschütztem Werk entgegen?

   d) Steht das System von Ausschließlichkeitsrechten und Beschränkungen in den Art. 2 bis 5 der Richtlinie 2001/29 dem urheberrechtlichen Schutz des Geschmacks eines Lebensmittels entgegen?

6 Cour de cassation, chambre commerciale (Kassationsgerichtshof, Kammer für Handelssachen), 10. Dezember 2013, Nr. 11-19.872, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht (ECLI:FR:CCASS:2013:CO01205).

2. Sofern Frage 1 Buchst. a verneint wird:

   a) Welche Anforderungen müssen erfüllt sein, damit der Geschmack eines Lebensmittels urheberrechtlichen Schutz genießen kann?

   b) Beruht der urheberrechtliche Schutz eines Geschmacks einzig und allein auf dem Geschmack als solchem oder (auch) auf der Rezeptur des Lebensmittels?

   c) Wie weit reicht die Darlegungslast einer Partei, die in einem (Verletzungs-)Verfahren geltend macht, sie habe einen urheberrechtlich geschützten Geschmack eines Lebensmittels kreiert? Kann sich diese Partei damit begnügen, dem Richter das Lebensmittel im Verfahren vorzulegen, damit sich der Richter – durch Kosten und Riechen – ein eigenes Urteil darüber bildet, ob der Geschmack des Lebensmittels den Anforderungen für urheberrechtlichen Schutz genügt? Oder hat die klagende Partei (gegebenenfalls auch) eine Beschreibung der kreativen Entscheidungen bezüglich der Geschmackskomposition und/oder Rezeptur zu geben, aufgrund deren der Geschmack als eigene geistige Schöpfung des Urhebers anzusehen ist?

   d) Wie hat der Richter in einem Verletzungsverfahren festzustellen, ob der Geschmack des Lebensmittels der beklagten Partei in der Weise mit dem Geschmack des Lebensmittels der klagenden Partei übereinstimmt, dass eine Urheberrechtsverletzung vorliegt? Kommt es in diesem Zusammenhang (auch) darauf an, ob die Gesamteindrücke beider Geschmäcker übereinstimmen?

III. Verfahren vor dem Gerichtshof

31. Levola, Smilde, die französische und die italienische Regierung, die Regierung des Vereinigten Königreichs sowie die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Levola, Smilde, die niederländische und die französische Regierung, die Regierung des Vereinigten Königreichs sowie die Kommission haben in der Sitzung vom 4. Juni 2018 mündliche Erklärungen abgegeben.

IV. Würdigung

32. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob der Geschmack eines Lebensmittels ein „Werk“ darstellt und durch die Richtlinie 2001/29 urheberrechtlich geschützt sein kann[7].

A. Zur Zulässigkeit

33. Smilde macht geltend, das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen sei unzulässig. Abgesehen davon, dass Levola im Ausgangsverfahren nicht ihrer Darlegungs- und Beweislast nachgekommen sei, könne dieses Verfahren bereits deswegen abgeschlossen werden, weil der Geschmack des Erzeugnisses Heksenkaas keine Originalität aufweise.

7 Levola zufolge „geht es in dem Rechtsstreit zwischen Levola und Smilde um den urheberrechtlichen Schutz des Heksenkaas-Geschmacks *als solchem*. Es handelt sich um den durch diese geschmackliche Erfahrung *als solche* ausgelösten Sinneseindruck und nicht um die Mittel, durch die dieser Eindruck entsteht. Es wird also nicht der Schutz eines bestimmten Stoffes oder einer Liste von Zutaten begehrt. Das Werk, für das der Schutz beantragt wird, ist der Geschmack selbst, nicht sein Träger“ (Rn. 9 ihrer Erklärungen). Levola führt weiter aus: „Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Geschmack über einen anderen Träger erzeugt werden kann, ebenso wie das vom Künstler mittels eines Ölgemäldes erzeugte Bild auf einem anderen Träger nachgebildet und wiedergegeben werden kann. Ein urheberrechtlich geschütztes Werk besteht nämlich aus dem immateriellen Ausdruck und nicht aus dem physikalischen Träger dieses Ausdrucks“ (Rn. 86 ihrer Erklärungen).

34. Meines Erachtens kann der von Smilde erhobenen Einrede der Unzulässigkeit aus folgenden Gründen nicht stattgegeben werden.

35. Es ist ausschließlich Sache der mit dem Rechtsstreit befassten nationalen Gerichte, die die Verantwortung für die zu erlassende gerichtliche Entscheidung zu übernehmen haben, im Hinblick auf die Besonderheiten des Einzelfalls sowohl zu beurteilen, ob eine Vorabentscheidung erforderlich ist, damit sie ihr Urteil erlassen können, als auch, ob die dem Gerichtshof vorgelegten Fragen erheblich sind. Betreffen daher die vorgelegten Fragen die Auslegung des Unionsrechts, so ist der Gerichtshof grundsätzlich gehalten, darüber zu befinden. Folglich gilt für Fragen, die das Unionsrecht betreffen, eine Vermutung der Entscheidungserheblichkeit. Die Zurückweisung des Ersuchens eines nationalen Gerichts ist dem Gerichtshof daher nur möglich, wenn die erbetene Auslegung des Unionsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder er nicht über die tatsächlichen oder rechtlichen Angaben verfügt, die für eine sachdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind [8].

36. Es ist darauf hinzuweisen, dass das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen die Auslegung des Unionsrechts und insbesondere die Auslegung der Art. 2 bis 5 der Richtlinie 2001/29 betrifft. In Ermangelung eines Anhaltspunkts dafür oder gar eines Vorbringens dahin gehend, dass die erbetene Auslegung des Unionsrechts in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht oder dass das Problem hypothetischer Natur ist, bin ich der Meinung, dass die Fragen des vorlegenden Gerichts betreffend die Auslegung dieser Richtlinie und des Begriffs „Werk“ nicht als unzulässig angesehen werden können, nur weil eine der Parteien des Ausgangsverfahrens der Ansicht ist, dass der Ausgangsrechtsstreit auf der Grundlage anderer Klagegründe und Argumente entschieden werden muss.

B. Zur Begründetheit

1. Begriff „Werk“ – Begriff „einheitliche und autonome Auslegung des Unionsrechts“

37. Der Begriff „Werk“ im Sinne des Art. 2 Buchst. a, des Art. 3 Abs. 1 und des Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29, ist in dieser Richtlinie nicht definiert [9]. Darüber hinaus enthalten diese Bestimmungen keinen Hinweis auf das nationale Recht bezüglich des Begriffs „Werk“ [10].

8 Vgl. Urteil vom 1. Juli 2010, Sbarigia (C-393/08, EU:C:2010:388, Rn. 19 und 20 sowie die dort angeführte Rechtsprechung.

9 Im Übrigen wird der urheberrechtliche Schutz des Geschmacks eines Lebensmittels nicht spezifisch durch das Unionsrecht geregelt.

10 Levola führt aus: „Wenn das Unionsrecht einen einheitlichen und autonomen Begriff des Werks kennt, der es den Mitgliedstaaten nicht freistellt, auf nationaler Ebene zusätzliche Voraussetzungen für die Gewährung eines urheberrechtlichen Schutzes aufzustellen …, dann muss sich aus ihm auch ergeben, ob die Mitgliedstaaten den Urheberrechtsschutz eigenständigen Schöpfungen gewähren müssen, die anders als optisch oder akustisch wahrgenommen werden, wie ein Geschmack oder ein Geruch, oder ob sie solchen Geschmacks- oder Geruchsschöpfungen urheberrechtlichen Schutz nicht einmal gewähren *dürfen*, selbst wenn dieser Geschmack oder dieser Geruch sich aus einer schöpferischen intellektuellen Arbeit ergibt, durch die der Urheber seiner persönlichen Kreativität Ausdruck verliehen hat“ (Rn. 41 ihrer Erklärungen). „Da der Gerichtshof jedoch lediglich ein qualitatives Mindestniveau für den Urheberrechtsschutz in der Form eines Erfordernisses der ‚eigenen geistigen Schöpfung‘ – wie zum Beispiel von der deutschen Rechtsprechung anerkannt – festlegen wollte, ist es daher klar, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, urheberrechtlichen Schutz für ein Werk zu gewähren, das aus dem Geschmack einer kulinarischen Kreation besteht, wenn dieser Geschmack zumindest als eigene geistige Schöpfung ihres Urhebers eingestuft werden kann. Das für die eigene geistige Schöpfung festgesetzte qualitative Mindestniveau schließt nämlich keinen der menschlichen Sinne zwingend aus, so dass die Bestimmung der Relevanz der sinnlichen Wahrnehmung einer eigenen geistigen Schöpfung in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt wäre“ (Rn. 42 ihrer Erklärungen).

38. In einem solchen Fall ergibt sich nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs aus dem Erfordernis sowohl der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts als auch des Gleichheitsgrundsatzes, dass die Begriffe einer Vorschrift des Unionsrechts, in der kein ausdrücklicher Verweis auf das Recht der Mitgliedstaaten für die Ermittlung ihrer Bedeutung und ihrer Tragweite enthalten ist, in der Regel in der gesamten Europäischen Union eine autonome und einheitliche Auslegung erhalten müssen, die unter Berücksichtigung des Kontexts der Vorschrift und des mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziels gefunden werden muss [11].

39. Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich, dass der Begriff „Werk" als autonomer Begriff des Unionsrechts anzusehen ist, dessen Sinn und Bedeutung in allen Mitgliedstaaten gleich sein müssen. Daher hat der Gerichtshof ihm eine in der Unionsrechtsordnung einheitliche Auslegung zu geben [12].

40. Daraus folgt, dass der Begriff „Werk" als autonomer Begriff des Unionsrechts es den Mitgliedstaaten nicht gestattet, in diesem Zusammenhang weitere oder unterschiedliche Standards vorzusehen. Das Unionsrecht steht folglich einer nationalen Regelung entgegen, die außerhalb des durch die Richtlinie 2001/29 [13] vorgesehenen Rahmens die Möglichkeit vorsieht, den Geschmack von Lebensmitteln urheberrechtlich zu schützen [14].

2. Der Begriff „Werk" und das Erfordernis einer geistigen Schöpfung

41. Die französische Regierung ist der Ansicht, dass es bei der Entscheidung der Frage, ob ein Lebensmittelgeschmack urheberrechtlichen Schutz nach der Richtlinie 2001/29 genießen kann, darauf ankomme, ob er als Werk angesehen werden könne, d. h., ob er Originalität in dem Sinne aufweise, dass er eine eigene geistige Schöpfung seines Urhebers darstelle.

42. In Rn. 34 des Urteils vom 16. Juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465), hat der Gerichtshof ausgeführt: „[A]us dem Gesamtzusammenhang der Berner Übereinkunft, insbesondere aus deren Art. 2 Abs. 5 und 8, [geht] hervor, dass der Schutz bestimmter Schutzgüter als Werke der Literatur und Kunst voraussetzt, dass es sich dabei um geistige Schöpfungen handelt." [15] Ferner hat er festgestellt, dass das Urheberrecht im Sinne des Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/29 nur in Bezug auf ein Schutzobjekt angewandt werden kann, bei dem es sich um ein Original in dem Sinne handelt, dass es eine eigene geistige Schöpfung seines Urhebers darstellt [16].

43. In Rn. 88 des Urteils vom 1. Dezember 2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798), hat der Gerichtshof für Recht erkannt, dass eine eigene geistige Schöpfung des Urhebers vorliegt, wenn darin seine Persönlichkeit zum Ausdruck kommt.. Nach Rn. 39 des Urteils vom 1. März 2012, Football Dataco u. a. (C-604/10, EU:C:2012:115), ist das Kriterium der Originalität nicht erfüllt, wenn die Erstellung einer Datenbank durch technische Erwägungen, Regeln oder Zwänge bestimmt wird, die für künstlerische Freiheit keinen Raum lassen. Zum anderen reicht – wie der Gerichtshof in Rn. 42 dieses Urteils befunden hat – die Tatsache, dass für die Erstellung der Datenbank unabhängig von der

11 Vgl. Urteil vom 16. Juni 2011, Omejc (C-536/09, EU:C:2011:398, Rn. 19). Vgl. ebenfalls Urteil Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, Rn. 32 und die dort angeführte Rechtsprechung).

12 Vgl. in diesem Sinne Urteil Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, Rn. 33).

13 Oder eine andere unionsrechtliche Vorschrift, die gegebenenfalls erlassen wird, wenn der Unionsgesetzgeber dies beschließt.

14 Vgl. entsprechend Urteile vom 16. Juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, Rn. 27 bis 29), und vom 21. Oktober 2010, Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, Rn. 29 bis 37).

15 In seinem Urteil Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc. 499 U.S. 340, hat der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten für Recht erkannt, dass die Originalität die *conditio sine qua non* des Urheberrechts sei.

16 Rn. 37 des Urteils Infopaq International. Nach Auffassung des Gerichtshofs sind „Werke wie Computerprogramme, Datenbanken oder Fotografien nur urheberrechtlich geschützt, wenn sie Originale in dem Sinne sind, dass es sich bei ihnen um *eine eigene geistige Schöpfung ihres Urhebers* handelt" (Rn. 35 dieses Urteils; Hervorhebung nur hier).

Erzeugung der darin enthaltenen Daten ein bedeutender Arbeitsaufwand und bedeutende Sachkenntnis des Urhebers erforderlich waren, als solche nicht aus, um einen urheberrechtlichen Schutz der Datenbank zu rechtfertigen, wenn durch diesen Arbeitsaufwand und diese Sachkenntnis keinerlei Originalität bei der Auswahl oder Anordnung der Daten zum Ausdruck kommt.

44. Auch wenn die Originalität eines Gegenstands eine notwendige Voraussetzung für dessen urheberrechtlichen Schutz darstellt, ist dies jedoch meines Erachtens nicht ausreichend. Über das Erfordernis der Originalität des betreffenden Gegenstands hinaus muss es sich bei ihm um ein „Werk" handeln.

45. In Rn. 33 des Urteils vom 16. Juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465), hat der Gerichtshof für Recht erkannt: „Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/29 sieht vor, dass die Urheber das ausschließliche Recht haben, die Vervielfältigung ihrer Werke ganz oder teilweise zu erlauben oder zu verbieten. Daraus folgt, dass Schutzobjekt des Rechts des Urhebers, die Vervielfältigung zu erlauben oder zu verbieten, ein ‚Werk' ist." [17]

46. Aus dieser Rechtsprechung geht klar hervor, dass Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/29 zum einen das Vorliegen eines „Werks" [18] und zum anderen dessen Originalität verlangt. Es ist wichtig, diese beiden Begriffe, die nicht identisch sind, auseinanderzuhalten und sie nicht miteinander zu vermengen.

47. Daher stimme ich mit der Kommission darin überein, dass „der Umstand, dass ein „Werk nach Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/29 nur urheberrechtlich geschützt werden kann, wenn es das Kriterium der Originalität erfüllt, jedoch nicht dahin ausgelegt werden kann, dass er bedeuten würde, dass umgekehrt jeder Gegenstand, der dieses Kriterium erfüllt, aufgrund dessen ‚automatisch' als urheberrechtlich geschütztes ‚Werk' im Sinne dieser Richtlinie angesehen werden müsste" [19].

3. Stellt ein Geschmack ein Werk dar?

48. Da die Richtlinie 2001/29 den Begriff „Werk" nicht definiert, ist es meines Erachtens angebracht, die Bestimmungen der Berner Übereinkunft zu berücksichtigen. Ungeachtet dessen, dass die Union nicht Vertragspartei dieser Übereinkunft ist, muss sie sich nämlich „nach Art. 1 Abs. 4 des WIPO-Urheberrechtsvertrags, dem sie beigetreten ist, der Teil ihrer Rechtsordnung ist und der mit der Richtlinie 2001/29 umgesetzt werden soll, dennoch an die Art. 1 bis 21 der Berner Übereinkunft halten" [20].

17 Art. 3 („Recht der öffentlichen Wiedergabe von Werken und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung sonstiger Schutzgegenstände") der Richtlinie 2001/29 und Art. 4 („Verbreitungsrecht") dieser Richtlinie nehmen ebenfalls Bezug auf ein „Werk".

18 Der Regierung des Vereinigten Königreichs zufolge wäre es völlig verfehlt, das Urteil vom 16. Juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465), dahin auszulegen, „dass jegliche Art von Werk urheberrechtlich geschützt werden muss, da es sich um eine geistige Schöpfung eines Urhebers handelt. Die Argumentation in Rn. 37 ist im Licht der Rn. 34 bis 36 zu verstehen, in denen deutlich gemacht wird, dass das Schutzsystem der Richtlinie 2001/29 nur für bestimmte Werke gilt, die als Werke der Literatur und Kunst nach der Berner Übereinkunft oder einer anderen unionsrechtlichen Bestimmung wie der Richtlinie über Computerprogramme eingestuft sind" (Rn. 19 ihrer Erklärungen).

19 Rn. 33 der schriftlichen Erklärungen der Kommission. Im Urteil vom 4. Oktober 2011, Football Association Premier League u. a. (C-403/08 und C-429/08, EU:C:2011:631, Rn. 96 bis 99), hat der Gerichtshof festgestellt, dass Sportereignisse nicht als *geistige Schöpfungen* angesehen werden können, *die sich als Werke einordnen ließen*, da es sich für eine solche Einordnung bei dem betreffenden Objekt um ein Original in dem Sinne handeln muss, dass es *eine eigene geistige Schöpfung seines Urhebers darstellt*. Zwar erweckt der Wortlaut dieser Randnummern des genannten Urteils den Eindruck, dass ein „Werk" ein Synonym für eine „geistige Schöpfung" ist und dass die einzige Voraussetzung für die Geltendmachung eines Urheberrechts das Vorliegen einer „geistigen Schöpfung" ist, doch ergibt sich meiner Ansicht nach aus diesem Urteil, dass Sportveranstaltungen, insbesondere Fußballspiele, nicht urheberrechtlich geschützt sind, da sie Spielregeln unterliegen, die keinen Raum für eine schöpferische Freiheit im Sinne des Urheberrechts lassen. Sportveranstaltungen als solchen mangelt es nämlich an Originalität oder Eigenständigkeit. Die Frage, ob Sportveranstaltungen (nicht eigenständige) „Werke" darstellen, wurde vom Gerichtshof nicht geprüft.

20 Vgl. Urteil vom 9. Februar 2012, Luksan (C-277/10, EU:C:2012:65, Rn. 59).

49. Folglich muss die Union auch Art. 2 Abs. 1 der Berner Übereinkunft nachkommen, der den Umfang der „Werke der Literatur und Kunst“ bestimmt, die urheberrechtlich geschützt werden können. Nach dieser Vorschrift umfasst die „Bezeichnung ‚Werke der Literatur und Kunst‘ … alle Erzeugnisse auf dem Gebiet der Literatur, Wissenschaft und Kunst, ohne Rücksicht auf die Art und Form des Ausdrucks …“. Art. 2 Abs. 1 der Berner Übereinkunft enthält ferner eine nicht erschöpfende Liste [21] der geschützten „Werke der Literatur und Kunst“ [22].

50. Diese Liste enthält keinen Verweis auf Geschmäcker, ebenso wenig wie auf geschmacksähnliche Werke, etwa Gerüche oder Duftstoffe, schließt sie jedoch auch nicht ausdrücklich aus.

51. Ungeachtet dessen, dass nach Art. 2 Abs. 1 der Berner Übereinkunft die „Bezeichnung ‚Werke der Literatur und Kunst‘ … alle Erzeugnisse auf dem Gebiet der Literatur, Wissenschaft und Kunst, ohne Rücksicht auf die Art und Form des Ausdrucks“, umfasst, verweist diese Vorschrift jedoch nur auf optisch oder akustisch wahrzunehmende Werke wie Bücher und musikalische Kompositionen, unter Ausschluss von Schöpfungen, die durch andere Sinne wahrgenommen werden können, wie den Geschmacks-, den Geruchs- oder den Tastsinn.

52. Im Übrigen ist die internationale Gemeinschaft im Fall anhaltender Zweifel hinsichtlich des urheberrechtlichen Schutzes bestimmter Schöpfungen tätig geworden, um deutlich zu machen, dass diese „Werke“ urheberrechtlich geschützt waren – vorausgesetzt, sie wiesen Originalität auf –, in dem sie entweder Änderungen an der Berner Übereinkunft vornahm oder andere multilaterale Übereinkommen abschloss [23].

53. Daher ist der WIPO-Urheberrechtsvertrag, ein Sonderabkommen im Sinne der Berner Übereinkunft, angenommen worden, insbesondere zum Schutz der Werke im digitalen Umfeld [24], wie Computerprogramme und Datensammlungen oder andere Elemente (Datenbanken) [25].

54. Der Geschmack eines Lebensmittels kann mit keinem der durch diesen Vertrag geschützten „Werke“ in Verbindung gebracht werden, und meines Wissens schützt keine andere völkerrechtliche Bestimmung den Geschmack eines Lebensmittels urheberrechtlich [26].

21 Meines Erachtens deuten die Ausdrücke „telles que“ in der französischen Sprachfassung und „such as“ in der englischen Sprachfassung den nicht erschöpfenden und beispielhaften Charakter der Werke „der Literatur und Kunst“, die urheberrechtlich geschützt werden können, an.

22 Vgl. Art. 2 Abs. 6 der Berner Übereinkunft.

23 Vgl. in diesem Sinne S. 25 des 2003 veröffentlichten Guide des traités sur le droit d’auteur et les droits connexes administrés par l’OMPI (Leitfaden zu den von der WIPO verwalteten Verträgen zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten), abrufbar auf der Internetseite http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/891/wipo_pub_891.pdf.

24 Vgl. 15. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29. Art. 4 des WIPO-Urheberrechtsvertrags besagt ausdrücklich, dass Computerprogramme als Werke der Literatur im Sinne von Art. 2 der Berner Übereinkunft geschützt sind. Art. 5 dieses Vertrags sieht vor, dass Datenbanken in jeder Form, die aufgrund der Auswahl oder Anordnung ihres Inhalts geistige Schöpfungen darstellen, ebenfalls als solche in dieser Weise geschützt sind. Vgl. ebenfalls Art. 10 des TRIPS-Übereinkommens.

25 Die Richtlinie 2001/29 betrifft den rechtlichen Schutz des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte mit Ausnahme namentlich des Rechtsschutzes von Computerprogrammen und des Rechtsschutzes von Datenbanken. Die Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 betreffend den Rechtsschutz von Computerprogrammen (ABl. 2009, L 111, S. 16) betrifft nämlich spezifisch den Rechtsschutz von Computerprogrammen. Im ersten Erwägungsgrund der Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (ABl. 1991, L 122, S. 42), die durch die Richtlinie 2009/24 aufgehoben und ersetzt wurde, heißt es nämlich: „Derzeit ist nicht in allen Mitgliedstaaten ein eindeutiger Rechtsschutz von Computerprogrammen gegeben. Wird ein solcher Rechtsschutz gewährt, so weist er unterschiedliche Merkmale auf.“ In diesem Zusammenhang weise ich darauf hin, dass der Objektcode eines Computerprogramms im Allgemeinen nicht von Menschen gelesen werden kann. Jedoch ist der Objektcode eines Computerprogramms eine genaue und konstante Schöpfung, die von einer Maschine konkret und objektiv „gelesen“ oder „verstanden“ werden kann. Des Weiteren betrifft die Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken (ABl. 1996, L 77, S. 20) spezifisch den Rechtsschutz von Datenbanken. Art. 3 („Schutzgegenstand“) Abs. 1 der Richtlinie 96/9 bestimmt: „Datenbanken, die aufgrund der Auswahl oder Anordnung des Stoffes eine eigene geistige Schöpfung ihres Urhebers darstellen, [werden] als solche urheberrechtlich geschützt. Bei der Bestimmung, ob sie für diesen Schutz in Betracht kommen, sind keine anderen Kriterien anzuwenden.“ Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 96/9 sieht für Datenbanken, bei denen für die Beschaffung, die Überprüfung oder die Darstellung ihres Inhalts eine in qualitativer oder quantitativer Hinsicht wesentliche Investition erforderlich ist, ein Schutzrecht *sui generis* vor.

26 Smilde führt aus: „*Kein* Gesetzgeber (weder die Autoren der Berner Übereinkunft, noch die Verhandlungsführer im Rahmen des TRIPs-Übereinkommens, noch die Autoren der WIPO-Urheberrechtsverträge und noch weniger die an dem Gesetzgebungsverfahren, das zur Richtlinie [2001/29] geführt hat, Beteiligten) hat jemals die Absicht gehabt, über das Urheberrecht die Monopolisierung von etwas subjektivem, vergänglichem, unpräzisem, veränderlichem, unfassbarem und technisch unbestimmbarem wie dem Geschmack zu ermöglichen“ (Rn. 91 ihrer Erklärungen).

55. Darüber hinaus bin ich – in Übereinstimmung mit den Ausführungen der französischen Regierung und der Kommission – der Ansicht, dass die Entwicklung eines Lebensmittelgeschmacks oder eines Geruchs zwar Arbeit verlangt und ein Know-how erfordert, sie jedoch nur urheberrechtlich schutzfähige Gegenstände darstellen würden, wenn sie Originalität oder Eigenständigkeit aufwiesen [27]. Der Urheberrechtsschutz erstreckt sich auf *eigenständige Ausdrucksformen* und nicht auf Gedanken, Verfahren, Methoden oder mathematische Konzepte als solche [28]. Meiner Ansicht nach kann die Form, in der eine Rezeptur ausgedrückt wird (die Ausdrucksform), zwar urheberrechtlich geschützt werden, wenn die Ausdrucksform eigenständig ist, doch schützt das Urheberrecht nicht die Rezeptur als solche (die Idee). Diese Unterscheidung wird im Englischen „idea/expression dichotomy" genannt.

56. Darüber hinaus sollten diese eigenständigen Ausdrucksformen *mit ausreichender Genauigkeit und Objektivität erkennbar* sein. So hat der Gerichtshof im Urteil vom 12. Dezember 2002, Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748, Rn. 55), in dem es um die Frage ging, ob ein Zeichen, nämlich ein Geruch, das als solches nicht visuell wahrnehmbar ist, eine Marke sein kann, für Recht erkannt, dass dies möglich ist, „sofern es insbesondere mit Hilfe von Figuren, Linien oder Schriftzeichen grafisch dargestellt werden kann und die Darstellung *klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv* ist" [29].

57. Nach dem gegenwärtigen Stand der Technik ist eine genaue und objektive Identifizierung von Geschmack oder Geruch jedoch derzeit offenbar nicht möglich. In diesem Zusammenhang weist die italienische Regierung darauf hin, dass „trotz der bislang unternommenen wissenschaftlichen Anstrengungen, um die organoleptischen Eigenschaften von Lebensmitteln eindeutig bestimmen zu können, der ‚Geschmack' nach dem derzeitigen Stand der Dinge im Wesentlichen ein qualitatives Element ist, das in erster Linie an das subjektive Geschmackserlebnis anknüpft. Die organoleptischen Eigenschaften von Lebensmitteln sind nämlich dazu bestimmt, von den Sinnesorganen, vor allem dem Geruchs- und dem Geschmackssinn, aber auch dem Tastsinn, auf der Grundlage der subjektiven Erfahrung und der durch das Lebensmittel in diesen Sinnesorganen hervorgerufenen Eindrücke wahrgenommen und beurteilt zu werden. Eine objektive Einordnung dieser Erfahrungen liegt noch nicht vor" [30]. Ich schließe nicht aus, dass sich die Techniken zur genauen und objektiven Identifizierung eines Geschmacks oder Geruchs in Zukunft weiterentwickeln werden, was den Gesetzgeber veranlassen könnte, tätig zu werden und sie urheberrechtlich oder anderweitig zu schützen.

27 D. h. geistige Schöpfungen. Vgl. Urteil vom 1. März 2012, Football Dataco u. a. (C-604/10, EU:C:2012:115, Rn. 42).

28 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 2. Mai 2012, SAS Institute (C-406/10, EU:C:2012:259, Rn. 33). Vgl. ebenfalls Art. 2 des WIPO-Urheberrechtsvertrags und Art. 9 Abs. 2 des TRIPS-Übereinkommens.

29 Zwar gibt es im Unionsrecht nicht mehr die Voraussetzung, dass ein Zeichen Gegenstand einer grafischen Darstellung sein muss. Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass Art. 3 Buchst. b der Richtlinie (EU) 2015/2436 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2015 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. 2015, L 336, S. 1), in Kraft getreten am 12. Januar 2016, und die Verordnung (EU) 2015/2424 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2015 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates über die Gemeinschaftsmarke und der Verordnung (EG) Nr. 2868/95 der Kommission zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates über die Gemeinschaftsmarke und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2869/95 der Kommission über die an das Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) zu entrichtenden Gebühren (ABl. 2015, L 341, S. 21), in Kraft getreten am 23. März 2016, verlangen, dass die Zeichen geeignet sind, im Register in einer Weise dargestellt zu werden, dass die zuständigen Behörden und das Publikum den Gegenstand des dem Inhaber einer solchen Marke gewährten Schutzes klar und eindeutig bestimmen können.

30 Vgl. Rn. 34 dieser Erklärungen.

58. Meiner Ansicht nach würde die Möglichkeit, die Identifizierung eines Geschmacks einem Richter oder Sachverständigen zu übertragen, wie Levola dies in ihren schriftlichen Erklärungen vorschlägt, nichts daran ändern, dass diese Identifizierung [31] ihrem Wesen nach subjektiv ist [32]. Die Möglichkeit, ein Werk hinreichend genau und objektiv zu identifizieren, ist jedoch unerlässlich, um den Grundsatz der Rechtssicherheit im Interesse des Inhabers des Urheberrechts und insbesondere im Interesse von Dritten zu wahren, die gerichtlichen Verfahren, namentlich strafrechtlicher Art oder wegen Urheberrechtsverletzung [33], ausgesetzt sein können.

59. Die mögliche Verderblichkeit eines Lebensmittels ist als solche nicht ausschlaggebend. Abgesehen davon, dass die Richtlinie 2001/29 keine Verpflichtung enthält, ein Werk festzulegen [34], ist nämlich nicht der Träger, auf oder in dem das Werk festgelegt ist, Gegenstand des Urheberrechts, sondern das Werk selbst.

60. Der Umstand indessen, dass Geschmäcker als solche nur von kurzer Dauer, flüchtig und dem Verderben ausgesetzt sind, steht meines Erachtens ihrer genauen und objektiven Identifizierung und damit ihrer Einordnung als Werke im Sinne des Urheberrechts entgegen.

61. Ich bin daher der Meinung, dass der Geschmack eines Lebensmittels kein „Werk“ im Sinne der Richtlinie 2001/29 darstellt. Daraus folgt, dass auf einen Geschmack nicht das Vervielfältigungsrecht [35], das Recht der öffentlichen Wiedergabe von Werken und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung sonstiger Schutzgegenstände [36] sowie das Verbreitungsrecht [37] im Sinne der Richtlinie 2001/29 zur Anwendung gelangen, die nur für Werke gelten. Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass die Ausnahmen und Beschränkungen nach Art. 5 der Richtlinie 2001/29 nur für die durch diese Rechte geschützten Werke gelten.

62. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Richtlinie 2001/29 dem urheberrechtlichen Schutz des Geschmacks eines Lebensmittels entgegensteht. Da die zweite Frage nur für den Fall gestellt ist, dass die Richtlinie 2001/29 dem urheberrechtlichen Schutz des Geschmacks eines Lebensmittels nicht entgegensteht, und sich u. a. auf die Voraussetzungen für die Gewährung dieses Schutzes und den Umfang dieses Schutzes bezieht, braucht sie nicht beantwortet zu werden.

31 Ich spreche hier von der Identifizierung des Werks und nicht der Beurteilung seiner Originalität, zu der es unterschiedliche Auffassungen geben kann und die mit einem gewissen Grad an Subjektivität behaftet ist. Wenn jedoch die genaue und objektive Identifizierung eines Werks nicht möglich ist, ist auch die Beurteilung seiner Originalität unmöglich.

32 Die Kommission vertritt die Auffassung, die durch einen Geschmack hervorgerufenen Empfindungen und Eindrücke seien „subjektiv, nicht konkret und (somit) nicht reproduzierbar, zumindest nicht mit einer Objektivität und einer Spezifität, die ausreichen, um urheberrechtlichen Schutz zu gewähren“ (Rn. 41 ihrer Erklärungen).

33 28. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (ABl. 2004, L 157, S. 45, Berichtigung ABl. 2004, L 195, S. 16) lautet: „Zusätzlich zu den zivil- und verwaltungsrechtlichen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfen, die in dieser Richtlinie vorgesehen sind, stellen in geeigneten Fällen auch strafrechtliche Sanktionen ein Mittel zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums dar.“

34 Vgl. ebenfalls Art. 2 Abs. 2 der Berner Übereinkunft.

35 Vgl. Art. 2 der Richtlinie 2001/29.

36 Vgl. Art. 3 der Richtlinie 2001/29.

37 Vgl. Art. 4 der Richtlinie 2001/29.

V. Ergebnis

63. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Berufungsgericht Arnhem-Leeuwarden, Niederlande) zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

Die Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft steht dem urheberrechtlichen Schutz des Geschmacks eines Lebensmittels entgegen.