

§ 8 *Wege zu einem Binnenmarkt im Urheberrecht oder: Das Wie einer urheberrechtlichen Rechtsvereinheitlichung in Europa*

Wir haben uns im vorangegangenen Kapitel die Frage gestellt, ob im Urheberrecht einem Systemwettbewerb der nationalen Urheberrechte oder aber einer wie auch immer gearteten Vereinheitlichung der Urheberrechte der Vorzug zu geben sei. Wir sind zu dem Ergebnis gekommen, dass ein Systemwettbewerb wegen des Territorialitäts- und des Schutzlandprinzips nicht in zufriedenstellendem Maße funktioniert, jedenfalls sobald grenzüberschreitende Vorgänge ins Spiel kommen. Wie wir gesehen haben, kann auch ein Rückgriff auf das kollisionsrechtliche Herkunftslandprinzip die Bedenken hinsichtlich des Funktionierens eines Systemwettbewerbs nicht entkräften. Gerade im Hinblick auf grenzüberschreitende Vorgänge haben wir daher die Lösung einer Vereinheitlichung mit der Aussicht auf eine Senkung der Transaktionskosten favorisiert. Da nur die Union in der Lage ist, eine Vereinheitlichung des Urheberrechts – sei es durch eine Harmonisierung der nationalen Urheberrechte, sei es durch die Schaffung eines einheitlichen Europäischen Urheberrechts – effektiv herbeizuführen,⁶¹⁴ ist somit die Frage des *Ob* eines Tätigwerdens der Union auf dem Feld des Urheberrechts beantwortet.

In diesem Paragraphen wollen wir uns nun die Frage stellen, *wie* die Rechtsvereinheitlichung im Urheberrecht in der Union herbeigeführt werden soll, was also die richtige *Methode* der Rechtsvereinheitlichung ist. Hier gibt es im wesentlichen zwei Möglichkeiten, die wir eingehend untersuchen wollen. Die Unionsorgane haben bisher den Weg der *Harmonisierung* der nationalen Urheberrechte beschritten. Alternativ hierzu käme aber auch die Schaffung eines *einheitlichen Europäischen Urheberrechts* in Betracht.

Die *kollisionsrechtliche Lösung* wurde unter anderem deshalb abgelehnt, weil sie nur für die Werke *gleicher Herkunft* einen Binnenmarkt realisieren kann, nicht aber für verschiedene Werke *unterschiedlicher Herkunft*.⁶¹⁵ Demgegenüber wollen sowohl Harmonisierungslösung als auch Einheitsrechtslösung letztlich *einen einzigen* einheitlichen rechtlichen Rahmen für *alle* urheberrechtlich relevanten Sachverhalte schaffen. Sie unterscheiden sich aber in der Frage,

614 Hierzu oben, § 5.I.1.d).

615 Vgl. oben, § 7.IV., insbesondere § 7.IV.2.e).

wie eng dieser rechtliche Rahmen gesteckt werden soll. Ein einheitliches Europäisches Urheberrecht würde die Unterschiede vollständig einebnen, also den engstmöglichen Rahmen schaffen. Eine Harmonisierungslösung würde demgegenüber den Mitgliedstaaten mehr oder minder große Gestaltungsspielräume innerhalb eines Rahmens belassen, wodurch gewisse Rechtsunterschiede bestehen blieben.

Im Zentrum der Diskussion um eine Harmonisierungslösung steht daher nicht mehr die Frage, ob ein einheitlicher rechtlicher Rahmen materiellen Urheberrechts sinnvoll ist, sondern vielmehr die Frage, wie materiell ähnlich sich Rechtsordnungen sein müssen, um grenzüberschreitende Aktivitäten nicht mehr zu beeinträchtigen. Wie bereits erwähnt wäre ein europäisches Einheitsrecht auf eine *Verordnung* zu stützen, wohingegen die Harmonisierung mittels *Richtlinien* erfolgen würde. Die Wahl zwischen Einheitsrecht und Harmonisierung ist daher auch eine Diskussion über die Vor- und Nachteile dieser beiden Regelungsinstrumente.

Die Diskussion über die richtige Methode der Rechtsvereinheitlichung muss richtiger Weise auch im Zeichen des *Verhältnismäßigkeitsprinzips* geführt werden. Denn die Vereinheitlichung per Richtlinie hat als aus Sicht der Mitgliedstaaten weniger belastende Maßnahme nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit Vorrang vor der Schaffung einer die nationalen Urheberrechte verdrängenden Europäischen Urheberrechtsverordnung.⁶¹⁶ Dies gilt aber nur dann, wenn mit der Harmonisierung der nationalen Urheberrechte ebenso gute Resultate im Hinblick auf die Erreichung eines Unionsziels erreicht werden können wie durch die Schaffung eines Einheitsrechts. Daher gilt es nun, die beiden Methoden der Vereinheitlichung einander gegenüber zu stellen.

Wir wollen demnach nun zunächst allgemein die Vor- und Nachteile beider Methoden untersuchen (§ 8.I.). Die Diskussion über diese beiden Wege zu einem einheitlichen urheberrechtlichen Rahmen in Europa muss aber nicht ausschließlich auf diesem abstrakten Niveau geführt werden. Der urheberrechtliche *acquis* erlaubt es, die bisher verfolgte Methode der Harmonisierung auch in ihren praktischen Auswirkungen zu beleuchten und die Erfahrungen, die mit dem bisherigen *acquis* gesammelt wurden, in die Entscheidung über die richtige Methode der Rechtsvereinheitlichung miteinzubeziehen.⁶¹⁷

616 Hierzu schon oben, § 5.I.2.b)bb)aaa).

617 Zur Untersuchung des urheberrechtlichen *acquis* im Hinblick auf die Harmonisierungstechnik unten, §9.

Da ein wirklicher Binnenmarkt mit grenzüberschreitendem Angebot urheberrechtlicher Waren und Dienstleistungen jedoch wie schon dargelegt⁶¹⁸ nicht nur einen einheitlichen rechtlichen Rahmen voraussetzt, sondern auch die Möglichkeiten, unkompliziert unionsweite Lizenzen erwerben zu können, wollen wir im Anschluss an eine Untersuchung der Methodik der Vereinheitlichung auch auf die Lizenzierungsproblematik zu sprechen kommen und uns fragen, wie sich die Vereinheitlichung auf die Lizenzierungspraxis auswirken könnte (§ 8.II.).

I. Harmonisierung der nationalen Urheberrechte versus Europäisches Urheberrecht als Einheitsrecht

Der bisher auf Unionsebene beschrittene Weg zur Schaffung eines Binnenmarktes im Urheberrecht ist der der Harmonisierung. Der Harmonisierungsansatz akzeptiert die sich aus der Geltung des Territorialitäts- und des Schutzlandprinzips ergebende Konsequenz der kumulativen Anwendung mehrerer nationaler Urheberrechte auf einen grenzüberschreitenden Vorgang. Er will aber die Folgen dieser Kumulierung abmildern, indem die nationalen Urheberrechte materiell soweit aneinander angenähert werden, dass sie letztendlich zu vergleichbaren Ergebnissen führen. Als Regelungsinstrument auf europäischer Ebene dient hierzu die Richtlinie.

In der Literatur wurde der vom Unionsgesetzgeber eingeschlagene Weg der Harmonisierung bisher überwiegend begrüßt. Auch wenn über den materiellen Gehalt der Richtlinien mitunter heftig diskutiert wurde,⁶¹⁹ wurde die Methode der Harmonisierung mittels Richtlinie doch weitgehend akzeptiert. Die Alternative der Einheitsrechtslösung wurde für unnötig oder gar ungeeignet gehalten,⁶²⁰ ohne dass indes die Vor- und Nachteile beider Vereinheitlichungsmethoden vertieft untersucht worden wären.

Hier soll nun der Versuch unternommen werden, diese beiden Wege zu einem einheitlichen urheberrechtlichen Rahmen einander gegenüberzustellen, um ein fundiertes Urteil über die bessere Methode zu ermöglichen. Dazu wollen wir nacheinander die verschiedenen Argumente betrachten, die für und wider

618 Oben, § 4.III.1.c)bb).

619 Vgl. hierzu die Ausführungen zur Vereinheitlichung in den jeweiligen Bereichen des materiellen Urheberrechts, unten, §9.

620 So *Benabou*, *Droit d'auteur et droit communautaire*, 385.

eine bloße Harmonisierungslösung (mittels Richtlinien) im Vergleich zu einer Einheitsrechtslösung (per Verordnung) streiten.

Doch bevor wir zu dieser Gegenüberstellung schreiten, soll zumindest kurz auf eine dritte Möglichkeit der Vereinheitlichung eingegangen werden, an der die Kommission in letzter Zeit Gefallen gefunden zu haben scheint: der Einsatz von an sich unverbindlichen Instrumenten, also von soft law.

1. Soft law als eine Alternative zu einer verbindlichen Vereinheitlichung?

Die „Empfehlung der Kommission für die länderübergreifende kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, die für legale Online-Musikdienste benötigt werden“⁶²¹ vom 18.5.2005 hat verdeutlicht, dass auch über das an sich rechtlich unverbindliche Instrument der Empfehlung in erstaunlichem Maße gesetzgeberische Ziele erreicht werden können, insbesondere dann, wenn sich die Empfehlung nicht nur an die Mitgliedstaaten, sondern direkt an die Akteure im entsprechenden Regelungsbereich richtet und wenn für den Fall der Nichterreichung dieser Ziele eine verbindliche Regelung in Aussicht gestellt wird. Dies wirft die Frage auf, ob nicht über solche Instrumente des soft law die Ziele einer Vereinheitlichung erreicht werden können und zwar auf einem sanfteren, flexibleren und daher dem Verhältnismäßigkeitsprinzip eher entsprechenden Weg als über eine Harmonisierung oder gar die Schaffung eines Einheitsrechts.⁶²²

Doch begegnet der soft-law-Ansatz nicht unerheblichen Bedenken. Zunächst darf bezweifelt werden, dass eine soft-law-Lösung dieselbe Rechtssicherheit und Transparenz vermitteln kann wie eine verbindliche Regelung. Werden sich – alle? die meisten? einige? – Akteure auf dem Markt für urheberrechtlich relevante Waren und Dienstleistungen nach einer unverbindlichen Vorgabe richten, weil ansonsten möglicherweise und zu einem unbestimmten Zeitpunkt in der Zukunft doch eine verbindliche Regelung kommen könnte? Wie weit müssen wie viele Rechtssubjekte dem in der Empfehlung geäußerten Wunsch des Gesetzgebers entsprechen, damit dieser nicht zu einem anderen Instrument greift?

621 ABl. L-276/2005, 54–57.

622 In diesem Sinne auch die Empfehlung von *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, VIII f. und 221.

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass das formale Gesetzgebungsverfahren über die Partizipationsmöglichkeiten der über Expertise verfügenden Kreise auch der Sicherung der inhaltlichen Qualität und Ausgewogenheit einer Regelung dient. Schon deshalb erscheint es sinnvoll, den Weg eines Rechtsetzungsverfahrens zu beschreiten.⁶²³

Noch wichtiger ist aber die Wahrung des Gesetzgebungsverfahrens, weil hierdurch die Teilhabe der zur Gesetzgebung berufenen Organe und somit letztlich die demokratische Legitimation einer Regelung gewahrt wird.⁶²⁴ Es kann nicht hingenommen werden, wenn über die Wahl von soft-law-Instrumenten die Mitwirkungsmöglichkeiten insbesondere des Parlamentes umgangen werden.

2. Harmonisierung versus Einheitsrecht

Vor diesem Hintergrund führt kein Weg vorbei an einer rechtsverbindlichen Vereinheitlichung des Urheberrechts in der Union. Es muss also wie schon angekündigt untersucht werden, ob die verbindliche Vereinheitlichung des Urheberrechts über eine weitere Harmonisierung oder über die Schaffung eines Einheitsurheberrechts erreicht werden soll.

a) Zur begrenzten vereinheitlichenden Wirkung einer Harmonisierung

Wie erwähnt belässt die Harmonisierungslösung den nationalen Gesetzgebern innerhalb eines vorgegebenen Rahmens Gestaltungsspielräume.⁶²⁵ Diese *Gestaltungsmöglichkeit der nationalen Gesetzgeber* wird mitunter als ein wesentlicher Vorzug einer Harmonisierung gegenüber einem Einheitsrecht gepriesen. Auf diesem Wege, so die Überlegung, könne die Union nicht nur mit einer Regelung experimentieren, sondern die verschiedenen Umsetzungen durch die

623 *Reinbothe*, Festschrift Dietz, 530, stellt mit Blick auf eine Regulierung des Rechts der kollektiven Wahrnehmung die Frage, ob soft law tatsächlich einen Ausgleich der involvierten Interessen enthalten würde.

624 Kritisch gegenüber der Empfehlung auch *Schack*, ZGE 2009, 275, 284; *Schack*, Europäische Urheberrechts-Verordnung, 182; *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 60 f.; vgl. auch *Drexl*, Recht der Verwertungsgesellschaften nach der Empfehlung über die kollektive Verwertung von Online-Musikrechten, 369 ff.; *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 16, Fn. 62.

625 Vgl. nur *van Eechoud/Hugenholtz/van Gompel*, Harmonizing European Copyright Law, 21 ff.

Mitgliedstaaten in ihrer Wirkung beobachten, um Schlüsse für weitere Regelungen zu ziehen.⁶²⁶

Dieser Gedanke läuft letztendlich wieder auf einen Systemwettbewerb hinaus. Richtlinien sollen einen rechtlichen Rahmen beschreiben, innerhalb dessen die mitgliedstaatlichen Umsetzungsregelungen in Wettbewerb zueinander treten sollen. Wir haben jedoch bereits gesehen, dass ein Systemwettbewerb der Urheberrechtsordnungen aufgrund des Territorialitäts- und des Schutzlandprinzips nur sehr eingeschränkt funktioniert.⁶²⁷ Das gilt auch und erst recht für einen Systemwettbewerb der Mitgliedstaaten in einem harmonisierten Bereich. Lässt die Harmonisierungsrichtlinie den Mitgliedstaaten erheblichen Gestaltungsspielraum, stellt sich die Situation wie schon beschrieben dar: die Rechtsordnungen divergieren, wodurch sich bei grenzüberschreitenden Vorgängen erhebliche Transaktionskosten ergeben;⁶²⁸ gleichzeitig ist eine wirkliche Wahl der Rechtsordnung wegen des Schutzlandprinzips nicht möglich. Verbleibt den Mitgliedstaaten dagegen nur geringer Gestaltungsspielraum, weil die Harmonisierungsrichtlinie die wichtigen Fragen des zu regelnden Bereiches schon entscheidet, kann es einen wirklichen Wettbewerb der Rechtsordnungen schon wegen der nur geringen denkbaren Unterschiede nicht mehr geben.⁶²⁹

Viel spricht daher dafür, in Bereichen des materiellen Urheberrechts, in denen durch die kumulative Anwendung divergierender Rechtsordnungen erhöhte Transaktionskosten drohen, eine vollständige Vereinheitlichung anzustreben.⁶³⁰ Dies kann auch im Wege der Totalharmonisierung erfolgen,⁶³¹ jedoch ist der Schritt zum einheitlichen Europäischen Urheberrecht von dort aus nur noch denkbar klein. Wenn es zu den eigentlich charakteristischen Eigenschaften einer Richtlinie gehört, den Mitgliedstaaten einen gewissen Gestaltungsspielraum zu belassen und wenn man für einen bestimmten Bereich des materiellen Rechts zu der Überzeugung gelangt, dass dort vollständige Vereinheitlichung angestrebt

626 In diesem Sinne *Dietz*, GRUR Int. 1978, 101, 109.

627 Vgl. hierzu oben, § 7.III.

628 Vgl. zu den Hindernissen für einen Binnenmarkt im Gefolge unterschiedlichen materiellen Urheberrechts oben, § 4.III.1.c).

629 Oben, § 7.IV.2.b).

630 So auch *Schack*, ZGE 2009, 275, 284. Im Ergebnis auch *Gronau*, Europäisches Urheberrecht, 102 f. Zum Beispiel eines Europäischen Vertragsrechts in diesem Sinne *Sturm*, JZ 2001, 105, 1101. Für ein Unionspatentrecht unter Hinweis auf die Senkung der Transaktionskosten: *Jaeger/Hilty/Drexler*, IIC 2009, 817, 820.

631 So wurde etwa für die Frage der Schutzdauer des Urheberrechts übereinstimmend stets eine Totalharmonisierung verlangt. Vgl. *Benabou*, Droit d'auteur et droit communautaire, Rn. 603.

werden sollte, dann spricht in diesem Rechtsbereich auch nichts gegen ein Europäisches Urheberrecht.

Zum Teil wird die begrenzte vereinheitlichende Wirkung von Richtlinien auf der Ebene der Gesetzgebung der Union auch bewusst genutzt, um die *Regelung besonders strittiger Fragen aufzuschieben*.⁶³² Statt materielle Streitfragen, in denen die Mitgliedstaaten von unterschiedlichen Ansätzen ausgehen, zu lösen, werden vom europäischen Gesetzgeber – oft als Ergebnis eines Kompromisses⁶³³ – in Richtlinien breite Formulierungen verwendet, die es den Mitgliedstaaten erlauben, eigene überkommene Konzepte in diese Begriffe hineinzuinterpretieren.⁶³⁴ Unionsrechtliche Begriffe werden so gleichsam „durch die nationale Brille“ betrachtet. Der Gesetzgeber auf nationaler Ebene muss dann nicht aktiv werden, weil er keinen Anpassungsbedarf sieht,⁶³⁵ oder er wird tätig, führt aber Regelungen ein, die vor allem zu seinem urheberrechtlichen Gesamtsystem passen und sich deshalb von den Regelungen anderer Mitgliedstaaten unterscheiden. Eine einheitliche Lösung, die für alle Mitgliedstaaten tragbar wäre, wird so nicht gesucht. Das Instrument der Richtlinie lädt vielmehr geradezu dazu ein, eine solche Einheitlichkeit nur vorzutäuschen.

Eng verwandt mit diesem Phänomen auf der Ebene der Gesetzgebung ist das Problem der sogenannten „*homing tendency*“ auf der Ebene der Rechtsanwendung. Sofern auf der Unionsebene einheitliche, aber vage Rechtsbegriffe verwendet werden, haben die nationalen Gerichte eine besonders ausgeprägte Tendenz, Unionsrecht und nationales Recht, welches dieses Unionsrecht um-

632 *Müller-Graff*, Festschrift Börner, 340, spricht im Zusammenhang eines europäischen Privatrechts per Richtlinien von einer „Verantwortungsentlastung“ des Richtliniengebers zulasten der Mitgliedstaaten.

633 *Benabou*, Droit d’auteur et droit communautaire, Rn. 860; *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 55; *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 213.

634 Vgl. *Schack*, ZEuP 2000, 799, 808, der auf das Beispiel des Werkbegriffs verweist. Vgl. zu diesem Beispiel unten, § 9.I.2.

Die Tendenz, strittige Fragen von übergeordneter Bedeutung nicht anzugehen, wird auch durch das sektorielle Vorgehen des Unionsgesetzgebers, also seine Beschränkung auf Teilbereiche des Urheberrechts befördert. Hierzu unten, § 8.I.2.g)aa).

635 Hierzu etwa *Lucas*, Festschrift Schricker zum 70. Geburtstag, 437.

setzt, im Lichte ihrer nationalen Rechtstradition zu interpretieren.⁶³⁶ Dies führt dazu, dass bei der Anwendung an sich einheitlicher unionsrechtlicher Begriffe in den unterschiedlichen Mitgliedstaaten letztlich doch unterschiedliche Ergebnisse erzielt werden. Man mag einwenden, die Gefahr, dass tradierte nationale Rechtskonzepte bei der Anwendung von Unionsrecht in dieses hinein interpretiert werden, bestehe auch bei einem einheitlichen Europäischen Urheberrecht. Jedoch dürfte die Versuchung, ein ganzheitliches Europäisches Urheberrecht aus einem Guss im Lichte eines (dann möglicherweise gar nicht mehr geltenden, da verdrängten) nationalen Rechtskonzeptes auszulegen, geringer wäre, als das bei Richtlinien der Fall ist, die oftmals nur Teilaspekte einer Materie regeln und deren Regelungen in ein ansonsten weiter gültiges nationales Regulationssystem integriert werden müssen.⁶³⁷

Wenn hier die Richtlinien-technik dafür kritisiert wird, dass sie oftmals besonders vage Begrifflichkeiten verwendet, denen eine vereinheitlichende Wirkung abgeht, dann müssen allerdings solche Regelungen von diesem Vorwurf ausgenommen werden, die sich mit *Materien* befassen, die einem raschen Wandel unterliegen. Soll die technische Entwicklung den Stand der Gesetzgebung nicht allzu schnell obsolet machen, darf die gesetzliche Regelung sich nicht in – zumeist technischen – Details verlieren, sondern muss so breit formuliert sein, dass sie auch künftige Fortschritte noch miterfassen kann. Dieses Problem stellt sich für jeden Gesetzgeber, unabhängig von dem verwendeten Regelungsinstrument.⁶³⁸ Es darf aber nicht vorgeschoben werden, um gesetzgeberischen Entscheidungen dort aus dem Weg zu gehen, wo die Interessenlage bereits klar auf dem Tisch liegt.

Problematisch ist der Verzicht auf eine detaillierte Regelung auch im Hinblick auf künftige rasche Veränderungen dann, wenn nicht klar ist, ob der Uni-

636 Vgl. etwa *Schack*, ZEuP 2000, 799, 808; *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 213. Demgegenüber optimistischer *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 13 f. und 54 ff., der auf die Änderung der BGH-Rechtsprechung zur Schöpfungshöhe bei Computerprogrammen im Gefolge der Festsetzung eines einheitlichen Standards in der Software-Richtlinie hinweist. Allgemein zu diesem Phänomen *Müller-Graff*, NJW 1993, 13, 21, mit weiteren Nachweisen.

637 *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 68, weist zudem darauf hin, dass eine einheitliche Rechtsprechung auf Unionsebene diesem Phänomen entgegenwirken würde. Zur vereinheitlichenden Wirkung der Rechtsprechung sogleich, § 8.I.2.c).

638 Auch *Schack*, ZGE 2009, 275, 289, meint, ein einheitliches Europäisches Urheberrecht werde nicht ohne unbestimmte Rechtsbegriffe und beispielhafte Aufzählungen auskommen.

ongesetzgeber damit auf die nationalen Rechtsordnungen verweisen oder ob er eine Definition der (Unions-) Rechtsprechung überlassen wollte. Verweist eine Richtlinie auf die nationalen Rechtsordnungen, beansprucht der Unionsgesetzgeber nicht, die Frage einer unionsweit einheitlichen Lösung zuzuführen. Liegt aber kein solcher Verweis vor, dann obliegt es den Unionsgerichten, in letzter Instanz also dem EuGH, einen unbestimmten Rechtsbegriff im Wege der Auslegung doch einer unionsweit einheitlichen Bedeutung zuzuführen.

Zwar gilt grundsätzlich, dass ohne ausdrücklichen Verweis auf das nationale Recht unbestimmte Rechtsbegriffe des Unionsrechts autonom und einheitlich auszulegen sind.⁶³⁹ Demnach müsste man ohne einen Verweis auf nationales Recht davon ausgehen, dass der Unionsgesetzgeber auf eine Vereinheitlichung nicht verzichten, sondern die endgültige Konkretisierung einer Vorschrift der Rechtsprechung überlassen wollte. Nichtsdestotrotz hat es auch urheberrechtliche Fallkonstellationen gegeben, in denen der EuGH aus einer fehlenden Konkretisierung im Unionsrecht auf einen fehlenden Willen zur Vereinheitlichung geschlossen hat. So hat er aus der fehlenden Definition der Öffentlichkeit in der Satelliten- und Kabelrichtlinie gefolgert, dass der Begriff durch nationales Recht auszufüllen sei.⁶⁴⁰ Dies hat den Gerichtshof aber nicht davon abgehalten, in einer späteren Entscheidung zur Informationsgesellschaftsrichtlinie trotz auch dort fehlender Definition der Öffentlichkeit zu einer autonomen Auslegung eines unionsrechtlichen Begriffs der Öffentlichkeit überzugehen.⁶⁴¹

Der Verzicht auf eine detaillierte Regelung im Unionsrecht kann also zu beträchtlichen Unsicherheiten nicht nur über die Bedeutung eines im Unionsrecht verwendeten Begriffs führen, sondern schon die vorgelagerte *Frage* aufwerfen, *ob überhaupt eine Vereinheitlichung gewollt ist*. Diese Frage stellt sich im Falle eines Einheitsrechts aber nicht. Hier kann auf jeden Fall davon ausgegangen werden, dass der Unionsgesetzgeber eine einheitliche Regelung wollte. Verwendet der Unionsgesetzgeber unbestimmte Rechtsbegriffe, will er die Konkretisierung der Rechtsprechung und nicht den Mitgliedstaaten überlassen.

Verglichen mit der Schaffung eines Einheitsrechts kann eine Harmonisierung nur einen geringeren Grad an Einheitlichkeit erreichen. Wo ein Systemwettbewerb nicht funktioniert, bieten dabei bestehenbleibende Freiräume der

639 EuGH, 18.1.1984, Rs. 327/82, Slg. 1984, 107 – *Ekro*, Rn. 11; EuGH, 9.11.2000, Rs. C-357/98, Slg. 2000, I-9265 – *Yiadom*, Rn. 26.

640 EuGH, 3.2.2000, Rs. C-293/98, Slg. 2000, I-629 – *Egeda*, Rn. 25 und 29.

641 EuGH, 7.12.2006, Rs. C-306/05, Slg. 2006, I-11519 – *Rafael Hoteles*, Rn. 31 und 33 ff.

nationalen Gesetzgeber und der Rechtsprechung keinen Vorteil, sondern erhöhen nur die Transaktionskosten grenzüberschreitender Vorgänge. Wenn es die Harmonisierung und das Instrument der Richtlinie ermöglichen, unter dem Vorwand des Kompromisses gesetzgeberische Entscheidungen über die Ausgestaltung des materiellen Rechts mittels schwammiger Formulierungen zu umgehen, die dann der nationale Gesetzgeber oder Richter nach Belieben ausfüllen kann, dann ist hierin eine Einheitlichkeit nur vorspiegelnde Mogelpackung zu sehen, auf die im Interesse der Rechtsklarheit besser verzichtet würde. Ein Einheitsrecht bietet gegenüber der Richtlinie den Vorzug, dass bei der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, auf die auch in einem einheitlichen Europäischen Urheberrecht nicht verzichtet werden kann, zumindest feststeht, dass eine Vereinheitlichung gewollt ist und nicht auf divergierende nationale Lösungen verwiesen werden soll.

b) Rechtssicherheit durch Transparenz der materiellen Rechtslage

Die Richtlinie bezweckt laut Art. 288 Abs. 3 AEUV (Art. 249 Abs. 2 EGV) die verbindliche – und unionsweit einheitliche – Erreichung ihres Regelungsziels, überlässt aber den Mitgliedstaaten die Wahl der hierzu erforderlichen Umsetzungsmittel. Selbst wenn man nun annehmen wollte, dass in harmonisierten Rechtsbereichen – trotz der soeben besprochenen Gefahren durch unpräzise Begrifflichkeiten in Unionsregelungen und durch die beschriebene homing tendency in der Rechtsprechung – in den verschiedenen Mitgliedstaaten bei gleicher Sachlage letztlich gleiche Ergebnisse erzielt würden, bleibt ein psychologischer und kommunikatorischer Effekt nicht zu unterschätzen: gilt europaweit kein Einheitsrecht, sondern besteht weiterhin eine Vielzahl nationaler Rechte, die mit unterschiedlichen Konzepten und Begrifflichkeiten operieren (um möglicherweise letztlich zum selben, von einer Richtlinie vorgegebenen Ergebnis zu gelangen), ist allein diese Unterschiedlichkeit des Lösungsweges schon geeignet, die Marktteilnehmer zu verunsichern und möglicherweise von grenzüberschreitenden Aktivitäten abzuhalten.⁶⁴² Mögen die Transaktionskosten für die Anpassung an die nationalen Rechtsordnung wegen deren materieller Gleich-

642 Vgl. *Hugenholz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 213 f., die bemerken, ein unbefangener Beobachter werde bei einer Durchsicht der nationalen Urheberrechte in der Union nicht auf den Gedanken kommen, diese seien das Ergebnis einer 15-jährigen Harmonisierung. Vgl. auch *Hugenholz*, Copyright without frontiers, 26; *Schack*, Europäische Urheberrechts-Verordnung, 178.

heit also wegfallen, bleibt es bei – unnötigen – *Transaktionskosten*, um Gewissheit hierüber zu erlangen, also die *Gleichheit der materiellen Rechtslage in den verschiedenen Mitgliedstaaten sicher festzustellen*.⁶⁴³

Als Beispiel seien die unterschiedlichen Schrankenregelungen in den Mitgliedstaaten genannt. Die schrankenmäßigen Privilegierungen können an unterschiedlichen Punkten ansetzen, etwa an der Person oder Institution, die eine Nutzung vornehmen will (z.B. Bibliotheken, Museen, Bildungseinrichtungen, Presse) oder an dem Zweck, den sie verfolgt (z.B. wissenschaftliche Forschung, Archivierung, Berichterstattung). Hier ergeben sich unter Umständen Überschneidungen, die die Mitgliedstaaten auf unterschiedliche Art und Weise handhaben. Wenn ein nationales Urheberrecht etwa eine breite Schranke für die Privatkopie vorsieht, werden von dieser auch Fälle erfasst, die in anderen Staaten über eine institutionelle Schranke etwa zugunsten einer Bibliothek oder einer Bildungseinrichtung gelöst würden.⁶⁴⁴ Im Ergebnis gelangen dann die unterschiedlichen Rechtsordnungen zum gleichen Ergebnis, für den Rechtsanwender kann das aber überraschend sein, wenn er den zu betrachtenden Fall unter die falsche Schranke in der anderen Rechtsordnung subsumiert.

Zu der Unsicherheit im Hinblick auf die Gleichheit der Rechtslage trägt auch bei, dass die *Mitgliedstaaten nicht gehalten* sind, die *Systematik des Unionsrechts zu übernehmen*. Das erlaubt es ihnen einerseits, die überkommene Systematik des nationalen Urheberrechts aufrecht zu erhalten und nach Wegen zu suchen, wie ein unionsrechtlich vorgegebenes materiellrechtliches Ergebnis erreicht und dabei gleichzeitig die nationale urheberrechtliche Systematik möglichst gewahrt werden kann. Das bedeutet aber andererseits, dass sich die urheberrechtliche Systematik weiterhin von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterscheidet. Ohne eine urheberrechtliche Systematik fällt der Zugang zum Verständnis und zur richtigen Anwendung auch einzelner Regelungen aber ungleich schwerer. Je größer und umfassender der urheberrechtliche *acquis* wird, umso eher wird sich eine urheberrechtliche Systematik auch auf Unionsebene entwickeln und umso gerechtfertigter erscheint es auch, eine Übernahme nicht nur der einzelnen Regelungen, sondern auch dieser Systematik durch die Mit-

Vgl. zu der ähnlichen Argumentation für ein Unionspatent: *Jaeger/Hilty/Drexler*, IIC 2009, 817, 820.

643 Allgemein hierzu *Basedow*, Festschrift Mestmäcker, 362, der auf die Schwierigkeiten der Feststellung der Rechtslage nach ausländischem Recht selbst für Juristen hinweist.

644 Beispiele bei *Westkamp*, The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States, 27, 32 f.

gliedstaaten zu verlangen, um den Rechtsanwendern in der Union die Gleichheit der materiellen Rechtslage möglichst transparent zu machen und das Verständnis des urheberrechtlichen Regelkorpusses zu erleichtern.

Solange es in der Union mehrere nationale Urheberrechte mit jeweils eigener urheberrechtlicher Systematik gibt, die sich – zumindest potentiell – materiellrechtlich auch voneinander unterscheiden, bleibt es bei den Transaktionskosten zumindest für die Ermittlung der materiellen Rechtslage nach der fremden Rechtsordnung eines anderen Mitgliedstaates. Diesbezüglich ist keine andere Lösung so gut geeignet wie die des Einheitsrechts, die Bedenken der Marktteilnehmer zu zerstreuen, die Identität der Lösung in allen Mitgliedstaaten transparent zu machen⁶⁴⁵ und mittels einer eigenen stimmigen Systematik das Verständnis des materiellen Rechts zu erleichtern. Wer sich nur mit einem Recht befassen muss, muss sich die Frage nach Unterschieden allenfalls noch im Hinblick auf die Rechtsanwendung stellen.

Das Problem der nicht immer einfachen Ermittlung der Rechtslage und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit und Transaktionskosten im Falle der bloßen Harmonisierung stellt sich aber nicht nur bei grenzüberschreitenden Sachverhalten – weil sich der Rechtsanwender dann mit mehreren nationalen Rechten befassen muss–, sondern auch schon bei Sachverhalten, die nur einen Mitgliedstaat betreffen – weil dann unter Umständen nationaler Gesetzestext und Richtlinie herangezogen werden müssen, um sich Klarheit über die Rechtslage zu verschaffen. Die Ermittlung der Rechtslage wird also nicht nur durch den notwendigen Vergleich zweier nationaler Rechtssätze miteinander erschwert, sondern auch durch den unter Umständen erforderlichen Vergleich zwischen nationalem Gesetz und Richtlinie. Ein Einheitsrecht per Verordnung wäre hingegen unmittelbar anwendbar, müsste also urheberrechtliche Sachverhalte selbst regeln, ohne wie die Richtlinie auf die nationale Rechtsetzung verweisen zu können, und müsste demnach den hierzu erforderlichen Grad an Konkretheit aufweisen. Der Rechtsanwender müsste sich dann nicht mit nationaler Norm und Richtlinie – also zwei Texten unterschiedlicher Gesetzgeber, die möglicherweise nicht immer gänzlich aufeinander abgestimmt sind⁶⁴⁶ – befassen.

645 Auch *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, *Recasting of Copyright*, 219, betonen den Transparenzgedanken bei einer Einheitsrechtslösung.

646 Durch die unterschiedliche Urheberschaft kann auch die Kohärenz der urheberrechtlichen Gesamtregelung leiden. Hierzu sogleich, § 8.I.2.f).

c) Eindeutigkeit der gerichtlichen Zuständigkeit in urheberrechtlichen Fragen

Da die materielle Rechtslage nicht nur durch die gesetzlichen Bestimmungen, sondern auch durch die Rechtsprechung geprägt ist, spielt es für die Frage der Rechtssicherheit auch eine erhebliche Rolle, welches Rechtsprechungsorgan über die Auslegung der urheberrechtlichen Vorschriften zu entscheiden hat.

Für die Rechtsanwender ist es gegenwärtig oft gar nicht ohne weiteres ersichtlich, welches Gericht über eine bestimmte Rechtsfrage letztendlich entscheidet. Aufgrund des Auslegungsmonopols des EuGH nach Art. 19 EUV (Art. 220 EGV) wacht der EuGH über die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Unionsrechts. Der EuGH prüft zwar nicht die Gültigkeit nationalen Rechts vor dem Hintergrund des Unionsrechts,⁶⁴⁷ er entscheidet aber in einem Vorlageverfahren darüber, ob das Unionsrecht dergestalt auszulegen ist, dass bestimmte nationale Regelungen als nicht mit ihm vereinbar angesehen werden müssen.

Da aber auch der EuGH an den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 13 Abs. 2 EUV (Art. 7 Abs. 2 EGV) gebunden ist, kann er sich nur zu solchen Bereichen etwa des Urheberrechts äußern, die vom Recht der Union betroffen sind, denn anderenfalls ginge es nicht mehr um die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge. Soweit also das Unionsrecht auf dem Feld des Urheberrechts bestimmte Sachbereiche ausklammert, kann sich der EuGH auch nicht zu diesen Sachbereichen äußern. Seine Kompetenz beschränkt sich auf diejenigen Teile des Urheberrechts, die in einen europarechtlich geprägten Sachbereich fallen, weil sie aufgrund von Unionsrecht geschaffen wurden oder von diesem überlagert werden. Nur in diesem Fall kann ein nationales Gericht eine vorlagefähige Frage im Sinne des Art. 267 AEUV (Art. 234 EGV) an den EuGH richten.

Die Unterscheidung von unionsrechtlich überlagertem Recht einerseits und noch nicht europarechtlich beeinflusstem und daher der Kontrolle durch den EuGH entzogenen Recht andererseits ist jedoch nicht immer leicht vorzunehmen.⁶⁴⁸

Dies wäre indes anders bei einem europäischen Einheitsrecht, welches in allen seinen Bestandteilen begriffsnotwendig Unionsrecht wäre. Hier läge es

647 Vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, Rn. 497.

648 Schack, ZEuP 2000, 799, 809, spricht in diesem Zusammenhang von für den Rechtsanwender kaum noch zu bewältigenden Problemen.

auf der Hand, dass Rechtsfragen in Zusammenhang mit der Auslegung und Anwendung letztlich durch den EuGH entschieden werden müssten.⁶⁴⁹ Für die Rechtsanwender wäre klar, dass allein der EuGH das letzte Wort bei der Auslegung urheberrechtlicher Bestimmungen hat und nicht etwa die obersten nationalen Gerichte.

d) Zugänglichkeit effektiven Rechtsschutzes

Für die Rechtsanwender genügt es aber nicht zu wissen, nach welcher höchstrichterlichen Rechtsprechung sie sich letztlich zu richten haben. Vielmehr spielt die Möglichkeit, schnell und effektiv Rechtsschutz erlangen zu können, eine überragend wichtige Rolle.⁶⁵⁰

Es muss aber die Frage aufgeworfen werden, ob den Rechtsanwendern mit einer allumfassenden Zuständigkeit des EuGH in urheberrechtlichen Fragen wirklich gedient ist. Bedenkt man den *Weg zu einem Vorlageverfahren*, der unter Umständen durch alle nationalen Instanzen führt, bevor das Verfahren ausgesetzt und die Entscheidung des EuGH – in den in Art. 256 Abs. 3 AEUV (Art. 225 Abs. 3 EGV) beschriebenen Fällen unter Umständen auch die Entscheidungen des EuG und des EuGH – abgewartet werden muss, damit sodann das nationale Gerichtsverfahren wieder aufgenommen werden kann, wird deutlich, dass es lange dauern kann, bis in einer konkreten unionsrechtlich geprägten Rechtsfrage Klärung herbeigeführt und Rechtsschutz gewährt wird.⁶⁵¹

Vor diesem Hintergrund erscheint es fraglich, ob die Zuständigkeit des EuGH für urheberrechtliche Fragen im Zuge der Schaffung eines europäischen Einheitsrechts ausgedehnt werden sollte, wenn es um die schnelle Herbeiführung von Rechtssicherheit geht.⁶⁵² Ein europäisches Einheitsrecht, so wird zum Teil argumentiert, brächte die Gefahr einer vollkommenen Überlastung des EuGH mit sich, wenn dieser mit den Rechtsfragen eines Europäischen Urheberrechts im Wege der Vorabentscheidung befasst werde.⁶⁵³ Es ließe sich argumen-

649 Vgl. auch *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 68.

650 Für *Wagner*, CMLRev. 2002, 995, 1021 f., macht jede Art von Rechtsvereinheitlichung nur dann Sinn, wenn sich auftuende Rechtsfragen einer schnellen Lösung durch die Gerichte zugeführt werden können.

651 *Sonnenberger*, RIW 2002, 492 f., hält das Vorlageverfahren im Hinblick auf einen Kodex des Europäischen Vertragsrechts für gänzlich ungeeignet.

652 So auch *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 212.

653 *Bornkamm*, Time for a European Copyright Code?, 20.

tieren, die mitgliedstaatlichen Gerichte seien ohne den EuGH besser geeignet, schwierige Rechtsfragen zügig zu klären.

Dem muss aber entgegengehalten werden, dass solche Klärungen durch nationale Gerichte schon jetzt nur in Bezug auf rein nationale Fragen Endgültigkeit beanspruchen können. Für die europarechtlich überlagerten Teile des Urheberrechts können sich auch ohne Einheitsrecht Fragen stellen, die dem EuGH vorgelegt werden müssen. Da aber der urheberrechtliche *acquis* schon jetzt weite Bereiche des Urheberrechts überlagert, dürfte die mit der Schaffung eines umfassenden europäischen Einheitsrechts verbundene Kompetenzerweiterung des EuGH überschaubar bleiben.

Hinzu kommt, dass der Vertrag von Lissabon mit Art. 262 AEUV dem Rat die *Möglichkeit* gibt, dem *Gerichtshof der Europäischen Union* die *Zuständigkeit für Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit europäischen Rechtstiteln des geistigen Eigentums* zu übertragen. Somit hat es der Rat in der Hand, das Rechtsschutzsystem für das Europäische Urheberrecht neu und effizient zu gestalten.⁶⁵⁴ Da die Rechtsprechung einen großen Beitrag zu jeder Rechtsvereinheitlichung leisten kann und muss, wenn diese erfolgreich sein soll, und da der direkte Zugang zu einer verlässlichen Rechtsprechung von entscheidender Bedeutung für die Akzeptanz des (Einheits-)Rechts ist,⁶⁵⁵ sollte der Rat von dieser Möglichkeit auch tunlichst Gebrauch machen.

Wie ein solches Rechtsschutzsystem aussehen sollte, gibt Art. 262 AEUV nicht vor.⁶⁵⁶ Schon die Vorgängervorschrift, Art. 229 a EGV, hielt sich diesbezüglich bedeckt. Die Mitgliedstaaten äußerten sich ausdrücklich in der Erklärung Nr. 17 der Schlussakte des Vertrages von Nizza zu Art. 229 a EGV, welche festhält, dass der Wahl des gerichtlichen Rahmens im Zusammenhang mit gemeinschaftlichen Rechtstiteln durch den neu geschaffenen Art. 229 a EGV nicht vorgegriffen werden solle. Es ließe sich also durchaus an die Schaffung spezia-

654 Zu den Vorzügen einer einheitlichen Gerichtsbarkeit am Beispiel des Patentrechts ausführlich *Jaeger/Hilty/Drexler*, IIC 2009, 817.

655 Hierzu am Beispiel des Europäischen Vertragsrechts *Sonnenberger*, RIW 2002, 493.

656 Zu den verschiedenen Möglichkeiten der Ausgestaltung des Rechtsschutzsystems für das Urheberrecht *Schack*, ZGE 2009, 275, 287; *Schack*, Europäische Urheberrechts-Verordnung, 185 f.; *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 89 f.

lisierter Unionsgerichte für Rechtstitel denken, die sowohl die erste als auch die Rechtsmittelinstanz abdeckten.⁶⁵⁷

Die Möglichkeit einer Übertragung von Kompetenzen auf den Gerichtshof der Europäischen Union auf der Grundlage des Art. 262 AEUV bestünde nicht, wenn es bei den harmonisierten nationalen Rechten bliebe.⁶⁵⁸ Denn Art. 262 AEUV beschränkt die Übertragungsmöglichkeit auf europäische Rechtstitel. Für Rechtsfragen im Zusammenhang mit harmonisierten nationalen Rechtstiteln bleibt es daher bei der heiklen Unterscheidung zwischen rein national geprägten und europäisch überlagerten Materien. Streitfragen im Bereich letzterer müssen letztlich der Klärung durch den EuGH im Wege des langwierigen Vorlageverfahrens zugeführt werden.

Der Vertrag von Lissabon hat insofern eine Änderung gegenüber der Rechtslage nach dem Vertrag von Nizza mit sich gebracht, als eine mögliche Ausweitung der Kompetenzen des EuGH nunmehr Rechtstitel des *geistigen Eigentums* und nicht mehr nur Titel für den *gewerblichen Rechtsschutz* betreffen kann, wie dies Art. 229 a EGV vorsah.⁶⁵⁹

Mit Hilfe des Art. 262 AEUV könnte also für ein Einheitsurheberrecht ein effizientes Rechtsschutzsystem geschaffen werden. Diese Möglichkeit bliebe

657 Für diese „große Lösung“ wohl *Hugenholz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 220. Vgl. hierzu aber *Gaitanides* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 229 a EGV Rn. 1 ff., die darauf hinweist, die Kommission habe ursprünglich die Schaffung eines eigenen Gerichtshofes für Rechtstitel des gewerblichen Rechtsschutzes verfolgt, Art. 229 a EGV habe dies aber verhindern sollen und gebe demnach immerhin schon eine Richtung für die Entwicklung eines Rechtsschutzsystems vor. *Schack*, ZGE 2009, 275, 287, meint, die Zeit für einen eigenen Instanzenzug für das Europäische Urheberrecht sei noch nicht reif. Unentschieden *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 89 und Fn. 172. Vgl. auch *Rabe*, EuR 2000, 811, 814.

658 Freilich kann ein eigenes Rechtsschutzsystem auch auf anderem Wege geschaffen werden, ohne dass es zuvor der Schaffung eines Einheitsrechts zwingend bedarf. So betonen *Jaeger/Hilty/Drexler*, IIC 2009, 817, 822, dass die Schaffung eines Unionspatents und die Schaffung einer einheitlichen Gerichtsbarkeit auf diesem Feld grundsätzlich unabhängig voneinander sind. Dafür kann dann aber nicht Art. 262 AEUV fruchtbar gemacht werden.

659 Schon vor Inkrafttreten des Vertrag von Lissabon hätte man zumindest erwägen können, eine Übertragung von Kompetenzen für Urheberrechtsstreitigkeiten auf den Gerichtshof auf Art. 229 a EGV zu stützen. Ausführlich hierzu und im Ergebnis verneinend *Fischer/Frühl/Jaeger*, EuLF 2009, II-29, II-39 f. Wenn man Art. 229 a EGV nicht für eine ausreichende Kompetenzgrundlage hielt, wäre es immerhin denkbar gewesen, für den Fall der Schaffung eines Europäischen Urheberrechts eine Kompetenzerweiterung des Gerichtshofes auf Art. 308 EGV zu stützen.

für nur harmonisierte nationale Urheberrechte aus rechtlichen (Art. 262 AEUV) wie auch aus praktischen (Unterscheidbarkeit unionsrechtlich geprägter und autarker Urheberrechtsmaterien) Gründen versperrt.

e) Zur Adaptierungsfähigkeit einer Harmonisierungslösung und eines Einheitsrechts

Soeben wurde besonders betont, dass ein Einheitsurheberrecht Möglichkeiten bietet, urheberrechtliche Fragen einer schnellen Lösung durch die Gerichte zuzuführen. Gerade im Bereich des Urheberrechts haben wir in den letzten Jahren gesehen, wie schnell mit dem technischen Fortschritt neue urheberrechtliche Fragen aufkommen können.⁶⁶⁰ Schnelligkeit ist aber nicht nur dann gefragt, wenn es um die *Auslegung* und die *Anwendung* des Rechts, sondern auch dann, wenn es um die *Schaffung* urheberrechtlicher Regelungen geht. Auch der Gesetzgeber muss in der Lage sein, urheberrechtliche Normen schnell einer sich rasch ändernden Wirklichkeit anzupassen.

Oftmals wird jedoch die schwere Wandelbarkeit des sekundären Unionsrechts und daran anschließend seine geringe Fähigkeit, sich neuen Gegebenheiten anpassen zu können, hervorgehoben.⁶⁶¹ Dies wird nicht zu Unrecht auch auf die auf der Ebene europäischer Gesetzgebung erforderlichen Mehrheiten zurückgeführt.⁶⁶²

Demgegenüber herrschen auf mitgliedstaatlicher Ebene in der Regel leichter zu erreichende Mehrheitserfordernisse vor, weshalb der nationale Gesetzgeber flexibler auf sich verändernde Rahmenbedingungen reagieren kann. Die Richtlinien-technik kann sich diese Flexibilität anders als die Vereinheitlichung per Verordnung zunutze machen, indem sie einen großen Rechtsrahmen vorgibt, der auf schnelle Veränderungen nicht angewiesen ist. Innerhalb dieses Rahmens fällt den nationalen Gesetzgebern die „Feinabstimmung“ zu, also die Aufgabe, auf eine sich wandelnde Wirklichkeit möglichst schnell, aber im Rahmen der Unionsrichtlinien zu reagieren.

Der Vertrag von Lissabon hat allerdings Erleichterungen im Hinblick auf die Mehrheitserfordernisse für die Schaffung – und daher auch die Veränderung –

660 Vgl. hierzu statt vieler *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, Einleitung Rn. 23 ff; *Hilty*, GRUR 2005, 819

661 *Schack*, ZEuP 2000, 799, 817 f; vgl. auch *Limmer*, MittBayNot 1999, 325, 334; *Schack*, Europäische Urheberrechts-Verordnung, 187 f.

662 Vgl. *von Bogdandy/Bast*, EuGRZ 2001, 441, 449.

von Rechtstiteln des geistigen Eigentums mit sich gebracht. Denn anders als zuvor kann jetzt auch ein neben die nationalen Urheberrechte tretendes Unionsurheberrecht im Wege des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens und mit qualifizierter Mehrheit auf den Weg gebracht werden.⁶⁶³ Damit gelten jetzt auf Unionsebene für den Erlass einer Urheberrechtsverordnung dieselben Mehrheitserfordernisse wie für die Schaffung oder Änderung einer Urheberrechtsrichtlinie.⁶⁶⁴ Zuzugeben ist allerdings, dass auch die qualifizierte Mehrheit auf Unionsebene schwieriger zu erreichen ist als die Mehrheiten, derer ein nationales Parlament zur Änderung des nationalen Urheberrechts bedarf. Es bleibt auch nach dem Vertrag von Lissabon dabei, dass diese Flexibilität in gewissem Maße durch eine Richtlinie, nicht aber durch eine Verordnung bewahrt werden kann.

Es darf aber nicht vergessen werden, dass die Gesetzgebung über Richtlinien auch erhebliche Verzögerungsrisiken birgt, die die eigentlich gegebene Schnelligkeit der nationalen Gesetzgebung konterkarieren kann. Reagiert der europäische Gesetzgeber auf Entwicklungen mit einer Anpassung von urheberrechtlich relevanten Richtlinien, dann muss zu dem europäischen Gesetzgebungsverfahren auch noch ein Gesetzgebungsverfahren in allen Mitgliedstaaten der Union durchgeführt werden, um die Vorschriften der Richtlinie in nationales Recht umzusetzen.⁶⁶⁵ Dies kann aber zu beträchtlichen Verzögerungen

663 Nach anderer Meinung musste wie schon erwähnt vor dem Vertrag von Lissabon sowohl ein die nationalen Urheberrechte verdrängendes als auch ein neben diese tretendes Unionsurheberrecht auf Art. 308 EGV gestützt werden, wodurch eine einstimmige Entscheidung im Rat vonnöten war. Vgl. oben, § 4.III.2.c).

664 Etwas anderes gilt allerdings, wenn das neben die nationalen Urheberrechte tretende Unionsurheberrecht als Registerrecht geschaffen würde. Denn dann bliebe es gemäß Art. 118 Abs. 2 AEUV beim Anhörungsverfahren mit Einstimmigkeitserfordernis hinsichtlich der Regelungen zur Registersprache. Hierzu schon oben, § 4.III.2.c)bb)bbb). Zur Möglichkeit, ein Europäisches Urheberrecht als Registerrecht auszugestalten, ausführlich unten, § 10.II.4.a).

665 Hierauf geht *Gronau*, Europäisches Urheberrecht, 101, nicht ein, wenn er meint, die Rechtsetzung per Verordnung nehme längere Zeit in Anspruch als die per Richtlinie.

führen.⁶⁶⁶ Wenn man die Flexibilität nationaler Regelungen gegenüber solchen der Union preist, dann bleibt zu bedenken, dass sich diese Flexibilität nur in dem von den Harmonisierungsrichtlinien gesteckten Rahmen entfalten und nur hier schnelle Lösungen für dringende Probleme liefern kann. Der große Rahmen selbst, der durch die Richtlinien abgesteckt wird und den die nationalen Rechtsordnungen ebenfalls widerspiegeln müssen, kann nur über eine Änderung der Richtlinien selbst adaptiert werden. Diese Änderungen müssen dann aber anders als Änderungen einer Verordnung erst noch von den Mitgliedstaaten umgesetzt werden. Man kann daher an der generellen Eignung des Regelungsinstruments der Richtlinie zweifeln, Materien, die schnellen Änderungen unterliegen, auf eine einheitliche rechtliche Grundlage zu stellen.⁶⁶⁷

f) Zur Kohärenz und Stimmigkeit eines urheberrechtlichen Regelungssystems

Bei aller Notwendigkeit, urheberrechtliche Regelungen einer sich schnell verändernden Wirklichkeit anzupassen, muss doch oberste Priorität einer urheberrechtlichen wie jeder gesetzlichen Regelung sein, ein stimmiges Gesamtkonzept zu schaffen, welches logische Brüche und Widersprüche vermeidet. Harmonisierung und Einheitsrechtslösung verfolgen hier unterschiedliche Ansätze.

Die Harmonisierung des Urheberrechts in der Union hat sich bislang auf einzelne Bereiche des materiellen Urheberrechts konzentriert und diese nacheinander harmonisiert. Ein *Gesamtsystem* urheberrechtlicher Regelungen auf *europäischer Ebene* wurde nicht angestrebt.⁶⁶⁸

Auf diese Weise konnten die Mitgliedstaaten ihr nationales Urheberrecht mit kleinen Schritten auf Kurs zu bringen, ohne auf einmal fundamentale Veränderungen ihres Rechtssystems vornehmen zu müssen. Regelungsziele der

666 Schack, ZEuP 2000, 799, 805 f. mit Hinweis auf die z.T. beträchtlichen Verspätungen der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Richtlinien und die Auswirkungen, die diese Verspätungen haben können. Zum Beispiel der Informationsgesellschaftsrichtlinie *Hilty*, Entwicklungsperspektiven, 171 f. und Fn. 167. Vgl. auch *Hughenholz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, VIII, 3 und 211 f.; *Ullrich*, Die gemeinschaftsrechtliche Entwicklung des Rechts des Geistigen Eigentums, 52. *Gronau*, Europäisches Urheberrecht, 97 f., vergleicht die Umsetzungszeiten sektorspezifischer und übergreifender Richtlinien miteinander.

667 Vgl. *Hughenholz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 212; *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 57.

668 *von Lewinski*, Rechtswahrnehmung, 239.

Richtlinien sollten so sanft in die nationalen Urheberrechte implementiert werden, ohne deren Systematik durcheinander zu bringen.⁶⁶⁹ Für die mitgliedstaatlichen Rechtstraditionen, so die Überlegung, sei es besser zu verkräften, wenn die nationalen Urheberrechtsordnungen schrittweise aneinander angenähert, indem nacheinander einzelne materielle Teile des Urheberrechts harmonisiert würden. Das sollte auch die Akzeptanz neuer Rechtsregeln erhöhen.⁶⁷⁰ Ein *ganzheitliches urheberrechtliches Regelungssystem* ergab sich so erst *auf nationaler Ebene* durch das Zusammenspiel von nationalen mit Vorschriften der Union.

Demgegenüber wagt die Schaffung eines einheitlichen Europäischen Urheberrechts unter Verdrängung der nationalen Urheberrechte „den großen Wurf“, würde doch auf einen Schlag ein völlig neues Regelungssystem an die Stelle der nationalen Rechtsordnungen gestellt. Ein europäisches Einheitsrecht, welches mit Inkrafttreten auf einmal die nationalen Urheberrechte beseitigt, erscheint als ein radikaler Einschnitt. Es würde erstmals versuchen, *auf europäischer Ebene ein eigenes und stimmiges System* urheberrechtlicher Regelungen zu etablieren. Dies bedeutet indes nicht, dass für eine gestalterische Funktion der Mitgliedstaaten im Urheberrecht kein Raum mehr gegeben wäre. Ein Unionsurheberrecht würde sich wie schon dargelegt auf binnenmarktrelevante Bereiche des Urheberrechts zu konzentrieren haben, weshalb auf bestimmten Feldern des Urheberrechts durchaus noch ein Regelungsspielraum für die Mitgliedstaaten verbliebe.⁶⁷¹ Zwar vollzieht die Einheitsrechtslösung somit einen Bruch gegenüber der Rechtslage unter den nationalen Urheberrechtsordnungen. Dies ist aber kein logischer Bruch, sondern der Bruch zwischen altem und neuem Recht.

Die Harmonisierungslösung weist demgegenüber zwei Fehlerquellen im Hinblick auf die Kohärenz des Regelungssystems auf, die es bei der Einheitsrechtslösung nicht gibt.

669 Vgl. Dietz, Urheberrecht in der EG, Rn. 653.

670 Bornkamm, Time for a European Copyright Code?, 21 f., spricht sich deshalb für eine schrittweise Harmonisierung der nationalen Urheberrechte aus.

671 Hierzu unten, §9.

- aa) Logische Brüche im *acquis* selbst aufgrund des sequentiellen und sektoriellen Vorgehens des Unionsgesetzgebers

Betrachten wir zunächst den Korpus der Unionsregelungen selbst. Er spiegelt das sequentielle und sektorische Vorgehen des Unionsgesetzgebers bei seiner Schaffung wider. Damit gemeint ist ein schrittweises Vorgehen, bei dem sich die Unionsorgane gegenständlich nur einzelner Bereiche des Urheberrechts angenommen und diese mit zum Teil großem zeitlichen Abstand nacheinander abgearbeitet haben.

Die bisherige Herangehensweise im Zuge der Harmonisierung hat einen *acquis* hervorgebracht, der sich gegenständlich durch eine *starke Differenzierung* nach Werkarten (Computerprogramme, Datenbanken, Originale von Kunstwerken) sowie nach Verwertungsrechten (Vermiet- und Verleihrecht, Folgerecht) auszeichnet. Dieses punktuelle Vorgehen wird zum Teil mit Hinweis auf das Subsidiaritäts- und Erforderlichkeitsprinzip erklärt (wenn auch nicht gerechtfertigt),⁶⁷² die Union habe sich eben auf die essentiellen Punkte einer Vereinheitlichung konzentriert. Eine Systematik sei in der historischen Entwicklung des *acquis* nicht angelegt gewesen.⁶⁷³

Dieses Vorgehen produziert jedoch Unklarheiten und Widersprüche, wo sich die Anwendungsbereiche der Richtlinien überschneiden,⁶⁷⁴ und somit *innerhalb des europäischen acquis* selbst. Ein Grund dafür ist, dass später geschaffene Richtlinien unbeschadet der vorbestehenden Richtlinien gelten, mithin das Verhältnis der Richtlinien zueinander nicht geklärt wird.⁶⁷⁵ Dies gilt auch für die horizontalen Richtlinien wie die Schutzdauer- und die Informationsgesellschaftsrichtlinie, die an sich alle Werkarten betreffen und den Anspruch haben, alle wichtigen Verwertungsrechte zu regeln, weil auch diese den bestehenden *acquis* intakt lassen. Gerade auch durch die Informationsgesellschaftsrichtlinie ergeben sich Überschneidungen und deshalb dringende Fragen

672 *Benabou*, Droit d'auteur et droit communautaire, Rn. 860.

673 *Ullrich*, Die gemeinschaftsrechtliche Entwicklung des Rechts des Geistigen Eigentums, 35.

674 So auch *Schack*, ZGE 2009, 275, 280; *Lucas*, Festschrift Schrickler zum 70. Geburtstag, 438 und 441; *van Eechoud/Hugenholtz/van Gompel*, Harmonizing European Copyright Law, 26. Wir werden die aus dem sequentiellen Vorgehen entstehenden Probleme noch ausführlich untersuchen. Siehe unten, §9.

675 Hierzu auch *Schack*, ZGE 2009, 275, 276.

nach dem Zusammenspiel mit den anderen Unionsregelungen.⁶⁷⁶ Es leuchtet ein, dass die Unsicherheiten mit jeder weiteren Richtlinie zunehmen.⁶⁷⁷

Dem urheberrechtlichen *acquis* fehlt eine übergreifende Struktur im Sinne einer Gesamtkonzeption, in die sich die Einzelregelungen einordnen.⁶⁷⁸ Wo wir aber als Folge dieses Vorgehens Wertungswidersprüche oder auch nur Rechtsunsicherheiten feststellen, muss die Idee eines urheberrechtlichen Gesamtkonzeptes auf Unionsebene, eines umfassenden Europäischen Urheberrechts die Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht scheuen.

Wie schon erwähnt ist der *acquis* nicht nur sequentiell, also schrittweise und getrennt nach materiellen Rechtsbereichen, sondern darüber hinaus auch mit zum Teil *beträchtlichem zeitlichen Abstand zwischen den einzelnen Richtlinien* entstanden. In der Zwischenzeit können sich vor dem Hintergrund der schon beschriebenen rasanten technischen Entwicklung neue rechtliche Probleme aufgetan oder rechtliche Wertungen verändert haben. Bleibt nun – wie das bei der Harmonisierung im Urheberrecht *usus* war – der *acquis* unangetastet, ergeben sich zwischen alter und neuer Regelung möglicherweise Wertungswidersprüche allein aufgrund ihrer zeitlich versetzten Entstehung.

Selbst wenn sich rechtliche Anschauungen nicht verändert haben und der Unionsgesetzgeber an sich an getroffenen Wertentscheidungen festhalten will, können sich aufgrund der zeitlichen Entfernung der einzelnen Rechtsakte voneinander leichter Fehler einschleichen als bei der Schaffung eines Urheberrechts aus einem Guss. So werden zum Teil unterschiedliche Formulierungen für die-

676 *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 20.

677 *Schack*, ZGE 2009, 275, 277, spricht von exponentiellem Wachstum der Widersprüche durch jede neue Richtlinie, was die Grenzen der Harmonisierungsmethode aufzeige.

678 Die Hoffnung von *Dietz*, Urheberrecht in der EG, 654, die Harmonisierung könne ohne größere Probleme in verschiedenen Stufen vorgenommen werden, hat sich leider nicht bewahrheitet; das sehen auch *Hilty*, IIC 2004, 760, 770, *Lucas*, Festschrift Schrickler zum 70. Geburtstag, 437 ff., und *Schack*, ZGE 2009, 275, 275 f., so, die von Flickwerk (patchwork) bzw. einem Flickenteppich sprechen; vgl. auch *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 2, 3 und 215; *Benabou*, Droit d'auteur et droit communautaire, Rn. 860.

Auch in der Diskussion um eine Vereinheitlichung des europäischen Zivilrechts wird das Fehlen einer einheitlichen Grundkonzeption bemängelt bzw. für die weitere Vereinheitlichung angemahnt. Vgl. *Tilmann*, Festschrift Helmrich, 440 f.; *Lando*, RIW 2003, 1, 1; *Müller-Graff*, NJW 1993, 13, 19 f.; *Limmer*, MittBayNot 1999, 325, 329 f.; *Mosiek-Urban*, ZRP 2000, 297, 298 f.; *Mittwoch*, JuS 2010, 767, 768.

selben Begriffe verwendet, was wiederum Fragen im Hinblick auf etwaige Bedeutungsunterschiede aufwirft.⁶⁷⁹

Im Ganzen führen sowohl die nach Regelungsgegenständen stark differenzierende Herangehensweise als auch der große zeitliche Rahmen, in dem die europäischen Regelungen entstanden sind, zu Einbußen innerhalb des *acquis* in puncto Kohärenz und Klarheit.

Diese Unstimmigkeiten durch das sequentielle Schaffen des *acquis* könnten beseitigt werden, indem etwa eine einzige große Urheberrechtsrichtlinie – eine *Konsolidierungsrichtlinie* – die bisherigen werks- oder rechtsspezifischen Richtlinien ablöse und alle binnenmarktrelevanten Bereiche regelte.⁶⁸⁰ So würden Überschneidungen der Anwendungsbereiche der urheberrechtlichen Richtlinien vermieden. Eine weniger aufwendige Variante bestünde darin, das *Verhältnis der bestehenden Richtlinien zueinander* – etwa im Wege einer interpretatorischen Mitteilung – *klarzustellen*.⁶⁸¹

Indes würde die erste Möglichkeit – die Schaffung einer einzigen horizontalen Richtlinie, welche den bisherigen *acquis* ablöse – den Unionsgesetzgeber vor eine Mammutaufgabe stellen, die die Frage gerechtfertigt erscheinen ließe, ob unter diesen Umständen nicht die Schaffung eines Einheitsurheberrechts als die kaum aufwendigere, aber attraktivere Variante anzusehen wäre. Mit Recht wird auch darauf hingewiesen, dass sich die einheitliche Kodifikation der bestimmenden Regeln schon in der Vergangenheit als wesentlicher Vorteil für die Entwicklung einheitlicher Wirtschaftsräume erwiesen hat.⁶⁸² Die zweite Möglichkeit könnte zwar das Verdienst für sich reklamieren, Ordnung in den „Flick-

679 Vgl. zu Beispielen für diese unterschiedlichen Begrifflichkeiten unten, §9.

680 In diese Richtung geht eine Überlegung, die die Kommission schon 2004 andeutete, vgl. Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, SEC (2004) 995, 4, und kürzlich wiederholt hat, vgl. Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt, KOM (2011) 427, 14. Zur Möglichkeit einer Konsolidierungsrichtlinie *passim* auch *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 59.

Im Bereich des Verbraucherschutzes ist die Kommission diesen Weg mit der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011, ABl. EU 2011/L 304/64 bereits gegangen. Zur Entstehung *Martens*, *EuZW* 2010, 527, 529.

681 Vgl. zu entsprechenden Vorschlägen *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, die an mehrfacher Stelle interpretative Mitteilungen vorschlagen, z.B. *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, II, III, VIII.

682 *Tilmann*, Festschrift Helmrich, 441.

entepich“ zu bringen. Sie könnte aber nur wenig dazu beitragen, die materielle Rechtslage im Interesse der Rechtsanwender transparent zu gestalten.⁶⁸³ Zugleich stellt sich auch im Hinblick auf interpretatorische Mitteilungen die Frage nach deren demokratischer Legitimation.⁶⁸⁴

bb) Logische Brüche in den nationalen Urheberrechtsordnungen durch die notwendige Umsetzung in den Mitgliedstaaten

Wenn es also im Rahmen der Harmonisierungsmethode – mit den erwähnten Abstrichen – Möglichkeiten gibt, logische Brüche innerhalb des *acquis* selbst zu vermeiden, lässt sich eine andere Fehlerquelle nicht eliminieren, da sie der Richtlinientechnik inhärent ist: Richtlinien müssen durch die Mitgliedstaaten umgesetzt werden. Dabei müssen zwei unterschiedliche Gesetzgeber tätig werden und es müssen zwei Gesetzgebungsverfahren durchlaufen werden. Zudem prallen zwei Regelungssysteme aufeinander, die möglicherweise nicht ideal ineinander greifen.⁶⁸⁵

Selbstverständlich können bei der Umsetzung einer Richtlinie wie bei jedem Gesetzgebungsverfahren *echte Fehler* unterlaufen. Wenn an einem Gesetzgebungsverfahren letztlich zwei Gesetzgeber – der Richtliniengeber und der nationale Gesetzgeber – beteiligt sind und eine materielle Regelung im Ergebnis zwei Gesetzgebungsverfahren durchlaufen muss, erhöht sich naturgemäß die Gefahr, dass sich hierbei Fehler einschleichen.⁶⁸⁶

683 Hierzu bereits oben, § 8.1.2.f).

684 Hierzu auch *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, Annex 2 S. 4.

685 Zu einem – unerwünschten – Zusammenspiel von Unions- und nationalen Regelungen kann es genau genommen auch bei Schaffung eines Einheitsrechts aufgrund einer Urheberrechtsverordnung kommen, nämlich dann, wenn sich dieses europäische Einheitsrecht auf nur einige Hauptfragen des Urheberrechts beschränken würde. Denn dann müssten die verbleibenden Lücken jeweils wieder mit nationalem Recht ausgefüllt werden. *Sonnenberger*, RIW 2002, 495 f., bezeichnet dies im Hinblick auf ein europäisches Vertragsrecht als einen „unerfreulichen Normenmix“. Hierzu würde es indes nicht kommen, wenn – so wie hier vorgeschlagen – mit einem Europäischen Einheitsurheberrecht zugleich eine umfassende, nicht auf einzelne Sachfragen beschränkte Regelung des Urheberrechts verbunden würde.

686 Auch *Benabou*, Droit d’auteur et droit communautaire, Rn. 643, sieht in nicht unionsrechtskonformen Umsetzungen der Richtlinien durch die nationalen Gesetzgeber Hinweise auf die Grenzen der Harmonisierungsmethode.

Selbst wenn aber eine Regelung der Union korrekt umgesetzt wird, können logische Brüche im Korpus der letztlich anwendbaren nationalen Regeln dadurch entstehen, dass *Vorgaben des Unionsrechts*, die wie schon geschildert oftmals nur urheberrechtliche Einzelfragen behandeln, *auf ein bestehendes geschlossenes nationales Urheberrechtssystem treffen*, in welches sie integriert werden sollen.⁶⁸⁷ Der *acquis* kann dabei Bestimmungen enthalten, die sich kaum mit der Rechtstradition in einem Mitgliedstaat verbinden lassen.

Dies verlangt vom Unionsgesetzgeber, solche Schwierigkeiten tunlichst vorzusehen⁶⁸⁸ und zu vermeiden, indem Formulierungen gewählt werden, die sich in alle nationalen Systeme integrieren lassen, was dann wiederum auf Kosten des Grades der Vereinheitlichung geht.⁶⁸⁹

Darüber hinaus kann es für den nationalen Gesetzgeber notwendig werden, Sonderregelungen entsprechend einer Vorgabe des Unionsrechts zu schaffen, weil diese partout nicht zum urheberrechtlichen System auf nationaler Ebene passt. Solche Sonderregelungen gefährden aber mitunter die Kohärenz des nationalen Urheberrechts, weil sie andere Wertungen enthalten können als die allgemeinen nationalen Urheberrechtsregeln. Auch kann sich die Frage ergeben, wie sich die Sonderregeln zu den allgemeinen Regeln des nationalen Urheberrechts verhalten, ob etwa auf diese allgemeinen Vorschriften zurückgegriffen werden kann, wenn die Sonderregelungen keine Antwort auf eine Sachfrage

687 Vgl. *van Eechoud/Hughenholz/van Gompel*, Harmonizing European Copyright Law, 26.

Müller-Graff, Festschrift Börner, 339 ff., spricht im Zusammenhang eines europäischen Privatrechts per Richtlinien von „Einschichtungsschwierigkeiten“. Gleichfalls zum europäischen Privatrecht *Limmer*, MittBayNot 1999, 325, 330 und 332 f., mit Beispielen.

688 In diesem Sinne *Müller-Graff*, Festschrift Börner, 341.

689 Vgl. hierzu oben, § 8.I.2.a). Beispielsweise versucht Art. 2 der Richtlinie 1991/250 des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, im Folgenden Computerprogrammrichtlinie (1991) (CPRL-1991), der die Urheberschaft am Computerprogramm regelt, die delikate Balance zwischen dem Schöpferprinzip der *droit-d'auteur*-Systeme, wonach derjenige Rechtsinhaber sein soll, der das Werk geschaffen hat, und dem copyright-Ansatz, wonach bei Werken, die in abhängiger Beschäftigung entstanden sind, der Arbeitgeber originärer Rechtsinhaber ist. Zu weiteren Beispielen unten, §9.

Die Computerprogrammrichtlinie wurde inzwischen neu gefasst als Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, im Folgenden Computerprogrammrichtlinie (CPRL).

liefern. Zumindest aber wird das nationale Urheberrecht durch die Schaffung von Sonderregimen unübersichtlicher.⁶⁹⁰

Wir haben schon gesehen,⁶⁹¹ dass sich das sequentielle Vorgehen des Unionsgesetzgebers negativ auf die Kohärenz *des acquis* auswirkt. Betrachtet man nun die Auswirkungen dieses schrittweisen Entstehens des *acquis* auf die *nationalen Urheberrechte*, so erweist sich die Hoffnung, ein schrittweises Integrieren unionsrechtlicher Vorgaben in die nationalen Rechtsordnungen erlaube eine sanfte Einbettung in das nationale Regelungssystem, als trügerisch. Vielmehr hat die schrittweise Harmonisierung durch die Union dazu geführt, dass das nationale Urheberrecht sich in einem Jahre währenden ständigen Anpassungsprozess an immer neue europarechtliche Vorgaben befindet, der nationale Gesetzgeber und Rechtsanwender in Atem hält. Der Aufwand dieses dauernden Adaptierens ist enorm.⁶⁹² Hier stellt sich in der Tat die Frage, ob eine Einheitsrechtslösung – so mühsam der Übergang zu einem Europäischen Urheberrecht auch sein mag – sich nicht als die im Endeffekt schonendere Variante für Mitgliedstaaten und Rechtsanwender herausstellen würde.⁶⁹³

Insgesamt zeigt sich, dass das Tätigwerden zweier Gesetzgeber auf ein und demselben Feld des Urheberrechts der Schaffung eines kohärenten und übersichtlichen *acquis* abträglich ist. Ohne Sachverhalte des Unionsrechts durch die nationale Brille betrachten zu wollen, sei hier daran erinnert, dass Deutschland als ein Land mit ausgeprägter föderalistischer Tradition die Rahmengesetzgebung als vergleichbares Pendant der Richtliniengesetzgebung im Zuge der Föderalismusreform abgeschafft hat, um eine Entflechtung und klarere Zuordnung der Zuständigkeiten zu erreichen.⁶⁹⁴

690 Als Beispiel ließe sich auf die Umsetzung der Vorschriften der Computerprogrammrichtlinie in das deutsche Urheberrechtsgesetz verweisen. Die entsprechenden Vorschriften wurden zum Großteil wörtlich übernommen und an das Ende des Ersten Teils über das Urheberrecht angefügt.

691 Oben, § 8.I.2.f)aa).

692 Vgl. *Hugenholz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 211.

693 Allerdings ist nicht gesagt, dass ein Einheitsurheberrecht quasi über Nacht eingeführt werden müsste. In Betracht kommt auch eine schrittweise Einführung einer Urheberrechtsverordnung. Dies würde wegen der unmittelbaren Anwendbarkeit der Verordnung zwar nicht den nationalen Gesetzgebern, wohl aber den Rechtsanwendern durchaus wieder permanente Anpassungsbereitschaft an neue Reformschritte abverlangen. Hierzu unten, § 10.I.3.

694 Hierzu *Degenhart*, NVwZ 2006, 1209, 1209.

g) Zu den Auswirkungen der Vereinheitlichungstechnik auf die materielle Ausgestaltung des Urheberrechts

Wir haben gesehen, dass sowohl die schrittweise und auf bestimmte Bereiche des materiellen Urheberrechts konzentrierte Herangehensweise des europäischen Gesetzgebers als auch die Notwendigkeit der Integration von Unionsregelungen in nationale Urheberrechtssysteme die Gefahr bergen, dass es zu logischen Brüchen im Gesamtsystem aller anwendbaren Urheberrechtsregeln kommt. Doch selbst wenn man solche Ungereimtheiten außer Betracht lassen will, muss man sich der Tatsache bewusst sein, dass sich die Regelungstechnik – Harmonisierung oder Einheitsrecht, Richtlinie oder Verordnung – auf die inhaltliche Ausgestaltung des Rechts auswirken kann. Zum einen führt das sequentielle Vorgehen per Richtlinie dazu, dass grundlegende gesetzgeberische Entscheidungen nicht getroffen werden (§ 8.I.2.gaa)). Zum anderen bleibt die Wahl der Vereinheitlichungstechnik nicht ohne Einfluss auf das urheberrechtliche Schutzniveau (§ 8.I.2.gbb)).

aa) Auslassung grundlegender gesetzgeberischer Entscheidungen bei sequentiell erfolgreicher Vereinheitlichung

Das sequentielle und sektorielle Vorgehen des Unionsgesetzgebers bei der Vereinheitlichung des Urheberrechts verleitet dazu, sich allgemein – unabhängig von einer Werkart oder einem bestimmten Recht – stellende Probleme nicht einer ebenso allgemeinen Lösung zuzuführen.⁶⁹⁵ Stattdessen wird, soweit dies irgend möglich erscheint, eine *Regelung* gerade mit Hinweis auf die allgemeine Bedeutung der Frage schlicht *ausgeklammert* wie zum Beispiel eine Definition der Öffentlichkeit.⁶⁹⁶

Ist das praktische Bedürfnis nach einer Regelung sehr groß, sodass eine Regelung getroffen werden muss, werden *Regelungen nur im Hinblick auf den Sektor* getroffen, der von der Richtlinie behandelt wird. Beispielsweise wird ein bestimmter Schutzgegenstand nur „für die Zwecke dieser Richtlinie“, also für ein bestimmtes, in der Richtlinie gewährtes Verwertungsrecht definiert oder

695 *Lucas*, Festschrift Schricker zum 70. Geburtstag, 437 f., meint, der Unionsgesetzgeber habe konzeptionelle Fragen absichtlich ausgeblendet, um wahre „Religionskriege“ zwischen den nationalen Konzepten zu vermeiden.

696 Hierzu unten, § 9.IV.2.b).

es wird umgekehrt ein bestimmtes Verwertungsrecht nur für eine bestimmte Werkart näher umschrieben.

Abgesehen von dem unbefriedigendem Befund, dass dann keine übergreifenden Lösungen herbeigeführt werden, kann dies zu logischen Brüchen im *acquis* führen, wenn ein horizontales Problem mehrfach gelöst werden muss, sich die Lösungen aber in Details unterscheiden.⁶⁹⁷

Von dieser Kritik ausgenommen werden müssen wiederum besonders aktuelle Fragen im Zusammenhang mit sich rapide verändernden, meist technischen Entwicklungen. Hier ist dem Gesetzgeber kein Vorwurf daraus zu machen, wenn er eine Regelung so breit fasst, dass sie mögliche Fortschritte mit abdeckt,⁶⁹⁸ oder wenn er in Erwartung einer Stabilisierung der Entwicklung vorerst gar keine gesetzliche Regelung trifft.

bb) Auswirkungen der Vereinheitlichungstechnik auf das urheberrechtliche Schutzniveau

Die bisherige Harmonisierung hat das urheberrechtliche Schutzniveaus beträchtlich angehoben.⁶⁹⁹ Dies dürfte in erster Linie mit dem von der Kommission gebetsmühlenartig wiederholten Credo, ein hohes urheberrechtliches Schutzniveau werde Investitionen in Kreativität und Innovation generieren und hierdurch für wirtschaftliches Wachstum und Wettbewerbsfähigkeit der Union im internationalen Vergleich sorgen,⁷⁰⁰ zusammenhängen.

Aber auch die Methode der Harmonisierung und das Instrument der Richtlinie tragen mittelbar zu dieser Tendenz bei.⁷⁰¹ Richtig ist, dass grundsätzlich jede Reduzierung des urheberrechtlichen Schutzes die Mitgliedstaaten⁷⁰², aber

697 Hierzu oben, § 8.I.2.f)aa).

698 Hierzu schon oben, § 8.I.2.a).

699 Lüder, *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 18 (2007), 1, 7 und 10 ff. Kritisch hierzu *Hilty*, *IIC* 2004, 760, 761 f.; *Hughenoltz*, *Copyright without frontiers*, 17. Vgl. auch *Leistner*, *Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven*, 54.

700 Vgl. hierzu etwa *ErwG* 11 der Schutzdauerrichtlinie; *ErwG* 4 Informationsgesellschaftsrichtlinie. Kritisch zum Leitmotiv eines „rigorosen Schutz[es] des Urhebers“ *Hilty*, *GRUR* 2009, 633, 633.

701 *Hughenoltz/van Eechoud/van Gompel*, *Recasting of Copyright*, 212, meinen, das Phänomen der „Aufwärtsharmonisierung“ sei der Richtlinienmethode inhärent.

702 *Hughenoltz/van Eechoud/van Gompel*, *Recasting of Copyright*, VIII und 7, sprechen vage von politischen und rechtlichen Problemen. *Schulze*, *Schranken des Urheberrechts*, 186, nennt das Beispiel einer möglichen Verkürzung urheberrechtlicher Schutzfristen.

auch die Union vor erhebliche Schwierigkeiten vor allem verfassungsrechtlicher Art stellt, ganz gleich ob sie in Gestalt einer Richtlinie oder eines Unionsurheberrechts daher kommt. Auch bei der Schaffung eines neuen Europäischen Urheberrechts müsste geprüft werden, ob ein im Vergleich zu den nationalen Urheberrechten niedrigeres Schutzniveau mit höherrangigem Recht vereinbar ist. Das Problem einer Ausweitungstendenz des urheberrechtlichen Schutzes stellt sich aber bei beiden Methoden unterschiedlich stark:

Geht die Union wie bisher sequentiell und mittels sektorieller Richtlinien vor, indem schrittweise einzelne Bereiche des Urheberrechts harmonisiert werden, muss sich jeder Rechtsakt an der grundrechtlichen Eigentumsgarantie messen lassen.⁷⁰³ Hinzu kommt bei solchen Richtlinien, die den Mitgliedstaaten einen gewissen Gestaltungsspielraum belassen, dass die Ausschöpfung dieses Spielraums durch die nationalen Gesetzgeber gegebenenfalls der vollen – und möglicherweise von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat uneinheitlichen – verfassungsrechtlichen Kontrolle durch das jeweilige höchste nationale Gericht unterliegt.⁷⁰⁴ Auch der nationale Gesetzgeber geht verfassungsrechtlichen

703 Geht man davon aus, dass Unionsrecht grundsätzlich am Maßstab des nationalen Verfassungsrechts überprüft werden kann, wie dies etwa vom Bundesverfassungsgericht vertreten wird, muss ein Unionsrechtsakt, der urheberrechtliche Befugnisse einschränkt, nicht nur mit der unionsrechtlichen, sondern auch den nationalen Eigentumsgarantien vereinbar sein.

Aus Sicht des EuGH kann europäisches Recht freilich nicht gegen nationales Recht verstoßen, es geht selbst den nationalen Verfassungen im Range vor; grundlegend hierzu: EuGH, 15.7.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1253 – *Costa ./. ENEL*, 1269 f.

Das Bundesverfassungsgericht ist gegenüber dem unbedingten Vorrang des Unionsrecht dagegen skeptischer. In seiner *Solange II*-Entscheidung hat es zwar erklärt, dass es Unionsrecht nicht am Maßstab der deutschen Grundrechte messen wolle, solange der EuGH einen wirksamen und dem Grundgesetz im Wesentlichen entsprechenden Grundrechtsschutz gegenüber Hoheitsakten der Union gewährleiste; vgl. BVerfG, 22.10.1986, BVerfGE 73, 339 – *Solange II*, Rn. 117; hierzu *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 150. Jedoch beansprucht das höchste deutsche Gericht grundsätzlich die Befugnis, auch Rechtsakte der Union am Maßstab des Grundgesetzes zu überprüfen, vgl. BVerfG, 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 – *Maastricht*, Rn. 70; hierzu *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 159. An die Zulässigkeit einer entsprechenden Richtervorlage oder Verfassungsbeschwerde werden allerdings sehr hohe Anforderungen gestellt, vgl. BVerfG, 7.6.2000, BVerfGE 102, 147 – *Bananenmarktordnung*, Rn. 63; hierzu *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 150.

704 In Deutschland wird die Ausschöpfung des Gestaltungsspielraums einer Richtlinie durch den deutschen Gesetzgeber etwa der vollen Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht unterworfen. Vgl. etwa BVerfG, 13.3.2007 NVwZ, 2007, 937–941 – *Treibhausgasemissionshandel*, 938.

Schwierigkeiten eher aus dem Weg, wenn er Gestaltungsspielräume nach oben hin, also in Richtung auf eine Schutzausweitung, nutzt.

Demgegenüber müsste ein *einheitliches* und aus einem Guss geschaffenes *Europäisches Urheberrecht* die Hürde der Vereinbarkeit mit der primärrechtlichen Eigentumsgarantie und (aus Sicht der mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte) mit den nationalen Verfassungen nur einmal nehmen. Zudem ist zu bedenken, dass bei einem europäischen Einheitsrecht keine nationalen Umsetzungsnormen vonnöten wären, die der uneingeschränkten und möglicherweise uneinheitlichen Kontrolle durch die nationalen Verfassungsgerichte unterliegen. Jedenfalls eine Aufwärtsharmonisierung durch die nationalen Gesetzgeber kann es daher bei einem Einheitsrecht nicht geben.

Die Methode der Harmonisierung, insbesondere wenn sie sequentiell und sektoriell erfolgt, tendiert also dazu, sowohl den Unionsgesetzgeber bei der Schaffung von Sekundärrecht als auch die nationalen Gesetzgeber bei dessen Umsetzung in nationales Recht zu einer Ausdehnung des urheberrechtlichen Schutzes zu animieren. Demgegenüber bietet die Schaffung eines Europäischen Urheberrechts eher die Möglichkeit, die Folgen einer „Aufwärtsharmonisierungsspirale“ rückgängig zu machen und die Interessengewichtung im Urheberrecht neu zu justieren.⁷⁰⁵ Ein Europäisches Urheberrecht muss selbstverständlich die Vorgaben des europäischen Grundrechtsschutzes, insbesondere die unionsrechtliche Eigentumsgarantie berücksichtigen.⁷⁰⁶ Es wäre allerdings – wenn überhaupt und insofern anders als nationale Umsetzungsrechtsakte zu Unionsrichtlinien – nur in sehr weitem Rahmen an die verfassungsmäßigen Vorgaben der Mitgliedstaaten gebunden. Ein materiellrechtlicher Neuanfang scheint durch ein Europäisches Urheberrecht daher eher möglich als durch eine Harmonisierung der kleinen Schritte.

Abgesehen von den Problemen, die unmittelbar mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer eventuellen Schwächung der Position der Rechtsinhaber zusammenhängen, bleibt ein eher rechtstechnischer Aspekt zu bedenken, der aber eng mit der soeben beschriebenen Problematik zusammen hängt. Um

705 In diesem Sinne *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, IX und 219; *Hugenholtz*, Copyright without frontiers, 26; *Schack*, ZGE 2009, 275, 290 f. *Dietz*, GRUR Int. 1978, 101, 108, spricht zwar von der Harmonisierung, wenn er die Chance für innovative Lösungen durch europäisches Recht hervorhebt, sieht aber wohl auch das etappenweise Vorgehen als ein Hindernis an, wenn es um moderne Antworten auf Herausforderungen des Urheberrechts geht.

706 Zur Vereinbarkeit eines Unionsurheberrechts mit dem grundrechtlichen Eigentumsschutz ausführlich unten, § 10.I.1.a).

auf verfassungsrechtliche Belange – Eigentumsgarantie, Schutz wohlerworbener Rechte – Rücksicht zu nehmen, kommt eine neue urheberrechtliche Regelung nicht umhin, zeitliche Übergangsregelungen zu schaffen, die die volle Wirkung einer Rechtsvereinheitlichung weit hinausschieben können. Dies gilt wiederum sowohl für Harmonisierungsrichtlinien als auch für ein europäisches Einheitsurheberrecht, jedenfalls wenn dieses die nationalen Urheberrechte verdrängen soll. Der Vorteil einer Einheitsrechtslösung bestünde aber darin, dass nach Ablauf dieser einzigen Übergangsfrist endgültig Rechtseinheit hergestellt würde, wohingegen bei sequentiellm Vorgehen ein unübersichtlicher Flickenteppich zum Teil neu entstehender, gegebenenfalls zu beachtender Übergangsvorschriften entstehen kann.

h) Programmatische Bedeutung der Vereinheitlichungstechnik?

Schon beim Vergleich der Methode des Systemwettbewerbs mit der der Rechtsvereinheitlichung haben wir gesehen, dass der Idee der Rechtsvereinheitlichung auch eine gewisse programmatische Komponente innewohnt. Anders als der Wettbewerb, also das bloße Nebeneinander unabhängiger Rechtsordnungen, zeitigt die Rechtsvereinheitlichung auch politische und gesellschaftliche Wirkung, ja sie wirkt in gewissem Sinne identitätsstiftend.⁷⁰⁷

Dieser Befund lässt sich auch auf die hier untersuchte, nachfolgende Stufe des Wie einer Rechtsvereinheitlichung übertragen. Es leuchtet ein, dass die identitätsstiftende Wirkung eines Einheitsrechts deutlich größer ist als die einer bloßen Harmonisierung mittels Richtlinien, die der Umsetzung durch die nationalen Gesetzgeber bedürfen und am Bestehen der nationalen Rechtsordnungen nichts ändern.⁷⁰⁸ Es kommt auch nicht von ungefähr, dass das Urheberrecht schon nach der Reichsverfassung von 1871 und davor schon nach der Paulskirchen-Verfassung zur ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundesstaates rechnete.⁷⁰⁹

Zu Recht wird auch darauf hingewiesen, dass sich Europa im Hinblick auf die Gestaltung des Urheberrechts auf internationaler Ebene deutlich besser Ge-

707 Hierzu oben, § 7.II.

708 Zum Beispiel eines Europäischen Zivilgesetzbuches *Schintowski*, JZ 2002, 205, 209.

709 *Schack*, Europäische Urheberrechts-Verordnung, 179.

hör verschaffen könnte, wenn es über ein wirkliches einheitliches Europäisches Urheberrecht verfügte.⁷¹⁰

Sicher ist Zurückhaltung geboten, wenn es um diese Funktion einer Rechtsvereinheitlichung geht.⁷¹¹ Die europäische Einigung kann und soll sich nicht in erster Linie über die Schaffung eines einheitlichen Rechtsrahmens vollziehen. Wo aber die Schaffung eines Einheitsrechts konkrete praktische Vorteile gegenüber der bloßen Harmonisierung verspricht, kann man auch ohne Scheu auf die Bedeutung des Einheitsrechts für das Zusammenwachsen Europas, ja für die Bildung einer europäischen Identität hinweisen.⁷¹²

i) Zwischenergebnis

Wir haben gesehen, dass die Harmonisierungslösung den Mitgliedstaaten gestalterische Freiräume belässt, die diese aufgrund des Territorialitäts- und des Schutzlandprinzips allerdings nicht zum Vorteil für die Marktteilnehmer nutzen können. Stattdessen werden diese mit erhöhten Transaktionskosten belastet. Die Gefahr, dass auf Ebene der Gesetzgebung nur scheinbar Einheitlichkeit geschaffen wird und überkommene nationale Auffassungen in Unionsregelungen hineininterpretiert werden, besteht im Falle nur harmonisierten nationalen Urheberrechts in viel höherem Maße als bei einem europäischen Einheitsrecht. Gleiches gilt für das verwandte Phänomen der „homing tendency“ auf der Ebene der Rechtsprechung.

Ein Einheitsrecht kann die tatsächliche Einheitlichkeit des anwendbaren Rechts in der Union nicht nur vollständig herbeiführen, sondern auch transparent machen. Für die Auslegung eines einheitlichen Europäischen Urheberrechts wäre letztinstanzlich unzweifelhaft der Europäische Gerichtshof zustän-

710 *Lucas*, Festschrift Schrickler zum 70. Geburtstag, 445, spricht gar von einer Mission, die Europa diesbezüglich zu erfüllen habe.

711 Auch bei der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches im Deutschen Reich waren es – anders als es die damalige politische Stimmung vielleicht nahelegen würde – nicht etwa politisch-programmatische Motive, die die Rechtsvereinheitlichung ermöglichten, sondern die schiere Notwendigkeit eines einheitlichen Rechtsrahmens in ganz Deutschland. Vgl. hierzu *Laufs*, Rechtsentwicklungen in Deutschland, 318. Zum Beispiel der Rechtsvereinheitlichung durch das BGB auch unten, § 10.I.1.b).

712 *Schintowski*, JZ 2002, 205, 205 f., nennt mehrere historische Vorbilder für die einheitsstiftende Wirkung eines Einheitsrechts im Bereich des Zivilrechts: das preußische Allgemeine Landrecht, das Corpus Iuris Civilis und sogar den Codex Hammurabi.

dig, was im Hinblick auf die durch den Vertrag von Lissabon geschaffene Möglichkeit der Einrichtung einer Urheberrechtsgerichtsbarkeit von großem Vorteil sein könnte. Auch im Hinblick auf eine Flexibilisierung des Unionsrechts bringt der Vertrag von Lissabon Fortschritte mit sich, die die Befürchtung einer Erstarrung eines Europäischen Urheberrechts zerstreuen können.

Die bisherige schrittweise Entstehung des *acquis communautaire* in Form von Richtlinien sowie die hieraus folgende Notwendigkeit der Umsetzung durch die nationalen Gesetzgeber bringen die Gefahr logischer Brüche schon innerhalb des *acquis* selbst, aber auch durch dessen Zusammenspiel mit den nationalen Urheberrechtssystemen mit sich. Demgegenüber bietet ein europäisches Einheitsrecht nicht nur die Chance, ein stimmiges Gesamtsystem urheberrechtlicher Regelungen zu schaffen, sondern auch, überkommene Fehlstellungen zu korrigieren.

Nach diesen Überlegungen fällt eine Entscheidung über die richtige Methodik der Rechtsvereinheitlichung im weiteren Sinne nicht schwer. Zumindest wo ein Systemwettbewerb nicht funktioniert und somit das Hauptargument für eine bloße Harmonisierung entfällt, erweist sich die Rechtsvereinheitlichung im engeren Sinne, also die Schaffung eines europäischen Einheitsrechts als die überlegene Methode. Wenn sich das Einheitsrecht als das bessere Instrument zur Schaffung eines Binnenmarktes darstellt, braucht eine entsprechende Maßnahme des Unionsgesetzgebers die Grenze des Verhältnismäßigkeitsprinzips auch dann nicht zu fürchten, wenn man die Harmonisierung als das mildere Mittel hierzu begreifen will. Denn wie wir gesehen haben verlangt die Erforderlichkeitsprüfung im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nur dann eine Bevorzugung der Richtlinie gegenüber der Verordnung, wenn die Richtlinie gleichgute Ergebnisse hervorzubringen vermag wie die Verordnung.⁷¹³ Dies ist aber im Urheberrecht, wie wir nun nach einer eingehenden Analyse der Methoden der Rechtsvereinheitlichung gesehen haben, wohl nicht der Fall.⁷¹⁴

713 Hierzu oben, § 5.I.2.b)bb)aaa).

714 So auch *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 77.

Ein Europäisches Urheberrecht ist daher der richtige Weg zu einem einheitlichen urheberrechtlichen Rahmen in der Union.⁷¹⁵

Die soeben dargelegte Entscheidung wurde anhand allgemeiner Überlegungen über die Methoden der Harmonisierung und der Schaffung eines Einheitsrechts – ergänzt um die Besonderheiten, die mit Blick auf das Urheberrecht zu beachten sind (vor allem Territorialitäts- und Schutzlandprinzip) – getroffen. Wie schon angesprochen muss es bei dieser „gedanklichen Trockenübung“ aber nicht bleiben. Die Union hat zwar bisher allein den Weg der Harmonisierung beschritten. Ein echter Vergleich der Methoden der Rechtsvereinheitlichung anhand ihrer jeweiligen Ergebnisse ist daher nicht möglich. Jedoch kann anhand einer Untersuchung des *acquis* immerhin überprüft werden, ob sich die hier zusammengetragenen Bedenken gegenüber der Harmonisierungsmethode im urheberrechtlichen *acquis* bereits bewahrheitet haben.⁷¹⁶ Der Befund lässt sich dann einer – allerdings nur gedachten – Einheitsrechtslösung gegenüberstellen.

Bevor wir uns aber dieser praktischen Untersuchung widmen, wollen wir noch einmal auf das Problem der unionsweiten Lizenzierung zu sprechen kommen. Wie schon angesprochen⁷¹⁷ kann die Frage, wie das Bedürfnis nach den für eine unionsweite Verwertung erforderlichen Lizenzen am besten befriedigt werden kann, im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelt werden. Es sollen aber zumindest einige Hinweise darauf gegeben werden, wie sich die Schaffung eines europäischen Einheitsrechts auch auf die Lizenzierungspraxis in der Union auswirken könnte.

II. Auswirkungen eines einheitlichen Europäischen Urheberrechts auf die Lizenzierungspraxis in der Union

Ein echter Binnenmarkt urheberrechtlich relevanter Waren und Dienstleistungen wird nicht nur durch die Unterschiede zwischen den nationalen Urheber-

715 In diesem Sinne auch *Hilty*, *Entwicklungsperspektiven*, 165; *Drexl*, *Festschrift Dietz*, 479. *Schack*, *ZGE* 2009, 275, 280, bezeichnet das Bündel nationaler Urheberrechte in der EU als eine „Sünde wider den Geist des Binnenmarktes“ und hält „mittelfristig“ die Ersetzung der nationalen Urheberrechte durch ein Unionsurheberrecht für „unvermeidlich“. *Leistner*, *Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven*, 64 f., sieht in der Schaffung eines Europäischen Urheberrechts die einzige Möglichkeit, im Onlinebereich einen urheberrechtlichen Binnenmarkt zu schaffen.

716 Vgl. hierzu die Untersuchungen zum Stand der Rechtsvereinheitlichung in der Union für die verschiedenen Bereiche des materiellen Urheberrechts, §9.

717 Oben, § 4.III.1.c)bb).

rechten beeinträchtigt, sondern auch durch die Schwierigkeit, die für eine unionsweite Verwertung erforderlichen Lizenzen zu erwerben.⁷¹⁸ Wir wollen dieses Problem kurz skizzieren, bevor wir auf die Auswirkungen der Schaffung eines einheitlichen Europäischen Urheberrechts auf die Lizenzierungspraxis eingehen (§ 8.II.3.).

Zum Teil werden die mit dem Erwerb unionsweiter Lizenzen verbundenen Probleme durch den Grundsatz der unionsweiten Erschöpfung abgemildert (§ 8.II.1.). Wo dieser Grundsatz nicht greift, kann man die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit der Lizenzierung getrennt nach Mitgliedstaaten aufwerfen (§ 8.II.2.).

1. Erschöpfungsgrundsatz im Bereich der körperlichen Verwertung

Im Bereich der Verwertung mittels verkörperter Werkexemplare, also der Verbreitung im urheberrechtlichen Sinne, ist das Fehlen unionsweiter Lizenzen wenig problematisch, weil hier die Regel der unionsweiten Erschöpfung greift. Hiernach kann sich der Inhaber des ausschließlichen Verbreitungsrechts einer Verbreitung solcher Werkstücke nicht widersetzen, die in einem anderen Mitgliedstaat der Union rechtmäßig – also mit Erlaubnis des dortigen Inhabers des Verbreitungsrechts – in Verkehr gebracht wurden.⁷¹⁹ Demnach bedarf es für die unionsweite Verwertung durch Verbreitung körperlicher Werkexemplare gerade keiner unionsweiten Lizenz.⁷²⁰

Wie schon erwähnt betrifft die Erschöpfung jedoch nur die körperliche Verwertung durch den Verkauf von Werkexemplaren.⁷²¹ Insbesondere im Bereich der unkörperlichen Verwertung kann der Erschöpfungsgrundsatz keine Abhil-

718 Vgl. schon oben, § 4.III.1.c)bb).

719 EuGH, 8.6.1971, Rs. 78/70, 1971, 487 – *Polydor*, Rn. 12 f. Vgl. auch Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future. A Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT, 11.

720 Man könnte insofern von einer Abschwächung des Territorialitätsgrundsatzes durch die Erschöpfung des Verbreitungsrechts sprechen, vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss: Die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten im Binnenmarkt, KOM (2004) 261, 8. Zu bedenken bleibt aber, dass sich hierdurch nichts an der kumulativen Anwendbarkeit unterschiedlicher nationaler Urheberrechte ändert, wenn tatsächlich unionsweit Verbreitungshandlungen vorgenommen werden.

721 Vgl. Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future. A Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT, 11.

fe schaffen, weil sich die entsprechenden Rechte nicht erschöpfen, wie Art. 3 Abs. 3 IGRL für das Recht der öffentlichen Wiedergabe und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung klarstellt.⁷²² Hier bleibt es bei der Notwendigkeit, unionsweite Lizenzen zu erwerben, wenn unionsweit verwertet werden soll.

2. Zur Zulässigkeit der Lizenzierung getrennt nach Mitgliedstaaten

Im Hinblick auf die Einräumung von Nutzungsrechten muss unterschieden werden: während der einzelne Kreative in der Regel die Nutzungsrechte an seinen Werken weltweit einem Verwerter oder einer Verwertungsgesellschaft einräumt,⁷²³ tendieren diese Verwerter und auch die Verwertungsgesellschaften als Inhaber ausschließlicher Nutzungsrechte ihrerseits – jedenfalls traditionell – dazu, bei der weiteren Lizenzierung Nutzungsrechte getrennt nach Mitgliedstaaten einzuräumen. Diese räumlich beschränkte Lizenzierung steht einer unionsweiten Verwertung dann entgegen, wenn sie dazu führt, dass die Nutzungsrechte für die verschiedenen Mitgliedstaaten der Union unterschiedlichen Verwertern zustehen.⁷²⁴ Ein Verwerter kann dann nämlich nicht unionsweit Verwertungshandlungen vornehmen, weil er nicht über die Nutzungsrechte für alle Mitgliedstaaten verfügt.

Diese Praxis der Vergabe exklusiver Rechte auf nationaler Basis innerhalb der Union ist rechtlich nicht unproblematisch weil sie zu einer Beeinträchti-

722 Zu Überlegungen, den Erschöpfungsgrundsatz auch auf den Bereich der unkörperlichen Verwertung auszudehnen, vgl. *Peifer*, ZUM 2006, 1, 5. *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 24, *Hugenholtz*, Copyright without frontiers, 21, und *van Eechoud/Hugenholtz/van Gompel*, Harmonizing European Copyright Law, 312, zweifeln daran, ob eine generelle Nichterschöpfung der Rechte der unkörperlichen Wiedergabe gewollt sei. *Dietz*, GRUR Int. 1978, 101, 107, befürchtet dagegen bei einer zu weiten Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes negative Auswirkungen auf die kulturelle Vielfalt.

723 Vgl. Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future. A Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT, 10; *Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, GRUR 2006, 303, 304.

724 *Hugenholtz*, Copyright without frontiers, 20.

gung der Grundfreiheiten führen kann.⁷²⁵ Auch unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten ist die territorial beschränkte Lizenzvergabe wiederholt dem EuGH vorgelegt worden, der sie aber – nicht uneingeschränkt, aber doch grundsätzlich – für zulässig erachtet hat.⁷²⁶

Zu bedenken ist, dass bei einer Rechteeräumung getrennt nach Mitgliedstaaten keine *räumliche Beschränkung eines einheitlichen Urheberrechts* erfolgt, sondern vielmehr *mehrere* nationale Nutzungsrechte jeweils vollumfänglich, aber getrennt voneinander eingeräumt werden.⁷²⁷

Wenn sich die nationalen Urheberrechte darüber hinaus *materiell voneinander unterscheiden*, rechtfertigt dies umso mehr eine Vergabe von Nutzungsrechten getrennt nach Mitgliedstaaten. Jedoch hängen die materiellrechtliche Unterschiedlichkeit der nationalen Urheberrechte und die Lizenzierung auf nationaler Basis nicht unmittelbar miteinander zusammen. Selbst wenn man sich einmal vorstellt, man würde im Wege der Harmonisierung die nationalen Urheberrechtsordnungen in der Union vollständig angleichen, so würde dies nichts daran ändern, dass formell – aufgrund des Territorialitätsprinzips – in jedem Mitgliedstaat das jeweils eigene Urheberrecht gilt.⁷²⁸ Allein diese Tatsache – unabhängig von etwaigen Unterschieden – legt schon eine Verwertung getrennt nach Mitgliedstaaten nahe, manche meinen sogar, sie erzwingt eine räumliche Aufspaltung von Nutzungsrechten bei der Verwertung,⁷²⁹ trage sie „wesensmäßig“ in sich.⁷³⁰ Ein Zusammenhang zwischen dem hier hauptsächlich behan-

725 Der EuGH hat die räumlich beschränkte Einräumung von Nutzungsrechten etwa im Bereich des Vorführungs- und Senderechts als mit den Grundfreiheiten vereinbar angesehen, zugleich aber darauf hingewiesen, dass die Verwertung durch Fernsehsendungen in der Union traditionell auf nationaler Ebene erfolgt; vgl. EuGH, 18.3.1980, Rs. 62/79, Slg. 1980, 881 – *Coditel I*, Rn. 16. Hierzu auch *Hugenholz/van Eechoud/van Gompel*, *Recasting of Copyright*, 23 f. Eine völlige Freigabe räumlicher Beschränkungen von Lizenzen innerhalb der Union sollte man daher hieraus nicht unbedingt ableiten.

726 So hielt der EuGH in EuGH, 6.10.1982, Rs. 262/81, Slg. 1982, 3381 – *Coditel II*, Rn. 15, 20, etwa die räumlich beschränkte Vergabe ausschließlicher Nutzungsrechte nicht schon an sich für eine verbotene Kartellabsprache, es müssten vielmehr besondere Umstände hinzutreten.

727 Überzeugend *Schricker/Loewenheim* in: *Schricker/Loewenheim*, Vor §§ 28 ff. Rn. 91.

728 *Hugenholz/van Eechoud/van Gompel*, *Recasting of Copyright*, 27. *Hugenholz*, *Copyright without frontiers*, 25, meint, selbst eine vollständige Harmonisierung der nationalen Urheberrechte könne daher nicht zu einer Verwirklichung des Binnenmarktes im Urheberrecht führen.

729 *Peifer*, ZUM 2006, 1, 6.

730 *Leistner*, *Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven*, 76.

delten Problem der Unterschiedlichkeit der nationalen Urheberrechte und der Lizenzierung auf nationaler Basis besteht insoweit, als sich *beide Phänomene auf das Territorialitätsprinzip zurückführen lassen*.⁷³¹

Jedenfalls auf der Basis des geltenden Rechts, also solange es nationale Urheberrechte gibt, die sich darüber hinaus materiellrechtlich voneinander unterscheiden, muss die Vergabe von territorial beschränkten Lizenzen als mit dem Unionsrecht vereinbar angesehen werden, selbst dort, wo es ein handfestes Bedürfnis nach unionsweiten Lizenzen gibt. An dieser Einschätzung könnte sich indes etwas ändern, wenn tatsächlich ein europäischer Urheberrechtstitel geschaffen würde.

3. Auswirkungen der Schaffung eines einheitlichen Europäischen Urheberrechts

Würde ein Unionsurheberrecht geschaffen, so änderte dies nichts an der Geltung des Territorialitätsprinzips. Letzteres würde aber innerhalb der Union irrelevant, weil es sich bei der Union dann um ein im urheberrechtlichen Sinn einheitliches Territorium handelte.⁷³² Hierdurch würden nicht nur die Unterschiede zwischen nationalen Rechtsordnungen eingeebnet, es würde auch die Existenz unabhängiger nationaler Urheberrechte innerhalb der Union, die die Lizenzierung getrennt nach Mitgliedstaaten nahelegt, beendet. Eine unionsweite Lizenzierung würde so in jedem Falle erleichtert.⁷³³

Doch selbst wenn es ein einheitliches Europäisches Urheberrecht gäbe, könnten durchaus noch gute Gründe für eine Lizenzierung sprechen, die nicht die gesamte Union räumlich abdeckt.⁷³⁴ Dies gilt in erster Linie für den Be-

731 Nach *Schack*, MMR 2000, 59, 62, ist es demnach auch die territoriale Aufspaltung des Urheberrechts in nationale Schutzrechte, die der Bildung eines einheitlichen Marktes „diametral zuwider“ laufe. Vgl. auch *Hugenholtz*, Copyright without frontiers, 18, der meint, die Territorialität sei ein weitaus größeres Hindernis für den Binnenmarkt als die Unterschiedlichkeit der nationalen Rechtsordnungen. Dies ist insofern missverständlich, als die Territorialität eine Voraussetzung für die Existenz unterschiedlicher nationaler Urheberrechte ist.

732 Vgl. *Schack*, ZGE 2009, 275, 290.

733 Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future. A Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT, 18.

734 So auch *Schack*, ZGE 2009, 275, 290.

reich der Offlineverwertung.⁷³⁵ Eine nur noch unionsweite Lizenzierung urheberrechtlich geschützter Werke und sonstiger Schutzgegenstände könnte die kulturelle Vielfalt in Europa gefährden,⁷³⁶ weil sich bei weitem nicht alle Inhalte auch für eine unionsweite Verwertung eignen und daher die Kosten einer unionsweiten Lizenz amortisieren könnten.⁷³⁷ Denkt man an das Aufführungsrecht, so leuchtet ein, dass es bestimmte Rechte oder Fallkonstellationen gibt, bei denen eine unionsweite Verwertung keinen Sinn macht.⁷³⁸ Auch im Hinblick auf den effektiven Schutz der Rechteinhaber lässt sich eine nur beschränkte Vergabe von Nutzungsrechten unter Umständen rechtfertigen, etwa weil eine Verwertungsgesellschaft nicht in der Lage ist, die Wahrung der Rechte überall in der Union zu überwachen.⁷³⁹

Mit der Schaffung eines einheitlichen Europäischen Urheberrechts ist also keinesfalls eine nur noch unionsweite Lizenzierung von Werken und sonstigen Schutzgegenständen verbunden und soll es auch nicht sein. Jedoch würden die Unterschiedlichkeit nationaler Urheberrechte sowie der bloße Bestand unabhängiger nationaler Urheberrechte als Rechtfertigung für eine Lizenzierung getrennt nach Mitgliedstaaten entfallen. Eine Lizenzierungspraxis, die den Binnenmarkt, insbesondere die Wahrung der Grundfreiheiten beeinträchtigt, müsste auf andere Weise sachlich gerechtfertigt werden.

735 Demgegenüber wird für den Onlinebereich die Hoffnung geäußert, die Lizenzierungsprobleme könnten hier durch die Schaffung eines einheitlichen Europäischen Urheberrechts gelöst werden, vgl. *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 47 f.

736 *Hugenholtz*, Copyright without frontiers, 19, auch mit Hinweis auf die Rolle der Verwertungsgesellschaften bei der Förderung der nationalen und regionalen Kultur.

737 Vgl. zum Beispiel des Senderechts *Christmann*, ZUM 2006, 23, 31.

738 Ein Theaterensemble zum Beispiel erwirbt in der Regel nur das Recht, ein bestimmtes Werk an einem eng eingegrenzten Ort, in der Regel der eigenen Stadt aufzuführen. Es erscheint wenig sinnvoll, auch hier auf eine unionsweite Lizenzierung zu drängen, die die wenigsten Ensembles wirklich ausnutzen wollten oder könnten. Hierzu auch *Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger*, § 31 UrhG Rn. 10.

739 Vgl. hierzu EuGH, 13.7.1989, Rs. C-350/92, Slg. 1989, 2521 – *Tournier*, Rn. 21 ff., 24, wonach die Notwendigkeit, ein eigenes Verwertungs- und Kontrollsystem vor Ort – jedenfalls für die Offlineverwertung – zu unterhalten, eine sachliche Rechtfertigung für die Verweigerung der Lizenzierung im Ausland darstellen kann.

III. Zwischenergebnis zum Wie der Rechtsvereinheitlichung

Wir haben die kumulative Anwendbarkeit divergierender nationaler Urheberrechte auf grenzüberschreitende Sachverhalte sowie die Schwierigkeit, die für eine grenzüberschreitende Verwertung erforderlichen Nutzungsrechte zu erwerben, als die beiden entscheidenden Hindernisse für einen Binnenmarkt urheberrechtlich relevanter Waren und Dienstleistungen identifiziert.

Eine genaue Untersuchung der Methoden der Harmonisierung und der Schaffung eines Einheitsrechts hat gezeigt, dass im Hinblick auf die Etablierung eines einheitlichen rechtlichen Rahmens für eine grenzüberschreitende Verwertung die Option eines Einheitsrechts der der Harmonisierung deutlich überlegen ist.

Ohne uns mit der Lizenzierungsproblematik hier vertieft auseinandergesetzt zu haben, können wir immerhin sagen, dass die Schaffung eines Einheitsrechts nicht nur die materiellen Rechtsunterschiede zwischen den nationalen Urheberrechtsordnungen beseitigen würde, sondern darüber hinaus auch die bloße Existenz nationaler Rechtstitel innerhalb der Union beenden würde, was bei einer Harmonisierung nicht der Fall wäre. Entfällt aber die Aufteilung des Urheberrechts in der Union in viele nationale Rechtstitel, so entfällt damit zugleich ein – sachlich nicht überzeugender – Rechtfertigungsgrund für eine Vergabe territorial beschränkter Lizenzen. Wenn Verwertern dann trotz eines entsprechenden Bedürfnisses eine unionsweite Lizenz verweigert werden soll, so muss das aufgrund sachlicher Gründe geschehen. Insofern würde die Schaffung eines Europäischen Urheberrechts auch hinsichtlich der Lizenzierungsproblematik erhebliche Fortschritte für den Binnenmarkt mit sich bringen, die durch eine Harmonisierung nicht erzielt werden könnten.

Die Rechtsvereinheitlichung durch Schaffung eines Europäischen Urheberrechts ist daher der richtige Weg zu einem Binnenmarkt im Urheberrecht.