

§ 9 *Verwertungsrelevante Materien des Urheberrechts: welche Bereiche des materiellen Urheberrechts brauchen eine einheitliche Grundlage oder das Was einer urheberrechtlichen Rechtsvereinheitlichung in Europa*

Nun, da das Ob und das Wie einer Vereinheitlichung des Urheberrechts in der Union geklärt sind, da wir also wissen, dass eine Vereinheitlichung des Urheberrechts in der Union angestrebt werden sollte und dies am besten über den Weg eines Einheitsrechts realisiert werden kann, gilt es, sich der Frage des Was einer Rechtsvereinheitlichung zuzuwenden. Hierhinter verbirgt sich eine Untersuchung der verschiedenen Teilbereiche des materiellen Urheberrechts auf ihr *Bedürfnis nach Rechtseinheit*. Wenn die Rechtseinheit die Verbesserung der Bedingungen des Binnenmarktes zur Mission hat, dann kommt es für das Bedürfnis nach Rechtseinheit der jeweiligen Teilmaterien des Urheberrechts auf deren *Relevanz für den urheberrechtlichen Binnenmarkt* an. Unsere nächste Aufgabe besteht also darin zu untersuchen, welche Bedeutung die einzelnen Teilbereiche des Urheberrechts für den urheberrechtlichen Binnenmarkt entfalten.

Schon bei der Betrachtung der Kompetenzen im Bereich des Urheberrechts sind wir zu dem Ergebnis gekommen, dass die Union nur hinsichtlich solcher Bereiche des Urheberrechts tätig werden *kann*, die einen ausreichenden Binnenmarktbezug aufweisen.⁷⁴⁰ Dies ist dann der Fall, wenn die Bereiche materiell die *Verwertung* urheberrechtlich geschützter Werke betreffen. Zugleich sind es gerade diese Bereiche, in denen die Union auch tätig werden *soll*, weil hier die Rechtseinheit eine Senkung der Transaktionskosten verspricht, was wir als das stärkste Argument für eine Rechtsvereinheitlichung identifiziert haben. Denn Rechtsunterschiede in Bereichen des materiellen Urheberrechts, die sich nicht auf die Verwertung auswirken, können im Falle ihrer Unterschiedlichkeit zu keinen erhöhten Transaktionskosten führen. Nur diejenigen Bereiche des Urheberrechts also, deren Unterschiedlichkeit sich negativ auf den Binnenmarkt auswirkt, sollte ein Europäisches Urheberrecht vereinheitlichen.⁷⁴¹

740 Für eine strenge Prüfung der Binnenmarktrelevanz auch *Hilty*, Entwicklungsperspektiven, 148; vgl. auch *van Echoud/Hugenholz/van Gompel*, Harmonizing European Copyright Law, 323.

741 So auch explizit *Hugenholz/van Echoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 220.

Zu klären bleibt nun also, *welches die Bereiche des materiellen Urheberrechts sind*, die die Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke beeinflussen und die deshalb vereinheitlicht werden müssen, um einen urheberrechtlichen Binnenmarkt herstellen zu können. Wir wollen hierzu die verschiedenen Bereiche des materiellen Urheberrechts nacheinander auf ihre Binnenmarktrelevanz überprüfen. Hierbei soll für den jeweiligen Urheberrechtsbereich wie folgt vorgegangen werden:

In einem ersten Schritt ist zu ermitteln, inwiefern das jeweilige Feld schon auf *internationaler Ebene* vereinheitlicht worden ist. Wo auf internationaler Ebene schon ein hohes Maß an Einheitlichkeit erreicht worden ist, welches für alle Mitgliedstaaten der Union verbindlich ist, muss die Union nicht mehr so dringend tätig werden wie auf solchen Feldern, auf denen die Urheberrechte weltweit noch stark divergieren.⁷⁴² Zugleich ist der Stand der Rechtsvereinheitlichung auf internationaler Ebene auch deshalb von Interesse, weil die Union mittelbar über ihre Mitgliedstaaten oder unmittelbar selbst als Partei internationaler Abkommen an urheberrechtliche Vorgaben gebunden sein kann.⁷⁴³

Sodann muss in einem zweiten Schritt der *Stand der Harmonisierung* für den jeweiligen Rechtsbereich *innerhalb der Union* ermittelt werden. Auch hier könnte man an sich annehmen, dass eine Vereinheitlichung weniger dringlich erscheint, wo aufgrund vorangegangener Harmonisierung keine allzu großen Diskrepanzen mehr zwischen den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bestehen. Zu bedenken bleibt aber zweierlei: Zum einen werden wir sehen, dass auch in an sich harmonisierten Bereichen noch durchaus Diskrepanzen zwischen den nationalen Rechtsordnungen bestehen, die sich nach wie vor in nicht zu vernachlässigendem Maße auf den Binnenmarkt auswirken können. Zum anderen spricht eine bereits erfolgte Harmonisierung in einem Urheberrechtsbereich deshalb nicht dagegen, dass ein europäisches Einheitsrecht auch diesen Bereich abdecken sollte, weil ein europäisches Einheitsurheberrecht möglicherweise an die Stelle der nationalen Urheberrechte treten, mithin die (harmonisierten) nationalen Urheberrechte verdrängen würde.⁷⁴⁴ Demnach deutet die in einem materiellen Urheberrechtsbereich erfolgte Harmonisierung eher noch darauf hin, dass gerade in diesem Bereich Binnenmarktrelevanz gegeben

742 Vgl. hierzu *Hugenholz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 31, am Beispiel des urheberrechtlichen Schutzgegenstandes.

743 Zur Bindung der Union an internationale Abkommen, insbesondere an die RBÜ unten, § 10.II.4.a)aa).

744 Zu Möglichkeiten einer Koexistenz eines europäischen Einheitsurheberrechts mit den nationalen Urheberrechten unten, § 10.

ist. Denn andernfalls hätte eine Harmonisierung gestützt auf die Binnenmarktkompetenz gar nicht erfolgen dürfen. Wenn aber die Schaffung eines Europäischen Urheberrechts und die Harmonisierung der nationalen Urheberrechte nur zwei unterschiedliche Methoden der Rechtsvereinheitlichung sind,⁷⁴⁵ kann für ein Europäisches Urheberrecht nichts anderes gelten als für die bisher bestehenden Richtlinien. Ein europäisches Einheitsrecht müsste daher auch solche binnenmarktrelevanten, aber an sich harmonisierten Bereiche abdecken, jedenfalls wenn man davon ausgeht, dass es die nationalen Urheberrechte verdrängen würde.

In einem dritten Schritt wollen wir dann untersuchen, ob sich die – trotz der Vereinheitlichungsbemühungen auf internationaler oder Unionsebene – noch bestehenden Rechtsunterschiede, *auf den Binnenmarkt* urheberrechtlich geschützter Werke *tatsächlich auswirken*. Dies ist nur dann der Fall, wenn sie die Verwertung gegenständlich betreffen und wenn der jeweilige sachliche Bereich zum spezifischen Schutzgegenstand des Urheberrechts zählt, weil wie schon dargelegt⁷⁴⁶ ansonsten die unterschiedlichen nationalen Regelungen hinter die Verkehrsfreiheiten zurücktreten, unangewendet bleiben müssen und daher die Verkehrsfreiheiten nicht beeinträchtigen können. Gehört ein Bereich des Urheberrechts nicht zum spezifischen Gegenstand des Urheberrechts, hat er aber doch Auswirkungen auf die Wettbewerbsbedingungen, so können Unterschiede in diesem Rechtsbereich sich dann in erheblicher Weise auf den Binnenmarkt auswirken, wenn sie die Wettbewerbsbedingungen spürbar verzerren.⁷⁴⁷ Es muss also in diesem dritten Schritt geprüft werden, ob es sich bei den Rechtsbereichen, in denen Unterschiede bestehen, um solche handelt, die den *spezifischen Schutzgegenstand des Urheberrechts* betreffen oder die sich im Falle ihrer Unterschiedlichkeit erheblich – *spürbar* – *auf die Wettbewerbsbedingungen* in der Union *auswirken*.

Bei dem soeben beschriebenen Vorgehen müssen wir uns mit dem urheberrechtlichen *acquis* in der Union befassen, also die bisher erlassenen Richtlinien und ihre Umsetzung in nationales Recht untersuchen. Es liegt auf der Hand, dass eine solche *Untersuchung und eine damit verbundene Bewertung des acquis* hier nicht umfassend erfolgen kann. Die Forschung hat sich bereits umfassend mit dem *acquis* auseinandergesetzt und auf seine Schwachstellen

745 Hierzu oben, §8.

746 Oben, § 4.III.1.c)aa)bbb)(1)(b).

747 Oben, § 4.III.1.c)aa)bbb)(2).

hingewiesen.⁷⁴⁸ Wir wollen uns daher hier auf zwei wesentliche Punkte beschränken. Wir wollen erstens untersuchen, ob sich der Unionsgesetzgeber bei seinen bisherigen Aktivitäten auf dem Feld des Urheberrechts in Bereichen des materiellen Urheberrechts bewegt hat, die die geforderte Binnenmarktrelevanz aufweisen. Zweitens sollen – und insofern kann nur exemplarisch vorgegangen werden – die Regelungen des *acquis* daraufhin untersucht werden, ob sie in ihrem jeweiligen Regelungsbereich ein Maß an Einheitlichkeit herbeigeführt haben, welches für die Schaffung eines Binnenmarktes erforderlich ist. Dies wird es ermöglichen, die Methode der Harmonisierung per Richtlinie einer fundierteren Kritik zu unterziehen, als sie allein aufgrund unserer allgemeinen Betrachtungen⁷⁴⁹ möglich war.

I. Schutzvoraussetzungen: Schutzgegenstand, Schutzwelle und Festlegungserfordernis

Beginnen wir mit der Untersuchung der Schutzvoraussetzungen des Urheberrechts.

1. Vereinheitlichung aufgrund internationaler Konventionen

Die internationalen Konventionen haben im Hinblick auf eine verbindliche Festlegung dessen, was durch das Urheberrecht zu schützen wäre, kaum Einheitlichkeit herbeigeführt, enthalten sie doch *keine allgemeine Definition des Werkes*, sondern begnügen sich mit einer beispielhaften Aufzählung von geschützten Werkkategorien,⁷⁵⁰ auch wenn sich der Entstehungsgeschichte der Werkkataloge mitunter Folgerungen im Hinblick auf die Grundidee davon ent-

748 Vgl. nur die umfassende Untersuchung des *acquis* bei Dietz, *Urheberrecht in der EG* und Walter, *Europäisches Urheberrecht*. In jüngerer Zeit Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel, *Recasting of Copyright* und Derclaye, *Research Handbook*.

749 Oben, §8.

750 Vgl. etwa Art. 2 und 2 bis RBÜ. Vgl. Hilty, IIC 2004, 760, 771; Ginsburg, 41 J. Copyr. Soc. (1994), 327. Ausführlich zur RBÜ Aplin, *Subject Matter*, 49 ff.

nehmen lassen, was nach den Konventionen zu schützen ist.⁷⁵¹ Auch die beispielhaft genannten Werkkategorien selbst werden nicht definiert.⁷⁵²

Da eine allgemeine Definition des Werkes fehlt, wird auch *keine Schutzwelle* festgelegt, die ein zu schützendes Werk überschreiten muss.⁷⁵³ Art. 5 WCT und Art. 10 Abs. 2 TRIPS enthalten immerhin eine Vorgabe für den urheberrechtlichen Schutz von Datenbanken, wonach diese geschützt werden, wenn sie „geistige Schöpfungen“ bilden.⁷⁵⁴

Im Bereich der für den urheberrechtlichen Schutz zu überschreitenden Schutzwelle und des hierfür erforderlichen Maßes an Originalität treten wegen der fehlenden Präzisierung auf internationaler Ebene die unterschiedlichen Urheberrechtsphilosophien von copyright- und droit-d’auteur-System besonders deutlich hervor.⁷⁵⁵ In beiden Urheberrechtstraditionen setzt der Werkbegriff und somit der urheberrechtliche Schutz das Überschreiten einer gewissen Schutzwelle voraus. Jedoch gehen sie in der Entscheidung, wann diese Originalität gegeben ist, weit auseinander.⁷⁵⁶ Während im Copyright-System nur vorausgesetzt wird, dass das Werk original in dem Sinne ist, dass es auf die Fähigkeiten und die Mühe (skill and labour) des Urhebers zurückgeht und nicht bloß kopiert, nachgeahmt wurde, verlangt das droit-d’auteur-System darüber hinaus, dass das Werk ein gewisses Maß an Kreativität erreicht, sodass sich die Persönlichkeit des Urhebers darin widerspiegelt.⁷⁵⁷ Dieser recht erhebliche Gegensatz, der zum Teil als ein Hauptunterschied zwischen copyright und droit d’auteur gesehen wird,⁷⁵⁸ erschwert eine Harmonisierung und auch die Schaffung eines Einheitsrechts, muss doch in beiden Fällen eine Lösung gefunden werden, die die Gegensätze dieser Rechtstraditionen zu überbrücken geeignet ist.

751 Vgl. hierzu ausführlich *Ricketson*, Columbia VLA J. L. & the Arts 16 (1991), 1, 11 ff.

752 *Aplin*, Subject Matter, 50, weist auf die Gefahr unterschiedlicher Interpretationen durch die Verbandsstaaten hin.

753 Vgl. *Schulze*, GRUR 2009, 1019, 1020. Kritisch im Hinblick auf unterschiedliche Auslegungen in den Verbandsstaaten der RBÜ *Aplin*, Subject Matter, 54.

754 Vgl. hierzu auch *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 33, die von einer entsprechenden Festlegung auch für Computerprogramme ausgehen.

755 Ausführlich hierzu *Casas Vallés*, The requirement of originality, 109 ff., mit Hinweis auf die unterschiedlichen gedanklichen Grundlagen beider Systeme. Vgl. auch *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 216.

756 Vgl. *Loewenheim*, AIDA 1994, 161, 164.

757 Vgl. *Loewenheim*, AIDA 1994, 161, 164 f.

758 *Loewenheim*, AIDA 1994, 161, 165.

2. Vereinheitlichung innerhalb der Europäischen Union

Der *acquis communautaire* hat sich mit dem urheberrechtlichen Schutzgegenstand im allgemeinen nicht befasst.⁷⁵⁹ Er verwendet zwar den Werkbegriff, enthält aber *keine allgemeine Definition des urheberrechtlichen Werkes*.⁷⁶⁰

Bestimmte Schutzgegenstände haben immerhin eine gewisse *Konkretisierung* im Hinblick auf das geforderte *Originalitätsniveau* erfahren.

So enthält die Computerprogrammrichtlinie zwar keine Definition des Computerprogramms,⁷⁶¹ beinhaltet jedoch für diesen Schutzgegenstand eine wichti-

759 *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 33; *Benabou*, Droit d'auteur et droit communautaire, Rn. 613.

760 *Riesenhuber*, Der Schutzgegenstand und die Rechtsinhaber, 125; *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 41.

761 *Benabou*, Droit d'auteur et droit communautaire, Rn. 398 ff. Hinweise darauf, wie der Begriff auszulegen ist, lassen sich aber sowohl der Entstehungsgeschichte als auch einzelnen Erwägungsgründen der Richtlinie entnehmen. Vgl. Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Umsetzung und die Auswirkungen der Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, KOM (2000)199, 9; *Lesshaft/Ulmer*, CR 1991, 519, 522. So enthielt etwa schon das Grünbuch Urheberrecht und die technologische Herausforderung eine vorläufige Definition des Computerprogramms; vgl. Grünbuch über Urheberrecht und die technologische Herausforderung – Urheberrechtsfragen, die sofortiges Handeln erfordern, KOM (88) 172, Rn. 5.1.1. Erwägungsgrund 7 der Computerprogrammrichtlinie gibt immerhin den Hinweis, dass der Begriff Programme in jeder Form umfasse, auch wenn diese in Hardware integriert seien, sowie das Entwurfsmaterial für die Entwicklung eines Programms. Art. 1 Abs. 2 CPRL bestimmt, dass die einem Computerprogramm zugrundeliegenden Ideen nicht vom Schutzbereich der Richtlinie erfasst sind. *Dreier*, CR 1991, 577, 578, weist allerdings darauf hin, dass sich die Abgrenzung der Ideen und Grundsätze vom eigentlichen Computerprogramm mitunter schwierig gestalten kann.

Das Fehlen einer Definition des Computerprogramms lässt sich zum Teil sicher damit erklären, dass der Unionsgesetzgeber wie jeder andere Gesetzgeber Materien wie den Softwareschutz, die schnellen Entwicklungen unterliegen, flexibel regeln können muss. Angesichts der dynamischen Entwicklung des Softwaresektors hätte eine allzu starre Beschreibung des Schutzgegenstandes womöglich schon bald Änderungen bedurft. Scharfe Kritik an der Entscheidung der Unionsorgane, die genaue Definition des Schutzgegenstandes der Rechtsprechung zu überlassen, erscheint daher wohl nicht angebracht. Auch *Lesshaft/Ulmer*, CR 1991, 519, 522, führen das Fehlen einer Definition des Computerprogramms auf die sich schnell entwickelnde Technik in diesem Bereich zurück. Die Kommission kommt in ihrem Bericht zur Computerprogrammrichtlinie auch zu dem Ergebnis, dass die fehlende Definition des Begriffs nur geringfügige Schwierigkeiten verursache und kein Tätigwerden der Union erfordere. Vgl. Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Um-

ge Konkretisierung im Hinblick auf die für die Schutzzfähigkeit erforderliche Kreativitätshöhe. Art. 1 Abs. 3 CPRL bestimmt, dass Computerprogramme geschützt werden, wenn sie *individuelle Werke im Sinne einer eigenen geistigen Schöpfung* darstellen.⁷⁶² Während der ursprüngliche Richtlinienvorschlag im Hinblick auf die Schutzvoraussetzungen insgesamt noch auf die allgemeinen – nationalen – Bestimmungen für Werke der Literatur verwies,⁷⁶³ ist die letztlich in Kraft getretene Fassung der Richtlinie also von dem Wunsch geprägt, die insofern z.T. unvereinbaren Vorgaben der Mitgliedstaaten zu vereinheitlichen.⁷⁶⁴

Die Datenbankrichtlinie knüpft bei der Bestimmung der für den urheberrechtlichen Schutz von Datenbanken⁷⁶⁵ erforderlichen Kreativitätshöhe an die Formulierung der Computerprogrammrichtlinie an.⁷⁶⁶ Nach Art. 3 Abs. 1 DBRL, der wiederum eine einheitliche Festlegung der Schutzwel-

setzung und die Auswirkungen der Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, KOM (2000)199, 22. Hierzu auch *Aplin*, Subject Matter, 63 ff.

762 *Aplin*, Subject Matter, 59, sieht hierin die einzige wirklich harmonisierende Wirkung der Computerprogrammrichtlinie hinsichtlich des Schutzgegenstandes.

763 Vgl. hierzu *Lesshaft/Ulmer*, CR 1991, 519, 523.

764 *Benabou*, Droit d'auteur et droit communautaire, Rn. 406. Zu den bis dato unterschiedlichen Anforderungen der Mitgliedstaaten an die Schöpfungshöhe für Computerprogramme vgl. *Lesshaft/Ulmer*, CR 1991, 519, 520. Der Bestimmung der erforderlichen Schöpfungshöhe liegt wohl insbesondere die Absicht des Richtliniengebers zugrunde, die in Deutschland vom BGH verlangten hohen Anforderungen an ein zu schützendes Computerprogramm herabzusetzen. Hierzu *Dreier*, CR 1991, 577, 578. *Erdmann/Bornkamm*, GRUR 1991, 877, 877 f., weisen darauf hin, dass die Formulierung in Art. 1 Abs. 3 S. 1 CPRL nahezu wörtlich mit der deutschen Definition des urheberrechtlichen Werkes übereinstimme, die eigentliche Einschränkung erfolge daher erst in S. 2 wonach keine anderen Kriterien heranzuziehen seien. *Jehoram*, IIC 1994, 821, 829, meint, die besonderen Voraussetzungen für den Urheberschutz von Computerprogrammen in Deutschland seien der eigentliche fundamentale Unterschied im Softwareschutz in der Union gewesen.

765 Die Schutzgegenstandskategorie der Datenbanken wird im *acquis* präziser gefasst als die der Computerprogramme. Die Definition in Art. 1 Abs. 2 DBRL enthält recht detaillierte Vorgaben, die zu ihrer Konkretisierung herangezogen werden können. Hierzu von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 DBRL Rn. 4 ff.; *Cornish*, Columbia VLA J. L. & the Arts 21/1 (1996), 1, 4 f. Vgl. auch *Aplin*, Subject Matter, 59 f., und *Benabou*, Droit d'auteur et droit communautaire, Rn. 403 f., die auf Schwächen der Definition hinweisen.

Zusätzliche Präzisierungen liefert ErwG 17 DBRL. Hierzu *Berger*, GRUR 1997, 169, 170; *Aplin*, Subject Matter, 59.

766 *Dreier*, GRUR Int. 1992, 739, 741; *Benabou*, Droit d'auteur et droit communautaire, Rn. 407.

le bezweckt,⁷⁶⁷ werden Datenbanken geschützt, wenn sie aufgrund der Auswahl oder Anordnung des Stoffes eine eigene geistige Schöpfung ihres Urhebers darstellen. Andere Kriterien dürfen nicht herangezogen werden, nach ErwG 16 DBRL darf insbesondere die Qualität oder der ästhetische Wert der Datenbank keine Rolle spielen.⁷⁶⁸

Für Fotografien greift die Schutzdauerrichtlinie die Formel von der eigenen geistigen Schöpfung ebenfalls auf.⁷⁶⁹ Art. 6 SDRL (entspricht Art. 6 SDRL-1993) bestimmt, dass Fotografien, die individuelle Werke im Sinne einer eigenen geistigen Schöpfung darstellen, urheberrechtlich geschützt werden müssen.⁷⁷⁰ Gemäß ErwG 17 SDRL-1993 muss jedoch die Persönlichkeit des Urhebers in der Fotografie zum Ausdruck kommen, was stark an die kontinentalen Schutzvoraussetzungen für urheberrechtliche Werke erinnert.⁷⁷¹

Zwar mag die Frage berechtigt erscheinen, ob bei Fotografien letztlich dieselben Maßstäbe an die Schutzvoraussetzungen angelegt werden können wie bei Software und bei Datenbanken. Unglücklich erscheint es aber, wenn im Richtlinien-text dieselbe Formulierung gewählt wird, mit dieser aber zumindest in Nuancen anderes gemeint ist. Hier wird die schon angesprochene Schwäche des urheberrechtlichen *acquis* deutlich, dass ein sequentielles Vorgehen bei der Harmonisierung – hier: getrennt nach Werkarten – Unsicherheiten produzieren kann.⁷⁷²

767 Gerade hinsichtlich der Datenbanken bestanden zuvor erhebliche Diskrepanzen hinsichtlich der urheberrechtlichen Schutzanforderungen. Vgl. *Gaster*, CR 1997, 669, 672. *Hughes/Weightman*, EIPR 1992, 147, 147, meinen, der größte Unterschied im urheberrechtlichen Schutz von Datenbanken liege in der Bestimmung der Originalität. Zu den Modalitäten des Datenbankschutzes in Deutschland vor Erlass der Richtlinie *Berger*, GRUR 1997, 169, 170.

768 Hierzu *Gaster*, ÖSGRUM 19/1996, 15, 20.

769 *Maier*, RMUE 2/1994, 49, 73 f.; *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 SDRL Rn. 12 und Art. 6 SDRL Rn. 2.

770 Vor Inkrafttreten der Richtlinie waren die Voraussetzungen für den Schutz von Fotografien in den Mitgliedstaaten recht unterschiedlich geregelt, worauf auch ErwG 17 SDRL-1993 verweist. Hierzu auch *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 SDRL Rn. 12. Je nach dem, ob eine nationale Rechtsordnung einen ergänzenden Leistungsschutz für Fotografien vorsah, wurden an einen urheberrechtlichen Schutz strengere oder weniger strenge Anforderungen an die Originalität gestellt. Hierzu *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 6 SDRL Rn. 4, 7 ff.

771 *Dietz*, GRUR Int. 1995, 670, 677, hegt daher Zweifel an einer Absenkung des kontinentalen Schutzstandards durch die Richtlinie. Andererseits glaubt *Maier*, RMUE 2/1994, 49, 73 f., nicht, dass eine von einem menschlichen Schöpfer geschaffene Fotografie die Schutzkriterien der Richtlinie nicht erfüllen kann.

772 Hierzu allgemein oben, § 8.I.2.f)aa).

Zwar legen die Computerprogramm-, Datenbank- und Schutzdauerrichtlinie die Kreativitätshöhe nur für jeweils einzelne Schutzgegenstände fest. Jedoch spricht das wiederholte Aufgreifen der Formel von der eigenen geistigen Schöpfung im *acquis* sowie ihr Kompromisscharakter dafür, dass sich diese Festlegung bei einer späteren horizontalen Regelung der Schutzvoraussetzungen für alle Werkarten durchsetzen könnte.⁷⁷³ Wenn der Richtliniengeber auf das Kriterium der Originalität bzw. Individualität abstellt und eine eigene geistige Schöpfung verlangt, dann stellt dies einen Mittelweg zwischen der im copyright gültigen Schutzvoraussetzung dar, wonach ein zu schützendes Werk nicht die bloße Kopie eines anderen sein darf, und dem *droit-d'auteur*-Ansatz, der eine mehr oder weniger stark ausgeprägte Spiegelung der Schöpferpersönlichkeit, eine besondere Eigenart des Werkes verlangt. Der Gegensatz zwischen *droit d'auteur* und copyright kann also möglicherweise nicht nur für einzelne Schutzgegenstände überwunden werden.

Der EuGH scheint den Richtlinien jedenfalls ein allgemeingültiges Kreativitätsniveau entnehmen zu wollen, hat er doch in einer jüngeren Entscheidung ausgeführt, „Werke *wie* Computerprogramme, Datenbanken oder Fotografien“ seien „nur urheberrechtlich geschützt, wenn sie Originale in dem Sinne sind, dass es sich bei ihnen um eine eigene geistige Schöpfung ihres Urhebers“ handle.⁷⁷⁴

Einstweilen bleibt es aber bei dem Befund, dass eine einheitliche Festlegung dessen, was urheberrechtlich zu schützen ist, auf Unionsebene fehlt. Wir wollen nun untersuchen, ob sich die hieraus resultierenden Rechtsunterschiede auch auf den Binnenmarkt auswirken.

773 In diesem Sinne *Benabou*, *Droit d'auteur et droit communautaire*, Rn. 409 und 859, die im Schutzgegenstand schon das erste Element eines echten Unionsurheberrechts erkennt.

Vgl. auch zur Computerprogrammrichtlinie *Wiebe*, CR 1996, 198, 201; *Lesshaft/Ulmer*, CR 1991, 519, 524. *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 CPRL Rn. 13 ff., weist auf den Kompromisscharakter der Richtlinie hin, sieht aber eine deutliche Tendenz hin zum copyright-Ansatz.

Zur Datenbankrichtlinie *Jehoram*, IIC 1994, 821, 829; von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 3 DBRL Rn. 8 f.; *Gaster*, ÖSGRUM 19/1996, 15, 20.

Hinsichtlich Fotografien *Maier*, RMUE 2/1994, 49, 74.

Skeptisch hinsichtlich der Bedeutung der eigenen geistigen Schöpfung für eine horizontale Regelung *Schack*, ZGE 2009, 275, 277.

774 EuGH, 16.7.2009, Rs. 5/08, Slg. 2009, I-6569 – *Infopaq*, Rn. 35. Kritisch hierzu *Schulze*, GRUR 2009, 1019, 1020.

3. Auswirkungen der Rechtsunterschiede auf den Binnenmarkt

Die Schutzvoraussetzungen eröffnen in Bezug auf einen möglicherweise zu schützenden Gegenstand den Anwendungsbereich des Urheberrechts. Erst die Qualifikation eines Gegenstandes als ein Werk im Sinne des Urheberrechts führt dazu, dass dem Urheber die urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte überhaupt zustehen.

a) Theoretische Wirkung von unterschiedlichen Schutzvoraussetzungen auf die Verwertung

Wie sich Unterschiede in den Schutzvoraussetzungen zumindest theoretisch auf den Binnenmarkt auswirken können, erhellt daher unmittelbar: Wenn in einem Mitgliedstaat ein Gegenstand als urheberrechtliches Werk geschützt wird, in einem anderen aber nicht, sind etwa Verwertungsvorgänge in dem einen Land zustimmungsbedürftig, in dem anderen aber nicht.⁷⁷⁵ Hieraus ergeben sich Beeinträchtigungen der Verkehrsfreiheiten etwa dann, wenn der in Rede stehende Gegenstand in dem Land, in welchem er nicht geschützt wird, hergestellt (vielfältigt) und in Verkehr gebracht (verbreitet) wird und dann in dem Land, in welchem er urheberrechtlichen Schutz genießt, ebenfalls urheberrechtlich relevante Vorgänge wie etwa eine Verbreitung vorgenommen werden sollen. Die Unterschiede in den Schutzvoraussetzungen können so aufgrund der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsbefugnisse zu Zugangshindernissen zu den nationalen Verwertungsmärkten führen.⁷⁷⁶

b) Praktische Relevanz unterschiedlicher Schutzvoraussetzungen für die Verwertung

Allerdings stellt sich die Frage, ob die bestehenden Unterschiede in den Urheberrechtsordnungen der Mitgliedstaaten den Binnenmarkt auch nicht nur theoretisch, sondern auch tatsächlich beeinträchtigen. Trotz der unterschiedli-

⁷⁷⁵ Hilty, IIC 2004, 760, 772.

⁷⁷⁶ Vgl. Jehoram, GRUR Int. 2006, 920, 922. Walter, Updating and Consolidation of the Acquis, 5, sieht wegen der Uneinheitlichkeit des Kreativitätserfordernisses daher die Gefahr „erheblicher Hindernisse“ („serious obstacles“) für die Verkehrsfreiheiten.

chen Ausgangspunkte gelangen die nationalen Urheberrechte bei der Entscheidung über die Schutzfähigkeit eines Objektes oftmals zu sehr ähnlichen Ergebnissen.⁷⁷⁷ Zum Teil heißt es, es gebe kaum ernstzunehmende Unterschiede im Hinblick auf den Schutzgegenstand des Urheberrechts.⁷⁷⁸ Auch wird von manchen auf diesem Feld eine Annäherung zwischen *droit-d'auteur*- und copyright-Konzept in ihrer praktischen Anwendung beobachtet, weil einerseits das *droit-d'auteur*-System seinen Kreativitätsstandard absenke, andererseits das copyright-System Elemente der qualitativen Einschätzung eines Werkes eingeführt habe.⁷⁷⁹

Und doch gibt es Bereiche, in denen die unterschiedlichen Rechtsordnungen zu unterschiedlichen praktischen Ergebnissen gelangen, insbesondere wenn es um neuartige oder untypische Schutzgegenstände geht.⁷⁸⁰

Hier kann es schon zu Schwierigkeiten kommen, wenn solche Schutzgegenstände in bestehende Werkkategorien eingeordnet werden müssen. Mit der Einordnung von Werken in eine bestimmte Kategorie können nicht unbedeutende rechtliche Folgen verbunden sein. In Rechtsordnungen, die sich wie die britische eines abschließenden Katalogs geschützter Werkkategorien bedienen, entscheidet die Einordnungsmöglichkeit in eine solche Kategorie sogar letztlich über die Gewährung des Urheberrechtsschutzes schlechthin. So kommt es, dass gerade ungewöhnliche Schutzgegenstände von den unterschiedlichen Rechtsordnungen unterschiedlich qualifiziert werden. Die französische Cour de cassation hat etwa den Urheberrechtsschutz für Parfums abgelehnt, wohingegen der niederländische Hoge Raad ihn ohne Umschweife bejaht hat.⁷⁸¹ Da das britische Urheberrecht sich eines abschließenden Katalogs von Werkkategorien bedient, in dem Düfte nicht vorkommen, wäre ein urheberrechtlicher Schutz in Großbritannien wohl nicht möglich.⁷⁸²

777 Casas Vallés, The requirement of originality, 119 f.

778 Die Kommission bezeichnet daher solche Unterschiede als eher theoretische Hindernisse einer europaweiten Verwertung, vgl. Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, SEC (2004) 995, 14.

779 Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel, Recasting of Copyright, 37 f. Hierzu auch Casas Vallés, The requirement of originality, 111 ff., mit Beispielen aus der Rechtsprechung.

780 Vgl. Dreier, Geschützte Werke, 18.

781 Vgl. C.cass., 13.6.2006 GRUR Int., 2006, 951 – *Bsiri-Barbir .J. Haarmann et Reime* und andererseits Hoge Raad, 16.6.2006 GRUR Int., 2006, 951 – *Trésor II*. Zu beiden Entscheidungen *Latreille*, From idea to fixation, 141 f.

782 *Latreille*, From idea to fixation, 142.

Dass solche Unterschiede nicht etwa nur in Randbereichen des Urheberrechts relevant werden, hat der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen offenbart. Hier war es nicht die Einordnung in Werkkategorien, die größere Schwierigkeiten bereitete, sondern vor allem eine unterschiedliche Konzeption der Schöpfungshöhe in den Mitgliedstaaten.⁷⁸³ Erst die Computerprogrammrichtlinie hat hier eine Harmonisierung bewirkt.

Auch die *Magill*-Entscheidung⁷⁸⁴, in der der EuGH die Weigerung von Sendeunternehmen, ihre Programmgestaltung einer unabhängigen Fernsehzeitschrift vorab mitzuteilen, als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Art. 102 AEUV (Art. 82 EGV) qualifizierte, fußt letztlich weniger auf einem kartellrechtlichen als vielmehr auf dem urheberrechtlichen Problem unterschiedlicher Konzeptionen der Schöpfungshöhe in den Mitgliedstaaten. Dass die bloße Information über den Programmablauf nach irischem und britischem Recht urheberrechtlich geschützt wird, wurde in den Reaktionen auf den *Magill*-Fall in der Wissenschaft als „töricht“⁷⁸⁵, gar als „Perversion des Urheberrechts“⁷⁸⁶ bezeichnet. Unabhängig von den Problemen, die sich aus einem zu großzügig gewährten Urheberrechtsschutz schon auf nationaler Ebene ergeben, und unabhängig von der Überlegung, dass ein einheitlicher europäischer Schutzstandard geeignet sein könnte, innovationsschädlichen „Überschutz“ zu verhindern,⁷⁸⁷ ist unter Binnenmarktgesichtspunkten entscheidend, dass urheberrechtlicher Schutz hier in einem Mitgliedstaat für solche Gegenstände gewährt wurde, die in keinem anderen europäischen Land geschützt worden wä-

783 Hierzu schon oben, § 9.I.2.

Auch nach der Entscheidung auf internationaler Ebene, Software urheberrechtlich zu schützen, haben die Mitgliedstaaten zunächst sehr unterschiedliche Anforderungen an die zu schützende Software gestellt. Zu den verschiedenen Ansätzen, Computerprogramme rechtlich zu schützen, bevor sich der urheberrechtliche Schutz durchsetzte, *Aplin*, Subject Matter, 51 ff.

Insbesondere der BGH verlangte eine über das handwerkliche Können des durchschnittlichen Programmierers deutlich hinausgehende schöpferische Leistung, um einer Software urheberrechtlichen Schutz zu gewähren. Vgl. BGH, 9.5.1985 GRUR Int., 1985, 1041–1049 – *Inkassoprogramm*, 1047 f. Hierzu *Casas Vallés*, The requirement of originality, 120; *Nordemann*, Veränderung der Prinzipien des nationalen Urheberrechts, 44 f.; *Drexl*, What Is Protected in a Computer Program, 96 f.

784 EuGH, 6.4.1995, Verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P2, Slg. 1995, I-743 – *Magill*. Hierzu *Drexl*, Creators' Intellectual Property in the Free Market, 35.

785 *Jehoram/Mortelmans*, GRUR Int. 1997, 11, 12.

786 *Desurmont*, RIDA 151 (1992), 216, 250, 254.

787 Hierzu *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 15 ff.

ren.⁷⁸⁸ Aus unterschiedlichen Anforderungen an die Kreativitätshöhe eines zu schützenden Werkes können sich also auch in der Praxis unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen, wenn nicht auch Beeinträchtigungen der Verkehrsfreiheiten ergeben.

Dem lässt sich kaum entgegenhalten, dass die Unterschiede hinsichtlich der Schutzvoraussetzungen deshalb nicht zum Tragen kommen sollen, weil Werke kaum die Grenzen eines Landes überschreiten.⁷⁸⁹ Beispiele aus der jüngeren Rechtsprechung zeigen, dass es auch in der Praxis zu grenzüberschreitenden Vorgängen kommt, bei denen sich aus den unterschiedlichen Schutzvoraussetzungen Schwierigkeiten ergeben, und es sich daher keinesfalls nur um ein theoretisches Problem handelt. Der BGH und auf dessen Vorlagefrage hin auch der EuGH hatten sich in jüngerer Zeit etwa mit einem Fall zu befassen, in welchem die in Rede stehenden Möbel in Deutschland urheberrechtlichen Schutz genossen, in Italien aber nicht. Der BGH warf die Frage auf, ob die Warenverkehrsfreiheit der Ausübung des nationalen deutschen Urheberrechts entgegenstehe, wenn in dem Land, in dem die Möbel hergestellt und in Verkehr gebracht worden waren, kein Urheberrechtsschutz bestehe.⁷⁹⁰ Der EuGH musste zu dieser Frage keine Stellung beziehen, da er schon keine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung erkennen konnte.⁷⁹¹ Bedenkt man aber, dass die grenzüberschreitende Verwertung von Werken in Zukunft noch zunehmen wird,⁷⁹² steht eher eine Verschärfung der Problematik zu erwarten als eine Entspannung. Ein Bedürfnis nach Einheitlichkeit besteht deshalb auch nicht nur für diejenigen Schutzgegenstände, die schon einen „supranationalen Markt“⁷⁹³ haben und daher schon bis zu einem gewissen Grade harmonisiert wurden, sondern für alle Werkkategorien.⁷⁹⁴

Wenn darauf hingewiesen wird, dass aufgrund der schon erfolgten Harmonisierung für bestimmte Werkkategorien keine praktischen Probleme in der Union mehr bestünden,⁷⁹⁵ so muss dem entgegen gehalten werden, dass eine schon erfolgte Harmonisierung in einem materiellen Bereich des Urheberrechts eher

788 Hilty, IIC 2004, 760, 772.

789 So aber *Casas Vallés*, The requirement of originality, 119.

790 Vgl. die zweite Vorlagefrage in BGH, 5.10.2006 GRUR Int., 2007, 74 – *Le Corbusier-Möbel*.

791 Vgl. EuGH, 17.4.2008, Rs. C-456/06, Slg. 2008, I-2731 – *Le Corbusier*, Rn. 22 und 42.

792 Hierzu oben, § 4.III.1.c)aa)aaa).

793 *Casas Vallés*, The requirement of originality, 120.

794 Im Ergebnis ebenso *Casas Vallés*, The requirement of originality, 130 ff.

795 So *Casas Vallés*, The requirement of originality, 120.

dafür spricht, dass ein Einheitsurheberrecht in der Union auch diesen Bereich erfassen sollte, als dagegen.⁷⁹⁶ Denn hätte dieser Bereich keine Binnenmarktrelevanz, wäre eine Harmonisierung nicht notwendig gewesen.

Geht man davon aus, dass die Tendenz der Rechteinhaber, die Beanspruchung urheberrechtlichen Schutzes für eigentlich banale, jedenfalls aber unklassische Schutzgegenstände wie Verpackungen, Logos oder Etiketten⁷⁹⁷ in ihre Schutzrechtsstrategie aufzunehmen,⁷⁹⁸ künftig noch zunehmen wird, dann kann an der wirtschaftlichen Bedeutung einer einheitlichen Einordnung potentieller Schutzobjekte und einer unionsweit einheitlichen Anlegung gleicher Schutzwerten kein Zweifel bestehen. Dieses Bedürfnis betrifft dabei nicht nur einzelne Werkkategorien, sondern – in unterschiedlicher Dringlichkeit – letztlich alle Werkarten.⁷⁹⁹ Es wäre in der Tat auch überraschend, wenn die Schutzvoraussetzungen bei der Harmonisierung des Urheberrechts problemlos vernachlässigt werden könnten, wenn sie doch bisher eine zentrale Rolle bei der Vereinheitlichung aller anderen Schutzrechte des Geistigen Eigentums gespielt haben.⁸⁰⁰

4. Zwischenergebnis zu den Schutzvoraussetzungen

Weil der urheberrechtliche *acquis* nur für einige wenige Schutzgegenstände eine Harmonisierung im Hinblick auf die Schutzvoraussetzungen herbeigeführt hat, unterscheiden sich die nationalen Urheberrechtsordnungen in diesem Punkt nicht unerheblich. Unterschiedliche Qualifikationsvoraussetzungen für die Gewährung des urheberrechtlichen Schutzes können dazu führen, dass ein und derselbe Gegenstand in manchen Mitgliedstaaten geschützt wird, in anderen dagegen nicht. Wie Beispiele aus der Rechtsprechung verdeutlichen, wirken sich diese Unterschiede nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch vollumfänglich auf den Binnenmarkt aus.

Angesichts der praktischen Relevanz der Schutzvoraussetzungen für den Binnenmarkt ist es daher zu bedauern, dass sich der urheberrechtliche *acquis* bisher nur in wenigen Teilbereichen des Urheberrechts mit diesen befasst hat.

796 Vgl. schon oben, §9.

797 Vgl. hierzu EuGH, 4.11.1997, Rs. C-337/95, Slg. 1997, I-6013 – *Dior ./. Evora*.

798 In diesem Sinne *Kur*, GRUR Int. 1999, 24, 26.

799 So auch *Hilty*, Entwicklungsperspektiven, 170 f.; *Aplin*, Subject Matter, 54.

800 *Hilty*, Entwicklungsperspektiven, 170, der eine Einbeziehung der Schutzvoraussetzungen daher auch für unabdingbar hält.

Auch ein Unionsurheberrecht muss aus diesen Gründen auf jeden Fall eine Definition seines Schutzgutes erhalten.⁸⁰¹

II. Rechtsinhaberschaft

1. (Fehlende) Vereinheitlichung aufgrund internationaler Konventionen

Die internationalen Konventionen enthalten keine zwingenden Vorgaben im Hinblick auf die Zuweisung der Rechtsinhaberschaft an urheberrechtlich geschützten Werken.⁸⁰²

Zwar gibt es nicht unerhebliche Argumente, die für eine Festlegung der RBÜ zumindest dem Geiste nach auf das Schöpferprinzip sprechen.⁸⁰³ So heißt es, schon die Berechnung der urheberrechtlichen Schutzfrist nach der Lebensdauer des Urhebers mache nur Sinn, wenn man auf den menschlichen Schöpfer abstelle, nicht aber, wenn auch eine juristische Person maßgeblich sein könne. Gleiches gelte für die Tatsache, dass nach der RBÜ auch das Urheberpersönlichkeitsrecht geschützt werde. Dass nach Art. 14 bis RBÜ die Mitgliedstaaten bestimmen könnten, wer der Urheber eines Filmwerkes ist, sei unzweifelhaft eine Ausnahmeregelung zum Schöpferprinzip, welches im Übrigen der Konvention zugrunde liege.

Nichtsdestotrotz bleibt es bei dem Befund, dass es an einer eindeutigen Festlegung des Urhebers in der RBÜ fehlt. Eine entsprechende Definition wurde auch gerade deshalb vermieden, weil so die unterschiedlichen Konzeptionen der Verbandsländer in den Rahmen der RBÜ miteinbezogen werden konnten.⁸⁰⁴

801 So auch *Hilty*, IIC 2004, 760, 772; wohl auch *Riesenhuber*, Der Schutzgegenstand und die Rechtsinhaber, 152, der auf die Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten verweist; *Dreier*, Geschützte Werke, 25, sieht in der Festlegung der Schutzvoraussetzungen ein „Kernstück“ eines Europäischen Urheberrechts. Auch *Gronau*, Europäisches Urheberrecht, 77, fordert eine allgemeine Definition des Werkes durch den Unionsgesetzgeber. Vgl. auch *Schack*, ZGE 2009, 275, 286, *passim*.

802 *Ginsburg*, GRUR Int. 2000, 97, 104. Vgl. auch Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, SEC (2004) 995, 14.

803 Hierzu ausführlich *Ricketson*, Columbia VLA J. L. & the Arts 16 (1991), 1, 11 ff.

804 *Asmus*, Urheberpersönlichkeitsrecht in Europa, 46.

Die RBÜ erlaubt es also den Vertragsstaaten, die erste Inhaberschaft des Urheberrechts autonom zu bestimmen.⁸⁰⁵

Es ist daher nicht verwunderlich, dass die Urheberrechte der Verbandsstaaten in der Festlegung des originären Rechtsinhabers differieren. Solche Unterschiede kommen vor allem in zwei Konstellationen vor: der des im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geschaffenen Werkes und der des von mehreren Schöpfern geschaffenen Werkes.

a) Unterschiedliche Einordnung von Werken im Rahmen von Arbeitsverhältnissen

Nach dem copyright-Ansatz ist bei einem im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geschaffenen Werk der Arbeitgeber der originäre Rechteinhaber.⁸⁰⁶ Dies steht aber in fundamentalem Gegensatz zum Schöpferprinzip des *droit d'auteur*-Urheberrechts, wonach nur derjenige Urheber sein kann, der selbst die persönliche geistige Schöpfung erbracht hat.⁸⁰⁷ Ähnlich wie bei der Schöpfungshöhe tritt hier der Gegensatz von copyright und *droit d'auteur* stark hervor,⁸⁰⁸ was wenig überrascht: sieht man das Urheberrecht als einen Ausdruck der Urheberpersönlichkeit, liegt es nahe, dieses Urheberrecht auch möglichst eng an die Person des Schöpfers zu knüpfen; betont man dagegen die wirtschaftliche Bedeutung des Urheberrechts, liegt es nahe, dem Organisator des wirtschaftlichen Schaffensprozesses auch die Früchte dieser organisatorischen Leistung zukommen lassen zu wollen.⁸⁰⁹

Eine einheitliche Lösung der Frage der Rechtsinhaberschaft müsste diesen konzeptionellen Gegensatz zwischen copyright und *droit d'auteur* überbrücken, was allgemein für äußerst schwierig gehalten wird.⁸¹⁰ Aus diesem Grund setzen einige Stimmen gerade in der Frage der Rechtsinhaberschaft auf die Alternative zu einer Rechtsvereinheitlichung, also auf eine *kollisionsrechtliche Lösung*. Die Rechtsinhaberschaft solle sich nach dem Herkunftsland des Werkes rich-

805 Asmus, Urheberpersönlichkeitsrecht in Europa, 46, mit zahlreichen Nachweisen; zu Besonderheiten im Hinblick auf das Urheberpersönlichkeitsrecht vgl. unten, § 9.V.

806 Vgl. nur Cornish/Llewelyn, Intellectual Property, Rn. 13-05.

807 Vgl. nur Loewenheim in: Schricker/Loewenheim, § 7 UrhG Rn. 1.

808 Vgl. auch Katzenberger, Inhaber des Urheberrechts, 42.

809 Vgl. Loewenheim, AIDA 1994, 161, 166.

810 Dietz, Urheberrecht in der EG, Rn. 103; Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel, Recasting of Copyright, 31.

ten, einer Vereinheitlichung bedürfe es dann nicht.⁸¹¹ So reizvoll die Überlegung sein mag, die Rechtsinhaberschaft an einem Werk einheitlich nach dem Recht des Ursprungslandes zu bestimmen, vermag dieser Vorschlag jedoch gegenüber einer einheitlichen Lösung jedenfalls für die Europäische Union aus den schon besprochenen Gründen nicht zu überzeugen.⁸¹² Der vielfach geäußerte Vorschlag, Einheitlichkeit in dieser Frage auf kollisionsrechtlichem Wege zu erreichen, zeigt aber, dass in diesem Bereich des materiellen Urheberrechts ein besonders großes Bedürfnis nach Einheitlichkeit besteht.

Möglicherweise sind die Gegensätze zwischen *droit d'auteur* und copyright, die einer Vereinheitlichung in diesem Bereich entgegenstehen, aber gar nicht so schwer zu überbrücken. Ein wichtiger Grund für das Schöpferprinzip ist wie schon angedeutet die Überlegung, dass das Urheberpersönlichkeitsrecht nur dem Schöpfer zustehen kann und soll. Die Frage der Zuordnung der wirtschaftlichen Komponenten des Urheberrechts zum Schöpfer ist bei einem im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses tätigen Kreativen weniger dringlich, ist doch die Vergütung für seine Tätigkeit dann zumindest grundsätzlich gesichert. Lässt man die persönlichkeitsrechtliche Komponente außer Betracht und konzentriert sich auf die wirtschaftliche Seite des Urheberrechts, so scheinen deshalb die Gegensätze zwischen Copyright-Ansatz und *droit-d'auteur*-Urheberrecht nicht mehr so unüberbrückbar wie zuvor. Geht es um die Zuweisung der vermögensrechtlichen Komponente des Urheberrechts, scheint eine einheitliche Regelung der Rechtsinhaberschaft viel eher denkbar als im Hinblick auf die persönlichkeitsrechtliche.

Diese Überlegung ist allerdings nur dann sinnvoll, wenn man zu dem Ergebnis kommt, dass eine getrennte Regelung der wirtschaftlichen Komponente des Urheberrechts von der urheberpersönlichkeitsrechtlichen möglich und sinnvoll ist und dass darüber hinaus die urheberpersönlichkeitsrechtliche Komponente des Urheberrechts für die Verwertung des Werkes nicht entscheidend ist.⁸¹³ Hält man das Urheberpersönlichkeitsrecht für getrennt von den Verwertungsrechten regelbar, erscheint es nur konsequent, auch die Zuweisung des Urheberpersönlichkeitsrechts und der Verwertungsrechte getrennt voneinander zu regeln.

811 Ginsburg, GRUR Int. 2000, 97, 108; ausführlich *Klass*, GRUR Int. 2007, 373.

812 Vgl. hierzu ausführlich oben, § 7.IV., insbesondere § 7.IV.1.b)aa).

813 Hierzu unten, § 9.V.

b) Unterschiedliche Einordnung von Werken mehrerer Schöpfer

Auch bei Werken, die nicht aus der Hand eines einzigen Schöpfers stammen, kommen die nationalen Urheberrechte mitunter zu unterschiedlichen Ergebnissen, wer originärer Rechtsinhaber sein soll.

Die technische Entwicklung hat dazu geführt, dass heute ein großer Teil urheberrechtlich geschützter Werke nicht von einem einzelnen Kreativen – dem Schöpfer, dessen Leitbild die Konzeption der nationalen Urheberrechte traditionell bestimmt – geschaffen wird, sondern aus der Zusammenarbeit einer zum Teil kaum noch zu überschauenden Gruppe von Mitarbeitern hervorgeht.⁸¹⁴ Dies verleiht der Frage der Rechtsinhaberschaft in solchen Fällen besondere Aktualität.

Beteiligen sich mehrere Personen schöpferisch an der Schaffung eines Werkes, so sind verschiedene Varianten denkbar, wie sich diese Beiträge einordnen lassen.⁸¹⁵ Die Beiträge lassen sich zum einen als *selbständige Werke* betrachten, deren jeweiliger Rechteinhaber demnach derjenige ist, der den Beitrag geleistet hat. Denkbar erscheint aber auch, die Beiträge als *Teile eines einheitlichen Werkes* zu qualifizieren, an dem dann seinerseits ein Urheberrecht besteht. Dabei können die einzelnen Beiträge selbst Werkqualität haben oder nicht. Je nach dem, wie die Beiträge miteinander verknüpft sind, kann auch das einheitliche Gesamtwerk unterschiedlich qualifiziert werden (einheitliches Werk ohne Besonderheiten, Werk in Zusammenarbeit – *oeuvre de collaboration*, Kollektivwerk – *oeuvre collective*).

Die Frage, wann ein einziges einheitliches Werk vorliegt, wird von den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten unterschiedlich beantwortet. Nach einigen nationalen Urheberrechtsordnungen kommt es darauf an, ob sich die Beiträge der einzelnen Schöpfer noch identifizieren lassen (dann kein einheitliches Werk), andere Urheberrechtsordnungen stellen darauf ab, ob sich die Beiträge getrennt verwerten lassen oder ob es eine planmäßige Zusammenarbeit im Hinblick auf ein gemeinsames Ziel gegeben hat.⁸¹⁶

Die Einordnung als ein solches einheitliches Werk führt dazu, dass das Urheberrecht an dem Gesamtwerk den Schöpfern gemeinsam zusteht. Anders liegt der Fall aber bei Kollektivwerken, denn hier steht – trotz der Mitwirkung meh-

814 Hierzu *Salokannel/Strowell/Declaye*, *Moral rights*, 207.

815 Vgl. hierzu *Hugenholz/van Eechoud/van Gompel*, *Recasting of Copyright*, 141 f.; *Dietz*, *Urheberrecht in der EG*, Rn. 104 ff.

816 *Hugenholz/van Eechoud/van Gompel*, *Recasting of Copyright*, 142.

rerer Kreativer – das Urheberrecht einer Person, nämlich demjenigen zu, unter dessen Namen das Kollektivwerk veröffentlicht wurde. Einen Sonderfall stellt das verbundene Werk nach deutschem Urheberrecht dar. Hier haben mehrere Urheber an sich selbständiger Werke diese im Hinblick auf eine gemeinsame Verwertung verbunden, wodurch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts der beteiligten Schöpfer entsteht.⁸¹⁷

Besondere Regelungen gibt es zum Teil für Filmwerke. Hier unterscheiden sich die nationalen Regelungen im Hinblick auf die Zuweisung der Rechtsinhaberschaft stark.⁸¹⁸ Zum Teil steht das Urheberrecht originär dem Produzenten zu,⁸¹⁹ in anderen Staaten können getreu dem Schöpferprinzip nur die tatsächlich an der Filmherstellung Mitwirkenden Urheber sein,⁸²⁰ wobei wiederum erhebliche Divergenzen dahingehend bestehen, ob hierunter auch die Schöpfer vorbestehender Werke wie Drehbuchautor oder Komponist der Filmmusik fallen können.⁸²¹

c) Zwischenergebnis

Die Frage der originären Zuweisung der Rechtsinhaberschaft ist in den internationalen Konventionen nicht geregelt. Dies führt dazu, dass die nationalen Urheberrechte insbesondere bei Werken, die im Rahmen von Arbeitsverhältnissen oder von mehreren Personen geschaffen werden, zu unterschiedlichen Lösungen im Hinblick auf die Zuweisung der Rechtsinhaberschaft gelangen.

2. Vereinheitlichung innerhalb der Europäischen Union

Der urheberrechtliche *acquis* wendet sich der Frage der Rechtsinhaberschaft nicht im allgemeinen zu. Er enthält aber einzelne Vorgaben, deren Wirkung jedoch zumeist auf die jeweilige Richtlinie beschränkt bleibt. Hinzukommt, dass diese Vorgaben den Mitgliedstaaten oftmals große Abweichungsmöglichkeiten

817 *Loewenheim* in: *Schricker/Loewenheim*, § 9 UrhG Rn. 9 ff.

818 *Schack*, Urheberrecht, Rn. 1034.

819 *Dietz*, Urheberrecht in der EG, Rn. 123; für Großbritannien vgl. *Cornish/Llewelyn*, Intellectual Property, Rn. 13-10 und Tafel S. 418 ff.

820 *Dietz*, Urheberrecht in der EG, 124.

821 Vgl. *Schack*, Urheberrecht, Rn. 332 ff.; *Dietz*, Urheberrecht in der EG, Rn. 124.

belassen, was die rechtsvereinheitlichende Wirkung der Regelungen sehr in Frage stellt.

a) Besondere Regelungen der Rechtsinhaberschaft in der
Computerprogramm- und der Datenbankrichtlinie

Dies gilt zunächst für die Computerprogramm- und für die Datenbankrichtlinie.

Art. 2 Abs. 1 CPRL und Art. 4 Abs. 1 DBRL bestimmen jeweils nur mit Wirkung für den von ihnen geregelten Schutzgegenstand, dass das originäre Urheberrecht der oder den natürlichen Personen zusteht, die das Programm oder die Datenbank geschaffen haben. Damit beinhalten Computerprogramm- und Datenbankrichtlinie eine grundsätzliche Entscheidung für das Schöpferprinzip.⁸²² Diese Entscheidung wird jedoch in beiden Richtlinien sofort wieder eingeschränkt. Soweit die nationalen Urheberrechte die originäre Urheberschaft von juristischen Personen vorsehen, bleiben diese Vorschriften auch für Computerprogramme und Datenbanken anwendbar.⁸²³

Wenig überzeugend sind die Vorgaben der Richtlinien für den Fall, dass ein Programm von mehreren Personen gemeinsam geschaffen worden ist. Nach Art. 2 Abs. 2 CPRL und Art. 4 Abs. 3 DBRL steht das Recht an dem Programm diesen Personen gemeinsam zu. Die Richtlinie präzisiert aber nicht, was genau die Voraussetzungen einer solchen Miturheberschaft im weiteren Sinn sind.⁸²⁴

Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten auch ihre Regeln über die Rechtsinhaberschaft an Kollektivwerken sofern vorhanden anwenden,⁸²⁵ was

822 *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 23. Kritisch hierzu im Hinblick auf Datenbanken *Berger*, GRUR 1997, 169, 171 f., der „Schutzlücken“ zulasten des Datenbankherstellers bemängelt und dessen Interessen nicht hinreichend gewürdigt sieht.

823 Zur Computerprogrammrichtlinie *Lehmann*, NJW 1991, 2112, 2113; *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 2 CPRL Rn. 7, 11. Zur Datenbankrichtlinie *Dreier*, GRUR Int. 1992, 739, 746; von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 4 DBRL Rn. 6. Sehr kritisch zu beiden Regelungen *Schack*, ZGE 2009, 275, 279, der von einer Kapitulation des Unionsgesetzgebers spricht.

824 Man könnte annehmen, dass das gemeinsame Schaffen des Programms die einzige Voraussetzung für die Entstehung einer solchen Miturheberschaft ist; so wohl von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 4 DBRL Rn. 4, zu Art. 4 Abs. 3 DBRL. Es lässt sich aber auch vertreten, die Voraussetzungen der Miturheberschaft seien nicht geregelt; so *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 2 CPRL Rn. 18, zu Art. 2 Abs. 2 CPRL.

825 Zur Computerprogrammrichtlinie *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 2 CPRL Rn. 12.

sowohl das Schöpferprinzip abschwächt als auch bei Beteiligung mehrerer Personen am Schöpfungsprozess eine zusätzliche Variante ins Spiel bringt.⁸²⁶

Neben der Zulassung der originären Inhaberschaft des Urheberrechts für juristische Personen im allgemeinen enthält die Computerprogrammrichtlinie auch Sonderregelungen für Software, die im Rahmen von Arbeitsverhältnissen hergestellt wurde. Nach Art. 2 Abs. 3 CPRL wird die Berechtigung des Arbeitgebers, die wirtschaftlichen Rechte an einem im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geschaffenen Computerprogramm auszuüben, widerleglich vermutet. Dieses Ergebnis kann über eine Zuweisung der originären Inhaberschaft oder über die (widerlegliche) Vermutung eines derivativen Erwerbs erreicht werden.⁸²⁷ Weil der *acquis* die Frage der Zuweisung der Rechtsinhaberschaft nicht entscheiden will, kommt es so zu sachrechtlichen Ungereimtheiten. Wenig überzeugend ist auch, dass für Datenbanken eine entsprechende Regelung fehlt, was angesichts der Ähnlichkeit beider Werkarten nicht gerechtfertigt erscheint.⁸²⁸

826 Auffällig ist, dass Art. 2 Abs. 1 S. 2 CPRL diese Möglichkeit auf die Urheberschaft insgesamt bezieht wohingegen Art. 4 Abs. 2 DBRL die Anwendung der Regeln für Kollektivwerke nur für vermögensrechtlichen Befugnisse vorsieht. Hierzu *von Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 4 DBRL Rn. 7.

Jedoch dürfte eine Einbeziehung des Urheberpersönlichkeitsrechts in die Regelung auch in der Computerprogrammrichtlinie nicht gewollt sein, klammert diese doch das Urheberpersönlichkeitsrecht insgesamt aus ihrem Anwendungsbereich aus. Vgl. *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 2 CPRL Rn. 6.

Zu der Frage, inwieweit das Urheberpersönlichkeitsrecht, das demnach beim Arbeitnehmer verbleibt, die Rechte des Arbeitgebers beeinträchtigen kann, *Benabou*, *Droit d'auteur et droit communautaire*, Rn. 414.

An dieser Stelle wird wiederum deutlich, dass sich aus der sequentiellen Schaffung des urheberrechtlichen *acquis* Ungereimtheiten ergeben können. Hierzu allgemein oben, § 8.I.2.f)aa).

827 Unentschieden *Lehmann*, NJW 1991, 2112, 2113; eher für einen derivativen Rechtserwerb *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 2 CPRL Rn. 22. *Dreier*, CR 1991, 577, 579, geht von einem bewussten Offenlassen der Konstruktion aus.

In letzterem Fall der Vermutung des derivativen Erwerbs widerspricht es dem Wortlaut des Richtlinientextes, wenn Mitgliedstaaten die Vermutung bei der Umsetzung unwiderleglich, also als Fiktion ausgestalten. Hierzu *von Lewinski*, *Vertragsrecht*, 50; *von Lewinski*, *Rechtswahrnehmung*, 220; *von Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Stand der Harmonisierung Rn. 77. Dies führt zu dem wenig schlüssigen Ergebnis, dass die nationalen Rechtsordnungen zwar die Urheberschaft an Arbeitnehmercomputerprogrammen insgesamt dem Arbeitgeber zuweisen können, aber keine Fiktion des derivativen Erwerbs auch nur der wirtschaftlichen Rechte zugunsten des Arbeitgebers vorsehen können.

828 Hierzu *Lucas*, *Festschrift Schricker zum 70. Geburtstag*, 439 f.

Unabhängig davon, ob eine mehr oder minder starke Zuweisung der urheberrechtlichen Befugnisse zum Arbeitgeber materiellrechtlich richtig ist oder nicht,⁸²⁹ überzeugt es nicht, dass sich Computerprogramm- und Datenbankrichtlinie in diesem Punkt unterscheiden, obwohl die Interessenlage bei beiden Werkarten doch vergleichbar erscheint.⁸³⁰ Der Einwand, die Regelung des Werkschaffens im Rahmen von Arbeitsverhältnissen sei von horizontaler Bedeutung für das Urheberrecht,⁸³¹ trifft dagegen zu. Auch wenn die Schaffung von Software typischerweise einem arbeitsteiligen Prozess unterliegen mag, so gilt dies doch in zunehmendem Maße auch für andere Werkkategorien.⁸³² Daher wäre eine übergreifende Regelung insofern wünschenswert. Computerprogramm und Datenbankrichtlinie zeigen hier, zu welchen Antworten auf grundlegende Fragen das bisherige Vorgehen des Unionsgesetzgeber verleitet: in der Computerprogrammrichtlinie wird eine Sonderregelung mit Wirkung nur für eine bestimmte Werkart geschaffen, in der Datenbankrichtlinie wird die Frage mit Verweis auf ihre generelle Bedeutung ausgeklammert. Auch dort, wo die Richtlinien an sich Regelungen enthalten, bleibt die Zuweisung der originären Rechtsinhaberschaft im wesentlichen den divergierenden nationalen Urheber-

829 Ginsburg, 41 J. Copyr. Soc. (1994), 324, sieht in einer solchen Regelung etwa eine deutliche Entfernung von der droit-d'auteur-Tradition.

830 In diesem Sinne wohl auch Ullrich, Die gemeinschaftsrechtliche Entwicklung des Rechts des Geistigen Eigentums, 38, der aber in beiden Fällen einen Verzicht auf eine Regelung der Rechtsinhaberschaft des Arbeitgebers vorgezogen hätte. ErwG 29 DBRL bestimmt ausdrücklich, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, die Rechtsinhaberschaft im Rahmen von Arbeitsverhältnissen zu regeln, und dokumentiert somit den Verzicht der Datenbankrichtlinie auf eine einheitliche Regelung. Hierzu Flechsig, ZUM 1997, 577, 582 f.; von Lewinski in: Walter, Europäisches Urheberrecht, Art. 4 DBRL Rn. 1 f., 9.

Wenn Gaster, ÖSGRUM 19/1996, 15, 21, anmerkt, die Frage der originären Rechtsinhaberschaft an im Rahmen von Arbeitsverhältnissen geschaffenen Werken sei politisch heikel, klingt das wenig überzeugend. Wohl alle Bereiche des Urheberrechts, die einen Binnenmarktbezug aufweisen, sind gerade wegen ihrer wirtschaftlichen Bedeutung „politisch heikel“.

831 Gaster, ÖSGRUM 19/1996, 15, 21. Vgl. auch von Lewinski in: Walter, Europäisches Urheberrecht, Art. 4 DBRL Rn. 2.

832 Jehoram, IIC 1994, 821, 830, meint, die Zuweisung der wirtschaftlichen Rechte an der Software sei von den Besonderheiten des Schutzgegenstandes geprägt, könne aber durchaus Vorbildcharakter für andere Werkkategorien haben, die auch in eher industrieller Weise hergestellt würden. von Lewinski in: Walter, Europäisches Urheberrecht, Stand der Harmonisierung Rn. 79, will Art. 2 Abs. 3 CPRL aber keinen generellen Gedanken entnehmen, wonach dem Arbeitgeber die wirtschaftlichen Rechte an einem Arbeitnehmerwerk zugewiesen sein sollen.

rechten überlassen, weil wie gesehen erhebliche Abweichungsmöglichkeiten zugunsten der Mitgliedstaaten vorgesehen sind.⁸³³

b) Besondere Regelungen der Rechtsinhaberschaft für Filmwerke

Nicht nur für die Urheberschaft an Software und Datenbanken, sondern auch an Filmwerken enthält der *acquis* besondere Regeln. Nach Art. 2 Abs. 1 SDRL ist der Hauptregisseur zwingend als Urheber des Films anzusehen.⁸³⁴ Diese Re-

833 Zu den Datenbanken *Berger*, GRUR 1997, 169, 172; *Benabou*, Droit d'auteur et droit communautaire, Rn. 413; *von Lewinski*, M&R 1992, 178, 180.

Folgende Beispiele verdeutlichen, zu welch unterschiedlichen Ergebnissen die nationalen Rechtsordnungen kommen können:

Die Rechtsinhaberschaft an einem Programm oder einer Datenbank, die z.B. von einer Gruppe von Personen geschaffen wurden, kann je nach Land den beteiligten Schöpfern gemeinsam (in Deutschland bei Unmöglichkeit getrennter Verwertung: Miturheberschaft), einer juristischen Person (in Großbritannien bei Werken im Rahmen von Arbeitsverhältnissen) oder aber derjenigen natürlichen oder juristischen Person zugewiesen sein, unter deren Leitung die Gruppenmitglieder ihre Beiträge zusammengeführt haben (in Frankreich: Kollektivwerke – *oeuvres collectives*). Es verwundert daher, wenn *Lesshaft/Ulmer*, CR 1991, 519, 521, annehmen, das Problem der Bestimmung des Rechtsinhabers werde durch die Computerprogrammrichtlinie für Software gelöst.

Denkbar ist aber auch der Fall, in dem Beiträge im Hinblick auf einen gemeinsamen Zweck miteinander verbunden werden, was etwa nach französischem Recht ein *oeuvre de collaboration* entstehen lässt, gleichzeitig aber so selbständig sind, dass eine Trennung oder getrennte Verwertung der Teile durchaus möglich wäre, was nach österreichischem bzw. deutschem Recht eine Miturheberschaft ausschließt; Beispiel bei *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 2 CPRL Rn. 17.

Nach deutschem Recht läge hiernach ein verbundenes Werk vor. Die Folgen einer solchen unterschiedlichen Einordnung könnten in diesem Fall noch gering einzuschätzen sein, da auch bei *oeuvres collectives* (ebenso wie bei voneinander unabhängigen Werken) eine getrennte Verwertung erlaubt ist und auch bei verbundenen Werken das Gesamtwerk nur mit Zustimmung aller verwertet werden kann. Hierzu *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 2 CPRL Rn. 19.

Auswirkungen ergeben sich aber, wie wir noch sehen werden, in jedem Fall für die Berechnung der Schutzfrist des Gesamtwerkes. Hierzu unten, § 9.II.2.c)

834 Art. 2 Abs. 2 VVRL-1992 und Art. 1 Abs. 5 SKRL enthielten entsprechende Regelungen, jedoch jeweils nur „für die Zwecke dieser Richtlinie“ – also im Hinblick auf die Gewährung des Vermiet- und Verleihrechts bzw. des Satellitensende-rechts sowie die Regelung des Rechts der Kabelweiter-sendung. Zur Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie (1992) *von Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 2 VVRL Rn. 4 ff.; *Benabou*, Droit d'auteur et droit communautaire, Rn. 509 und 626. Zur Satelliten- und Kabelrichtlinie *Dreier* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 SKRL Rn. 38.

gelung überrascht, weil die Regelung für einen Gleichlauf der Schutzfristen bei Filmwerken wegen Art. 2 Abs. 2 SDRL nicht erforderlich gewesen wäre.⁸³⁵ Zugleich überrascht sie auch deshalb, weil sie einen nicht unerheblichen Einschnitt für die Mitgliedstaaten bedeutet, die im Übrigen dem copyright-System verhaftet sind.⁸³⁶ Hier hat sich der Unionsgesetzgeber zu einer horizontalen Regelung durchgerungen, die über die unmittelbaren Zwänge der Richtlinie – Angleichung der Schutzfristen – hinausweist.

Bedauerlich erscheint nur, dass die Schutzdauerrichtlinie ebenso wie die Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie und die Satelliten- und Kabelrichtlinie zuvor die Urheberschaft an Filmwerken inhaltlich nicht vollständig regelt, sondern den Mitgliedstaaten Freiräume lässt, weitere Personen als Miturheber zu bestimmen und wohl auch Übertragungsvermutungen auf den Filmhersteller vorzusehen, jedenfalls wenn sie widerleglich ausgestaltet sind.⁸³⁷ Eine Vereinheitlichung, die in befriedigendem Maße Rechtssicherheit bieten würde, enthält die Richtlinie daher nicht, obwohl dies angesichts der Kostenintensität einer Filmproduktion besonders wünschenswert erscheint.⁸³⁸

c) Allgemeine Regelung der Rechtsinhaberschaft in der Schutzdauerrichtlinie

Die Schutzdauerrichtlinie enthält aber nicht nur Regeln bezüglich der Rechtsinhaberschaft an Filmwerken. Sie bezweckt es, den Gleichlauf der urheberrechtli-

Vor dem Hintergrund des Befundes, dass die Frage der Rechtsinhaberschaft an Filmwerken nicht nur für die genannten Rechte (Vermiet-, Verleih-, Satellitensende- und Kabelweitersenderecht) von Bedeutung ist, überzeugte es nicht, wenn eine horizontale Regelung hier vermieden wurde. Auch hier offenbarte sich eine Schwäche des sequentiellen Vorgehens des Unionsgesetzgebers. Diese wurde aber durch die Aufgabe des einschränkenden Zusatzes „für die Zwecke dieser Richtlinie“ durch Art. 2 Abs. 1 SDRL beseitigt. Diesen horizontalen Ansatz als besondere Errungenschaft der Richtlinie betont *Reinbothe*, Festschrift Schrickner zum 70. Geburtstag, 491. Vgl. auch *Jehoram*, IIC 1994, 821, 830; *Maier*, RMUE 2/1994, 49, 69; *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 2 SDRL Rn. 8.

835 Hierzu *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 2 SDRL Rn. 8. Zur Schutzfristberechnung sogleich unten, § 9.II.2.c)cc).

836 *Dietz*, GRUR Int. 1995, 670, 675, sieht in der Regelung gar den Einstieg der copyright-Länder in das droit-d’auteur-System. Ähnlich auch *Dworkin*, EIPR 1993, 151, 155. Vgl. auch *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 2 SDRL Rn. 8.

837 *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 2 SDRL Rn. 7 f., 12.

838 Hierzu *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 2 SDRL Rn. 5.

chen Schutzfristen für *alle Werke* in der Union sicherzustellen.⁸³⁹ Hierzu genügt es nicht, nur die *Schutzdauer* festzulegen, es muss vielmehr auch der *Zeitpunkt* bestimmt werden, in dem die einheitliche Schutzfrist zu laufen beginnt.⁸⁴⁰ Da der Lauf der Schutzfrist im Regelfall gemäß Art. 1 Abs. 1 SDRL an den Tod des Urhebers anknüpft, spielt die Festlegung seiner Person auch für die effektive Schutzfrist eine entscheidende Rolle. Zu erwarten wäre daher, dass die Schutzdauerrichtlinie auch die Person des Urhebers bestimmt. Die Schutzdauerrichtlinie versucht jedoch, eine Zuweisung der Rechtsinhaberschaft so weit wie möglich zu vermeiden.

aa) Schutzfristberechnung bei Miturheberschaft

Bei mehreren selbständigen Werken berechnet sich die Schutzfrist in der Regel getrennt für das jeweilige Werk und zwar auch dann, wenn die Werke – etwa zu Zwecken der Verwertung – lose miteinander verbunden werden. Bei einem einheitlichen Werk mehrerer Miturheber kommt es dagegen für das gesamte Werk auf den Tod des längstlebenden Schöpfers an.

Art. 1 Abs. 2 SDRL bestimmt, dass sich die Berechnung der Schutzfrist im Falle der Miturheberschaft nach dem Tod des längstlebenden Miturhebers berechnet. Dies knüpft an die Vorgabe des Art. 7 bis RBÜ an.⁸⁴¹ Ebenso wenig wie die RBÜ und wie die Computerprogramm- und Datenbankrichtlinie legt die Schutzdauerrichtlinie jedoch fest, wann Miturheberschaft anzunehmen ist.⁸⁴² Dies führt dazu, dass auch die Schutzdauer im Falle der Beteiligung mehrerer Schöpfer nicht vollständig harmonisiert wurde.⁸⁴³

839 Zur Schutzdauer als Gegenstand der Rechtsvereinheitlichung unten, § 9.III.

840 Vgl. ErwG 4 SDRL. von *Lewinski*, GRUR Int. 1992, 724, 727; *Benabou*, Droit d'auteur et droit communautaire, Rn. 611; *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Vor Art. 1 SDRL Rn. 2.

841 *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 SDRL Rn. 25; *Dietz*, Urheberrecht in der EG, Rn. 103; *Benabou*, Droit d'auteur et droit communautaire, Rn. 615.

842 *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 SDRL Rn. 25 ff., 29.

843 *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 SDRL Rn. 29; *Maier*, RMUE 2/1994, 49, 57; *Benabou*, Droit d'auteur et droit communautaire, Rn. 615.

Beispielsweise kann für die Berechnung der Schutzdauer bei musikdramatischen Werken in Ländern, die solche als Werke in Zusammenarbeit, also als ein einheitliches Werk ansehen, auf die Miturheberregel des Art. 1 Abs. 2 SDRL zurückgegriffen werden, nicht jedoch in Ländern wie Deutschland und Österreich, die solche Werke als nur verbundene, selbständige Werke ansehen. Hierzu *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 SDRL Rn. 32; *Dietz*, GRUR Int. 1995, 670, 673;

Wenn ErwG 14 SDRL den Hinweis enthält, dass die Frage der Urheberschaft an einem Werk oder an einem Teil eines Werkes eine Tatsachenfrage sei, über die die nationalen Gerichte zu entscheiden hätten, dann ist dies insofern richtig, aber auch selbstverständlich, als es um den tatsächlichen Beitrag des oder der Schöpfer geht.⁸⁴⁴ Soweit es um die rechtliche Beurteilung dieses Beitrags geht, handelt es sich jedoch um eine Rechtsfrage, die wegen der fehlenden Harmonisierung der Regeln über die Miturheberschaft von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich beurteilt werden kann.⁸⁴⁵ Für eine effektive Vereinheitlichung des Laufs der Schutzfristen hätte es letztlich auch einer Harmonisierung des Begriffs der Miturheberschaft bedurft.⁸⁴⁶

bb) Schutzfristberechnung bei Kollektivwerken und bei Urheberschaft juristischer Personen

Ähnlich stellt sich die Situation für Kollektivwerke und für Werke dar, als deren Urheber eine juristische Person gilt. Art. 1 Abs. 4 SDRL bestimmt zwar, wann die Schutzfrist für solche Werke zu laufen beginnt, nicht aber, wann solche Werke vorliegen. Die Richtlinie verlangt nicht, dass die nationalen Rechtsordnungen Kollektivwerke oder die originäre Rechtsinhaberschaft juristischer Personen anerkennen, sie schreibt nur vor, wie bezüglich der Schutzfrist zu verfahren ist, sofern solche Werke nach dem Recht der Mitgliedstaaten existieren.⁸⁴⁷ Eine Harmonisierung hinsichtlich der Schutzdauer wird so gewissermaßen für die Gruppe derjenigen Mitgliedstaaten herbeigeführt, die entsprechende Konzepte

Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel, Recasting of Copyright, 144 und 146.

Manche Rechtsordnungen sehen aber auch für an sich selbständige Werke vor, dass ihre Schutzfristen gleichlaufen. So betrachtet etwa das italienische Recht Text und Musik eines musikdramatischen Werkes als selbständige Werke, deren gemeinsame Schutzfrist aber nach dem Tod desjenigen der beiden Urheber berechnet wird, der länger lebt. Hierzu *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 144.

Die Kommission hat sich dieses Problems für musikdramatische Werke angenommen und diesbezüglich eine der für Filmwerke geltenden ähnliche Regelung vorgeschlagen. Hierzu sogleich, § 9.II.2.c)cc).

844 Vgl. *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 SDRL Rn. 31.

845 Vgl. *Dietz*, GRUR Int. 1995, 670, 674.

846 *Dietz*, GRUR Int. 1995, 670, 674.

847 *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 SDRL Rn. 52.

anerkennen, nicht aber zwischen dieser Gruppe und den übrigen Mitgliedstaaten.⁸⁴⁸

Man kann zwar die Frage stellen, ob diese fehlende Harmonisierung praktische Auswirkungen zeitigt.⁸⁴⁹ Es würde aber zu weit führen, den Verzicht der Richtlinie darauf, die rechtliche Behandlung der Kollektivwerke einheitlich zu regeln, als einen Vorzug der Richtlinie zu preisen, weil so eine Entscheidung für oder gegen dieses Konzept offen gehalten werde.⁸⁵⁰ Die fehlende Behandlung dieser Frage führt zu Intransparenz und Rechtsunsicherheit und kann in bestimmten Fällen eben auch unterschiedliche Schutzfristen für Kollektivwerke und Werke juristischer Personen hervorbringen.

Berechtigt erscheint vor diesem Hintergrund einzig der Einwand, dass die Zuweisung der originären Rechtsinhaberschaft als horizontale Frage über die Problematik der bloßen Schutzfristberechnung hinausreicht⁸⁵¹ und daher möglicherweise auch nicht nur für die Belange der Schutzfristberechnung gelöst werden sollte.

cc) Schutzfristberechnung bei Filmwerken und musikdramatischen Werken

Für Filmwerke, deren Rechtsinhaberschaft zwar letztlich nicht einheitlich geregelt wird,⁸⁵² enthält Art. 2 Abs. 2 SDRL aber immerhin zum Zwecke der einheitlichen Berechnung der Schutzfrist eine Lösung. Danach wird als den Fristlauf auslösendes Ereignis der Tod des Längstüberlebenden mehrerer an der Filmherstellung Beteiligter (Hauptregisseur, Urheber des Drehbuchs, Urheber

848 Vgl. *Maier*, RMUE 2/1994, 49, 57; *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 SDRL Rn. 29, 50 ff.

849 Zum einen wird für die jeweiligen Beiträge zu einem Kollektivwerk, sofern diese selbst Werkqualität besitzen, die Schutzfrist nach den allgemeinen Regeln berechnet. Hierzu *von Lewinski*, GRUR Int. 1992, 724, 730; *Dietz*, GRUR Int. 1995, 670, 675.

Zum anderen ist zu beachten, dass es sich bei Kollektivwerken und bei Werken, als deren Urheber eine juristische Person angesehen wird, in der Regel auch um anonyme Werke handelt, für die die Schutzfristberechnung in Art. 1 Abs. 3 SDRL einheitlich geregelt ist. Art. 1 Abs. 4 SDRL verweist für die Berechnung der Schutzfrist bei Kollektivwerken oder Werken juristischer Personen auf die Regelung für anonyme Werke. Somit wird im Ergebnis oftmals doch noch ein Gleichlauf der Schutzfristen erreicht. Hierzu *Dietz*, GRUR Int. 1995, 670, 675.

850 So *von Lewinski*, GRUR Int. 1992, 724, 730.

851 *Maier*, RMUE 2/1994, 49, 57, der anmerkt, die Rechtsinhaberschaft sei eine der umstrittensten Fragen des Urheberrechts schlechthin.

852 Hierzu oben, § 9.II.2.b)

der Dialoge und Komponist der speziell für das betreffende Filmwerk komponierten Musik) festgelegt, ohne dabei zu bestimmen, welcher dieser Beteiligten Urheber des Filmwerkes ist.⁸⁵³

Eine ähnliche Regelung für Fälle der Miturheberschaft im allgemeinen, bei der diese zumindest für die Zwecke der Fristberechnung umschrieben würde, kennt die Richtlinie dagegen nicht.⁸⁵⁴ Für musikdramatische Werke, also Werke bestehend aus Musik und Text, die von verschiedenen Schöpfern stammen, hat die Kommission jedoch eine der für Filmwerke geltenden vergleichbare Regelung vorgeschlagen.⁸⁵⁵

d) Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten: Der urheberrechtliche *acquis* enthält einzelne Bestimmungen, die sich mit der originären Inhaberschaft des Urheberrechts befassen. Oftmals betreffen diese Vorschriften jedoch nur einen bestimmten Schutzgegenstand (Computerprogramme, Datenbanken, Filmwerke). Dies führt zu Friktionen, wenn sich diese schutzgegenstandbezogenen Vorschriften trotz gleicher Interessenlage inhaltlich – wenn auch oft nur in Nuancen – unterscheiden (z.B. Regelung der Rechtsinhaberschaft bei Werken, die im Rahmen von Arbeitsverhältnissen entstehen, und für Software einerseits und Datenbanken andererseits). Zugleich dient der nur beschränkte Anwendungsbereich einer Richtlinie allzuoft als Rechtfertigung dafür, dass Sachfragen unter Hinweis auf ihre horizontale Bedeutung keiner Klärung zugeführt werden.

Die Schutzdauerrichtlinie verfolgt einen horizontalen Ansatz, weil sie weniger nach Werkarten oder Verwertungsrechten unterscheidet. So erweitert sie etwa den Anwendungsbereich der Filmurheberregel gegenüber der Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie, wo sie nur für das Vermiet- und Verleihrecht galt, und dehnt diesen auf das Filmurheberrecht im allgemeinen aus.

853 Hierzu *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 2 SDRL Rn. 14 ff.; *Benabou*, *Droit d'auteur et droit communautaire*, Rn. 627.

854 Hierzu *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 SDRL Rn. 33.

855 Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, KOM (2008) 464, 5 ff. und 13 f. Kritisch gerade im Hinblick auf die neuerliche Beschränkung auf eine besondere Werkart, statt das Problem für alle Werke, die unter Beteiligung mehrerer entstehen, anzugehen, *Klass*, ZUM 2008, 828, 833 f.

Alle Richtlinien sehen aber erhebliche Abweichungsmöglichkeiten für die nationalen Urheberrechte vor (Definition der Miturheberschaft, Anwendbarkeit von Regelungen zur originären Rechtsinhaberschaft juristischer Personen, Anwendbarkeit der Regelungen über Kollektivwerke), die sich nicht mit dem Zweck einer Vereinheitlichung vertragen.⁸⁵⁶ Die Schutzdauerrichtlinie bildet hier keine Ausnahme. Sie vermag es aber immerhin, den Zweck einer Angleichung der Schutzfristen für Filmwerke über eine Sonderregel zu erreichen, die indes für die Vereinheitlichung der Rechtsinhaberschaft selbst keinen Gewinn bringt.

Die Kommission hat sich nun im Grünbuch Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken zum Ziel gesetzt, den grenzüberschreitenden Vertrieb von audiovisuellen Werken zu fördern und dabei auch für eine adäquate Vergütung der Urheber zu sorgen.⁸⁵⁷ Hierzu soll auch die grenzüberschreitende Lizenzierung erleichtert werden. Dies hat bei der Kommission die Frage aufgeworfen, ob eine weitere Vereinheitlichung der Urheberschaft nicht wünschenswert erschiene. Die Frage wird indes vorsichtig formuliert und eng auf audiovisuelle Werke und den Zweck einer Erleichterung der grenzüberschreitenden Lizenzierung bezogen.⁸⁵⁸ Dabei wäre es wünschenswert, dass die Kommission, wenn nun das Thema der Urheberschaft erneut angegangen würde, nicht nochmals eine auf einzelne Werkarten bezogene Insellösung suchen, sondern einen globaleren Ansatz wählen würde.

3. Auswirkungen der Rechtsunterschiede auf den Binnenmarkt

Nachdem wir nun für den Bereich der Rechtsinhaberschaft das Einfallstor für weiter bestehende Rechtsunterschiede auch innerhalb der Union identifiziert haben, wollen wir nun untersuchen, ob und wie sich diese Unterschiede auf den Binnenmarkt auswirken. Für die Binnenmarktrelevanz ist wie schon festgestellt vor allem die Verwertungsrelevanz der einzelnen Teilbereiche des Urheberrechts entscheidend. Die Zuweisung der originären Rechtsinhaberschaft an

856 Kritisch auch *Benabou*, *Droit d'auteur et droit communautaire*, Rn. 508.

857 Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt, KOM (2011) 427, 16 f..

858 Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt, KOM (2011) 427, 19, Frage 15.

einem Werk ist daher vor allem unter zwei Gesichtspunkten wichtig: sie beeinflusst die rechtliche und daher auch wirtschaftliche Stellung der am Schaffens- und Verwertungsprozess Beteiligten und sie wirkt sich auf die Berechnung der Schutzfrist eines Werkes aus.

- a) Einfluss der Zuweisung der Rechtsinhaberschaft auf die rechtliche und wirtschaftliche Position der am Schaffens- und Verwertungsprozess Beteiligten

Die Frage, wer der originäre Inhaber des Urheberrechts an einem Werk sein soll, entscheidet auch darüber, wem zunächst einmal die Verwertungsrechte an einem Werk zustehen. Dies ist nicht nur für die am Schaffensprozess Beteiligten (ein oder mehrere Kreative, Arbeitgeber) von Bedeutung, sondern auch für die mit der späteren Werkverwertung Befassten.

Aus Sicht der am Schaffensprozess Beteiligten entscheidet die Zuweisung der Rechtsinhaberschaft darüber, wem ex lege die Früchte des kreativen Schaffens zunächst einmal zukommen sollen. In aller Regel werden die am Schaffensprozess teilnehmenden Parteien vertraglich festlegen, wem letztlich die Herrschaft über das Werk zukommen und wer zur selbständigen Verwertung des Werkes berechtigt sein soll und welche Gegenleistung er hierfür zu erbringen haben wird. Die Früchte der Werkverwertung werden also durch Vereinbarung aufgeteilt. Jedoch kann die gesetzliche Zuweisung der originären Rechtsinhaberschaft die rechtliche und damit auch die wirtschaftliche Verhandlungsposition eines am Schaffensprozess Beteiligten stärken.⁸⁵⁹

Dies gilt etwa für diejenigen Werke, die im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses entstehen.⁸⁶⁰ Die Konsultation zur Überprüfung der EU-Gesetzgebung auf dem Gebiet des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte hält die Bestimmung des Urhebers in solchen Fällen für die möglicherweise größte Unsicherheit bei grenzüberschreitenden Vorgängen.⁸⁶¹ In den Ländern, deren Ur-

859 Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 24, ist der Auffassung, alle Harmonisierungsbestrebungen im Urheberrecht könnten keine gemeinsame Grundausrichtung aufweisen, solange nicht geklärt sei, wer der originäre Urheberrechtsinhaber sei. In diesem Sinne auch Lucas, Festschrift Schrickler zum 70. Geburtstag, 443.

860 Vgl. hierzu Peifer, ZUM 2006, 1, 3. Hierzu auch Hilty, Entwicklungsperspektiven, 169.

861 Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, SEC (2004) 995, 14.

heberrecht dem Schöpferprinzip folgt, muss sich der Arbeitgeber die Verwertungsrechte vertraglich einräumen lassen, will er sich die Herrschaft über das Werk und seine Verwertung sichern. In copyright-Ländern fällt ihm das Urheberrecht dagegen zu, ohne dass es einer entsprechenden Vereinbarung bedarf.

Ähnliches gilt auch für *Filmwerke*. Ob ein Filmproduzent darauf vertrauen kann, dass ihm das Urheberrecht am Filmwerk originär zusteht oder per *cessio legis* zufällt, oder ob er vertraglich Vereinbarungen treffen und sich die Rechte der Beteiligten einräumen lassen muss (wobei ihm weitreichende Vermutungsregeln zuhelfekommen können)⁸⁶², divergiert je nach Regelung in den Mitgliedstaaten und wirkt sich auf die wirtschaftliche Position des Filmproduzenten aus. Solche Unterschiede können – selbst bei einheitlicher Regelung der Schutzdauer⁸⁶³ – die europaweite Verwertung eines Films beeinträchtigen, was bei einer kulturell so bedeutsamen Werkgattung wie dem Film, der sich besonders für eine grenzüberschreitende Verwertung eignet, kaum hingenommen werden kann.⁸⁶⁴

Auch die rechtliche Bewertung der Zusammenarbeit *mehrerer Kreativer* im allgemeinen bleibt nicht ohne rechtliche und wirtschaftliche Konsequenzen. Mit der Einordnung des Ergebnisses einer kreativen Zusammenarbeit in eine der Kategorien – mehrere selbständige Werke, einheitliches Werk, Werk in Zusammenarbeit, Kollektivwerk – ist unter Umständen ein besonderes rechtliches Regime verbunden, nach welchem sich die Verwaltung und Verwertung des Arbeitsergebnisses richtet. Aus den unterschiedlichen anwendbaren Regimen ergeben sich so Konsequenzen im Hinblick auf die Person des Rechteinhabers (ein einzelner Rechteinhaber an seinem jeweiligen Beitrag oder mehrere Berechtigte am Gesamtwerk) und seine Befugnisse im Hinblick auf das Werk (Gesellschafter, Gesamthänder). Aus diesem Grund spricht auch vieles dafür, für Werke mit mehreren beteiligten Schöpfern über die Rechtsinhaberschaft hinaus auch das gesamte, das Verhältnis der Beitragenden zueinander betreffende Regime mitzuregeln.⁸⁶⁵

Die Zuordnung der Rechtsinhaberschaft ist auch für diejenigen von Bedeutung, die nicht an der Schaffung, sondern erst *an der Verwertung des Werkes beteiligt* sind. Verwerter müssen sich die Nutzungsrechte vom jeweils Berech-

862 Vgl. etwa für Deutschland § 88 Abs. 1 und § 89 Abs. 1 UrhG; hierzu *Schack*, Urheberrecht, Rn. 333.

863 Hierzu sogleich, § 9.II.3.b).

864 So auch *Dietz*, Urheberrecht in der EG, Rn. 140.

865 In diesem Sinne auch *Dietz*, Urheberrecht in der EG, Rn. 108.

tigten einräumen lassen. Kommen aber die nationalen Urheberrechte zu unterschiedlichen Ergebnissen in der Frage, wer originärer Rechtsinhaber ist oder welche Befugnisse einem von mehreren Schöpfern im Hinblick auf das Gesamtwerk zustehen, kann dies den Erwerb von Nutzungsrechten für eine unionsweite Verwertung beträchtlich erschweren.⁸⁶⁶

b) Auswirkungen der Zuweisung der Rechtsinhaberschaft auf die Schutzfristberechnung

Da die urheberrechtliche Schutzfristberechnung an die Person des Urhebers anknüpft, wirken sich Unterschiede in der Zuweisung der Rechtsinhaberschaft auch auf die effektive Schutzdauer des Urheberrechts an einem bestimmten Werk aus.⁸⁶⁷ Unterschiedlich lange Schutzfristen führen aber dazu, dass ein und dasselbe Werk in einem bestimmten Zeitpunkt in einem Mitgliedstaat noch urheberrechtlichen Schutz genießt, in einem anderen aber nicht mehr. Bei grenzüberschreitenden Vorgängen muss sich dies auf die Verkehrsfreiheiten und die Wettbewerbsbedingungen auswirken.⁸⁶⁸

Die Schutzdauerrichtlinie hat diese Folge der divergierenden Zuweisung der Rechtsinhaberschaft zumindest für Filmwerke entschärft, indem sie den Anknüpfungspunkt für die Schutzfristberechnung von der Person des Urhebers entkoppelt hat.⁸⁶⁹ Weil Kollektivwerke und Werke, als deren originärer Urheber in manchen Staaten der Arbeitgeber angesehen wird, oftmals auch anonyme Werke sind, mag sich die unterschiedliche Einordnung solcher Werke in vielen Fällen hinsichtlich der Schutzfrist nicht bemerkbar machen.⁸⁷⁰ Es bleibt aber die Gruppe der Werke, die durch das selbständige Zusammenwirken mehrerer Schöpfer entstehen und bei denen eine Trennbarkeit der einzelnen Werkbeiträge und/oder eine getrennte Verwertung möglich ist. Diesbezüglich sind nach wie

866 Vgl. Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt, KOM (2011) 427, 16 f. und 19, Frage 15. Vgl. auch *Katzenberger*, Inhaber des Urheberrechts, 42 f.

867 *Dietz*, Urheberrecht in der EG, 157, sah hierin die wichtigste praktische Auswirkung der Zuweisung der Rechtsinhaberschaft, allerdings bevor das Problem für Filmwerke auf EU-Ebene gelöst wurde.

868 Zu den Auswirkungen unterschiedlicher Schutzfristen ausführlich unten, § 9.III.

869 Hierzu oben, § 9.II.2.c)cc).

870 Hierzu oben, § 9.II.2.c)bb).

vor Auswirkungen der unterschiedlichen Qualifikation solcher Werke auch auf die Schutzfristberechnung zu besorgen.⁸⁷¹

Durch die unterschiedlich laufenden Schutzfristen ergeben sich auch Probleme im Hinblick auf eine europaweite Lizenzierung, kann doch ein Werk oder können doch Teile eines Gesamtwerkes in manchen Mitgliedstaaten schon gemeinfrei sein, wohingegen sie in anderen Mitgliedstaaten als Teil eines einheitlichen Werkes oder eines Werkes in Zusammenarbeit oder auch nur als ein Teil einer Werkverbindung noch Schutz genießen, weshalb die entsprechenden Nutzungsrechte erworben werden müssen.⁸⁷² Auch für die Verwerter sind unterschiedlich lange Schutzfristen daher hinderlich.

Die Frage der Beteiligung mehrerer Kreativer an einem Gesamtwerk betrifft vor allem Musikstücke (Musik und Text), deren Verwertung von enormer wirtschaftlicher Bedeutung ist, sodass die potentielle Relevanz des Problems einleuchtet. Es lässt sich allerdings einwenden, dass sich unterschiedlich lange Schutzfristen erst bei Werken auswirken, die mindestens 70 Jahre, oftmals aber über 100 Jahre alt sind. Gerade im Musikbereich gibt es wenige Stücke, deren Verwertung nach so langer Zeit noch lohnt.⁸⁷³ Denkt man aber an Musikwerke wie Opern oder Musical⁸⁷⁴ oder aber an Multimediawerke und andere Arten von Gesamtwerken wie etwa die Verbindung von Zeichnungen und Texten zu Comics oder Zeichentrick, erscheint die praktische Relevanz des Schutzfristenproblems schon deutlich greifbarer.⁸⁷⁵

871 So auch *Dietz*, Urheberrecht in der EG, Rn. 103; *Lucas*, Festschrift Schricker zum 70. Geburtstag, 443; *Klass*, ZUM 2008, 828, 833.

872 *Hugenholz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 140; *Klass*, ZUM 2008, 828, 833, *passim*.

873 Es gibt daher durchaus auch Stimmen, die das Problem unterschiedlich langer Schutzfristen infolge unterschiedlicher Zuweisung der Rechtsinhaberschaft vernachlässigen wollen. So wohl *Hugenholz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 152; *Klass*, ZUM 2008, 828, 833; zurückhaltender *Dietz*, Urheberrecht in der EG, Rn. 108.

874 Anschaulich hierzu und mit Beispielen aus der Praxis Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, KOM (2008) 464, 6.

875 Vgl. hierzu auch *Klass*, ZUM 2008, 828, 833.

4. Zwischenergebnis zur Rechtsinhaberschaft

Der urheberrechtliche *acquis* enthält zwar Bestimmungen zur Rechtsinhaberschaft, diese beziehen sich aber oftmals nur auf einzelne Schutzgegenstände (Software, Datenbanken, Filmwerke). Schwerer wiegt, dass sie in den entscheidenden Fragen der Rechtsinhaberschaft keine Vereinheitlichung bringen, weil sie diese unter Hinweis auf deren horizontale Bedeutung aussparen oder den Mitgliedstaaten sogar ausdrückliche Abweichungsmöglichkeiten bieten (Miturheberschaft, originäre Rechtsinhaberschaft juristischer Personen, Regelungen über Kollektivwerke oder Werke in Zusammenarbeit).

Zum einen beeinträchtigen die demnach verbleibenden Rechtsunterschiede den Binnenmarkt wegen der unterschiedlichen Rechtsposition und dem damit verbundenen wirtschaftlichen Gewicht, die den am Schöpfungsprozess Beteiligten jeweils zugewiesen werden. Auch wenn sich die am kreativen Prozess Beteiligten über die Aufteilung des Ertrages der Verwertung des zu schaffenden Werkes abzusprechen pflegen, verschafft doch die gesetzlich Zuweisung der originären Rechtsinhaberschaft einer Partei einen nicht zu unterschätzenden Vorteil im Hinblick auf ihre rechtliche und wirtschaftliche Ausgangslage. Die Entscheidung des Gesetzgebers, einem Beteiligten zunächst einmal die Rechtsinhaberschaft zuzuerkennen, macht es für die anderen Beteiligten nötig, vertragliche Vorkehrungen zu treffen, wenn sie an der Werkverwertung partizipieren wollen. Zugleich kann mit der Entscheidung über die Rechtsinhaberschaft ein rechtliches Regime verbunden sein, welches die Rahmenbedingungen für die Verwaltung und Verwertung des Werkes vorgibt (z.B. Miturheberschaft: Gemeinschaft; verbundene Werke: Gesellschaft).

Zum anderen wirken sich die Rechtsunterschiede auf den Binnenmarkt aus, weil sie von Bedeutung für die urheberrechtliche Schutzdauer sind. Da die Berechnung der urheberrechtlichen Schutzfrist an die Person des Urhebers anknüpft, unterschiedliche Schutzfristen den Binnenmarkt aber ganz erheblich beeinträchtigen,⁸⁷⁶ muss es aus einer Binnenmarktperspektive Aufgabe des Unionsrechts sein, entweder auch im Interesse einer Angleichung der Schutzfristen die Regeln der Zuweisung der Rechtsinhaberschaft zu vereinheitlichen oder aber wenigstens dafür Sorge zu tragen, dass sich divergierende Regelungen nicht auf die Schutzfristberechnung auswirken.

876 Hierzu sogleich, § 9.III.

Die Verwertungs- und somit Binnenmarktrelevanz der originären Rechteinhaberschaft kann daher insgesamt bejaht werden und dürfte demnach als ein wichtiges Feld europäischer Rechtsvereinheitlichung anzusehen sein.⁸⁷⁷ Jedenfalls soweit urheberrechtliche Befugnisse sich auf die Verwertung auswirken, muss daher auch ein Europäisches Urheberrecht darüber befinden, wem diese Befugnisse zustehen sollen.

III. Schutzdauer des Urheberrechts

1. Vereinheitlichung aufgrund internationaler Konventionen

Art. 7 Abs. 1 RBÜ enthält die Grundregel für die urheberrechtliche Schutzfrist. Danach besteht der urheberrechtliche Schutz zu Lebzeiten des Urhebers und während eines Zeitraums von fünfzig Jahren nach seinem Tod. Art. 7 Abs. 6 RBÜ bestimmt jedoch, dass die Verbandsstaaten eine längere als die fünfzigjährige Schutzfrist vorsehen können. Die RBÜ sorgt somit nur für eine Mindestharmonisierung der urheberrechtlichen Schutzdauer.⁸⁷⁸

Dies hatte zur Folge, dass die Mitgliedstaaten der Europäischen Union bis zum Inkrafttreten der Schutzdauerrichtlinie unterschiedlich lange Schutzfristen für urheberrechtlich geschützte Werke vorsahen.⁸⁷⁹

Da die Schutzfrist an die Person des Urhebers anknüpft, bereitet die Bestimmung der effektiven Schutzdauer bei anonymen Werken und Werken, an deren Schaffung mehrere Kreative beteiligt sind,⁸⁸⁰ Schwierigkeiten. Art. 7 Abs. 2–4 RBÜ enthält daher Sonderregelungen für den Fristbeginn bei anonymen Werken und Filmwerken. Jedenfalls die Regelung für Filmwerke ist aber nicht obligatorisch, weshalb vor Inkrafttreten der Schutzdauerrichtlinie auch nicht alle

877 So auch *Schack*, ZGE 2009, 275, 279; *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 76; *Lucas*, Festschrift Schrickler zum 70. Geburtstag, 443. Zurückhaltender *Riesenhuber*, Der Schutzgegenstand und die Rechteinhaber, 152 f., der die Unterschiede im Hinblick auf den Schutzstandard für bedeutender hält, aber nichtsdestotrotz eine Angleichung in der Frage der Rechteinhaberschaft befürwortet.

878 Bei Werken der Fotografie und der angewandten Kunst beträgt die Mindestschutzdauer gemäß Abs. 6 nur fünfundzwanzig Jahre.

879 Für einen umfassenden Überblick über die in den Mitgliedstaaten vor der Schutzdauerrichtlinie geltenden Schutzfristen vgl. *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 10 Anhang SDRL; vgl. auch *Benabou*, Droit d'auteur et droit communautaire, Rn. 601 f.

880 Oben, § 9.II.3.b).

Mitgliedstaaten Sonderregelungen für Filmwerke und anonyme Werke vorsehen.⁸⁸¹

2. Vereinheitlichung innerhalb der Europäischen Union

Vor der Schutzdauerrichtlinie enthielt der urheberrechtliche *acquis* bereits Bestimmungen zur Mindestdauer des urheberrechtlichen Schutzes für Computerprogramme und für das Vermiet- und Verleihrecht.⁸⁸²

Die nur mäßig vereinheitlichende Wirkung dieser Regelungen ist auch mit ihrem provisorischen Charakter zu erklären, denn bei ihrem Erlass war bereits eine horizontale Regelung der Schutzdauer für alle Werkarten angedacht, was auch im Wortlaut der jeweiligen Bestimmungen zum Ausdruck kommt.⁸⁸³ Die Regelungen zur Schutzdauer in beiden Richtlinien wurden daher auch durch Art. 11 SDRL-1993 aufgehoben.⁸⁸⁴

Die Schutzdauerrichtlinie enthält nun diese horizontale Regelung der Schutzfrist für alle Werkarten und urheberrechtlichen Befugnisse. Um einen Gleichlauf der urheberrechtlichen Schutzfrist zu erreichen, genügt es nicht, nur die Schutzdauer festzulegen, vielmehr muss auch der Zeitpunkt bestimmt werden, in dem diese zu laufen beginnen soll.⁸⁸⁵ Für das Urheberrecht legt die Schutzdauerrichtlinie daher den *Beginn des Fristlaufs* mit Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 8 grundsätzlich auf den dem Tod des Urhebers folgenden 1. Januar fest.⁸⁸⁶ Art. 1 Abs. 3 SDRL sieht für anonyme oder pseudonyme Werke ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung vor. Von der Grundregel des Absatz 1 können die Mitgliedstaaten aber wie schon gesehen⁸⁸⁷ gemäß Absatz 4 für Kollektivwerke und im Falle der Anerkennung der Urheberschaft

881 Vgl. wiederum *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 10 Anhang SDRL.

882 Für Computerprogramme legte Art. 8 CPRL-1991 eine Mindestschutzdauer von 50 Jahren post mortem auctoris, bei anonymen oder pseudonymen Werken oder solchen, als deren Urheber eine juristische Person angesehen wurde, nach der ersten Veröffentlichung fest. Art. 11 VVRL-1992 enthielt ebenfalls nur eine Regelung der Mindestschutzfrist für die Gewährung des Vermiet- und Verleihrrechts. Diesbezüglich verwies die Vermiet- und Verleihrrechtsrichtlinie auf die Bestimmungen der RBÜ.

883 Vgl. hierzu *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 8 CPRL Rn. 6.

884 *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 11 SDRL Rn. 2.

885 Hierzu schon oben, § 9.II.2.c).

886 Vgl. *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 SDRL Rn. 18.

887 Oben, § 9.II.2.c)bb).

juristischer Personen abweichen. In diesem Fall (jedenfalls, wenn solche Werke nicht zugleich anonyme Werke sind) und wegen der unterschiedlichen Definitionen der Miturheberschaft⁸⁸⁸ wird ein Gleichlauf der Schutzfristen also letztlich nicht erreicht.⁸⁸⁹

Die urheberrechtliche *Schutzdauer* legt Art. 1 SDRL auf 70 Jahre fest. Zuvor bestanden in den Mitgliedstaaten erhebliche Schutzfristenunterschiede.⁸⁹⁰

Bei der 70-jährigen Schutzfrist handelt es sich sowohl um eine Mindest- als auch um eine Höchstdauer. Die Regelung der Schutzdauerrichtlinie ist insofern abschließend und gibt den Mitgliedstaaten keine Möglichkeit zu Abweichungen.⁸⁹¹

Unter regelungstechnischen Gesichtspunkten und im Hinblick auf das Ziel der Rechtsvereinheitlichung fällt eine Bewertung des *acquis* für den Bereich der Schutzfristen recht positiv aus. Die Schutzdauerrichtlinie geht die sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen horizontal an. Für die Schutzdauer wird nicht nur eine Mindest-, sondern auch eine verbindliche Maximalvorgabe gemacht. Einziger Wermutstropfen bleibt, dass die Definition der Miturheberschaft den Mitgliedstaaten ebenso überlassen bleibt wie die Anwendung von Sonderregelungen für Kollektivwerke und die Urheberschaft juristischer Personen. Das Zurückscheuen des Unionsgesetzgebers vor einer Entscheidung in der Frage der originären Rechtsinhaberschaft wirkt sich also weiterhin auch auf die Schutzfristen aus.

3. Auswirkungen der Rechtsunterschiede auf den Binnenmarkt

Wie schon im vorangegangenen Abschnitt über die Rechtsinhaberschaft angedeutet⁸⁹² beeinträchtigen unterschiedlich lange Schutzfristen für ein und das-

888 Hierzu oben, § 9.II.2.c)aa).

889 So auch *Dietz*, GRUR Int. 1995, 670, 672.

890 Vgl. nur von *Lewinski*, GRUR Int. 1992, 724, 725. Zu der ähnlichen Situation im Bereich der verwandten Schutzrechte von *Lewinski*, GRUR Int. 1992, 724, 727; *Dworkin/Sterling*, EIPR 1994, 187, 187; *Maier*, RMUE 2/1994, 49, 53.

891 *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Vor Art. 1 SDRL Rn. 3. Dies gilt grundsätzlich auch für die verwandten Schutzrechte; hierzu *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 3 SDRL Rn. 13. Lediglich für den nur fakultativ vorgesehenen Schutz kritischer und wissenschaftlicher Ausgaben nach Art. 5 SDRL ist nur eine Maximalfrist von 30 Jahren vorgesehen; hierzu *Dietz*, GRUR Int. 1995, 670, 680; *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 5 SDRL Rn. 7.

892 Oben, § 9.II.3.b).

selbe Werk einen Binnenmarkt im Urheberrecht. Dies gilt jedenfalls, soweit die Schutzfrist sich auf Befugnisse des Urhebers bezieht, welche für die Verwertung eines Werkes erheblich sind, wie etwa die Verwertungsrechte.

Unterschiedliche Schutzfristen können die *Verkehrsfreiheiten beeinträchtigen*. Wird ein Werk in einem Mitgliedstaat zu einem früheren Zeitpunkt gemeinfrei als in einem anderen, kann es in ersterem beliebig vervielfältigt und verbreitet oder sonst verwertet werden, wohingegen sich der Rechteinhaber in dem Land, in dem der Schutz nach wie vor besteht, solchen Handlungen widersetzen kann und dem Verwerter so der Zugang zum nationalen Markt versperrt bleibt.

Dass sich dieses Problem durchaus praktisch auswirken kann, leuchtet unmittelbar ein. Die Schutzfristen sind aber einer der eher seltenen Fälle, in denen sich auch der EuGH schon mit den praktischen Auswirkungen von Rechtsunterschieden in einem materiellen Bereich des Urheberrechts befassen musste.⁸⁹³ Im Falle der *Patricia*-Entscheidung hatte ein Unternehmen Werkexemplare aus einem Mitgliedstaat, in dem die urheberrechtliche Schutzfrist bereits abgelaufen war, in einen anderen Mitgliedstaat eingeführt, in dem der urheberrechtliche Schutz noch bestand. Dass der Rechteinhaber sich dem nach den urheberrechtlichen Bestimmungen im Einfuhrstaat widersetzen konnte, sah der EuGH zwar als eine Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit an, hielt diese aber für durch Art. 36 AEUV gerechtfertigt. Somit musste die Warenverkehrsfreiheit und damit der Binnenmarkt hinter den urheberrechtlichen Rechtsunterschieden zurückstehen.

Unterschiedlich lange Schutzfristen wirken sich nicht nur auf die Verkehrsfreiheiten, sondern natürlich auch auf die *Wettbewerbsbedingungen* in der Union aus, weil längere Schutzfristen den Rechteinhabern und Verwertern längere Verwertungszeiträume und damit bessere Vermarktungschancen bieten. In Zeiten, in denen erhebliche Schutzfristenunterschiede innerhalb der Union bestanden, konnte man aus diesem Grund sogar noch befürchten, dass diese Unterschiede dazu führen würden, dass Erstveröffentlichungen in solche Länder

893 EuGH, 24.1.1989, Rs. 341/87, Slg. 1989, 79 – *Patricia*; hierzu Dietz, GRUR Int. 1995, 670, 670 ; *Benabou*, Droit d’auteur et droit communautaire, Rn. 598.

abwandern würden, die längere Schutzfristen gewährten.⁸⁹⁴ Diese Befürchtung hat sich indes nicht bewahrheitet. Dies liegt nicht nur daran, dass die Schutzfristen in der Union durch die Schutzdauerrichtlinie wie dargestellt recht weitgehend angeglichen wurden, sondern auch daran, dass der EuGH in seiner *Phil-Collins*-Entscheidung⁸⁹⁵ jedem Schutzfristenvergleich zulasten von EU-Bürgern eine klare Absage erteilt und so die völlige Gleichbehandlung von inländischen und EU-Urhebern durch die nationalen Urheberrechtsordnungen durchgesetzt hat.⁸⁹⁶ Nichtsdestotrotz erhellt, dass es für die wettbewerbliche Position von Kreativen und Verwertern von Bedeutung ist, wie lange ein Werk geschützt wird.

4. Zwischenergebnis zur Schutzdauer des Urheberrechts

Mit dem urheberrechtlichen *acquis* ist es recht weitgehend gelungen, den Lauf der urheberrechtlichen Schutzfristen in der Union anzugleichen. Es bleibt aber dabei, dass für die Fälle der Miturheberschaft, der kollektiven Werke und der Urheberschaft juristischer Personen keine Vereinheitlichung erzielt werden konnte.

Fälle aus der Praxis zeigen, dass es im Falle unterschiedlich verlaufender Schutzfristen zwangsläufig zu Beeinträchtigungen der Verkehrsfreiheiten und Wettbewerbsverzerrungen kommt. An der Binnenmarktrelevanz der Schutzfristen kann daher kaum ein Zweifel bestehen.

894 So *Dietz*, Urheberrecht in der EG, 450.

Aufgrund des Grundsatzes der Inländerbehandlung der RBÜ (Art. 5 Abs. 1) kamen die Rechteinhaber bei einer Erstveröffentlichung in einem Land mit längerer Schutzfrist jedenfalls in diesem Land in den Genuss der dortigen längeren Schutzfrist. Wären sie dagegen zu einer Erstveröffentlichung in einem Land mit kürzerer Schutzfrist geschritten, so hätten sie auch in einem Mitgliedstaat mit an sich längerer Schutzfrist aufgrund des Schutzfristenvergleichs nach Art. 7 Abs. 8 RBÜ nur die kurze Schutzfrist genossen.

895 EuGH, 20.10.1993, Verb. Rs. C-92/92 und C-326/92, Slg. 1993, I-5145 – *Phil Collins*.

896 Unabhängig davon, wo ein Werk erstmals veröffentlicht wurde, muss also ein Mitgliedstaat der Union einem EU-Urheber die gleiche Schutzfrist einräumen wie seinen Bürgern. Verlegungen des Erstveröffentlichungsortes sind daher aus diesem Grund nicht zu erwarten.

Zur *Phil-Collins*-Entscheidung *Nordemann*, Veränderung der Prinzipien des nationalen Urheberrechts, 50 f.; sehr kritisch *Schack*, Urheberrecht, Rn. 157 und 988 ff.; *Schack*, ZGE 2009, 275, 284 f.

Auch ein Europäisches Urheberrecht muss somit eine einheitliche Schutzfrist vorsehen.⁸⁹⁷ Ein europäischer Rechtstitel, der keine Aussagen über seine Geltungsdauer enthält, erscheint auch kaum vorstellbar.

Wir haben gesehen, dass sich die Zuweisung der Rechtsinhaberschaft nur dann auf den Binnenmarkt auswirken kann, wenn sich die damit verbundenen urheberrechtlichen Prärogativen auf den Binnenmarkt auswirken.⁸⁹⁸ Auch für die Schutzfristen gilt, dass diese nur dann binnenmarktrelevant sind und daher nur dann einer Regelung durch die Union bedürfen, wenn sie sich auf Befugnisse des Urhebers beziehen, die bei einer Verwertung des Werkes betroffen sind. Sollten wir also – wie das schon angesprochen wurde⁸⁹⁹ – zu dem Ergebnis kommen, dass urheberpersönlichkeitsrechtliche und wirtschaftliche Aspekte des Urheberrechts getrennt voneinander geregelt werden können und dass die urheberpersönlichkeitsrechtliche Komponente des Urheberrechts für die Verwertung eines Werkes nicht entscheidend ist, dann muss die Frage, wie lange diese urheberpersönlichkeitsrechtliche Komponente geltend gemacht werden kann, auch nicht im Interesse des Binnenmarktes einheitlich geregelt werden.⁹⁰⁰ Einer Bestimmung der Schutzdauer des Urheberpersönlichkeitsrechts bedarf es auf Unionsebene dann also nicht.

IV. Verwertungsrechte

Das Feld der urheberrechtlichen Verwertungsrechte ist – grundsätzlich – weniger umstritten als die zuvor besprochenen Bereiche des materiellen Urheberrechts. Die „klassischen“ wirtschaftlichen Rechte werden dem Urheber in *droit-d’auteur*- ebenso wie in copyright-Systemen in langer Tradition gewährt.⁹⁰¹ Selbst sehr nutzerfreundliche Stimmen rütteln nicht an der prinzipiellen Gewährung wirtschaftlicher Ausschließlichkeitsrechte.⁹⁰²

Gerade wegen der tiefen Verwurzelung der Verwertungsrechte in der urheberrechtlichen Tradition der Mitgliedstaaten haben sich aber in vielerlei Hinsicht divergierende Systematiken der Verwertungsrechte herausgebildet, die eine Vereinheitlichung mitunter erschweren können.

897 So auch *Schack*, ZGE 2009, 275, 286.

898 Oben, § 9.II.4.

899 Oben, § 9.II.1.a).

900 Hierzu unten, § 9.V.

901 Vgl. *Ohly*, Economic rights, 213 ff.

902 Vgl. *Ohly*, Economic rights, 213.

1. Vereinheitlichung aufgrund internationaler Konventionen

Da über die prinzipielle Gewährung der Hauptverwertungsrechte also Konsens besteht, weisen diese auf internationaler Ebene auch einen höheren Vereinheitlichungsgrad auf als die zuvor betrachteten Bereiche des materiellen Urheberrechts.⁹⁰³ Nichtsdestotrotz bieten die internationalen Konventionen auch hier keine umfassende Harmonisierung.

Art. 9 RBÜ gewährt den Urhebern das ausschließliche *Recht der Vervielfältigung*, „gleichviel, auf welche Art und in welcher Form sie vorgenommen wird.“

Strittig ist, ob Art. 9 RBÜ auch das *Verbreitungsrecht* mit umfasst,⁹⁰⁴ jedenfalls gewährt aber Art. 6 WCT ein solches. Jedoch bezieht sich Art. 6 WCT nach seinem eindeutigen Wortlaut nur auf solche Handlungen, die den Verkauf oder sonstige Eigentumsübertragung beinhalten. Ein Vermiet- und Verleihrecht ist hierin also nicht enthalten. Demnach unterschieden sich bis zum Erlass der Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie die nationalen Urheberrechte stark in der Frage der Gewährung eines Vermiet- und Verleihrechts. Viele nationalen Rechtsordnungen gewährten keinerlei Rechte für die Vermietung und den Verleih von Werken und sonstigen Schutzgegenständen, manche lediglich einen Vergütungsanspruch.⁹⁰⁵

Ein breites ausschließliches *Recht der öffentlichen Wiedergabe* schließlich gewährt Art. 8 WCT, wohingegen die RBÜ nur einzelne Aspekte dieses Rechts vorsieht. So gewährt etwa Art. 11 bis Abs. 1 Nr. 1 RBÜ das Recht der drahtlosen Sendung, Art. 11 bis Abs. 1 Nr. 2 das Recht der drahtgebundenen oder drahtlosen Weitersendung. Zum Teil sieht die RBÜ Rechte auch nur für bestimmte Werkarten vor (z.B. das Aufführungsrecht für dramatische, dramatisch-musikalische oder musikalische Werke, Art. 11 RBÜ). Darüber hinaus wird für manche Rechte bestimmt, dass die Mitgliedstaaten die Voraussetzungen der Ausübung des Rechts bestimmen können, was ihnen die Möglichkeit eröffnet, gesetzliche oder Zwangslizenzen einzuführen oder das Recht verwertungsge-

903 Vgl. hierzu den Überblick bei *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 43 ff. Vgl. auch *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 20.

904 *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 58; *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 44; *Ohly*, Economic rights, 219.

905 Ausführlicher zu den damaligen Regelungen in den nationalen Rechtsordnungen *Comte*, RIDA 158 (1993), 2, 25 ff.

sellschaftenpflichtig auszugestalten (z.B. für die eben genannten Aspekte des Senderechts in Art. 11 bis Abs. 2 RBÜ).⁹⁰⁶

2. Vereinheitlichung innerhalb der Europäischen Union

Die Union hat die zentrale Bedeutung der Verwertungsrechte und das Bedürfnis nach Einheitlichkeit auf diesem Feld erkannt⁹⁰⁷ und deshalb gerade auf diesem Feld bedeutende Harmonisierungsbestrebungen unternommen. Ein Blick auf den *acquis* offenbart jedoch die Schwächen, die mit der bisher verfolgten Methode der Rechtsetzung verbunden sind.

Auch hinsichtlich der Verwertungsrechte verfolgt der *acquis* je nach Richtlinie wiederum einen auf einzelne Werkarten (Computerprogramme, Datenbanken) beschränkten oder einen horizontalen (auf grundsätzlich alle Werkarten bezogenen) Ansatz. Die Friktionen, zu denen dieses Vorgehen des Unionsgesetzgebers führen kann,⁹⁰⁸ sind im Bereich der Verwertungsrechte besonders groß, weil hier sowohl die werkkategoriebezogenen als auch die horizontalen Richtlinien recht weitgehende Regelungen treffen und es daher eher zu Kollisionen kommen kann. Darüber hinaus werden wir sehen, dass der *acquis* auch im wichtigen Bereich der Verwertungsrechte noch zu große Freiräume für divergierende nationale Rechtsordnungen lässt.

Wir wollen uns nun die Regelungen des *acquis* Verwertungsrecht für Verwertungsrecht ansehen, um die sich durch die Regelungstechnik ergebenden Probleme zu identifizieren, bevor wir in der gebotenen Kürze auf die Verwertungsrelevanz dieses Teilbereichs des Urheberrechts eingehen.

a) Vervielfältigungsrecht

Wie schon angesprochen nähert sich der *acquis* den Verwertungsrechten, auch dem Vervielfältigungsrecht von zwei Seiten. Die auf besondere Werkarten beschränkten Richtlinien enthalten umfassende Regelungen der Verwertungsrech-

906 Vgl. zum Recht der Kabelweitersendung *Vogel*, ZUM 1992, 21, 22. Dementsprechend hatte etwa Dänemark eine Zwangslizenz für die Kabelweiterleitung eingeführt; hierzu *Jehoram*, IIC 1994, 821, 833.

907 Vgl. Grünbuch Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, KOM (95) 382, Zusammenfassung, Rn. 3.

908 Hierzu oben, § 8.I.2.f)aa).

te, die den Urhebern von Computerprogrammen und Datenbanken zustehen. Die Informationsgesellschaftsrichtlinie regelt demgegenüber das Vervielfältigungsrecht horizontal und somit grundsätzlich für alle Werkarten.

Art. 4 lit. a CPRL und Art. 5 lit. a DBRL sehen das Vervielfältigungsrecht zugunsten von Urhebern von *Computerprogrammen und Datenbanken* vor. Allerdings bleiben nicht unerhebliche Fragen hinsichtlich der Reichweite des Vervielfältigungsrechts offen.

Art. 4 lit. a S. 2 CPRL lässt ausdrücklich offen, ob die bei der bloßen Verwendung von Computerprogrammen notwendigen Vorgänge des Ladens, Anzeigens, Ablaufens, Übertragens oder Speicherns eine – vorübergehende – Vervielfältigung erfordern oder nicht.⁹⁰⁹ Auch bei Datenbanken bleibt es letztlich fraglich, ob auch ganz ephemere Vervielfältigungen, wie sie etwa bei der bloßen Benutzung elektronischer Datenbanken anfallen, urheberrechtlich relevante Nutzungshandlungen darstellen.⁹¹⁰

Man mag nun einwenden, dass es sich hier um eines jener Probleme handelt, welche einer schnellen technischen Entwicklung unterliegen und daher ei-

909 *Lehmann*, NJW 1991, 2112, 2114 Fn. 35; *Dreier*, CR 1991, 577, 579. Die Kommission ist aber wohl stets davon ausgegangen, dass derartige Vorgänge Vervielfältigungen des Programms im urheberrechtlichen Sinne erfordern; hierzu *Blocher* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 4 CPRL Rn. 14.

910 Zwar meint *Berger*, GRUR 1997, 169, 176, wenn ErwG 30 DBRL besage, dem Urheber solle das Recht vorbehalten sein, die *Nutzung* des Werkes zu kontrollieren, dann bedeute dies, dass auch bei der bloßen Benutzung einer Datenbank schon urheberrechtliche Verwertungshandlungen vorgenommen werden. Dafür spreche auch, dass die Richtlinie in Art. 6 Schranken für den Zugang zur Datenbank und die normale Benutzung derselben vorsehe. Zwingend erscheint dieser Schluss allerdings nicht. Der Begriff der Nutzung in ErwG 30 DBRL lässt sich auch im urheberrechtlichen Sinne verstehen, sodass also hiernach dem Urheber nur urheberrechtlich relevante Nutzungshandlungen vorbehalten sein sollen. Hierfür spricht, dass der Erwägungsgrund auf die Verbreitung „insbesondere“ Bezug nimmt, welche unzweifelhaft eine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung darstellt. Eine „normale Benutzung“, die Art. 6 DBRL autorisiert, kann auch in einer dauerhafteren Speicherung einer Datenbank bestehen, als sie bei der bloßen Abfrage einer Datenbank im Arbeitsspeicher stattfindet. Auf die Frage, wie vorübergehend eine Vervielfältigung sein kann, um noch als urheberrechtlich relevant angesehen zu werden, gibt die Richtlinie jedenfalls keine eindeutige Antwort; so auch *Cornish*, Columbia VLA J. L. & the Arts 21/1 (1996), 1, 6. Das Problem dürfte jedoch dadurch entschärft werden, dass bei der bloßen Benutzung nur kleine Teile der Datenbank gespeichert werden, sodass der Schutzgegenstand der Auswahl und Anordnung nicht berührt ist und also deshalb keine Urheberrechtsverletzung stattfinden kann; hierzu *Wiebe*, CR 1996, 198, 201. Nichtsdestotrotz wäre hier ein größeres Maß an Klarheit wünschenswert gewesen.

ner flexibleren Lösung durch die Rechtsprechung überlassen werden sollten.⁹¹¹ Allerdings bestanden schon lange vor Entstehen der Richtlinien erhebliche Unsicherheiten im Hinblick auf die urheberrechtliche Relevanz der beim Betrieb eines Computerprogramms stattfindenden Vorgänge.⁹¹² Die zentrale Frage, ob solche Vorgänge bei der Nutzung eines Computerprogramms grundsätzlich zu den dem Rechtsinhaber vorbehaltenen Handlungen gehören und damit dem urheberrechtlichen Verbotsrecht unterliegen sollten, war somit im Zeitpunkt des Entstehens der Richtlinie hinreichend bekannt. Trotzdem führt die Computerprogrammrichtlinie diese in ihrer praktischen Bedeutung nicht zu unterschätzende Frage keiner Lösung zu,⁹¹³ sondern überlässt diese der Entscheidung der nationalen Gesetzgeber oder der Rechtsprechung.⁹¹⁴

Die Informationsgesellschaftsrichtlinie gewährt in Art. 2 das zuvor nur für Computerprogramme und Datenbanken vorgesehene⁹¹⁵ Vervielfältigungsrecht nunmehr *horizontal* allen Urhebern unabhängig von der Werkart.⁹¹⁶

Die Frage der ephemeren Vervielfältigungen wird in der Informationsgesellschaftsrichtlinie implizit einer Lösung zugeführt.⁹¹⁷ Da Art. 1 Abs. 2 IGRL aber bestimmt, dass die Informationsgesellschaftsrichtlinie trotz ihres horizontalen Ansatzes den bisherigen *acquis* unberührt lässt, lässt sich aus diesen Regelungen nicht zwingend auf eine entsprechende Lösung für Software und Datenbanken schließen. Obwohl der Richtliniengeber hier eine verbindliche materiellrechtliche Entscheidung getroffen hat, verhindert das sequentielle und sektorielle Vorgehen eine umfassende, allgemeingültige und transparente Lösung des

911 Hierzu schon oben, § 8.I.2.a) und § 8.I.2.g)aa).

912 Blocher in: Walter, Europäisches Urheberrecht, Art. 4 CPRL Rn. 10 ff.

913 Blocher in: Walter, Europäisches Urheberrecht, Art. 4 CPRL Rn. 14, berichtet von großer Enttäuschung, die sich bei den Betroffenen angesichts der unzureichenden Regelung nach Erlass der Richtlinie breitgemacht habe.

914 Selbst die noch in Art. 4 lit. a CPRL enthaltene Präzisierung, dass auch vorübergehende Vervielfältigungen vom Vervielfältigungsrecht erfasst sind, wurde nicht in alle nationalen Rechtsordnungen übernommen. Hierzu Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Umsetzung und die Auswirkungen der Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, KOM (2000)199, 11.

915 Vgl. hierzu Dietz, ZUM 1998, 438, 443.

916 Dreier, ZUM 2002, 28, 29; Bayreuther, ZUM 2001, 828, 830; Dietz, ZUM 1998, 438, 442; Walter in: Walter, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 47.

917 Aus der Schranke für ephemere Vervielfältigungen in Art. 5 Abs. 1 ergibt sich auch in Zusammenschau mit ErWG 21 IGRL, der ein weites Verständnis des Vervielfältigungsrechts verlangt, sowie mit ErWG 33 IGRL, dass solche flüchtigen Vervielfältigungshandlungen als urheberrechtlich relevante Vervielfältigungshandlungen anzusehen sind.

Problems.⁹¹⁸ Unterschiede in der Formulierung des Vervielfältigungsrechts für Software, Datenbanken und sonstige Schutzgegenstände führen so nach wie vor zu Rechtsunsicherheit.⁹¹⁹ Besser wäre es gewesen, ähnlich wie im Falle der verwandten Schutzrechte den *acquis* zu „bereinigen“,⁹²⁰ also die spezielle Formulierung des Vervielfältigungsrechts in der Computerprogramm- und der Datenbankrichtlinie anzupassen oder – noch besser – zu streichen und klarzustellen, dass das allgemeine Vervielfältigungsrecht der Informationsgesellschaftsrichtlinie auch zugunsten dieser Urheber gilt.

Am Beispiel der ephemeren Vervielfältigungen wird auch ein weiteres Problem der Richtlinienentechnik deutlich, nämlich das der Intransparenz der Rechtslage, das mit der Umsetzung von Richtlinien in nationales Recht durch die verschiedenen nationalen Gesetzgeber einhergeht. Weil die Richtlinie nur hinsichtlich des Regelungsziels verbindlich ist, den Weg der Zielverwirklichung aber den Mitgliedstaaten überlässt, kann das Ergebnis der urheberrechtlichen Freistellung ephemerer Vervielfältigungen nicht nur durch eine Schranke erreicht werden, sondern auch dadurch, dass eine ephemere Vervielfältigung gar nicht als eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung angesehen wird, wie dies im niederländischen Urheberrecht der Fall ist.⁹²¹ So wird zwar letztlich dassel-

918 Allgemein zu diesem Problem oben, § 8.I.2.f)aa).

919 Vgl. hierzu etwa *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 55 f. Die Bemerkung von *Dreier*, ZUM 2002, 28, 29, durch die Informationsgesellschaftsrichtlinie würden Unterschiede in der Definition des Vervielfältigungsrechts „überbrückt“, trifft daher nur eingeschränkt zu.

920 Art. 2 IGRL sieht das Vervielfältigungsrecht auch für die Inhaber verwandter Schutzrechte vor. Gemäß Art. 11 Abs. 1 lit. a IGRL wird aber Art. 7 VVRL-1992, der bis dato den Inhabern verwandter Schutzrechte das Vervielfältigungsrecht gewährte, gestrichen; hierzu *Dreier*, ZUM 2002, 28, 42; *Spindler*, GRUR 2002, 105, 107. Durch die einheitliche Gewährung des Vervielfältigungsrechts für alle Rechteinhaber und die Streichung der speziellen Gewährung des Vervielfältigungsrechts in der Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie wird der *acquis* so bereinigt und übersichtlicher gestaltet. Rechtsunsicherheiten aus unterschiedlichen Formulierungen des Vervielfältigungsrechts werden vermieden. Bedauerlich ist vor diesem Hintergrund nur, dass nicht auch Art. 7 VVRL, der für ausübende Künstler und Sendunternehmen ein Aufzeichnungsrecht vorsieht, in die Bereinigung miteinbezogen wurde. Auf diese Weise umfasst das Vervielfältigungsrecht nach der Informationsgesellschaftsrichtlinie zwar das Erstaufzeichnungsrecht für Urheber, nicht aber für ausübende Künstler und Sendunternehmen, die diesbezüglich auf Art. 7 VVRL verwiesen bleiben; hierzu *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 47 ff., 50 ff.

921 *Hugenholz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 69; *Westkamp*, The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States, 12.

be materiellrechtliche Ergebnis erreicht, dies wird dem Rechtsanwender aber keineswegs auf den ersten Blick deutlich gemacht.⁹²²

b) Verbreitungsrecht

Auch das Verbreitungsrecht wird einerseits für Computerprogramme (Art. 4 lit. c CPRL) und Datenbanken (Art. 5 lit. c DBRL), andererseits allgemein in der Informationsgesellschaftsrichtlinie (Art. 4 IGRL), immer jedoch in jeweils unterschiedlicher Formulierung gewährt. Verkompliziert wird die Lage hier noch dadurch, dass ein Aspekt des Verbreitungsrechts, nämlich das Vermiet- und Verleihrecht wiederum separat in einer eigenen Richtlinie geregelt wird.

Hierdurch ergeben sich nicht unbedeutende *Unsicherheiten hinsichtlich der Reichweite des Verbreitungsrechts*. Unklar bleibt zum Teil, ob das Verbreitungsrecht das Vermiet- und das Verleihrecht mit umfasst. Auf diese Frage lässt sich letztlich wohl keine für alle Werkarten gleichermaßen gültige Antwort finden.⁹²³ Es ergibt sich vielmehr der Befund, dass das nach dem Wortlaut des

⁹²² Allgemein zu diesem Problem oben, § 8.1.2.b).

⁹²³ Art. 4 lit. c CPRL normiert das *Verbreitungsrecht für Softwareurheber*. Das *Verleihrecht* wurde in der Computerprogrammrichtlinie anders als das Vermietrecht in Erwartung der anstehenden Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie *nicht* geregelt; hierzu *Blocher* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 4 CPRL Rn. 34, 36. Dies geht auch eindeutig aus ErwG 12 CPRL hervor; zum identischen ErwG 16 CPRL-1991 von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 3 Rn. 1 VVRL. Es ergibt sich daher erst aus der Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie; hierzu *Blocher* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 4 CPRL Rn. 36. Dies wird auch durch die Erwähnung von Computerprogrammen in Art. 6 Abs. 2 VVRL deutlich; hierzu von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 3 Rn. 4 VVRL.

Demgegenüber umfasst das *Verbreitungsrecht für Datenbankurheber* nach Art. 5 lit. c DBRL *weder das Vermiet- noch das Verleihrecht*. Diese werden vielmehr bereits durch die zeitlich frühere Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie gewährt; hierzu von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 2 DBRL Rn. 3, mit Verweis auf Art. 2 lit. b DBRL. Aus diesem Grund ist der Erschöpfungsgrundsatz in Art. 5 lit. c DBRL so formuliert, dass er an sich nur das Recht, eine Datenbank im Wege des Verkaufs zu verbreiten, erfasst. Würde man also streng dem Wortlaut der Datenbankrichtlinie folgen, so könnte der Urheber den Tausch oder die Schenkung einer Datenbank auch nach deren Verkauf kontrollieren; hierzu von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 5 DBRL Rn. 14; vgl. auch *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Stand der Harmonisierung Rn. 68. Eine einheitliche Regelung des Verbreitungsrechts für Datenbanken oder noch besser für alle urheberrechtlichen Schutzgegenstände hätte eine solche Missverständlichkeit leicht vermeiden können.

Auch das *Verbreitungsrecht für sonstige Urheber* nach Art. 4 IGRL enthält wohl

Art. 4 lit. c CPRL „jede Form der öffentlichen Verbreitung“ umfassende Verbreitungsrecht den Verleih nicht einschließt. Demgegenüber umfasst für die übrigen Werkarten das Recht, „jede Form der öffentlichen Verbreitung“ (Art. 5 lit. c DBRL) bzw. die „Verbreitung an die Öffentlichkeit in beliebiger Form durch Verkauf oder auf sonstige Weise“ (Art. 4 Abs. 1 IGRL) zu erlauben, weder das Vermiet- noch das Verleihrecht.

Sowohl für Software als auch für alle anderen Werkarten werden Teile des Verbreitungsrechts im weiteren Sinne (Vermietrecht, Verleihrecht, sonstige Befugnisse des Verbreitungsrechts) in separaten Richtlinien mit teilweise unterschiedlichen Einzelregelungen – etwa in der Frage der Schranken – geregelt, ohne dass dies auf sachlichen Gründen beruht. Unter dem Gesichtspunkt der Kohärenz des urheberrechtlichen *acquis* ist das kein erfreuliches Ergebnis.⁹²⁴

Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Aufteilung des Verbreitungsrechts auf mehrere Richtlinien keine divergierenden Ergebnisse produziert, wäre es aber in jedem Fall zu begrüßen gewesen, wenn das Verbreitungsrecht – so wie das Vervielfältigungsrecht für Urheber (mit Ausnahme von Software- und Datenbankurhebern) und Inhaber verwandter Schutzrechte⁹²⁵ – in einer Richtlinie zusammengefasst worden wäre. Zu der aus einem Verzicht hierauf resultierenden Unübersichtlichkeit des *acquis*⁹²⁶ kommen wiederum Zweifelsfragen, die sich aus der stets unterschiedlichen Formulierung des Rechts in den unterschiedlichen Vorschriften ergeben könnten.⁹²⁷

Auch ein kohärenter und übersichtlicher *acquis* bietet indes keine Gewähr dafür, dass auch die letztlich anwendbaren nationalen Urheberrechtsregeln einen kohärenten und übersichtlichen Gesamtkorpus bilden. Auch wenn alle Mitgliedstaaten im Ergebnis das Recht gewähren, verkörperte Werkexemplare verbreiten zu dürfen, wird diese Prärogative doch in manchen nationalen

weder das Vermiet- noch das Verleihrecht, da ausweislich des ErwG 28 IGRL die entsprechenden Bestimmungen der Vermiet- und Verleihrichtlinie unberührt bleiben sollen; hierzu *Dietz*, ZUM 1998, 438, 444; *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 735; zweifelnd *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 62. Für die Inhaber verwandter Schutzrechte ergibt sich ein Verbreitungsrecht bereits aus Art. 9 Abs. 1 VVRL; hierzu *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 737; unklar *Spindler*, GRUR 2002, 105, 109. Da auch für diese Rechtsinhaber das Vermiet- und Verleihrecht separat in Art. 3 Abs. 1 VVRL vorgesehen ist, dürfte auch das Verbreitungsrecht für die Inhaber verwandter Schutzrechte eng zu verstehen sein; vgl. *Dietz*, ZUM 1998, 438, 444.

924 Allgemein zu diesem Problem oben, § 8.I.2.f)aa).

925 Hierzu *Dietz*, ZUM 1998, 438, 442.

926 Vgl. auch *Bayreuther*, ZUM 2001, 828, 830.

927 Hierzu auch *Lucas*, Festschrift Schrickler zum 70. Geburtstag, 441.

Urheberrechten als eigenständiges Recht geregelt, wohingegen es im Urheberrecht anderer Mitgliedstaaten als Aspekt eines breiten Rechts der Mitteilung an die Öffentlichkeit oder eines weit gefassten Vervielfältigungsrechts angesehen wird.⁹²⁸ Für den Rechtsanwender, der sich im Rahmen grenzüberschreitender Vorgänge mit mehreren nationalen Urheberrechten und der jeweils dahinter stehenden Systematik zu befassen hat, ergeben sich aus solchen Intransparenzen Rechtsunsicherheiten und damit verbunden Transaktionskosten.⁹²⁹

Auch der *Erschöpfungsgrundsatz* bietet unter dem Gesichtspunkten der Kohärenz Anlass zu Beanstandungen. So wird er in Art. 4 Abs. 2 IGRL breiter formuliert als in Art. 4 Abs. 2 CPRL, Art. 5 lit. c und Art. 7 Abs. 2 UAbs. 1 lit. b DBRL (und für das Verbreitungsrecht der Inhaber verwandter Schutzrechte in Art. 9 Abs. 2 VVRL).⁹³⁰ Auch hier bestehen daher letztlich Unsicherheiten, ob dem unterschiedlichen Wortlaut nicht zumindest in Nuancen auch unterschiedlicher Bedeutungsgehalt zukommt.⁹³¹

Hinzu kommen Probleme in Punkto Transparenz, die sich aus der notwendigen Umsetzung einer Richtlinie in nationales Recht ergeben. Wenn beispielsweise die in Art. 4 Abs. 2 CPRL festgeschriebene unionsweite Erschöpfung nicht von allen nationalen Gesetzgebern auch ausdrücklich übernommen wurde,⁹³² kann dies zumindest zu Unsicherheiten hinsichtlich der Rechtslage in den einzelnen Mitgliedstaaten führen. Hieran trägt aber nicht die an sich eindeutige Formulierung im Richtlinien text Schuld, sondern eben die Notwendigkeit des Tätigwerdens eines zweiten – des nationalen – Gesetzgebers, der seiner Pflicht mehr oder weniger „eifrig“ nachkommen kann.⁹³³

928 *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 42.

929 Allgemein zu diesem Problem oben, § 8.I.2.b).

930 *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Stand der Harmonisierung Rn. 38 und 66.

931 Relevant wird dieser Frage etwa nach der Entscheidung des EuGH zur Erschöpfung des Verbreitungsrechts an Software. Da der EuGH im Ergebnis auch beim Onlinevertrieb von Software den Erschöpfungsgrundsatz anwendet, wird in der Literatur darüber diskutiert, ob diese Rechtsprechung auch auf andere Werkarten angewendet werden kann. Vgl. EuGH, 3.7.2012, Rs. C-128/11 GRUR Int., 2012, 759 – *UsedSoft*, Rn. 47 ff., insbesondere 47 und 59 ff., und hierzu *Hartmann*, GRUR Int. 2012, 980, 982 ff.

Allgemein zu diesem Problem oben, § 8.I.2.f)aa).

932 Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Umsetzung und die Auswirkungen der Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, KOM (2000)199, 12.

933 Allgemein zu diesem Problem oben, § 8.I.2.b).

Mit dem Verbreitungsrecht wird auch der *Begriff der Öffentlichkeit* relevant, setzt doch eine Verbreitung im urheberrechtlichen Sinne voraus, dass die Öffentlichkeit mit den entsprechenden Verwertungshandlungen erreicht wird. Der Begriff der Öffentlichkeit wird aber nirgendwo im urheberrechtlichen *acquis* definiert,⁹³⁴ obwohl er nicht nur für die Einschlägigkeit des Verbreitungsrechts, sondern auch des Rechts der öffentlichen Wiedergabe entscheidend ist.

Die Definition der Öffentlichkeit variiert aber von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat.⁹³⁵ So lässt sich an die Entgeltlichkeit oder den Erwerbszweck⁹³⁶ einer Handlung (dann Öffentlichkeit) ebenso anknüpfen wie an eine persönliche Verbindung zwischen Verwerter und Publikum (dann keine Öffentlichkeit).⁹³⁷

Art. 3 IGRL bringt jedenfalls dahingehend Klärung, dass es – zumindest für die öffentliche Zugänglichmachung – genügt, wenn die Öffentlichkeit sukzessive angesprochen wird und an verschiedenen Orten versammelt ist.⁹³⁸ Ob sich dies auch auf andere Verwertungshandlungen, die die Öffentlichkeit involvieren, übertragen lässt,⁹³⁹ bleibt aber ebenso unklar wie mögliche Auswirkungen im Anwendungsbereich der werksspezifischen Richtlinien. Darüber hinaus

934 *Lucas*, Festschrift Schricker zum 70. Geburtstag, 443. Zur Computerprogrammrichtlinie *Blocher* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 4 CPRL Rn. 26. Zur Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 VVRL Rn. 23; von *Lewinski*, GRUR Int. 1991, 104, 111, versucht eine Auslegung des Begriffs. Zur Satelliten- und Kabelrichtlinie *Dreier* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 SKRL Rn. 5. Zur Datenbankrichtlinie von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 5 DBRL Rn. 12.

935 Vgl. *Hugenholz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 57 ff.

936 Für den EuGH kommt es wie kürzlich entschieden bei der Frage, ob eine öffentliche Wiedergabe vorliegt, zumindest auch auf das Vorliegen eines Erwerbszweckes an; EuGH, 4.10.2011, Verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 ZUM, 2011, 803 – *Premier League und Murphy*, Rn. 204. Dies gilt auch und erst recht, soweit es um die Vergütungsansprüche aufgrund verwandter Schutzrechte geht; EuGH, 15.3.2012, Rs. C-135/10 EuZW, 2012, 715 – *SCF ./. del Corso*, Rn. 88 f., und EuGH, 15.3.2012, Rs. C-162/10 EuZW, 2012, 711 – *Phonographic Performance*, Rn. 36.

937 Hierzu *Dietz*, Urheberrecht in der EG, Rn. 274 ff.; *Hugenholz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 57 und Fn. 232.

938 *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 86.

939 Die Möglichkeit einer entsprechenden sukzessiven Öffentlichkeit hat der EuGH etwa für die öffentliche Wiedergabe angenommen. Eine solche könne auch dann gegeben sein kann, wenn Patienten in einer Praxis nacheinander mit Musik beschallt werden oder wenn Hotelgäste nacheinander die Zimmer eines Hotels bewohnen und dort Fernsehgeräte benutzen können; EuGH, 15.3.2012, Rs. C-135/10 EuZW, 2012, 715 – *SCF ./. del Corso*, Rn. 87; EuGH, 15.3.2012, Rs. C-162/10 EuZW, 2012, 711 – *Phonographic Performance*, Rn. 35; hierzu *Westkamp*, EuZW 2012, 698, 699 ff.; vgl. zuvor schon EuGH, 7.12.2006, Rs. C-306/05, Slg. 2006, I-11519 – *Rafael Hoteles*, Rn. 38; hierzu *Ullrich*, ZUM 2008, 112, 119.

bleibt der Begriff der Öffentlichkeit auch im Übrigen unpräzise, was gerade auch im interaktiven Bereich binnenmarktrelevante Rechtsunterschiede produzieren kann.⁹⁴⁰

Bei der Definition der Öffentlichkeit handelt es sich zweifellos um eine horizontale Frage.⁹⁴¹ Die Methode der sektoriellen Richtlinien bietet sich daher in der Tat nicht unbedingt für eine übergreifende Regelung der Frage an, sie verleitet vielmehr dazu, dieses Problem von allgemeiner Bedeutung gar nicht anzugehen, gerade weil es von allgemeiner Bedeutung ist.⁹⁴² Werden aufgrund der praktischen Relevanz der Frage dann aber doch Einzelregelungen getroffen (wie die Präzisierung hinsichtlich der öffentlichen Zugänglichmachung in der Informationsgesellschaftsrichtlinie), führt das zu schwierigen Problemen im Hinblick auf die Übertragbarkeit der Regelung, die die Kohärenz des urheberrechtlichen acquis in Frage stellen.⁹⁴³

Wir haben schon gesehen, dass sich gerade am Beispiel des Begriffs der Öffentlichkeit gezeigt hat, dass eine fehlende Definition im Unionsrecht auch die Frage aufwirft, ob nach dem Willen des Unionsgesetzgebers die nationalen Urheberrechte berufen sein sollen, diese Lücke zu füllen, weil eine Vereinheitlichung gar nicht gewollt ist, oder ob eine Konkretisierung der Unionsrechtsprechung überlassen werden sollte.⁹⁴⁴ Der EuGH ist im Hinblick auf die Satelliten- und Kabelrichtlinie noch davon ausgegangen, dass der Begriff der Öffentlichkeit nach nationalem Recht auszufüllen sei.⁹⁴⁵ Demgegenüber hat er bei der Auslegung der Informationsgesellschaftsrichtlinie trotz der auch dort fehlenden Definition des Begriffs der Öffentlichkeit und obwohl auch im Vorfeld des Entstehens dieser Richtlinie davon ausgegangen wurde, dass der Begriff nach dessen Bedeutung im jeweils nationalen Urheberrecht zu interpretieren sei,⁹⁴⁶ eine

Eine Tendenz, allgemein eine sukzessive Öffentlichkeit ausreichen zu lassen, erkennt *Westkamp*, EuZW 2012, 698, 700.

940 *Mayer*, EuZW 2002, 325, 326; *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 86; zu Recht kritisch auch *Spindler*, GRUR 2002, 105, 108 f. Zur Binnenmarktrelevanz sogleich unten, § 9.IV.3.

941 Vgl. *von Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 9 VVRL Rn. 3.

942 Allgemein zu diesem Problem oben, § 8.I.2.g)aa).

943 Allgemein zu diesem Problem oben, § 8.I.2.f)aa).

944 Oben, § 8.I.2.a).

945 EuGH, 3.2.2000, Rs. C-293/98, Slg. 2000, I-629 – *Egeda*, Rn. 25 und 29. Hierzu ausführlich *Mahr*, M&R 2000, 152, 152 ff., 156; vgl. auch Bericht über die Anwendung der Satelliten- und Kabelrichtlinie, KOM (2002) 430, 13 f.

946 Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, SEC (2004) 995, 15.

unionsautonome Auslegung versucht.⁹⁴⁷ Wenn daher inzwischen doch von einem einheitlichen Begriff der Öffentlichkeit auf Unionsebene jedenfalls für den Anwendungsbereich der Informationsgesellschaftsrichtlinie ausgegangen werden kann, so ist dies nicht einer Entscheidung des Unionsgesetzgebers, sondern einem – nicht unbedingt vorhersehbaren – Sinneswandel des EuGH zu verdanken. In jedem Fall offenbaren die Entscheidungen des EuGH aber, dass die Frage, wann eine bestimmte Handlung öffentlich ist, und die hierauf gegebenen verschiedenen Antworten durch die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen durchaus zu unterschiedlichen praktischen Ergebnissen führen können.⁹⁴⁸

c) Recht der öffentlichen Wiedergabe

Betrachten wir das Recht der öffentlichen Wiedergabe, bietet sich ein ähnliches Bild wie für das Verbreitungsrecht: es wird zunächst einmal sektoriell zumindest für Datenbanken gewährt. Die Satelliten- und Kabelrichtlinie sieht dann bestimmte Rechte vor, die sich als Teilbefugnisse eines umfassenden Rechts der öffentlichen Wiedergabe auffassen lassen. Die Informationsgesellschaftsrichtlinie schließlich gewährt grundsätzlich allen Urhebern ein sehr umfassendes, wenn auch nicht alle Aspekte einer öffentlichen Wiedergabe enthaltendes Recht.

Wir wollen die Probleme, die durch (vermeintliche) Überschneidungen der verschiedenen Richtlinien zustandekommen können, anhand zweier Aspekte des Rechts der öffentlichen Wiedergabe betrachten, nämlich anhand des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung sowie des Senderechts.

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

948 Es erscheint vor diesem Hintergrund unverständlich, weshalb mancherorts eine Relevanz dieser Unterschiede in Abrede gestellt wird. Vgl. hierzu Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, SEC (2004) 995, 15. *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, *Recasting of Copyright*, 57 f, gehen von einer nur begrenzten Auswirkung auf den Binnenmarkt aus. *Lucas*, *Festschrift Schricker zum 70. Geburtstag*, 443, weist darauf hin, dass auch die nationalen Urheberrechtsordnungen keine Definition der Öffentlichkeit liefern. Dass unterschiedlichen Auslegungen des Begriffes nicht auch unter Binnenmarktgesichtspunkten relevant werden könnten, folgt hieraus aber nicht.

aa) Recht der öffentlichen Zugänglichmachung

Die schon hinsichtlich des Verbreitungsrechts beschriebene Koexistenzproblematik – also die des oftmals unklaren Verhältnisses der Richtlinien zueinander – wird im Bereich des Rechts der öffentlichen Wiedergabe durch den Wandel verstärkt, dem dieses Recht aufgrund der technischen Entwicklung unterworfen ist. Die Möglichkeit der Verbreitung von Inhalten über das Internet hat das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung auf den Plan gerufen, dessen Bedeutung dem Unionsgesetzgeber im Zeitpunkt des Erlasses der früheren Richtlinien noch nicht klar sein konnte. Dies führt aber zu der Frage, wie der Schutz durch ein Recht der öffentlichen Zugänglichmachung auch im Anwendungsbeereich solcher früheren Richtlinien gewährt werden kann.

Die *Computerprogrammrichtlinie* sieht als die erste urheberrechtliche Richtlinie gar kein ausdrückliches Recht der öffentlichen Wiedergabe und daher auch kein Recht der öffentlichen Zugänglichmachung vor.⁹⁴⁹ Im Zusammenhang mit dem Onlinevertrieb von Software hat sich daher die Frage gestellt, ob sich ein Recht der öffentlichen Zugänglichmachung für den Softwareurheber aus einem entsprechend weit verstandenen Verbreitungsrecht in der *Computerprogrammrichtlinie* selbst ergeben könne⁹⁵⁰ oder man auf die Informationsgesellschaftsrichtlinie zurückgreifen müsse, um ein Recht der öffentlichen Zugänglichmachung zugunsten des Softwareurhebers herzuleiten,⁹⁵¹ so wie im Falle des Verleihrechts auf die Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie zurückgegriffen werden muss. Diese Frage ist – insofern anders als im Falle des Verleihrechts – mit bedeutenden praktischen Auswirkungen verbunden, weil sich das Verbreitungsrecht im Gegensatz zum Recht der öffentlichen Zugänglichmachung erschöpft.⁹⁵² Der EuGH hat mit seiner *UsedSoft*-Entscheidung die dau-

949 Hieraus wurde zum Teil abgeleitet, die Richtlinie verzichte auf eine Harmonisierung dieses Rechts, ohne dass indes hieraus gefolgert werden dürfe, der Unionsgesetzgeber erkenne ein solches nicht an; vgl. *Benabou*, Droit d'auteur et droit communautaire, Rn. 419.

950 Dafür *Blocher* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 4 CPRL Rn. 25; zu entsprechenden Überlegungen auch Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Umsetzung und die Auswirkungen der Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, KOM (2000)199, 18.

951 Hierzu *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 75.

952 Subsumierte man demnach das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung an Computerprogrammen unter das in Art. 4 lit. c CPRL geregelte Verbreitungsrecht, so musste dieses Recht sich auch gemäß Art. 4 Abs. 2 CPRL erschöpfen. Ausführlich hierzu *Blocher* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 4 CPRL Rn. 28 ff.

erhafte Überlassung von Software, die über das Internet übermittelt wird, dem Verbreitungsrecht zugeschlagen.⁹⁵³ Unklar bleibt aber auch nach der Entscheidung, wie es sich mit der Erschöpfung bei anderen Werkarten verhält. Auch hätte man sich angesichts der enormen praktischen Bedeutung der Weiterveräußerung heruntergeladener Software (und anderer Werke) und angesichts der längst bekannten Parameter der Diskussion über deren Zulässigkeit klarstellende Worte vom Unionsgesetzgeber selbst gewünscht, wenn doch mit der Infor-

Hiernach durfte das Vervielfältigungsstück, welches ein Erwerber etwa im Wege des Online-Downloads rechtmäßig – etwa auf seiner Festplatte – herstellt, in körperlicher Form weiterveräußert werden. Noch darüber hinaus ging ein Verständnis der Erschöpfung, wonach der Erwerber eines Computerprogramms seine Rechtsstellung unabhängig vom konkreten Datenträger übertragen können sollte. So *Blocher* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 4 CPRL Rn. 30 f. Danach konnte der Nutzer, welcher ein Computerprogramm per Download erworben hatte, dieses auch in Kopie einmal weiterveräußern, solange er die ihm verbleibenden Kopien nicht mehr verwendete.

Demgegenüber bestimmt ErWG 29 IGRL, dass sich die Frage der Erschöpfung bei Online-Diensten „nicht stellt“ und zwar auch nicht für ein materielles Vervielfältigungsstück, welches der Nutzer anlässlich eines Downloads berechtigter Weise hergestellt hat. Gewährte man dem Softwareurheber also ein Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach Art. 3 Abs. 1 IGRL, so kam eine Erschöpfung und somit eine erlaubte Weiterveräußerung der Kopie nach einem Download an sich nicht in Frage.

Allerdings wird auch für den Anwendungsbereich der Informationsgesellschaftsrichtlinie diskutiert, ob sich das Verbreitungsrecht an einem im Wege des Downloads erworbenen Vervielfältigungsstückes nicht doch erschöpfen könnte, sodass eine Weiterveräußerung möglich wäre. Dies dürfte zu einem Gutteil dem Wortlaut des ErWG 29 IGRL geschuldet sein, den man getrost als kryptisch bezeichnen kann. Dieser lässt sich einerseits so verstehen, dass ein per Download käuflich erworbenes Werkexemplar nicht weiterverbreitet werden darf, weil sich das *Verbreitungsrecht* hieran mangels körperlichen Inverkehrbringens nicht erschöpft hat, eine Auslegung, die plausibel erscheint, der aber in materieller Hinsicht heftige Kritik entgegen schlägt. Vgl. etwa *Dreier*, ZUM 2002, 28, 32, Fn. 32; *Hoeren*, MMR 2000, 515, 517; *Spindler*, GRUR 2002, 105, 110; *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 737; *Mayer*, EuZW 2002, 325, 326. Zwingend ist eine dahingehende Auslegung allerdings nicht. Im Falle eines käuflichen Erwerbs eines Werkes per Download kann man wohl kaum von einer reinen Dienstleistung sprechen, auf die sich ErWG 29 IGRL aber bezieht. Auch könnte sich ErWG 29 IGRL nur auf Art. 3 Abs. 3 IGRL und der Ausschluss der Erschöpfung somit nur auf das *Recht der öffentlichen Wiedergabe und der öffentlichen Zugänglichmachung* beziehen und mithin keine Aussage über eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts treffen. Ausführlich hierzu *Rigamonti*, GRUR Int. 2009, 14, 22 f., mit weiteren Nachweisen; vgl. auch *Spindler*, GRUR 2002, 105, 110.

Wenn ErWG 29 IGRL eine Klarstellung bezweckt haben sollte, so muss man diese Mission wohl als gescheitert bezeichnen.

953 EuGH, 3.7.2012, Rs. C-128/11 GRUR Int., 2012, 759 – *UsedSoft*, Rn. 50 f.

mationsgesellschaftsrichtlinie gerade auch neuen Geschäftsmodellen, die das Internet miteinbeziehen, der Weg bereitet werden sollte.

Anders als die Computerprogrammrichtlinie gewährt die *Datenbankrichtlinie* ein Recht der öffentlichen Wiedergabe. Es bleibt aber auch für Datenbanken unklar, unter welches Recht die öffentliche Zugänglichmachung zu fassen ist. Außer dem Recht der öffentlichen Wiedergabe böte sich auch das Verbreitungsrecht als mögliche Heimat eines Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung an.⁹⁵⁴ Denkbar erscheint aber auch, davon auszugehen, dass die Datenbankrichtlinie gar kein Recht der öffentlichen Zugänglichmachung vorsieht und ein solches sich somit erst aus der Informationsgesellschaftsrichtlinie ergibt.⁹⁵⁵

Die *Informationsgesellschaftsrichtlinie* schließlich gewährt in Art. 3 Abs. 1 grundsätzlich allen Urhebern ein umfassendes Recht der öffentlichen Wiedergabe einschließlich des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung.⁹⁵⁶ Da die Computerprogramm- und die Datenbankrichtlinie aber hiervon unberührt bleiben (Art. 1 Abs. 2 lit. a und 2 IGRL), bleibt wie soeben dargelegt im Unklaren, ob das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung für Software- und Datenbankurheber sich nun aus den entsprechenden Richtlinien oder erst aus der Informationsgesellschaftsrichtlinie ergibt.

Da sich die Regelungen der drei Richtlinien aber nicht nur hinsichtlich der Erschöpfungsregeln, sondern auch in anderen Punkten – etwa im Hinblick auf ihren Schrankenkatalog – unterscheiden, kann die Entscheidung einer materiellrechtlichen Frage letztlich von ihrer Zuordnung zum Anwendungsbereich einer

954 Für eine Einordnung in das Verbreitungsrecht *Berger*, GRUR 1997, 169, 178; *Dreier*, GRUR Int. 1992, 739, 746. Für eine Einordnung als öffentliche Wiedergabe *Flehsig*, ZUM 1997, 577, 584, der aber meint, die Richtlinie überlasse die Einordnung letztlich den Mitgliedstaaten. Vgl. auch *Gaster*, ÖSGRUM 19/1996, 15, 22.

955 So wohl *Dreier*, ZUM 2002, 28, 29.

Die Frage erscheint aber im Falle der Datenbankrichtlinie weniger relevant als für die Computerprogrammrichtlinie, denn gemäß ErwG 33 DBRL „stellt sich [die Frage der Erschöpfung bei Onlinedatenbanken] nicht“. Dies gelte auch für ein körperliches Vervielfältigungsstück, das durch den Nutzer bei der Benutzung der Datenbank hergestellt werde. Hieraus lässt sich ableiten, dass die Weiterverbreitung eines per Download erworbenen Vervielfältigungsstücks ebenso wenig zulässig ist wie die einer weiteren Kopie hiervon, so wie das auch ErwG 29 IGRL nahelegt. Hierzu von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 5 DBRL Rn. 26. Zu dem entsprechenden Problem beim sui-generis-Recht vgl. ErwG 43 DBRL. Zu einer alternativen Auslegung dieser Erwägungsgründe vgl. die Ausführungen zu ErwG 29 IGRL, oben, Fn. 952.

956 *Dietz*, ZUM 1998, 438, 442; *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 75.

der Richtlinien abhängen. Auch dort, wo die sich im Zuge der Onlineverbreitung stellenden Fragen unabhängig vom Schutzgegenstand dieselben Interessen involvieren, können sie so ungerechtfertigter Weise unterschiedlichen Lösungen zugeführt werden. Durch das sektorielle und sequentielle Vorgehen – im Zeitpunkt des Erlasses zumindest der Computerprogrammrichtlinie konnte der Unionsgesetzgeber allerdings wie gesagt die Bedeutung der Onlineverbreitung noch nicht erkennen – ergeben sich so inkohärente Lösungen.⁹⁵⁷

Selbst wenn man die möglicherweise unterschiedliche rechtliche Behandlung der öffentlichen Zugänglichmachung von Software, Datenbanken und sonstigen Schutzgegenständen einmal ausblendet, ist der gegenwärtige Zustand durch Intransparenz und damit verbundene Rechtsunsicherheit gekennzeichnet. Diese Folgen hätten abgemildert werden können, indem die Computerprogramm- und die Datenbankrichtlinie an die Regelungen der Informationsgesellschaftsrichtlinie angepasst worden wären. So hätte etwa ein Recht der öffentlichen Wiedergabe unter Einschluss der öffentlichen Zugänglichmachung für Computerprogrammurheber eingeführt und im Rahmen der Datenbankrichtlinie klargestellt werden können, dass das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung Teil des Rechts der öffentlichen Wiedergabe ist. Damit wäre auch für diese Schutzgegenstände das Verhältnis des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung zum Recht der öffentlichen Wiedergabe geklärt worden.

Auch hier gilt allerdings, dass ein kohärenter und übersichtlicher *acquis* noch keine Gewähr für einen ebenso stimmigen und transparenten Korpus letztlich anwendbarer nationaler Urheberrechtsregeln bietet. Wenn schon auf Unionebene nicht klar ist, wie sich das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung zum Recht der öffentlichen Wiedergabe verhält, so sind die Mitgliedstaaten darüber hinaus bei der Umsetzung der Unionsregelungen nicht an die unionsrechtliche Systematik gebunden. Manche Mitgliedstaaten verstehen das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung daher als Aspekt des Rechts der öffentlichen Wiedergabe, andere bezeichnen mit dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung dagegen den Obergriff unkörperlicher Verwertung.⁹⁵⁸ Wenn sich ein Rechtsanwender nun im Rahmen grenzüberschreitender Vorgänge mit mehreren nationalen Urheberrechten auseinander zu setzen hat, wird die Rechtslage durch die jeweils unterschiedliche Systematik keineswegs transparenter.⁹⁵⁹

957 Allgemein zu diesem Problem oben, § 8.I.2.f)aa).

958 *Hugenholz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 42.

959 Allgemein zu diesem Problem oben, § 8.I.2.b).

Ein umfassendes Europäisches Urheberrecht könnte demgegenüber die Verwertungsrechte, insbesondere aber das Recht der öffentlichen Wiedergabe für alle Werkgegenstände definieren und systematisieren und – gegebenenfalls – Sonderregelungen für einzelne Werkarten wie Software und Datenbanken schaffen, ohne dass dadurch gleich weitreichende, nicht gerechtfertigte und auch nicht gewollte Unterschiede in der rechtlichen Behandlung der Werkarten provoziert würden.

bb) Senderecht

Ähnlich wie das Vermiet- und Verleihrecht als Teilaspekt des Verbreitungsrechts erfährt auch das Senderecht als Teil eines breiten Rechts der öffentlichen Wiedergabe eine – wiederum nur teilweise – Regelung in einer eigenständigen Richtlinie.

Die *Satelliten- und Kabelrichtlinie* verpflichtet die Mitgliedstaaten in Art. 2, für Urheber das *ausschließliche Recht der öffentlichen Wiedergabe über Satellit* vorzusehen.⁹⁶⁰

Unklar ist indes, ob in der Bestimmung des Art. 8 SKRL, wonach die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen haben, dass die Kabelweiterverbreitung von Sendungen aus anderen Mitgliedstaaten unter der Beachtung der anwendbaren Urheberrechte stattfindet, die Gewährung eines *Rechts der Kabelweiterverbreitung* – sei es als ausschließliches Recht oder als Vergütungsanspruch – zu sehen ist.⁹⁶¹ Einigkeit herrscht aber jedenfalls dahingehend, dass die Richtlinie das

960 Wann eine Satellitensendung vorliegt, ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a SKRL. In Art. 1 Abs. 1 wird die jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt praktisch relevante Frage der urheberrechtlichen Gleichstellung von Fernmelde- und Direktsatelliten behandelt. Während Fernmeldesatelliten an sich der Übertragung individueller Kommunikationssignale dienen, werden von einem Direktsatelliten Signale ausgestrahlt, die zum direkten Empfang durch die Öffentlichkeit bestimmt sind. Für eine Gleichbehandlung kommt es nach der Richtlinie darauf an, ob der Empfang der Signale eines Fernmeldesatelliten unter Bedingungen stattfindet, die dem Empfang von Direktsatellitensignalen vergleichbar sind, also ob die Signale letztlich von der Öffentlichkeit empfangbar sind. Hierzu Dreier in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 SKRL Rn. 2 ff.; *Vogel*, ZUM 1992, 21, 23. Schon in den Initiativen zum Grünbuch wurde die Unterscheidung von Direktsatelliten und anderen Satelliten als hinfällig bezeichnet. Vgl. Initiativen zum Grünbuch – Arbeitsprogramm der Kommission auf dem Gebiet des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte, KOM (1990) 584, Rn. 9.2.

961 Art. 11 bis Abs. 1 Nr. 2 RBÜ gewährt den Urhebern bereits das ausschließliche Recht der drahtlosen oder drahtgebundenen öffentlichen Wiedergabe einer Sen-

Recht der Kabelweitersendung inhaltlich nicht harmonisiert.⁹⁶² Insbesondere bleibt es den Mitgliedstaaten anders als für das Satellitensenderecht – vorbehaltlich internationaler Verpflichtungen – überlassen, ob sie den Urhebern und Inhabern verwandter Schutzrechte ein ausschließliches Recht oder nur einen Vergütungsanspruch gewähren.⁹⁶³

Erhebliche Schwierigkeiten ergeben sich nun durch die Gewährung des breiteren *Rechts der öffentlichen Wiedergabe* für *Datenbanken* in Art. 5 lit. d DBRL und für *sonstige Schutzgegenstände* in Art. 3 Abs. 1 IGRL, ohne dass hierbei das Verhältnis zu den vorbestehenden Rechten der Satelliten- und Kabelweitersendung geklärt würde. Dies führt etwa zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen dem Senderecht, wie es im Recht der öffentlichen Wiedergabe

dung durch einen anderen als das ursprüngliche Sendeunternehmen. Hiervon ist das Kabelweitersenderecht zweifellos erfasst. Einerseits scheint die Formulierung des Art. 8 Abs. 1 SKRL vor diesem Hintergrund jedenfalls davon auszugehen, dass die Kabelweitersendung ein urheberrechtlich relevanter Akt ist, denn andernfalls müsste wohl kaum sichergestellt werden, dass sie „unter der Beachtung der anwendbaren Urheberrechte und verwandten Schutzrechte“ stattfindet; in diesem Sinne *Dreier* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 8 SKRL Rn. 5; hierzu auch *Benabou*, *Droit d’auteur et droit communautaire*, Rn. 580. In den Initiativen zum Grünbuch hieß es insoweit deutlicher, bei einer Kabelweitersendung müssten die Genehmigungen sämtlicher Rechtsinhaber eingeholt werden, was für ein zwingend vorzusehendes ausschließliches Recht spricht; vgl. Initiativen zum Grünbuch – Arbeitsprogramm der Kommission auf dem Gebiet des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte, KOM (1990) 584, Rn. 9.6.

Andererseits fällt die Unterschiedlichkeit der Formulierung der Satellitensenderechtsregelung auf, die in Art. 2 zunächst ausdrücklich ein ausschließliches Recht gewährt, obwohl bereits Art. 11 bis Abs. 1 Nr. 1 RBÜ ein Recht der drahtlosen Sendung gewährt. Erst in Art. 3 SKRL wird dann die Frage der Ausübung behandelt. Demgegenüber ist in Art. 8 SKRL unmittelbar von Nutzungshandlungen und somit von der Ausübung die Rede. *Pichler*, M&R 1994, 54, 56, geht daher davon aus, dass die Satelliten- und Kabelrichtlinie nur die Ausübung eventuell bestehender Kabelweitersenderechte regelt, nicht aber solche Rechte gewährt.

962 Da sich die Kabelweiterverbreitung in aller Regel auf einen Mitgliedstaat beschränkt, mag das Bedürfnis nach einer Harmonisierung auch nicht so groß erscheinen wie etwa bei der Satellitensendung; vgl. *Dreier* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 8 SKRL Rn. 5. Immerhin denkbar erscheint es aber, dass ein Kabelunternehmen Kabelnetze in mehr als nur einem Mitgliedstaat bedient. In diesem Fall sind durchaus Behinderungen der Verkehrsfreiheiten möglich, insbesondere, wenn ein Kabelnetz grenzüberschreitend funktioniert. Es können sich dann auch erhebliche Wettbewerbsverzerrungen im Vergleich zu anderen Unternehmen ergeben, die auf nur einem nationalen Kabelnetzmarkt tätig sind oder in anderen Ländern operieren.

963 *Dreier* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 8 SKRL Rn. 5.

enthalten ist, und dem Recht der Kabelweitersendung⁹⁶⁴ und erhöht damit die Gefahr logischer Brüche im *acquis*.⁹⁶⁵

Selbst wenn sich hieraus keine materiellrechtlichen Folgerungen ergeben würden – was angesichts der unterschiedlichen Regelungen der Richtlinien keineswegs gesichert erscheint –, so überzeugt nicht, dass der Unionsgesetzgeber keinen Anhaltspunkt dafür gibt, wie sich Satelliten-, Kabelweitersende- und Recht der öffentlichen Wiedergabe konstruktiv zueinander verhalten. Schon auf der Ebene des Unionsrechts bleibt offen, ob Satelliten- und Kabelweitersenderecht als Teile des Senderechts und/oder des Rechts der öffentlichen Wiedergabe anzusehen sind oder selbständig neben diesem stehen.⁹⁶⁶

964 So wurde dem EuGH die Frage der urheberrechtlichen Relevanz der Weiterleitung von Fernsehprogrammen in Hotelzimmer sowohl im Hinblick auf die Satelliten- und Kabel- als auch auf die Informationsgesellschaftsrichtlinie vorgelegt; vgl. einerseits EuGH, 3.2.2000, Rs. C-293/98, Slg. 2000, I-629 – *Egeda* und andererseits EuGH, 7.12.2006, Rs. C-306/05, Slg. 2006, I-11519 – *Rafael Hoteles*, insbesondere Rn. 30. Deshalb wurde die Frage der Abgrenzung einer öffentlichen Wiedergabe vom gemeinschaftlichen Empfang in solchen Fällen auch sowohl unter der Satelliten- und Kabel- als auch unter der Informationsgesellschaftsrichtlinie diskutiert; vgl. einerseits *Dreier* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 SKRL Rn. 35 und Bericht über die Anwendung der Satelliten- und Kabelrichtlinie, KOM (2002) 430, 13 f. und andererseits *Ricke/Simon*, MMR 2007, 164 und *Ullrich*, ZUM 2008, 112.

965 Allgemein zu diesem Problem oben, § 8.1.2.f)aa).

966 Zum Satellitensenderecht *Dreier* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 2 SKRL Rn. 6. *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 78, schlägt eine Orientierung am breiten Recht der öffentlichen Wiedergabe nach Art. 8 WCT vor.

Für die Inhaber verwandter Schutzrechte scheint dies klarer. In Art. 8 Abs. 1 VVRL etwa steht das Recht der öffentlichen Wiedergabe neben dem Recht der drahtlosen Übertragung per Rundfunksendung, welches seinerseits das Recht der Satellitensendung umfasst. Auch das Recht der drahtgebundenen Sendung ist nicht im Recht der öffentlichen Wiedergabe enthalten. Vgl. hierzu *von Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 8 VVRL Rn. 7 f.

Auch anhand der verwandten Schutzrechte lassen sich wieder gut die Schwierigkeiten erkennen, die mit dem sektoriellen Vorgehen des Unionsgesetzgebers verbunden sind. Um Konflikte zwischen der Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie und der Satelliten- und Kabelrichtlinie zu vermeiden, wurde das Recht der drahtgebundenen Sendung aus der Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie ausgeklammert. Folge davon ist eine merkwürdige Unterscheidung innerhalb des *acquis* der verwandten Schutzrechte (Recht der öffentlichen Wiedergabe, daneben Recht der drahtlosen Sendung, aber kein Recht der drahtgebundenen Sendung) sowie erheblich Zweifel im Hinblick auf eine einheitliche Terminologie des Rechts der öffentlichen Wiedergabe im gesamten urheberrechtlichen *acquis*.

Wenn deshalb schon auf der Ebene des Unionsrechts Verwirrung über die rechtliche Konstruktion des Rechts der öffentlichen Wiedergabe herrscht, bleibt es darüber hinaus auch noch den Mitgliedstaaten überlassen, wie sie die unterschiedlichen Aspekte des breiten Rechts der öffentlichen Wiedergabe systematisch einordnen.⁹⁶⁷ Wir haben schon bemerkt, dass der Verzicht auf die systematische Einordnung einer Regelung zwar nicht unbedingt praktische Auswirkungen zeitigen muss, aber jedenfalls hinsichtlich der Transparenz der Rechtslage in der Union kontraproduktiv wirkt.⁹⁶⁸

cc) Gewährung eines Vor- und Aufführungsrechts?

Unsicherheiten bestehen auch in der Frage, ob eine öffentliche Wiedergabe im allgemeinen ein Distanzelement voraussetzt, also nur dann gegeben ist, wenn das Publikum am Ursprungsort der Wiedergabe nicht anwesend ist. Anders gewendet ist unklar, ob der *acquis*, dort wo er ein Recht der öffentlichen Wiedergabe vorsieht, auch ein Aufführungs- und Vorführungsrecht gewährt.

Die Datenbankrichtlinie unterscheidet in Art. 5 lit. d eindeutig zwischen öffentlicher Wiedergabe, Vor- und Aufführung und gewährt alle drei Rechte unabhängig voneinander.⁹⁶⁹

Die Informationsgesellschaftsrichtlinie gewährt in Art. 3 Abs. 1 ein Recht der öffentlichen Wiedergabe. ErWG 23 IGRL bestimmt zwar, dass das Recht der öffentlichen Wiedergabe im weiten Sinne zu verstehen sei, schränkt aber zugleich dahingehend ein, dass eine öffentliche Wiedergabe nur dann vorliege, wenn sie von einem Ort ausgeht, an dem das Publikum nicht anwesend ist.⁹⁷⁰ Jedoch findet diese Einschränkung im Wortlaut des Art. 3 IGRL anders als bei der Datenbankrichtlinie keinen Niederschlag.

967 *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 80.

968 Allgemein zu diesem Problem oben, § 8.I.2.b).

969 Hierzu von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 5 DBRL Rn. 17.

970 *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 77; von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 8 VVRL Rn. 10 und 18; *Bayreuther*, ZUM 2001, 828, 834; *Dreier*, ZUM 2002, 28, 30; *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 736; *Spindler*, GRUR 2002, 105, 107.

Zudem scheint Art. 8 VVRL, der den Inhabern verwandter Schutzrechte einzelne Aspekte eines Rechts der öffentlichen Wiedergabe gewährt,⁹⁷¹ kein solches Distanzelement vorauszusetzen.⁹⁷²

Dies führt zunächst zu dem Befund, dass ausgerechnet den Urhebern von Datenbanken ein Auf- und Vorführungsrecht gewährt wird, ein solches zugunsten anderer Urheber demgegenüber aber unklar bis unwahrscheinlich erscheint.⁹⁷³ Es darf bezweifelt werden, ob dieses Ergebnis vom Unionsgesetzgeber tatsächlich gewollt war.

Zu dieser Inkohärenz kommt die Rechtsunsicherheit, die mit der offensichtlich uneinheitlichen Verwendung des Begriffs der öffentlichen Wiedergabe im *acquis* verbunden ist. Mal scheint dieser ein Distanzelement zwischen Werkwiedergabe und Publikum vorauszusetzen, mal auch Vor- und Aufführung einschließen zu wollen.

Man darf annehmen, dass es – wenn der urheberrechtliche *acquis* nicht sektoriell und sequentiell geschaffen worden wäre – nicht zu solchen materiellen Unstimmigkeiten und Rechtsunsicherheiten infolge Intransparenz des *acquis* gekommen wäre.⁹⁷⁴

dd) Zwischenergebnis

Sowohl anhand des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung und des Senderechts als auch anhand eines möglichen Aufführungs- und Vorführungsrechts zeigt sich, dass das sequentielle und sektorielle Vorgehen des Unionsgesetzgebers und das damit verbundene Nebeneinander von werkspezifischen, rechtsspezifischen und horizontalen Regelungen letztlich zu einer mangelnden (und in Zusammenschau mit den Regelungen für die Inhaber verwandter Schutzrechte uneinheitlichen⁹⁷⁵) Systematik des Rechts der öffentlichen Wiedergabe führt. Hinzu kommt die der Richtlinien-technik inhärente Problemquelle, dass die Mitgliedstaaten die vorgegebenen Rechte in nationales Recht umzusetzen haben und hierbei nicht an eine etwaige Systematik des *acquis* gebunden sind.

971 Bayreuther, ZUM 2001, 828, 830; Reinbothe, GRUR Int. 2001, 733, 736; Spindler, GRUR 2002, 105, 107; Dietz, ZUM 1998, 438, 442.

972 Walter in: Walter, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 77.

973 Walter in: Walter, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 79.

974 Allgemein zu diesem Problem oben, § 8.I.2.f)aa).

975 Hierzu oben, Fn. 966.

Die Kohärenz, jedenfalls aber die Transparenz des materiellen Rechts in der Union insgesamt leidet hierunter erheblich.

Zu den Problemen, die im Schnittbereich dieser Richtlinien entstehen können, kommen *materiellrechtliche Fragen*, die im *acquis* keiner Lösung zugeführt werden.

Hier ist vor allem das schon erwähnte *Fehlen einer Definition des Öffentlichkeitsbegriffs*⁹⁷⁶ zu nennen, spielt diese doch auch und vor allem für das Recht der öffentlichen Wiedergabe eine Rolle und macht eine Abgrenzung der urheberrechtlich relevanten Sendung vom urheberrechtlich erlaubnisfreien gemeinschaftlich organisierten Empfang schwierig.

Auch die Frage nach dem *Ort, an dem eine öffentliche Zugänglichmachung erfolgt*, wird durch den *acquis* nicht klar beantwortet.⁹⁷⁷ Von der Beantwortung dieser Frage hängt aber ab, wo materiellrechtlich der relevante Verwertungsvorgang bei einer öffentlichen Zugänglichmachung stattfindet und für welches Gebiet dementsprechend eine Nutzungserlaubnis eingeholt werden muss. Da die Debatte hierüber schon geraume Zeit geführt wurde, hätte man jedenfalls von der Informationsgesellschaftsrichtlinie in diesem Punkt Klärung erwarten können.

d) Zwischenergebnis zur Rechtsvereinheitlichung in der Union

Die Verwertungsrechte liefern also ein besonders gutes Beispiel für die Unzulänglichkeiten des urheberrechtlichen *acquis*, die durch Überschneidungen der Unionsrechtsakte und durch fehlenden Regelungsmut entstehen, dem die Richtlinientechnik Vorschub leistet.

Nachdem wir nun das aufgrund der beschriebenen Unzulänglichkeiten des *acquis* bestehende Potential für Rechtsunterschiede im Bereich der Verwertungsrechte identifiziert haben, müssen wir auf die Auswirkungen eingehen, die die Rechtsunterschiede auf den Binnenmarkt haben können.

976 Hierzu oben, § 9.IV.2.b).

977 Dreier, ZUM 2002, 28, 32. Für die Empfangslandtheorie etwa Reinbothe, GRUR Int. 2001, 733, 736. Für die Sendelandtheorie Spindler, GRUR 2002, 105, 109. Zu Überlegungen, die Bogsch-Theorie für das Internet aufzugeben, vgl. oben § 7.III.1.a)bb).

3. Auswirkungen der Rechtsunterschiede auf den Binnenmarkt

Zumindest auf den ersten Blick dürfte es für kaum einen Bereich des materiellen Urheberrechts so leicht fallen wie für die Verwertungsrechte, ihre Binnenmarktrelevanz zu belegen, entscheiden doch die wirtschaftlichen Ausschließlichkeitsrechte des Rechtsinhabers darüber, welche Nutzungen eines Werkes oder Schutzgegenstandes er erlauben und verbieten und welche Verwertungsvorgänge er hierüber steuern kann. Sieht ein nationales Urheberrecht ein bestimmtes Verwertungsrecht vor, das ein anderer Mitgliedstaat nicht für die gleichen Werkarten oder nur mit anderer Reichweite oder sogar gar nicht kennt, ergeben sich hieraus Hindernisse für die Verkehrsfreiheiten, weil bestimmte Nutzungsvorgänge im ersten Mitgliedstaat erlaubnispflichtig sind, im zweiten aber nicht.

Nichtsdestotrotz erscheint die Binnenmarktrelevanz nicht für alle Verwertungsrechte in gleichem Maße auf der Hand zu liegen.

Im Bereich der *klassischen Verwertungsrechte* bestehen wie gezeigt *keine gravierenden Unterschiede* zwischen den nationalen Rechtsordnungen. Angesichts der Bedeutung, die den klassischen Verwertungsrechten im Rahmen nahezu jeden Verwertungsvorganges zukommt, erscheinen aber auch nur geringe Unterschiede geeignet, grenzüberschreitende Vorgänge zu behindern. Wenn die Verbreitung von Werken über das Internet beispielsweise massenhafte Vervielfältigungsvorgänge beinhaltet, dann können selbst geringfügige Rechtsunterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen (z.B. die Einordnung ephemerer Vervielfältigungen als nicht urheberrechtlich relevante Vervielfältigung oder als urheberrechtlich relevante, aber schrankenmäßig erlaubnisfreie Vervielfältigung; oder die Zuordnung der öffentlichen Zugänglichmachung zum Recht der öffentlichen Wiedergabe oder einem weit verstandenen Verbreitungsrecht) oder auch nur die Unsicherheit über ein Bestehen solcher Rechtsunterschiede eine abschreckende Wirkung auf potentiell grenzüberschreitend aktive Verwerter entfalten. Die Rechtsprechung des EuGH zeigt, dass solche Unterschiede auch auf dem Feld der klassischen Verwertungsrechte durchaus praktische Folgen haben können.⁹⁷⁸

978 Vgl. etwa die schon zitierten Entscheidungen EuGH, 3.2.2000, Rs. C-293/98, Slg. 2000, I-629 – *Egeda* und EuGH, 7.12.2006, Rs. C-306/05, Slg. 2006, I-11519 – *Rafael Hoteles*, zu der Abgrenzung eines urheberrechtlich relevanten Sendevorgangs von einem erlaubnisfreien organisierten Empfang von Rundfunkprogrammen. Zu der Frage, ob das Aufstellen von Werken in Verkaufsräumen eine Ver-

Geht es nicht um die weitere Harmonisierung der Verwertungsrechte, sondern um ihre Regelung in einem europäischen Einheitsrecht, dann spricht wie schon mehrfach gesehen die weitgehende Harmonisierung der Verwertungsrechte nicht dagegen, dass ein Europäisches Urheberrecht auch die Verwertungsrechte erfassen sollte.

Weniger eindeutig erscheint ein Regelungsbedürfnis aber für Verwertungsrechte, die *nicht im Zentrum der urheberrechtlichen Verwertung* stehen.

Denken ließe sich dabei etwa an das in Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 VVRL geregelte *Verleihrecht*. Art. 2 Abs. 1 lit. b VVRL bestimmt, dass das Verleihen im Sinne der Richtlinie keinem unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Nutzen dienen darf.⁹⁷⁹ Hierdurch könnte eine Verwertungs- und daher Binnenmarktrelevanz des Verleihrechts gerade ausgeschlossen sein. Zu bedenken ist jedoch, dass nach ErwG 11 VVRL ein wirtschaftlicher oder kommerzieller Zweck auch dann verneint wird, wenn zwar ein Entgelt für die Überlassung verlangt wird, dieses aber nicht über die anteiligen Verwaltungskosten des Verleihers hinausgeht.⁹⁸⁰ Entscheidend aber dürften die Wechselwirkungen von Verleih und Vermietung sein. Können attraktive Medien in öffentlich zugänglichen Mediatheken ausgeliehen werden, kann dies nicht ohne Auswirkungen auf die Vermietung solcher Medien durch kommerzielle Anbieter bleiben.⁹⁸¹ Eine Regelung nicht nur des Vermiet-, sondern auch des Verleihrechts im Rahmen der Richtlinie ist daher unter Binnenmarktgesichtspunkten nicht zu beanstanden.

Nicht offensichtlich ist auch die Relevanz des *Folgerechts* zugunsten der Urheber von Originalen von Kunstwerken, das Art. 1 Abs. 1 der Folgerechtsrichtlinie vorsieht. Gegen eine Relevanz für den Binnenmarkt spricht, dass das Folgerecht mit den (erfolgreichen) bildenden Künstlern nur eine überschaubare

breitung darstellt, vgl. EuGH, 17.4.2008, Rs. C-456/06, Slg. 2008, I-2731 – *Le Corbusier*, Rn. 22 und 28 ff.

979 ErwG 10 VVRL schließt zudem Überlassungen zur öffentlichen Vorführung oder Sendung oder zu Ausstellungszwecken vom Vermiet- und Verleihrecht aus. Hierzu von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 Rn. 9 f.

980 von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 Rn. 13; kritisch hierzu *Comte*, RIDA 158 (1993), 2, 41 ff.

981 *Comte*, RIDA 158 (1993), 2, 23 ff.; von *Lewinski*, GRUR Int. 1991, 104, 106 und von *Lewinski*, M&R 1991, 53, 54, weist auf das Beispiel der kommerziellen Leihbüchereien hin, die durch die aufkommenden öffentlichen Bibliotheken zu Beginn des 20. Jahrhunderts verdrängt worden seien. Vgl. auch Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss zum Verleihrecht in der Europäischen Union, KOM (2002) 502, 4 f., mit Verweis auf eine Anhörung zum Grünbuch Technologische Herausforderungen.

Gruppe von Urhebern betrifft und dabei auch nur eine Verwertungsart – den Verkauf des Originals –, die im Vergleich zu anderen Verwertungsformen wie Vervielfältigung, Verbreitung im Internet (Vervielfältigung, öffentliche Zugänglichmachung) oder Sendung in ihrer Bedeutung zumeist hintansteht.⁹⁸² So lag der Verdacht nahe, dass es der Kommission nur darum ging, die erfolgreichen Standorte des europäischen Kunstmarktes – vor allem London – zugunsten bisher machtloser Konkurrenten zu schwächen.⁹⁸³ Hinzuweisen bleibt aber darauf, dass das Ob und Wie eines Folgerechts zwar für viele Urheber keine oder keine große Rolle zu spielen vermag, für die mit dieser Art der Verwertung, also dem Verkauf von Originalen Befassten – letztlich also die Akteure des Kunstmarktes – dafür aber umso mehr. Wenn die ratio der Folgerechtsrichtlinie ist, den rechtlichen Standortvorteil der britischen Auktionshäuser wettzumachen, dann liegt hierin sogar ein Indiz für die Binnenmarktrelevanz des Folgerechts. Berechtigt erscheint angesichts der hier schon in großer Zahl beschriebenen Probleme des urheberrechtlichen *acquis* aber die Frage, ob es nicht dringlichere Fragen gegeben hätte, die der Unionsgesetzgeber hätte angehen können, bevor er sich den besonders erfolgreichen Kunsthändler jenseits des Kanals zuwandte. Grundsätzlich dürfte aber auch das Folgerecht einen gesetzgeberische Aktivitäten auf Unionsebene rechtfertigenden Binnenmarktbezug aufweisen.⁹⁸⁴

4. Zwischenergebnis zu den Verwertungsrechten

Wir haben gesehen, dass der urheberrechtliche *acquis* im Bereich der Verwertungsrechte schon recht weit gediehen ist. Der Binnenmarktbezug, der prinzipiell für alle Verwertungsrechte – wenn auch nicht im gleichen Maße – bejaht werden kann, rechtfertigt das hohe Maß gesetzgeberischer Aktivität der Union auf diesem Feld.

Gerade die Dichte des *acquis* auf dem Feld der Verwertungsrechte offenbart jedoch dessen regelungstechnische Schwächen. Wiederum ist es vor allem dem sequentiellen und sektoriellen Entstehen des *acquis* zuzurechnen, dass es zu Friktionen und Unsicherheiten im Schnittbereich der Richtlinien kommt. So bestehen Unsicherheiten über den jeweiligen Umfang des Vervielfältigungs-

982 Vgl. *Schmidtchen/Kirsten*, GRUR 2002, 860, 860.

983 Vgl. hierzu *Heinz*, GRUR 1998, 786, 786.

984 So auch *passim* *Schack*, ZGE 2009, 275, 276; *Katzenberger*, GRUR Int. 2004, 20, 21; *Pfennig*, ZUM 2002, 195, 196 f.

rechts (ephemere Vervielfältigungen), des Verbreitungsrechts (Einschluss des Vermiet- und Verleihrechts) und des Rechts der öffentlichen Wiedergabe (Einschluss des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung und des Aufführungs- und Vorführungsrechts). Begriffe von horizontaler Bedeutung (Öffentlichkeit) werden darüber hinaus nicht definiert.

Das zum Teil ungeklärte Verhältnis der urheberrechtlichen Richtlinien zueinander führt zu einer nicht immer stringenten, jedenfalls aber schwer zu durchschauenden Systematik des urheberrechtlichen *acquis*. Es zeigt sich auf dem Gebiet der Verwertungsrechte auch besonders gut, dass die fehlende Bindung der nationalen Gesetzgeber an die urheberrechtliche Systematik auf Unionsebene die Rechtslage auf dem Binnenmarkt noch unüberschaubarer macht. Wenn den Urhebern bestimmte Prärogativen eingeräumt werden, diese aber von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat anders verortet werden, so schadet das der Transparenz des Urheberrechts, die aber Voraussetzung für grenzüberschreitende Aktivitäten ist.

Ein europäisches Einheitsrecht, das angesichts ihrer Binnenmarktrelevanz in jedem Fall auch die dem Urheber zustehenden Verwertungsrechte regeln müsste, böte die Chance, eine durchdachte und verbindliche Systematik für das Urheberrecht im Binnenmarkt herzustellen.

V. Urheberpersönlichkeitsrecht

Der nun anstehenden Untersuchung des Urheberpersönlichkeitsrechts wollen wir besondere Aufmerksamkeit schenken. Wie schon mehrfach angedeutet erscheint sein Binnenmarktbezug, also seine Auswirkung auf die Verwertung des Urheberrechts fraglich. Nach den dieser Untersuchung der Teilbereiche des Urheberrechts zugrunde gelegten Maßstäben würde ein fehlender Binnenmarktbezug des Urheberpersönlichkeitsrechts dazu führen, dass die Union das Urheberpersönlichkeitsrechts gar nicht regeln kann, es im Hinblick auf eine Verwirklichung des Binnenmarktes auch gar nicht muss. Jedoch erscheint dieses Ergebnis schwer vereinbar mit dem strengen Monismus, der die Urheberrechtstradition vor allem der deutschen Urheberrechtsordnung beherrscht. Dieses Spannungsverhältnis rechtfertigt eine ausführliche Erörterung dieses Teilbereichs des materiellen Urheberrechts.

1. Vereinheitlichung aufgrund internationaler Konventionen

Die RBÜ konzentriert sich im Wesentlichen auf die Vereinheitlichung der urheberrechtlichen Verwertungsrechte. Die weitgehende Ausklammerung des Urheberpersönlichkeitsrechts, so wird angemerkt, habe die Harmonisierung im Rahmen der RBÜ überhaupt erst ermöglicht.⁹⁸⁵

Mit Art. 6 bis enthält die RBÜ aber neben den verwertungsrechtlichen auch eine urheberpersönlichkeitsrechtliche Garantie, nämlich die Gewährung des Rechts auf *Anerkennung der Urheberschaft* sowie auf *Schutz der Werkintegrität*. Auch wenn die RBÜ ein *Veröffentlichungsrecht* nicht explizit gewährt, impliziert sie es jedoch dadurch, dass sie wiederholt an den Begriff des veröffentlichten Werkes anknüpft, als solches aber gemäß Art. 3 Abs. 3 nur ein mit Zustimmung des Urhebers erschienenes Werk auffasst.⁹⁸⁶ Die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse können nach dem Wortlaut der Vorschrift auch nach Abtretung der vermögensrechtlichen Befugnisse ausgeübt werden. Demnach ist eine Trennung von vermögensrechtlichen und urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnissen nach dem Verständnis der RBÜ möglich.

Umstritten ist, ob die RBÜ – wenn sie schon allgemein keine Festlegung des originären Urheberrechtsinhabers enthält⁹⁸⁷ – zumindest im Hinblick auf das Urheberpersönlichkeitsrecht auf das *Schöpferprinzip* festgelegt ist.⁹⁸⁸ Wenn dem so wäre, stellte die Vorenthaltung der in der RBÜ festgelegten urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse gegenüber angestellten Schöpfern durch das britische und irische Urheberrecht eine Verletzung der Konvention dar. Zumindest wer berechtigt ist, die Befugnisse nach dem Tod des Urhebers auszuüben, überlässt die Vorschrift ausdrücklich der Regelung durch die Vertragsstaaten.

Auch wenn Art. 6 bis RBÜ vermeiden will, dass sich der Urheber seines Urheberpersönlichkeitsrechts gegen finanzielle Kompensation entäußert, enthält

985 Grosheide, *Moral rights*, 243.

986 Asmus, *Urheberpersönlichkeitsrecht in Europa*, 42.

987 Hierzu oben, § 9.II.

988 So Asmus, *Urheberpersönlichkeitsrecht in Europa*, 47 f.; a.A. Kellerhals, *GRUR Int.* 2001, 438, 445.

die Vorschrift doch keinen ausdrücklichen *Ausschluss der Übertragung oder des Verzichts* auf dieses.⁹⁸⁹

Art. 6 bis Abs. 2 RBÜ enthält eine *Mindestregelung über die Dauer* der in der Konvention enthaltenen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse. Sie müssen grundsätzlich mindestens bis zum Ende der Vermögensrechte gelten.

Das *TRIPS-Abkommen* enthält keinerlei urheberpersönlichkeitsrechtliche Gewährleistungen.⁹⁹⁰ Aus dem Verweis des Art. 9 Abs. 1 TRIPS auf die RBÜ ist das Urheberpersönlichkeitsrecht gemäß Satz 2 ausdrücklich ausgeklammert. Demgegenüber enthält der Verweis des *WCT* in Art. 1 Abs. 4 keine entsprechende Einschränkung, beinhaltet also auch eine Verweisung auf die Regelung der RBÜ zum Urheberpersönlichkeitsrecht nach deren Art. 6 bis.

2. (Fehlende) Vereinheitlichung innerhalb der Europäischen Union

Der urheberrechtliche *acquis* klammert das Urheberpersönlichkeitsrecht weitgehend aus. Nichtsdestotrotz hat es auf Unionsebene durchaus Überlegungen zu Regelungen des Urheberpersönlichkeitsrechts gegeben. 1992 führte die Kommission eine Anhörung der interessierten Kreise zum Urheberpersönlichkeitsrecht durch, in deren Rahmen zum Teil einer Totalharmonisierung auf hohem Schutzniveau das Wort geredet wurde, zum Teil das Bedürfnis einer Unionsregelung mit Blick auf den geringen Einfluss des Urheberpersönlichkeitsrechts auf den Binnenmarkt schlichtweg verneint wurde.⁹⁹¹ Neben diesen diametral entgegengesetzten Positionen der interessierten Kreise, die der Kommission verdeutlicht haben dürften, wie schwer die Schaffung einheitlicher Regelungen für das Urheberpersönlichkeitsrecht werden würde, haben auch große Bedenken von Seiten der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine Kompetenz der Union auf diesem Feld dazu beigetragen, dass es zu keinen entsprechenden Regelungen auf Unionsebene kam und das Urheberpersönlichkeitsrecht vielmehr zu einem wahren „Tabu“⁹⁹² des *acquis* geworden ist.

989 *Asmus*, Urheberpersönlichkeitsrecht in Europa, 41, mit weiteren Nachweisen; *Doutrelepoint*, GRUR Int. 1997, 293, 295, meint, Art. 6 bis RBÜ „beinhalte“ als Ausdruck des dualistischen Konzeptes des Urheberrechts auch die charakteristische Unübertragbarkeit der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse; *Damich*, Columbia VLA J. L. & the Arts 13 (1989), 291, 325 f., verweist auf den Wortlaut der Vorschrift, um auf die Unübertragbarkeit und Unverzichtbarkeit zu schließen.

990 Hierzu *Asmus*, Urheberpersönlichkeitsrecht in Europa, 48 ff.

991 Hierzu *Benabou*, Droit d’auteur et droit communautaire, Rn. 688.

992 *Benabou*, Droit d’auteur et droit communautaire, Rn. 689.

Die Erwägungsgründe, teilweise sogar die Vorschriften der Satelliten- und Kabelrichtlinie,⁹⁹³ der Schutzdauerrichtlinie,⁹⁹⁴ der Datenbankrichtlinie,⁹⁹⁵ und der Informationsgesellschaftsrichtlinie⁹⁹⁶ bestimmen explizit, dass das Urheberpersönlichkeitsrecht nicht im Anwendungsbereich der jeweiligen Richtlinie liegt. Die Computerprogrammrichtlinie und die Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie erwähnen das Urheberpersönlichkeitsrecht nicht. Aus der Abwesenheit entsprechender Regelungen lässt sich aber ebenfalls auf einen gänzlichen Regelungsverzicht schließen.⁹⁹⁷

993 ErwG 28. Trotz der expliziten Ausnahme des Urheberpersönlichkeitsrechts aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie wird vor allem die Anwendung des Sendelandprinzips auch auf dieses diskutiert. Vgl. hierzu *Dreier* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 SKRL Rn. 9.

994 ErwG 20. Nicht vergessen werden darf aber, dass sich die Festlegung der Schutzdauer für die urheberrechtlichen Verwertungsrechte auch auf das Urheberpersönlichkeitsrecht auswirkt. Gemäß Art. 6 bis Abs. 2 S. 1 RBÜ bleiben die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Aspekte des Urheberrechts nämlich mindestens bis zum Ablauf der vermögensrechtlichen Aspekte bestehen; hierzu *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 9 SDRL Rn. 2. Ursprünglich sollte eine dem Art. 6 bis Abs. 2 S. 1 RBÜ entsprechende Regelung in den Text der Schutzdauerrichtlinie aufgenommen werden; hierzu *Dietz*, GRUR Int. 1995, 670, 677; *Maier*, RMUE 2/1994, 49, 58, 75. Zulässig bleibt jedenfalls auch nach der Schutzdauerrichtlinie das von manchen nationalen Urheberrechten vorgesehene ewige droit moral; hierzu *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 SDRL Rn. 60.

995 ErwG 28. Hierzu *Flechsig*, ZUM 1997, 577, 582; *Cornish*, Columbia VLA J. L. & the Arts 21/1 (1996), 1, 5. In der Gewährung eines Umarbeitungsrechts in Art. 5 lit. b DBRL könnte man allerdings ein ansatzweises Änderungsverbot erblicken, wenn man als Umgestaltungen nicht originelle Veränderungen, also solche, die keine Bearbeitungen sind, ansehen möchte. Hierzu *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Stand der Harmonisierung Rn. 98. Im Übrigen bleibt das Urheberpersönlichkeitsrecht jedoch ausgeklammert, was zum Teil bemängelt wird. Vgl. etwa *Hughes/Weightman*, EIPR 1992, 147, 150.

996 ErwG 19. Hierzu *Spindler*, GRUR 2002, 105, 106; *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Stand der Harmonisierung Rn. 99. Ansätze einer Einbeziehung urheberpersönlichkeitsrechtlicher Elemente lassen sich aber in einigen Schrankenbestimmungen erkennen, die etwa eine Quellenangabe verlangen. Hierzu *Leister*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 22; *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Stand der Harmonisierung Rn. 99.

997 Zur Computerprogrammrichtlinie *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 2 CPRL Rn. 6. Eine urheberpersönlichkeitsrechtliche Regelung lässt sich allenfalls in dem im weiten Bearbeitungsrecht enthaltenen „Umarbeitungsrecht“ erkennen. Sofern hiermit das Recht des Urhebers gemeint ist, auch nicht originelle Veränderungen zu verbieten, beinhaltet es Ansätze eines urheberrechtlichen Änderungsverbotes. Hierzu *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Stand der Harmonisierung Rn. 98.

Im Rahmen der Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie war zwischenzeitlich eine Vorschrift angedacht, die Vermieter und Verleiher, Mieter und Entleiher untersagt hät-

Wegen des nahezu vollständigen Ausschlusses des Urheberpersönlichkeitsrechts aus dem Unionsacquis⁹⁹⁸ unterscheiden sich die nationalen Urheberrechte in dieser Hinsicht nach wie vor stark voneinander. Wir wollen cursorisch auf die prägnantesten Unterschiede eingehen.

Im Hinblick auf die durch die nationalen Urheberrechte gewährten *urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse*⁹⁹⁹ bestehen naturgemäß geringere Unterschiede, wo die RBÜ einen Mindestschutz enthält. Das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft und den Werkintegritätsanspruch sehen alle Mitgliedstaaten der Union vor, auch wenn es in der Ausgestaltung Unterschiede geben mag.¹⁰⁰⁰ So profitieren nach britischem Recht etwa nur die Urheber literarischer, musikalischer oder künstlerischer Werke von diesen Rechten.¹⁰⁰¹ Das Recht auf Schutz der Werkintegrität wird etwa nach britischem Recht nur gewährt, soweit dies zum Schutz der Ehre oder des Ansehens des Urhebers erforderlich ist,¹⁰⁰² wohingegen es in anderen Mitgliedstaaten mitunter nur darauf ankommt, dass der Urheber eine Veränderung subjektiv als nachteilig empfindet, was auf einen absoluten Schutz vor Veränderungen hinausläuft.¹⁰⁰³

Dort wo die RBÜ keine ausdrücklichen Verbürgungen beinhaltet, gehen die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Union weiter auseinander. So erkennen nicht alle Staaten ein Erstveröffentlichungs- und ein Rückrufrecht des Urhebers an.¹⁰⁰⁴ Jedoch impliziert beinahe jede Verwertungshandlung eine Veröffentlichung, sodass davon ausgegangen werden kann, dass auch diejenigen

te, Änderungen an dem betreffenden Werk vorzunehmen und so die Werkintegrität zu beeinträchtigen. Sie wurde aber letztlich nicht in die Richtlinie aufgenommen. Hierzu von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Vor Art. 1 VVRL Rn. 8.

998 Zu einigen urheberpersönlichkeitsrechtlichen „Niederschlägen“ im Unionsacquis vgl. aber etwa *Gronau*, Europäisches Urheberrecht, 42.

999 Vgl. hierzu auch die tabellarische Übersicht bei *Salokannel/Strowell/Derclaye*, *Moral rights*, 213 ff.

1000 Für das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft vgl. *Dietz*, *Urheberrecht in der EG*, Rn. 184.

1001 Sections 77(1) und 80(1) CDPA; hierzu *Cornish/Llewelyn*, *Intellectual Property*, Rn. 12-69 und 12-75; *Doutrelepoint*, *GRUR Int.* 1997, 293, 297.

1002 Section 80(2) CDPA; hierzu *Cornish/Llewelyn*, *Intellectual Property*, Rn. 12-75; vgl. auch *Dietz*, *Urheberrecht in der EG*, Rn. 186 ff.

1003 *Doutrelepoint*, *GRUR Int.* 1997, 293, 299; *Salokannel/Strowell/Derclaye*, *Moral rights*, 210; zu weiteren Unterschieden vgl. auch *Altenburg*, *Urheberpersönlichkeitsrecht in Deutschland und Frankreich*, 200 f.; *Schardt*, *ZUM* 1993, 318, 320, spricht dagegen von einer einheitlichen Ausgestaltung der beiden Befugnisse.

1004 *Altenburg*, *Urheberpersönlichkeitsrecht in Deutschland und Frankreich*, 200; *Schardt*, *ZUM* 1993, 318, 320; *Dietz*, *Urheberrecht in der EG*, Rn. 176; vgl. auch *Doutrelepoint*, *GRUR Int.* 1997, 293, 297 ff.

Mitgliedstaaten, die ein Veröffentlichungsrecht nicht ausdrücklich vorsehen, ein solches doch über die Zuweisung von Nutzungsrechten gewähren.¹⁰⁰⁵

Was die *Rechtsinhaberschaft* am Urheberpersönlichkeitsrecht anbelangt, wurde schon darauf hingewiesen, dass den Kreativen etwa nach britischem Recht in Fällen der Schaffung von Werken im Rahmen von Angestelltenverhältnissen der Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts ganz oder teilweise verweigert wird,¹⁰⁰⁶ wohingegen einige kontinentale Urheberrechte durch ein konsequentes Festhalten am Schöpferprinzip auch angestellten Schöpfern das Urheberpersönlichkeitsrecht vollumfänglich gewähren.¹⁰⁰⁷ Manche Rechtsordnungen bestimmen aber auch in Fällen, in denen das Urheberrecht originär einem anderen als dem eigentlichen Schöpfer zugewiesen wird, dass dieser andere als vollwertiger Urheber anzusehen ist und ihm daher auch das Urheberpersönlichkeitsrecht am Werk zusteht.¹⁰⁰⁸

Unterschiede bestehen auch entsprechend den von der RBÜ gelassenen Freiräumen in der Frage, wer nach dem Tod des Urhebers zur Wahrnehmung der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse berechtigt ist und in wessen Interesse die Ausübung zu erfolgen hat.¹⁰⁰⁹ Auch der Fall konfligierender Urheberpersönlichkeitsrechte bei mehreren Berechtigten – etwa bei einem gemeinschaftlich geschaffenen Werk – wird in den Mitgliedstaaten unterschiedlich gehandhabt.¹⁰¹⁰

Von großer Bedeutung dürften ferner Unterschiede hinsichtlich der Möglichkeit *vertraglicher Regelungen urheberpersönlichkeitsrechtlicher Befugnisse* sein.¹⁰¹¹ Nach deutschem und französischem Urheberrecht ist eine Übertragung des Urheberpersönlichkeitsrechts ebenso unmöglich wie ein globaler Verzicht. Um eine gewisse Dispositionsmöglichkeit des Urhebers zu gewährleisten, sind aber gewisse rechtsgeschäftliche Einschränkungen urheberpersönlichkeitsrechtlicher Befugnisse zulässig.¹⁰¹² Demgegenüber wird die an sich auch in

1005 Dietz, Urheberrecht in der EG, Rn. 169.

1006 Sections 79(3) und 82(2) CDPA; vgl. Asmus, Urheberpersönlichkeitsrecht in Europa, 46 und 134 ff.

1007 Zu Deutschland und Frankreich Asmus, Urheberpersönlichkeitsrecht in Europa, 133 f.

1008 *Doutrelepoint*, GRUR Int. 1997, 293, 301, mit konkreten Beispielen.

1009 Ausführlich Asmus, Urheberpersönlichkeitsrecht in Europa, 195 ff.; vgl. auch *Altenburg*, Urheberpersönlichkeitsrecht in Deutschland und Frankreich, 200; Dietz, Urheberrecht in der EG, Rn. 487 ff.

1010 Vgl. Schardt, ZUM 1993, 318, 321 f.

1011 Vgl. die Übersicht bei *Salokannel/Strowell/Derclaye*, Moral rights, 212 f.

1012 Ausführlich Asmus, Urheberpersönlichkeitsrecht in Europa, 173 ff.; vgl. auch Schardt, ZUM 1993, 318, 321.

Großbritannien gegebene Unübertragbarkeit des Urheberpersönlichkeitsrechts nach section 94 CDPA durch die Möglichkeit eines Totalverzichts nach section 87(1) CDPA konterkariert.¹⁰¹³ Es bestehen also deutliche Differenzen zwischen den nationalen Urheberrechten¹⁰¹⁴ hinsichtlich der vertraglichen Disponibilität des Urheberpersönlichkeitsrechts, die möglicherweise das Funktionieren des Binnenmarktes beeinträchtigen können.¹⁰¹⁵

Auch in der Frage der *Schutzdauer des Urheberpersönlichkeitsrechts* bestehen gravierende Unterschiede.¹⁰¹⁶ Während einige Mitgliedstaaten keine zeitliche Begrenzung vorsehen und demzufolge ein ewiges Urheberpersönlichkeitsrecht kennen, knüpfen die anderen den Bestand des Urheberpersönlichkeitsrechts an den der urheberrechtlichen Verwertungsrechte oder sehen sogar die Möglichkeit eines Endes urheberpersönlichkeitsrechtlicher Befugnisse mit dem Tod des Urhebers vor, wie es Art. 6 bis Abs. 2 Satz 1 und 2 RBÜ ermöglicht.¹⁰¹⁷ Die Schutzdauerrichtlinie der Union sollte nach dem Vorschlag der Kommission zwar eine Dauer des Urheberpersönlichkeitsrechts zumindest bis zum Erlöschen der vermögensrechtlichen Befugnisse festschreiben,¹⁰¹⁸ das Urheberpersönlichkeitsrecht wurde dann jedoch aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie gemäß Art. 9 vollständig ausgeklammert.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die nationalen Regelungen des Urheberpersönlichkeitsrechts in Europa weit auseinander gehen. Hier offenbart sich wiederum sehr deutlich der Gegensatz zwischen *droit-d'auteur*- und

1013 *Asmus*, Urheberpersönlichkeitsrecht in Europa, 186; *Altenburg*, Urheberpersönlichkeitsrecht in Deutschland und Frankreich, 201; *Schardt*, ZUM 1993, 318, 321; *Drexel*, Constitutional Protection of Authors' Moral Rights in the EU, 166.

1014 Ausführlich *Doutrelepoint*, GRUR Int. 1997, 293, 302 f.

1015 So *Doutrelepoint*, GRUR Int. 1997, 293, 301; hierzu sogleich, § 9.V.3.a).

1016 Vgl. die Übersicht bei *Salokannel/Strowell/Derclaye*, Moral rights, 212.

1017 *Asmus*, Urheberpersönlichkeitsrecht in Europa, 192; *Altenburg*, Urheberpersönlichkeitsrecht in Deutschland und Frankreich, 200; *Schardt*, ZUM 1993, 318, 322; vgl. auch *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 151 f; *Drexel*, Constitutional Protection of Authors' Moral Rights in the EU, 166.

1018 *Altenburg*, Urheberpersönlichkeitsrecht in Deutschland und Frankreich, 193 f; *Schardt*, ZUM 1993, 318, 322.

copyright-Ansatz.¹⁰¹⁹ Wird das Urheberrecht in erster Linie als ein Eigentumsrecht aufgefasst, so wird auf den Schutz persönlichkeitsrechtlicher Befugnisse naturgemäß weniger Gewicht gelegt.¹⁰²⁰ Die Auffassung des Urheberrechts als ein Eigentumsrecht kann der Gewährung von urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnissen sogar entgegenstehen, weil letztere die Ausübung verfasungsrechtlich geschützter Eigentumsbefugnisse beschränken können.¹⁰²¹

Wiederum muss darauf hingewiesen werden, dass die fundamental unterschiedlichen Ansätze der nationalen Rechtsordnungen – nicht nur der Gegensatz zwischen *droit d’auteur* und copyright,¹⁰²² sondern auch der zwischen Monismus und Dualismus¹⁰²³ – eine Rechtsvereinheitlichung erschweren dürften. Es gibt jedoch auch Ansätze, wie ein Konzept für ein unionsweit einheitliches Urheberpersönlichkeitsrecht entworfen werden könnte, das sowohl die persönlichkeitsrechtlichen Interessen des Urhebers als auch die Bedürfnisse der Werkverwertung reflektiert.¹⁰²⁴

Bevor eine Ausgestaltung eines europäischen Urheberpersönlichkeitsrechts aber angedacht werden kann, muss geklärt werden, ob sich die festgestellten Rechtsunterschiede in diesem Bereich auch auf den Binnenmarkt auswirken.

3. Auswirkungen der Rechtsunterschiede auf den Binnenmarkt

Auch für das Urheberpersönlichkeitsrecht ist die fortschreitende technische Entwicklung von einiger Bedeutung. Es besteht allerdings Uneinigkeit darüber, ob die Bedeutung des Urheberpersönlichkeitsrechts mit dem Fortschreiten der

1019 Schack, ZGE 2009, 275, 278. Nach *Salokannel/Strowell/Derclaye*, Moral rights, 224, sind demnach die signifikantesten Unterschiede zwischen Großbritannien und Irland einerseits und den übrigen Mitgliedstaaten andererseits festzustellen. Vgl. aber auch *Peifer*, Die Inhalte des Urheberrechts, 177, der auf Art. 6 bis RBÜ sowie die Einführung eines Schutzes des Urheberpersönlichkeitsrechts in Großbritannien verweist, um die Bedeutung der Unterschiede der nationalen Rechtsordnungen zu relativieren. Auch *Benabou*, *Droit d’auteur et droit communautaire*, Rn. 8 f., erkennt Konvergenzen zwischen *droit d’auteur*- und copyright-System. Zu den unterschiedlichen Auffassungen beider Systeme auch *Grosheide*, Moral rights, 242 ff.

1020 *Loewenheim*, AIDA 1994, 161, 166.

1021 So *Doutrelepont*, GRUR Int. 1997, 293, 296, am Beispiel des irischen Rechts.

1022 Hierzu ausführlich *Drexler*, Constitutional Protection of Authors’ Moral Rights in the EU, 163 ff.

1023 Hierzu unten, § 9.V.3.b)aa).

1024 Vgl. die Kriterienkataloge für ein ausgewogenes Urheberpersönlichkeitsrecht bei *Dietz*, ZUM 1993, 309, 316 f., und bei *Salokannel/Strowell/Derclaye*, Moral rights, 211.

technischen Möglichkeiten der Werkbearbeitung und -verbreitung wächst oder abnimmt.

Einerseits wird angesichts der nunmehr verbreiteten Massenverwertung und neuer technischer Möglichkeiten der Bearbeitung von Werken argumentiert, dass das Urheberpersönlichkeitsrecht nicht zu Werken passe, die serienmäßig und für eine massenweise Verwertung geschaffen werden¹⁰²⁵ oder die das Ergebnis der Beiträge zahlreicher Beteiligter sind, die an der Schaffung mitgewirkt haben.¹⁰²⁶ Die Digitalisierung ermögliche es zudem, Werke ohne Qualitätsverlust zu reproduzieren und über Kommunikationsnetze zu verbreiten, wodurch in diesem Zusammenhang die Werkintegrität nicht mehr beeinträchtigt werde.¹⁰²⁷ Die digitale Rechteverwaltung (digital rights management – DRM) erlaube es außerdem, auch urheberpersönlichkeitsrechtliche Belange mit technischen Mitteln zu verteidigen.¹⁰²⁸

Andererseits, so wird eingewandt, führten gerade die modernen Möglichkeiten der Digitalisierung zu neuen Dimensionen der Manipulierbarkeit von Werken,¹⁰²⁹ wogegen das Urheberpersönlichkeitsrecht effektiven Schutz verspreche. Es finde daher in diesem Zusammenhang zu seiner ursprünglichen Bedeutung zurück.¹⁰³⁰

Unabhängig von der Frage der Auswirkungen des technischen Fortschritts auf die Bedeutung des Urheberpersönlichkeitsrechts bleibt die für uns entscheidende Frage aber, ob sich die unterschiedliche Ausgestaltung des Urheberpersönlichkeitsrechts auf den Binnenmarkt urheberrechtlich geschützter Werke auswirkt. Gerade für das Urheberpersönlichkeitsrecht wird diese Frage gern aus den Augen verloren und argumentiert, allein wegen der fundamentalen menschenrechtlichen und kulturpolitischen Bedeutung dieses Aspekts der Urheber-

1025 *Doutrelepoint*, GRUR Int. 1997, 293, 304.

1026 Vgl. *Salokannell/Strowell/Derclaye*, Moral rights, 207 f. Zum Beispiel der Software *Drexel*, Constitutional Protection of Authors' Moral Rights in the EU, 162.

1027 Vgl. *Salokannell/Strowell/Derclaye*, Moral rights, 195.

1028 Dies wird allerdings nicht als Ersatz, sondern allenfalls als Ergänzung des Schutzes durch das Urheberpersönlichkeitsrecht gesehen. Hierzu *Salokannell/Strowell/Derclaye*, Moral rights, 208 ff.

1029 Hierzu *Lehmann*, Festschrift Dietz, 123 f. Vgl. auch Mitteilung Initiativen zum Grünbuch über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, KOM (96) 568, 27; hierzu *Benabou*, Droit d'auteur et droit communautaire, Rn. 690.

1030 *Doutrelepoint*, GRUR Int. 1997, 293, 304; *Altenburg*, Urheberpersönlichkeitsrecht in Deutschland und Frankreich, 202 f.; Schricker, Vorwort zu *Doutrelepoint*, Droit moral, IX f.; für das Beispiel der digitalen Bearbeitung von Fotografien *Salokannell/Strowell/Derclaye*, Moral rights, 192 ff.

berrechts müsse die Union dieses in ihre Gesetzgebungsaktivitäten einbeziehen.¹⁰³¹

Für uns besteht aber kein Grund, hier den von den Kompetenzen vorgegebenen Raum für eine Rechtsetzungstätigkeit der Union zu verlassen. Es muss also untersucht werden, ob sich die soeben identifizierten Rechtsunterschiede in gegenständlicher Hinsicht auf die Verwertung auswirken.

a) Praktische Relevanz der Rechtsunterschiede für den Binnenmarkt

Inwieweit das Urheberpersönlichkeitsrecht wirtschaftlich relevant ist, sich auf den Binnenmarkt auswirkt und daher einer Regelung durch die Union zugeführt werden sollte, ist keine neue Frage. Bereits 1992 erklärte die Kommission als Folgerung zu einer Anhörung im Rahmen des Grünbuchs Informationsgesellschaft, das Urheberpersönlichkeitsrecht werde selten dazu benutzt, gegen die Verwertung eines Werkes vorzugehen, und führe daher nicht zu realen Problemen für den Binnenmarkt.¹⁰³² Schon damals entspann sich eine lebhafte Diskussion zu möglichen Rechtsakten der Union im Hinblick auf das Urheberpersönlichkeitsrecht.¹⁰³³

Zum Teil wird auch heute recht apodiktisch festgestellt, urheberpersönlichkeitsrechtliche Befugnisse seien wirtschaftlich relevant und müssten deshalb in eine Harmonisierung (oder Rechtsvereinheitlichung) miteinbezogen werden.¹⁰³⁴

In der Tat kann das Urheberpersönlichkeitsrecht – zumindest *potentiell* – mit der Verwertung eines urheberrechtlich geschützten Werkes interferieren. So kann sich der Urheber mit Hilfe des Rechts auf Anerkennung der Urheberschaft etwa einer Verbreitung von Werkexemplaren oder einer Sendung des Werkes entgegenstellen, wenn sein Name nicht im Zusammenhang mit dem Werk er-

1031 Vgl. etwa *Gronau*, Europäisches Urheberrecht, 42.

1032 Grünbuch Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, KOM (95) 382, 67.

1033 Vgl. den Bericht zu einer Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht in München im Jahre 1993. Dort erklärte der Vertreter der Kommission Röttinger, die Urheber müssten deutlich machen, worin die wirtschaftlichen Auswirkungen des Urheberpersönlichkeitsrecht bestünden, wenn sie diesbezüglich eine Harmonisierung verlangten. Vgl. hierzu den Diskussionsbericht, *Lausen*, ZUM 1993, 359, 360.

1034 Vgl. *Schack*, ZEuP 2000, 799, 815; *Schack*, ZGE 2009, 275, 278.

scheint.¹⁰³⁵ Auch der Schutz der Werkintegrität ermöglicht es dem Urheber, gegen Modifizierungen seines Werkes und die Verwertung des sich hieraus ergebenden Endproduktes vorzugehen.¹⁰³⁶ Beispiele hierfür sind das auf das Urheberpersönlichkeitsrecht gestützte Vorgehen gegen die Verwertung von Musikstücken als Klingeltöne für Mobiltelefone, die Kolorierung von Schwarz-Weiß-Filmen sowie die Unterbrechung von Filmen durch Werbespots oder die Einblendung von Programmhinweisen.¹⁰³⁷

Abgesehen von dem – quasi „störenden“ – Einfluss, den das Urheberpersönlichkeitsrecht auf die Verwertung eines einzelnen Werkes hat, kann es auch in einem positiven Sinne für den Urheber wirtschaftliche Bedeutung entfalten. So dient der Schutz des Namensnennungsrechts auch der Sicherung wirtschaftlicher Rechte des Urhebers, ermöglicht die Namensnennung doch manchmal erst, den (zugleich auch wirtschaftlich) Berechtigten zu identifizieren¹⁰³⁸ oder sie dient dem Urheber, einen gewissen Bekanntheitsgrad zu erreichen, der sich wiederum auf die Verwertung seines übrigen Oeuvres auswirkt. Auch kann die Namensnennung insofern die Funktion einer Marke übernehmen, als sie die Authentizität eines Werkes, also die Wahrheit ihres Ursprungs verbürgt und sich so positiv auf die Vermarktung auswirkt.¹⁰³⁹

Wenn nun Rechtsunterschiede im Bereich des Urheberpersönlichkeitsrechts *potentiell* den Binnenmarkt im Urheberrecht beeinträchtigen können, dann muss in einem nächsten Schritt untersucht werden, ob diese Unterschiede auch *tatsächlich* von wirtschaftlicher Relevanz sind. Hierzu wollen wir einerseits einen Blick auf die *Rechtsprechung* in diesem Feld werfen und uns andererseits mit den Aussagen derjenigen befassen, die die Wirklichkeit des europäischen Verwertungsmarktes am besten kennen, also mit den *Akteuren der Europäischen Urheberrechtsbranchen*.

Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung und manche Stimmen an der Verwertung beteiligter Parteien deuten darauf hin, dass unterschiedliche Regelun-

1035 Vgl. Scholz, Urheberpersönlichkeitsrecht im IPR, 76; vgl. auch den bei Altenburg, Urheberpersönlichkeitsrecht in Deutschland und Frankreich, 202, beschriebenen Fall. Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 76.

1036 Hierzu Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 76.

1037 Hierzu Drexler, Constitutional Protection of Authors' Moral Rights in the EU, 161 f., der unter anderem auf den John-Huston-Fall verweist.

1038 Vgl. hierzu die Aussagen von Pyramide Europe in Salokannel/Strowell/Derclaye, Moral rights, 193, die auf die Schwierigkeiten hinweisen, Fotografien ohne Bezeichnung des Rechteinhabers diesem zuzuordnen.

1039 Hierzu Doutreloup, GRUR Int. 1997, 293, 294.

gen des Urheberpersönlichkeitsrechts wirtschaftliche Entscheidungen der Akteure zumindest in manchen Urheberrechtsbranchen beeinflussen können.

Der Schutz der Werkintegrität kann etwa für Verleger insbesondere von Presseprodukten relevant werden, wenn Artikel gekürzt oder Fotos farblich oder in ihren Dimensionen an die Bedürfnisse der Publikation angepasst werden müssen.¹⁰⁴⁰ Für den Bereich der Presse wird dann auch angeführt, das geringe Schutzniveau für die Kreativen in diesem Sektor etwa nach britischem Recht führe dazu, dass Presseverlage ihre redaktionelle Tätigkeit nach Großbritannien verlagerten, um sich dort vertraglich weitestgehend gegenüber den Kreativen abzusichern, bevor sie dann mit dem fertigen Presseprodukt europaweit auf den Markt kämen. Dies führe zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Presseunternehmen.¹⁰⁴¹ Dem lässt sich allerdings entgegenhalten, dass die Standortverlagerung des Verlegers in ein „Niedrigschutzland“ wie schon gesehen wegen des Schutzlandprinzips grundsätzlich nichts daran ändert, dass bei einer Verwertung von britischen Presseprodukten etwa in Frankreich und Deutschland auch die dortigen Regelungen des Urheberpersönlichkeitsrechts Anwendung finden.¹⁰⁴² Als eine tatsächlich binnenmarktrelevante Folge unterschiedlicher Schutzniveaus im Urheberpersönlichkeitsrecht wäre es jedoch zu bewerten, wenn Urheber wegen des zu geringen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Schutzes in einem Mitgliedstaat aus Besorgnis um die Werkintegrität auf eine Verwertung gerade in diesem Mitgliedstaat verzichteten.¹⁰⁴³

Der Schutz der Werkintegrität kann auch im Zusammenhang mit der Verwertung von Filmwerken Bedeutung erlangen. So können sich der Urheber oder seine Rechtsnachfolger möglicherweise der Kolorierung von Schwarz-Weiß-Filmen widersetzen, wie dies im vielzitierten *John-Huston-Fall* der französi-

1040 Vgl. *Salokannel/Strowell/Derclaye*, Moral rights, 186 ff., 188.

1041 Vgl. die Angaben der European Federation of Journalists (EFJ) in *Salokannel/Strowell/Derclaye*, Moral rights, 203.

1042 Hierzu schon oben, § 7.III.1.a)aa). Für Deutschland werden alle urheberrechtlichen Fragen in Zusammenhang mit einer in Deutschland stattfindenden Verwertung nach deutschem Urheberrecht beantwortet. Nach französischem IPR gilt zwar für die Frage der Rechtsinhaberschaft das Recht des Herkunftslandes, jedoch gehören die französischen Regelungen des Urheberpersönlichkeitsrechts einschließlich dessen Zuweisung an ein bestimmtes Rechtssubjekt zum *ordre public* und sind daher nach französischem Recht zu beurteilen: C.cass., 28.5.1991 GRUR Int., 1992, 304 – *John Huston*. Hierzu *Drexler*, Münchener Kommentar zum BGB, Int. Immaterialgüterrecht, Rn. 20.

1043 Entsprechende Überlegungen scheint der schwedische Journalistenverband hinsichtlich einer Verwertung in Großbritannien anzustellen, vgl. *Salokannel/Strowell/Derclaye*, Moral rights, 204.

schen Cour de cassation relevant wurde.¹⁰⁴⁴ Auch Werbeunterbrechungen¹⁰⁴⁵ oder das Einblenden von Senderlogos¹⁰⁴⁶ oder Programmhinweisen können die Werkintegrität von Filmen beeinträchtigen.¹⁰⁴⁷

Die soeben beschriebenen Fälle aus der Rechtsprechung zeigen, dass sich das Urheberpersönlichkeitsrecht in gewissem Maße tatsächlich auf die Verwertung auswirken kann. Es wird von anderer Seite jedoch vorgebracht, dass es sich hierbei nur um Ausnahmefälle handle und die unterschiedliche Ausgestaltung des Urheberpersönlichkeitsrechts zumeist nur theoretische Auswirkungen auf den Binnenmarkt zeitige.¹⁰⁴⁸ Streitigkeiten betreffend das Urheberpersönlichkeitsrecht beschäftigen die Gerichte in der Tat deutlich seltener als solche im Zusammenhang mit den Verwertungsrechten.¹⁰⁴⁹ Selbst Stimmen, die eine Einbeziehung des Urheberpersönlichkeitsrechts in die Harmonisierungsbemühungen der Union fordern, räumen ein, dass dieses kaum eine Rolle für die Rechtspraxis spielt, weil es selten dazu benutzt wird, eine Verwertung zu behindern.¹⁰⁵⁰

Fragt man nach der Haltung, die die interessierten Parteien, also Kreative und Verwerter in der Frage einer Harmonisierung einnehmen, scheint deren Wunsch nach einer Harmonisierung keinesfalls eindeutig zu sein. Man könnte annehmen, dass Verwerter das Urheberpersönlichkeitsrecht in erster Linie als eine Beeinträchtigung der ungestörten Werkeverwertung betrachten und demnach im Interesse einheitlicher Bedingungen für eine unionsweite Verwertung

1044 C.cass., 28.5.1991 GRUR Int., 1992, 304 – *John Huston*; hierzu ausführlich *Altenburg*, Urheberpersönlichkeitsrecht in Deutschland und Frankreich, 155–160; *Scholz*, Urheberpersönlichkeitsrecht im IPR, 123–139; vgl. auch *Asmus*, Urheberpersönlichkeitsrecht in Europa, 58 Fn. 191; *Schack*, Urheberrecht, Rn. 1035; *Metzger*, Festschrift Schricker zum 70. Geburtstag, 465, mit weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung.

1045 *Asmus*, Urheberpersönlichkeitsrecht in Europa, 58.

1046 *Asmus*, Urheberpersönlichkeitsrecht in Europa, 67 ff., mit Verweis auf das Urteil TGI Paris., 29.6.1988 GRUR Int., 1989, 936 – *Logo La Cinq*. Vgl. auch *Metzger*, Festschrift Schricker zum 70. Geburtstag, 465.

1047 Vgl. auch die Rechtsprechungsnachweise bei *Salokannel/Strowell/Derclaye*, Moral rights, 189.

1048 So *Schardt*, ZUM 1993, 318, 323. *Hilty*, Sündenbock Urheberrecht?, 131, meint, das Urheberpersönlichkeitsrecht bereite für den Interessenausgleich im Verhältnis zu Dritten in der Praxis in aller Regel keine Probleme. Zweifelnd auch *van Eechoud/Hugenholtz/van Gompel*, Harmonizing European Copyright Law, 323.

1049 *Altenburg*, Urheberpersönlichkeitsrecht in Deutschland und Frankreich, 202; *Schricker*, Vorwort zu *Doutrelepont*, Droit moral, IX f., der allerdings eine wachsende praktische Bedeutung durch moderne Verwertungstechniken prognostiziert.

1050 *Schricker*, IIC 1995, 41, 47; *Metzger*, Festschrift Schricker zum 70. Geburtstag, 469; *Lucas*, Festschrift Schricker zum 70. Geburtstag, 444.

eine Harmonisierung favorisieren. Dem scheint indes nicht so zu sein, vielmehr wird in diesen Kreisen der Einfluss des Urheberpersönlichkeitsrechts auf den Binnenmarkt als gering bezeichnet.¹⁰⁵¹ Bei den Kreativen bietet sich ein uneinheitliches Bild. Während es in der Vergangenheit durchaus Stimmen für eine Harmonisierung, allerdings nur auf hohem Schutzniveau gab,¹⁰⁵² scheint inzwischen auch die Gruppe der Kreativen vorsichtiger im Hinblick auf eine Harmonisierung zu sein.¹⁰⁵³ Hinter der Zurückhaltung beider Gruppen dürfte die jeweilige Befürchtung stehen, eine Harmonisierung werde die komfortable Situation der Verwerter in Ländern mit niedrigem Schutzniveau bzw. die der Kreativen in Ländern mit weitgehenden urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnissen gefährden.¹⁰⁵⁴ Zudem werden im Hinblick auf Beeinträchtigungen des Binnenmarktes Rechtsunterschiede in anderen Bereichen des Urheberrechts für weitaus störender gehalten.

Weder die wenigen Fälle, in denen das Urheberpersönlichkeitsrecht in verwertungsrelevanten Fragen die Rechtsprechung beschäftigt hat, noch die Wünsche der beteiligten Kreise legen also eine Vereinheitlichung des Urheberpersönlichkeitsrechts nahe, weil eine ausreichende Binnenmarktrelevanz alles andere als sicher ist. Hieraus können berechtigte Zweifel daran erwachsen, ob man eine etwaige Vereinheitlichung des Urheberpersönlichkeitsrechts auf ökonomische, also binnenmarktbezogene Erwägungen stützen kann.¹⁰⁵⁵

b) Folgerungen im Hinblick auf die Rechtsetzungskompetenz der Union und auf die Sinnhaftigkeit einer Vereinheitlichung

Wenn ein ausreichender Binnenmarktbezug des Urheberpersönlichkeitsrechts zweifelhaft ist, so erscheint eine vereinheitlichende Tätigkeit der Union auf diesem Feld unter Binnenmarktgesichtspunkten nicht erforderlich. Dieser Befund wirft im Hinblick auf den Binnenmarktbezug der einschlägigen Rechtsgrund-

1051 *Schardt*, ZUM 1993, 318, 319, zu den Ergebnissen der Anhörung durch die Kommission aus dem Jahre 1992; vgl. auch *Peifer*, Die Inhalte des Urheberrechts, 177; *Benabou*, Droit d'auteur et droit communautaire, 688.

1052 Vgl. *Schardt*, ZUM 1993, 318, 319, zu den Ergebnissen derselben Anhörung durch die Kommission aus dem Jahre 1992.

1053 *Salokannel/Strowell/Derclaye*, Moral rights, 225.

1054 Für letztere *Salokannel/Strowell/Derclaye*, Moral rights, 225.

1055 Vgl. hierzu *Hilty*, Entwicklungsperspektiven, 168; *Roberts in Salokannel/Strowell/Derclaye*, Moral rights, 202; *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 220.

lagen wiederum die Frage der Kompetenz der Union für eine Regelung des Urheberpersönlichkeitsrechts auf.

Das Urheberpersönlichkeitsrecht dient in erster Linie dem Schutz ideeller Belange. Seine Harmonisierung setzt daher an sich Kompetenzen im kulturellen und persönlichkeitsrechtlichen Bereich voraus.¹⁰⁵⁶ Zwar besteht eine Kompetenz für den kulturellen Bereich nach Art. 167 AEUV (Art. 151 EGV), jedoch haben wir gesehen, dass diese Kompetenz gerade keine Harmonisierungsmaßnahmen erlaubt.¹⁰⁵⁷ Richtig wird bemerkt, dass es nicht schade, wenn die Union bei ihrer Tätigkeit aufgrund der Binnenmarktkompetenz auch andere Ziele als die Etablierung des Binnenmarktes, konkret also kulturelle und persönlichkeitsrechtliche Ziele verfolge.¹⁰⁵⁸ Das erlaubt aber nicht, die Voraussetzungen der Binnenmarktkompetenz zu umgehen. Wenn demnach eine Harmonisierung oder Vereinheitlichung des Urheberpersönlichkeitsrechts mangels anderer Grundlagen auf die Binnenmarktkompetenz gestützt werden muss, kommt man nicht umhin, einen Binnenmarktbezug auch für das Urheberpersönlichkeitsrecht zu fordern.

Etwas anderes würde allenfalls dann gelten, wenn man das Urheberpersönlichkeitsrecht und die wirtschaftlichen Verwertungsrechte als untrennbare Bestandteile des Urheberrechts ansieht, denn dann würde man der Union aufgrund der Tatsache, dass jedenfalls für die wirtschaftlich relevanten Aspekte des Urheberrechts eine Rechtsetzungskompetenz zur Verwirklichung des Binnenmarktes besteht, auch eine Annexkompetenz zur Regelung des Urheberpersönlichkeitsrechts zusprechen.¹⁰⁵⁹

Zu untersuchen ist demnach, ob eine Trennung der urheberpersönlichkeitsrechtlichen von den wirtschaftlichen Rechten des Urhebers möglich ist, ohne negative Folgen für einen von beiden Aspekten des Urheberrechts auszulösen.

1056 *Peifer*, Die Inhalte des Urheberrechts, 159, verlangt zumindest eine Förderkompetenz auf diesem Feld.

1057 Oben, § 4.II.2.c).

1058 *Metzger*, Festschrift Schricker zum 70. Geburtstag, 467.

1059 Eine Annexkompetenz für eine umfassende Regelung des Europäischen *Privatrechts* nimmt *Basedow*, Festschrift Mestmäcker, 359, an, stellt dabei aber ausdrücklich auf die vermögensrechtlichen Aspekte dieses Privatrechts ab. Vgl. in diesem Sinne auch *Gronau*, Europäisches Urheberrecht, 81.

aa) Trennbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrecht und Verwertungsrechten:
Monismus und Dualismus

Fragt man nun nach der schlichten Trennbarkeit des Urheberpersönlichkeitsrecht von den wirtschaftlichen Aspekten des Urheberrechts, dann befindet man sich vor nichts anderem als der Entscheidung zwischen Monismus und Dualismus. Wir wissen, dass die monistische Theorie¹⁰⁶⁰, die das Urheberrecht in Österreich und Deutschland prägt, von der Untrennbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrecht und wirtschaftlichen Verwertungsrechten ausgeht, beide Interessen für zwei Aspekte eines strikt einheitlichen Urheberrechts hält. Die Geltendmachung wirtschaftlicher Interessen sei stets auch mit urheberpersönlichkeitsrechtlichen Wertungen verbunden und umgekehrt.¹⁰⁶¹ Demgegenüber betrachtet die dualistische Sichtweise Urheberpersönlichkeitsrecht und urheberrechtliche Vermögensrechte als durchaus voneinander scheidbare Interessen unter dem Dach des Doppelrechts Urheberrecht.¹⁰⁶²

Die Vertreter des Monismus heben hervor, die Verknüpftheit von wirtschaftlichen und urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnissen lasse es nicht zu, diese beiden Interessen voneinander zu trennen, da sonst die Verkehrsfähigkeit des Urheberrechts nicht störungsfrei gewährleistet sei.¹⁰⁶³ Wir haben aber gerade gesehen, dass die wirtschaftlichen Implikationen des Urheberpersönlichkeitsrechts theoretisch gegeben, in der Praxis jedoch zu vernachlässigen sind.

Eine Beeinträchtigung der Verwertung durch das Urheberpersönlichkeitsrecht und demnach eine Behinderung des Binnenmarktes durch unterschiedliche Ausgestaltungen des Urheberpersönlichkeitsrechts lassen sich demnach nicht überzeugend für dessen Untrennbarkeit von den wirtschaftlichen Aspekten des Urheberrechts und somit für eine Vereinheitlichungskompetenz als Annexkompetenz anführen.

Auch die Tatsache, dass die Mehrheit der Mitgliedstaaten der EU dem Dualismus folgt,¹⁰⁶⁴ beweist, dass die Trennung prinzipiell möglich ist. Dies ergibt

1060 Zur Entstehung und Begründung des Monismus *Schack*, Urheberrecht, Rn. 343; *Asmus*, Urheberpersönlichkeitsrecht in Europa, 122.

1061 Vgl. *Schack*, Urheberrecht, Rn. 356 f.; *Asmus*, Urheberpersönlichkeitsrecht in Europa, 122.

1062 Zu Entstehung und Begründung des Dualismus *Asmus*, Urheberpersönlichkeitsrecht in Europa, 123, mit weiteren Nachweisen.

1063 *Schack*, Urheberrecht, Rn. 344 f.

1064 Vgl. nur *Hilty*, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Band 22 (2004/2005), 401, 407. Für Frankreich und Großbritannien vgl. *Asmus*, Urheberpersönlichkeitsrecht in Europa, 123 f.

sich auch daraus, dass das *droit moral* in bestimmten Staaten grundsätzlich ewig dauert, also auch noch dann geschützt wird, wenn die Schutzfrist des Vermögensrechts längst abgelaufen ist.¹⁰⁶⁵ Wenn also urheberpersönlichkeitsrechtliche und wirtschaftliche Aspekte des Urheberrechts trennbar sind, dann lassen sich gedanklich auch die Kompetenzen für diese beiden Aspekte voneinander trennen.

bb) Mögliche Auswirkungen einer Trennung

Wenn die Aufspaltung des Urheberrechts in seine wirtschaftlichen und urheberpersönlichkeitsrechtlichen Aspekte wie soeben gesehen grundsätzlich möglich ist, so müssen nun in einem zweiten Schritt die Folgen einer solchen Aufspaltung abgeschätzt werden. Wenn diese mit erheblichen negativen Folgen für das Urheberpersönlichkeitsrecht verbunden wäre, so ließe sich argumentieren, dass das Urheberrecht insgesamt hieraus Schaden nehmen würde. Dann könnte man zwar nicht von einer selbständigen, aber doch von einer Annexkompetenz der Union für das Urheberpersönlichkeitsrecht ausgehen.

aaa) Gefährdung der Kohärenz des urheberrechtlichen Gesamtsystems

Einen ernstzunehmenden Einwand gegen eine Ausklammerung des Urheberpersönlichkeitsrechts aus einer europäischen Rechtsvereinheitlichung stellt die Überlegung dar, dass ein kohärentes urheberrechtliches Gesamtsystem nicht geschaffen werden könne, wenn zwei unterschiedliche Normgeber für den wirtschaftlichen und den urheberpersönlichkeitsrechtlichen Aspekt des Urheberrechts verantwortlich seien. Es sei nicht sichergestellt, dass sich die Normen dann zu einem sinnvollen Ganzen ergänzten. So vertrage es sich schon jetzt schlecht, wenn etwa einerseits auf europäischer Ebene die Schutzvoraussetzungen abgesenkt würden, sodass auch Gegenstände geschützt würden, zu deren Schaffung nur ein minimales Maß an Kreativität erforderlich sei, andererseits aber auf mitgliedstaatlicher Ebene an einem starken Schutz des Urheberpersön-

¹⁰⁶⁵ *Hilty*, Sündenbock Urheberrecht?, 131 f.

lichkeitsrechts festgehalten werde.¹⁰⁶⁶ Die Harmonie des urheberrechtlichen Gesamtsystems werde so zerstört.¹⁰⁶⁷

Dem ist entgegenzuhalten, dass auch dann, wenn unterschiedliche Akteure – nationale Gesetzgeber und Union – auf dem Gebiet des Urheberrechts tätig sind, sich hieraus ein harmonisches urheberrechtliches Regelungssystem ergeben kann. Auf diesem Gedanken beruht jede Teilung der Gesetzgebungskompetenz in einem Bundesstaat zwischen Zentralgewalt und dezentralen Gewalten. Wer den Gedanken der Subsidiarität ernst nimmt, kann nicht von vorneherein davon ausgehen, dass die Mitgliedstaaten zur sinnvollen Vervollkommenung eines Regelungssystems der Union durch ihren eigenen Beitrag nicht in der Lage sind.

Hierin liegt auch kein Widerspruch dazu, dass zuvor die Richtlinien-technik gerade dafür kritisiert worden ist, dass sie das Tätigwerden zweier Gesetzgeber erforderlich macht, wohingegen die Verordnung eine Regelungstätigkeit der Mitgliedstaaten nicht erfordert.¹⁰⁶⁸ Denn bei der Richtlinien-technik werden zwei Normgeber in ein und derselben Materie tätig, wohingegen bei einer Aufteilung der Urheberrechtsmaterien jeder der Rechtsetzungsebenen in der Union ihre eigene und alleinige Regelungszuständigkeit zugewiesen wird.

Entscheidend sind klare Regeln, die ein harmonisches Zusammenspiel der Normen unterschiedlicher Gesetzgeber ermöglichen. In diesem Sinne wäre es konsequent, den Mitgliedstaaten, wenn sie denn für den Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts zuständig sein sollen, die Entscheidung nicht nur über den Inhalt des Urheberpersönlichkeitsrechts, sondern auch über die sonstigen Parameter des urheberpersönlichkeitsrechtlichen Schutzes zu überlassen. Demnach würden die Mitgliedstaaten auch etwa über die Inhaberschaft und die Schutzdauer des Urheberpersönlichkeitsrechts entscheiden, wie das im amerikanischen Recht der Fall ist.¹⁰⁶⁹ Auch könnten die nationalen Rechtsordnun-

1066 In diesem Sinne *Metzger*, Festschrift Schricker zum 70. Geburtstag, 463 f., der das Beispiel des Schutzes von Telefonbüchern nennt.

1067 *Dietz*, GRUR-Festschrift, 1478 f.

1068 Oben, § 8.I.2.f)bb).

1069 In den USA wurden zumindest vor Erlass des bundesrechtlichen Visual Artists Rights Act urheberpersönlichkeitsrechtliche Befugnisse – moral rights – durch einzelstaatliche Gesetze gewährt, die auch die Frage der Inhaberschaft regelten. *Damich*, Columbia VLA J. L. & the Arts 13 (1989), 291, 320, hält es durchaus nicht für inkonsistent, wenn das amerikanische Bundesrecht die wirtschaftlichen Rechte einer anderen Person zuweist als das einzelstaatliche Recht das Urheberpersönlichkeitsrecht. Vgl. zum amerikanischen Regelungsmodell auch unten, § 9.V.3.b)bb)eee).

gen Bedingungen für die Gewährung eines über das von der RBÜ geforderte Mindestmaß hinaus gehenden urheberpersönlichkeitsrechtlichen Schutzes festlegen. Es könnten etwa bestimmte Qualitätsstandards gefordert werden oder es könnten bestimmte Werkkategorien von einem solchen Schutz ausgeschlossen sein.¹⁰⁷⁰ Wertungswidersprüche zwischen unionalem und nationalem Urheberrecht könnten so weitestgehend vermieden werden.

bbb) Gefahr einer Schwächung des Urheberpersönlichkeitsrechts?

Zum Teil wird in diesem Zusammenhang auch argumentiert, eine Aufspaltung der beiden Interessen und eine Konzentration der Union auf das vermögensrechtliche werde zu einer Schwächung des Urheberpersönlichkeitsrechts führen.¹⁰⁷¹ Die nicht unerhebliche Tätigkeit der Union auf dem Gebiet des wirtschaftlichen Aspekts lasse das Urheberpersönlichkeitsrecht schon jetzt in den Hintergrund treten. Die Asymmetrie des *acquis* bleibe auch nicht ohne Folgen für die nationalen Urheberrechte, weil diese die Richtlinien der Union umzusetzen hätten.¹⁰⁷² Wenn dagegen die Union auch das Urheberpersönlichkeitsrecht in ihre Tätigkeit miteinbeziehe, so sei dies ein Signal dafür, dass das Urheberpersönlichkeitsrecht in ganz Europa den Stellenwert bekomme, den es auch verdiene.¹⁰⁷³ Die Union habe diesbezüglich auch eine Verantwortung aufgrund ihres Einflusses auf die internationale Entwicklung des Urheberrechts.¹⁰⁷⁴

Jedoch sagt die Tatsache, dass unterschiedliche Normgeber für die wirtschaftlichen und urheberpersönlichkeitsrechtlichen Aspekte des Urheberrechts zuständig sind, noch nichts über die Gewichtung oder gar Wertigkeit dieser

1070 Die einzelstaatlichen Gesetze in den USA beschränken den Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts auf Werke der bildenden Kunst und setzen zum Teil auch bestimmte Qualitätsstandards voraus; vgl. hierzu *Peifer*, ZUM 1993, 325, 347. *Damich*, Columbia VLA J. L. & the Arts 13 (1989), 291, 296 ff., 299 f., meint, die niedrigen Schutzvoraussetzungen im amerikanischen Urheberrecht könnten mit dem Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts entweder über einen Katalog urheberpersönlichkeitsrechtlich zu schützender Werke oder durch eine klare Angabe des Zwecks dieses Schutzes in Einklang gebracht werden.

1071 In diesem Sinne *Lucas*, Festschrift Schricker zum 70. Geburtstag, 444. Bezogen auf die internationale Ebene, insbesondere auf das TRIPS-Abkommen, beklagt etwa *Dietz*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 20 f., dass die Verdrängung urheberpersönlichkeitsrechtlicher Vorschriften auf die nationale Ebene zu einer Schwächung des Schutzes des Urheberpersönlichkeitsrechts führe.

1072 *Metzger*, Festschrift Schricker zum 70. Geburtstag, 461 f.

1073 *Lucas-Schloetter*, GRUR Int. 2002, 809, 814 f.

1074 *Asmus*, Urheberpersönlichkeitsrecht in Europa, 52 f.

Aspekte aus. Wenn die Mitgliedstaaten nicht gezwungen sind, EU-Richtlinien in nationales Recht umzusetzen, weil das Unionsurheberrecht per Verordnung ergeht und somit unmittelbar anwendbar ist, dann besteht auch nicht die Gefahr, dass sich die – dann erwünschte – Konzentration der Union auf Binnenmarktbelange auch auf die Regelungstätigkeit der Mitgliedstaaten prägend auswirkt. Die Mitgliedstaaten können sich dann vielmehr auf ihre Kompetenz im Rahmen des Urheberrechts, in unserem Fall also die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Aspekte, konzentrieren. Die Forderung nach einem Bekenntnis der Union zum Urheberpersönlichkeitsrecht, welche Signalwirkung haben soll, kann auch dadurch erfüllt werden, dass die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Regelung des Urheberpersönlichkeitsrechts mittels einer rein deklaratorischen Norm im Unionsurheberrecht bekräftigt wird. Zu bedenken ist auch, dass eine Harmonisierung oder Vereinheitlichung des Urheberpersönlichkeitsrechts aufgrund der Gegensätzlichkeit von Copyright- und *droit-d’auteur*-Ansatz wohl nur auf Grundlage eines Kompromisses, also auf einem mittleren Schutzniveau stattfinden kann. Dies bedeutet aber, wie selbst die Befürworter einer Vereinheitlichung einräumen, eine Absenkung des Schutzniveaus für die klassischen *droit-d’auteur*-Länder wie Deutschland und Frankreich.¹⁰⁷⁵ Gerade wer einen Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts auf hohem Niveau verlangt, muss sich die Frage stellen, ob er mit der zu befürchtenden Absenkung des Schutzniveaus, die eine Vereinheitlichung für die meisten Länder (außer Großbritannien und Irland) bedeuten würde, nicht einen zu hohen Preis zu zahlen bereit ist.¹⁰⁷⁶

ccc) Der Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts aus kulturellen Gründen

Wenn oftmals gefordert wird, das Urheberpersönlichkeitsrecht müsse schon aus *kulturpolitischen* Gründen geschützt werden,¹⁰⁷⁷ dann ist dem ganz sicher zuzustimmen. Das sagt aber nichts darüber aus, wer für den kulturell motivierten Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts zuständig sein soll. Wer fordert, dies müsse die Union sein, verschließt die Augen vor der Realität des europäischen Primärrechts. Wenn der Union nach Art. 167 AEUV (Art. 151 EGV) nur eine Förderkompetenz im kulturellen Bereich zukommt und eine Harmonisierung

1075 Lucas-Schloetter, GRUR Int. 2002, 809, 814 f.

1076 Diese Frage stellt auch Peifer, Die Inhalte des Urheberrechts, 178, der befürchtet, eine Harmonisierung werde nur gelingen, wenn man nicht an der Unveräußerlichkeit des Urheberpersönlichkeitsrechts festhalte.

1077 Metzger, Festschrift Schrickler zum 70. Geburtstag, 462.

auf dieser Grundlage ausdrücklich ausgeschlossen ist, dann kann es nicht Aufgabe der Union sein, hier die entscheidenden Akzente zu setzen.¹⁰⁷⁸

Urheberpersönlichkeitsrechtliche Befugnisse können beabsichtigter Weise die Werkverwertung und somit die Ausübung der Verkehrsfreiheiten beeinflussen. Das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft und auf Schutz der Werkintegrität sind Ausdruck des Respekts einer Rechtsordnung vor dem Urheber und der Urheberschaft. Wie stark ausgeprägt diese Rechte sind, hängt davon ab, in welchem Maße eine Rechtsordnung bereit ist, Störungen der Verbreitung von Werken und eines Marktes für Werke im Interesse urheberpersönlichkeitsrechtlicher Belange zu tolerieren. Diese Gewichtung hängt von der jeweiligen kulturellen und kulturwirtschaftlichen Tradition ab und sollte dann auch auf den jeweiligen Kulturraum und daher auf den jeweiligen Mitgliedstaat beschränkt bleiben.¹⁰⁷⁹ Wenn der Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts – auch – aus kulturpolitischen Gründen erfolgt, spricht dies daher umso mehr dafür, ihn in die Hände der Mitgliedstaaten zu legen.¹⁰⁸⁰

ddd) Der Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts aus persönlichkeitsrechtlichen Gründen

Sofern man den Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts auf die *persönlichen* Interessen des Urhebers stützt, ist zu bedenken, dass auch die Belange des Urhebers stark damit zusammenhängen, wie der Urheber in der Öffentlichkeit wahrgenommen wird. Wenn Art. 6 bis RBÜ stark auf den Ruf und die Ehre des Urhebers abstellt, dann geht es weniger um das subjektive Empfinden des Urhebers als vielmehr um die Art und Weise, wie der Urheber aufgrund seiner schöpferischen Tätigkeit in einer Gesellschaft wahrgenommen und behandelt wird.¹⁰⁸¹ Die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Belange des Urhebers werden in unterschiedlichem Maße geschützt, je nach dem, welche Gebräuche und Traditionen

1078 Ausführlich zu Art. 167 AEUV schon oben, § 4.II.

1079 Überzeugend *Ginsburg*, GRUR Int. 2000, 97, 109.

1080 *Ginsburg*, GRUR Int. 2000, 97, 108 f., geht davon aus, dass die nationalen Rechtsordnungen in der Frage des Urheberpersönlichkeitsrechts weiterhin verschieden bleiben werden, und meint auch, dass kollisionsrechtlich das Territorialitäts- und Schutzlandprinzip in dieser Frage angewendet werden und somit jeder Staat nach seinen eigenen Wertungen urteilen können sollte.

1081 *Ginsburg*, GRUR Int. 2000, 97, 109.

in einer Gesellschaft vorherrschen¹⁰⁸², und demnach werden auch die Grenzen dessen, was noch als zumutbar angesehen wird, unterschiedlich gezogen.¹⁰⁸³

Auch der Schutz der Urheberpersönlichkeit steht daher einer unterschiedlichen Akzentuierung durch die nationalen Rechtsordnungen grundsätzlich nicht entgegen.

Die hier angestellten Überlegungen mögen an die Diskussion des Grünbuches über technologische Herausforderungen aus dem Jahr 1988 erinnern. Diesem ersten Grünbuch auf dem Gebiet des Urheberrechts wurde zum Teil heftige Kritik zuteil, weil es zu industrie- und verwerterlastig sei und zu wenig die Belange der eigentlich Kreativen berücksichtige. Die Kommission verfolge den Ansatz eines „Urheberrechts ohne Urheber“, wie vielfach zu hören war.¹⁰⁸⁴ Sie konzentriere sich zu sehr auf die Verwirklichung der Grundfreiheiten und die Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen.¹⁰⁸⁵

Der letzte Gedanke kann nach dem hier vertretenen Ansatz schwerlich zur Begründung einer Kritik am Grünbuch herangezogen werden. Im Hinblick auf die Kompetenz der Union ist wie schon dargelegt eine Konzentration auf die Verwirklichung des Binnenmarktes geradezu zu fordern. Die Union muss deshalb ihre Tätigkeit auf die wirtschaftliche Komponente des Urheberrechts ausrichten. Das bedeutet nicht, dass deshalb die Interessen einseitig zugunsten der Verwerter zu gewichten seien. Die Kritik am Grünbuch ist deshalb insoweit angebracht, als die Kommission sich nicht hinreichend mit der *wirtschaftlichen* Perspektive der Kreativen auseinander gesetzt hat. Wenn sie dagegen die *persönlichkeitsrechtlichen* Interessen der Kreativen ausgeklammert hat, weil ein hinreichender Binnenmarktbezug zu verneinen ist, muss dies jedoch begrüßt werden.

1082 Ginsburg, GRUR Int. 2000, 97, 109.

1083 Vgl. auch die Aussagen der IFPI in *Salokannel/Strowell/Derclaye*, Moral rights, 195 f.

1084 *Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, GRUR 1989, 183, 183; Dietz, GRUR-Festschrift, 1479 f.; Schippan, Harmonisierung des Urheberrechts in Europa, 55.

1085 Dietz, GRUR-Festschrift, 1480, fmit Hinweis auf die Stellungnahme der Bundesregierung, über die *Kretschmer*, GRUR 1989, 408, 409, berichtet.

eee) Die USA als Beispiel für eine Trennung von wirtschaftlichen Rechten und Urheberpersönlichkeitsrecht

Der Gedanke, die Zuständigkeit für eine Regelung des Urheberpersönlichkeitsrechts und für die Verwertungsrechte unterschiedlichen Gesetzgebern in der Union zu übertragen, rückt das Beispiel der USA in den Fokus, auch wenn der Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts in den USA vom europäischen Standpunkt aus wohl kaum als vorbildlich beschrieben werden kann, zu wenig ausgebildet ist dort doch der Schutz dieses Aspekts des Urheberrechts.¹⁰⁸⁶ Nichtsdestotrotz kann das amerikanische Beispiel der Regelung des Urheberpersönlichkeitsrechts auch für dessen Ausgestaltung in Europa lehrreich sein.

In den USA wurde der Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts zumindest vor Erlass des Visual Artists Rights Act durch einzelstaatliche Gesetze geregelt, obwohl das Urheberrecht insgesamt in die Zuständigkeit des Bundes fällt.¹⁰⁸⁷ Im Jahre 1973 hatte der Supreme Court entschieden, dass die Kompetenz des Bundes im Urheberrecht eine konkurrierende sei, sodass die Mitgliedstaaten dort regeln konnten, soweit ihre Regelungen nicht mit der Bundesgesetzgebung konfligierten.¹⁰⁸⁸ Nach section 301 des Copyright Acts von 1976 verdrängt Bundesrecht das einzelstaatliche Recht dort, wo das letztere dieselben Werkkategorien betrifft und gleichwertige Rechte gewährt wie der Copyright Act.¹⁰⁸⁹

Wie schon angesprochen¹⁰⁹⁰ regeln die bundesstaatlichen Gesetze in den USA zum Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts nicht nur die Befugnisse des Urhebers, also den Inhalt des Urheberpersönlichkeitsrechts, sondern auch die Schutzvoraussetzungen¹⁰⁹¹, die Rechtsinhaberschaft¹⁰⁹² und die Schutz-

1086 Zu den einzelstaatlichen Regelungen vgl. *Damich*, Columbia VLA J. L. & the Arts 13 (1989), 291, 338 ff. Zum Schutz der Urheberpersönlichkeitsrechts durch den Visual Artists Rights Act *Peifer*, ZUM 1993, 325, 351 f.

1087 *Peifer*, ZUM 1993, 325, 338.

1088 *Goldstein vs. California*, 412 U.S. 546, 558–560 (1973); hierzu *Damich*, Columbia VLA J. L. & the Arts 13 (1989), 291, 329 ff.; *Peifer*, ZUM 1993, 325, 338 f.

1089 *Damich*, Columbia VLA J. L. & the Arts 13 (1989), 291, 329 ff.; *Peifer*, ZUM 1993, 325, 338 f.

1090 Oben, § 9.V.3.b)bb)aaa) und § 9.V.3.b)bb)aaa).

1091 Geschützt werden nur Werke der bildenden Kunst; vgl. *Damich*, Columbia VLA J. L. & the Arts 13 (1989), 291, 297; *Peifer*, ZUM 1993, 325, 347.

1092 Interessanter Weise ist nach den einzelstaatlichen Regelungen nur der eigentliche Schöpfer als Inhaber des Urheberpersönlichkeitsrechts anzusehen, nicht etwa der Arbeit- oder Auftraggeber. Allerdings nehmen einige Bundesstaaten solche works made for hire aus dem Kreis der urheberpersönlichkeitsrechtlich geschützten Werke aus; vgl. *Damich*, Columbia VLA J. L. & the Arts 13 (1989), 291, 311 und 320.

dauer sowie – teilweise allerdings nur implizit – die Übertragbarkeit oder die Möglichkeit des Verzichts¹⁰⁹³. Das schon angesprochene Beispiel eines nicht wünschenswerten weitreichenden Urheberpersönlichkeitsrechts zugunsten von Schöpfern wenig kreativer Werke¹⁰⁹⁴ verdeutlicht, dass es sinnvoll ist, nicht nur den Inhalt der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse auf einzelstaatlicher Ebene zu regeln, sondern konsequenter Weise auch die Schutzvoraussetzungen. Gleiches gilt für die Rechtsinhaberschaft, denn schließlich ist die Lösung, einem bundesstaatlich als Urheber anzusehenden Arbeitgeber auch die einzelstaatlich verliehenen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse zu übertragen, wenig überzeugend.¹⁰⁹⁵

Das Beispiel der USA ist auch in einem weiteren Punkt lehrreich. Es zeigt nämlich, wie wichtig eine klare Abgrenzung der jeweiligen Zuständigkeiten ist. Wie wir gesehen haben, dürfen die amerikanischen Bundesstaaten auf kompetenzrechtlichen Gründen im Bereich des Urheberrechts keine den bundesgesetzlich vorgesehenen Rechten gleichwertigen Rechte gewähren. Dies wirft die schwierige Frage auf, wann die einzelstaatlich vorgesehenen Prärogativen bundesgesetzlich anerkannten Rechten gleichwertig sind.¹⁰⁹⁶ Es erscheint daher vorzugswürdig, eine klarere Abgrenzung der Zuständigkeiten vorzunehmen. Dies würde für die Union bedeuten, dass das Urheberpersönlichkeitsrecht in Anbetracht seiner kulturellen und persönlichkeitsrechtlichen Implikation mit all seinen Aspekten der Regelung durch die Mitgliedstaaten überlassen bliebe.

Wir haben gesehen, dass das Urheberpersönlichkeitsrecht potentiell Wirkungen auf die Verwertung von Werken und somit auf den Binnenmarkt haben kann. Die amerikanischen Einzelstaaten scheinen davor zurückgeschreckt zu sein, solche Sachverhalte miteinzubeziehen, bei denen sich die Gewährung von urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnissen nachhaltig auf den Wirtschaftsverkehr hätte auswirken können. Dementsprechend geben die einzelstaatlichen Gesetze kein Rückrufrecht, weil dies Konflikte mit dem Uniform Commercial Code heraufbeschworen hätte,¹⁰⁹⁷ und hierin ist wohl auch der Grund dafür zu

1093 *Damich*, Columbia VLA J. L. & the Arts 13 (1989), 291, 326 f.

1094 Vgl. die auch von *Metzger*, Festschrift Schricker zum 70. Geburtstag, 463 f., diesbezüglich geäußerten Bedenken, oben, § 9.V.3.b)bb)aaa).

1095 Hierzu *Damich*, Columbia VLA J. L. & the Arts 13 (1989), 291, 320.

1096 So kann sich der urheberpersönlichkeitsrechtlich motivierte Schutz der Werkintegrität etwa mit dem an sich kommerziellen Vervielfältigungsrecht überschneiden, wenn es um das Recht zur Herstellung abgeleiteter Werke geht; vgl. hierzu *Peifer*, ZUM 1993, 325, 339; ausführlich *Damich*, Columbia VLA J. L. & the Arts 13 (1989), 291, 329 ff.

1097 So *Peifer*, ZUM 1993, 325, 337 f.

sehen, dass Werke für den kommerziellen Gebrauch und works made for hire oftmals aus dem Anwendungsbereich der einzelstaatlichen Gesetze ausgenommen sind¹⁰⁹⁸.

Demgegenüber sollten die Mitgliedstaaten der Union im Einzelfall nicht vor einem Konflikt mit dem Binnenmarktziel zurückscheuen. Wo es der Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts mit seinen kulturellen Implikationen erfordert, können und sollten die Mitgliedstaaten diesem Urheberpersönlichkeitsrecht im Einzelfall auch zur Durchsetzung gegenüber den Verkehrsfreiheiten verhelfen. Ernstzunehmende Beeinträchtigungen der grenzüberschreitenden Verwertung von Werken werden sich hieraus dennoch nicht ergeben.

cc) Zusammenfassung

Das Urheberpersönlichkeitsrecht und die urheberrechtlichen Verwertungsrechte lassen sich gedanklich voneinander trennen. Dementsprechend lassen sich auch die jeweiligen Kompetenzen auf unterschiedliche Normgeber verteilen. Unter einer solchen Teilung muss wie gesehen weder die Kohärenz eines urheberrechtlichen Gesamtsystems leiden, noch bedeutet sie eine Hintanstellung des Urheberpersönlichkeitsrechts. Wenn die Zuständigkeiten klar und deutlich voneinander geschieden werden, indem etwa den Mitgliedstaaten alle Aspekte des urheberpersönlichkeitsrechtlichen Schutzes zur Regelung überlassen werden, und die Mitgliedstaaten ihre Aufgabe im kulturellen und persönlichkeitsrechtlichen Bereich ernstnehmen, lässt sich die Aufteilung inhaltlich stimmig und ganz im Geiste der Subsidiarität vornehmen.

Das Urheberpersönlichkeitsrecht dient dem Schutz kultureller und persönlichkeitsrechtlicher Belange. Diese sollten auf der Ebene der Mitgliedstaaten berücksichtigt und mit dem Binnenmarktziel abgewogen werden, weil in den unterschiedlichen Kulturräumen aufgrund ihrer jeweiligen Traditionen unterschiedliche Maßstäbe angelegt zu werden pflegen. Hierdurch kann es im Einzelfall tatsächlich zu Interferenzen mit den Verkehrsfreiheiten kommen. Sofern der Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts aber tatsächlich kulturellen und persönlichkeitsrechtlichen Belangen dient und eine Kommerzialisierung dieses Rechts vermieden wird, stehen ernsthafte Beeinträchtigungen des Binnenmarktes jedoch nicht zu befürchten.

1098 Vgl. *Damich*, Columbia VLA J. L. & the Arts 13 (1989), 291, 311 f.

Nach alledem ist eine Regelung des Urheberpersönlichkeitsrechts durch die Union nicht notwendig für eine sinnvolle Regelung der wirtschaftlichen Aspekte des Urheberrechts oder für die Schaffung eines kohärenten urheberrechtlichen Regelungswerkes insgesamt. Vielmehr lassen sich wirtschaftliche Aspekte des Urheberrechts und Urheberpersönlichkeitsrecht auch auf verschiedene Normgeber verteilen. Konsequenter Weise kann eine Regelung des Urheberpersönlichkeitsrechts durch die Union dann auch nicht auf eine Annexkompetenz zur Binnenmarktkompetenz gestützt werden. Sie ist dann vor dem Hintergrund des Subsidiaritätsprinzips weder angezeigt noch im Hinblick auf die Voraussetzung eines Binnenmarktbezuges überhaupt möglich. Die Forderung, die Union müsse sich im Sinne des *droit-d'auteur*-Ansatzes und des Monismus für eine Einbeziehung des Urheberpersönlichkeitsrechts „entscheiden“, ¹⁰⁹⁹ muss daher auf der Grundlage der gegebenen Kompetenzordnung als unerfüllbar angesehen werden.

Die Union muss jedoch nicht jedweden urheberpersönlichkeitsrechtlichen Aspekt aus ihrer Tätigkeit ausblenden. Die kulturellen Implikationen des Urheberpersönlichkeitsrechts erfordern nach Art. 167 Abs. 4 AEUV sogar seine Berücksichtigung bei einer Regelung des Urheberrechts. Dies erfordert ganz konkret, dass die Union bei einer Regelung der verwertungsrechtlichen Aspekte des Urheberrechts Vorkehrungen trifft, damit die mitgliedstaatlichen Regelungen zum Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts ohne Schwierigkeiten in die Regelungen der Union greifen.

Die Union kann auch kulturell bedeutsame Akzente setzen, indem sie die wirtschaftliche Komponente des Urheberrechts so ausgestaltet, dass dieses insgesamt Kreativität fördert. In diesem Sinne wird eine gerechte Gewichtung der wirtschaftlichen Interessen im Urheberrecht auch in kultureller Hinsicht Früchte tragen.

Eine Harmonisierung oder Vereinheitlichung des Schutzes des Urheberpersönlichkeitsrechts würde indes das Feld der Unionszuständigkeiten verlassen.

4. Zwischenergebnis zum Urheberpersönlichkeitsrecht

Wir haben gesehen, dass sich die nationalen Rechtsordnungen bezüglich des Schutzes des Urheberpersönlichkeitsrechts z.T. noch sehr deutlich voneinander unterscheiden. Diese Unterschiede können sich zwar *potentiell* auf den Binnen-

1099 So *Schack*, Urheberrecht, Rn. 143; vgl. auch *Wandtke*, GRUR 2002, 1, 11.

markt auswirken, ihre *tatsächliche* Auswirkung auf die Grundfreiheiten und die Wettbewerbsbedingungen sind aber zu vernachlässigen. Eine Vereinheitlichung ist daher im Hinblick auf ein Voranbringen des Binnenmarktes nicht erforderlich und kann somit auch nicht auf die Binnenmarktkompetenz gestützt werden. Da eine Trennung des Urheberpersönlichkeitsrechts von den wirtschaftlichen Aspekten des Urheberrechts möglich ist und durchaus nicht zu Inkohärenz im urheberrechtlichen Gesamtsystem führen muss, kommt auch eine Annexkompetenz nicht in Betracht. Wenn sich die Union demnach auf die binnenmarktrelevanten Aspekte des Urheberrechts konzentrieren muss, befreit sie das nicht von der Verpflichtung, ein Interessengleichgewicht im Rahmen der wirtschaftlichen Aspekte des Urheberrechts zu wahren.

Forderungen nach einer Einbeziehung des Urheberpersönlichkeitsrechts in eine unionale Regelung des Urheberrechts erscheinen gerade von der Warte des deutschen Monismus aus verständlich. Eine umfassende Regelung des Urheberrechts insgesamt durch die Union würde auch die in Einzelfällen schwierige Abgrenzung wirtschaftlich relevanter von wirtschaftlich irrelevanten Materien des Urheberrechts vermeiden. Auf der Grundlage der Kompetenzen, wie sie das Primärrecht vorsieht, muss dieser Wunsch jedoch unerfüllt bleiben. Wenn eine Gesamtregelung des Urheberrechts unter Einbeziehung der nicht binnenmarktrelevanten Teile erfolgen soll, dann muss zuvor eine Kompetenzgrundlage geschaffen werden, die einen Binnenmarktbezug nicht erfordert.¹¹⁰⁰

Stattdessen oder bis dahin können aber über eine klare Abgrenzung der Zuständigkeiten brauchbare Ergebnisse erzielt werden. Vom Standpunkt der Subsidiarität aus betrachtet ist eine solche Lösung vielleicht sogar vorzuziehen.

VI. Schranken des Urheberrechts

Bei der nun vorzunehmenden Untersuchung der Schranken des Urheberrechts auf ihre Bedeutung für den Binnenmarkt wollen wir uns auf die Schranken im

¹¹⁰⁰ *Peifer*, Die Inhalte des Urheberrechts, 179, kommt zu dem Ergebnis, dass eine weitere Harmonisierung, insbesondere unter Einbeziehung des Urheberpersönlichkeitsrechts, neue Kompetenzen der Union oder aber „sehr duldsame Mitgliedstaaten“ voraussetze. *Hilty*, Entwicklungsperspektiven, 149 f., meint, der Schutz des „homo creator“ dürfe auf dem Boden der bestehenden Kompetenzordnung nicht der Ausgangspunkt der Unionsgesetzgebung im Urheberrecht sein.

engeren Sinne konzentrieren, also jene Beschränkungen des Urheberrechts, die im deutschen Urheberrecht in den §§ 44 a ff. UrhG geregelt werden.¹¹⁰¹

1. Vereinheitlichung aufgrund internationaler Konventionen

Die RBÜ erlaubt in den Art. 10 ff. den Verbandsstaaten, Schranken für bestimmte oder alle urheberrechtlichen Verwertungsrechte zur Förderung bestimmter Zwecke vorzusehen. Einzig zwingend umzusetzende Schranke ist die in Art. 10 Abs. 1 RBÜ vorgesehene Zitatfreiheit. Da Art. 20 RBÜ den Mitgliedstaaten erlaubt, Sonderabkommen zu treffen, die den Urhebern weitergehende Rechte einräumen als die RBÜ, sind durchaus Abkommen denkbar, die eine geringere Zahl urheberrechtlicher Schranken vorsehen. Auch ist zu bedenken, dass die Schranken – bis auf die der Zitierfreiheit – fakultativ sind, die Mitgliedstaaten also nicht gezwungen sind, entsprechende urheberrechtliche Schranken auch in ihrer nationalen Gesetzgebung festzuschreiben.

Im Hinblick auf das Vervielfältigungsrecht gestattet die RBÜ den Verbandsstaaten in Art. 9 Abs. 2, zu den in der Konvention benannten weitere Schranken in ihren nationalen Gesetzen vorzusehen, die dann aber den Anforderungen des Dreistufentests genügen müssen.¹¹⁰²

Art. 13 TRIPS und Art. 10 Abs. 1 WCT übernehmen diesen Dreistufentest und gestatten den Vertragsstaaten, Schranken für die nach TRIPS bzw. WCT

1101 Als Schranken des Urheberrechts lassen sich nämlich nicht nur diese klassischen Beschränkungen des Urheberrechts auffassen, sondern in einem weiteren Sinne auch andere Grenzen des Urheberrechts. Hierzu *Schulze*, Schranken des Urheberrechts, 183 ff.

So kann man auch etwa die Schutzvoraussetzungen (als gegenständliche) oder die Schutzfrist als (zeitliche) Schranken des Urheberrechts einordnen. Ausführlicher hierzu *Geiger*, GRUR Int. 2008, 459, 461.

Gleiches gilt für die den Verwertungsrechten immanenten Begrenzungen, wonach etwa für die Einschlägigkeit gewisser Verwertungsrechte eine öffentliche Handlung erforderlich ist oder wonach sich bestimmte Verwertungsrechte wie das Veröffentlichungsrecht (mit der ersten Veröffentlichung) oder das Verbreitungsrecht (mit dem ersten Inverkehrbringen) erschöpfen.

Die entsprechenden Begrenzungen des Urheberrechts wurden jedoch bereits beim Schutzgegenstand, der Schutzdauer und den Verwertungsrechten erörtert, sodass wir uns hier auf die Schranken in einem engeren Sinne beschränken können.

1102 Zur Auslegung dieser Schranken-Schranke des Urheberrechts, deren ständig sich erweiternder Anwendungsbereich die Rolle der urheberrechtlichen Schranken in Frage stellt, vergleiche den Aufruf für eine ausgewogene Interpretation des Dreistufentests, *Geiger/Griffiths/Hilty*, IIC 2008, 707.

vorgesehenen Rechte vorzusehen, sofern sie den Anforderungen des Tests entsprechen. Da Art. 20 RBÜ aber Sonderabkommen nur insofern gestattet, als sie den Urhebern weitergehende Rechte einräumen als die RBÜ selbst, ist es nicht möglich, zusätzliche Beschränkungen der nach der RBÜ gewährten Rechte aufgrund von Art. 13 TRIPS oder Art. 10 Abs. 1 WCT einzuführen.¹¹⁰³ Im Gegenteil beschränkt der WCT die Möglichkeit der Verbandsstaaten der RBÜ, die in letzterer ausdrücklich vorgesehenen Schranken auch in nationales Recht zu überführen, denn Art. 10 Abs. 2 WCT bestimmt, dass die Mitgliedstaaten alle Schranken zu nach der RBÜ vorgesehenen Rechten – also auch die dort ausdrücklich vorgesehenen Schranken – dem Dreistufentest unterwerfen müssen.

2. Vereinheitlichung innerhalb der Europäischen Union

Die urheberrechtlichen Schranken sind ein wichtiger Gegenstand nahezu aller bisherigen Richtlinien. Der Unionsgesetzgeber war auf diesem Gebiet außerordentlich aktiv.

An dieser Stelle wollen wir nun nicht die einzelnen Schranken und noch weniger die einzelnen Schrankenregelungen in den verschiedenen Richtlinien untersuchen. Vielmehr wollen wir die Schranken dazu nutzen, um die schon dargelegten allgemeinen Schwächen des *acquis* noch einmal zu verdeutlichen. Denn trotz der regen Bemühungen des Unionsgesetzgebers auf diesem Feld bieten die Schranken hierfür reichlich Anschauungsmaterial.

1103 *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 60.

a) Begrenzte Vereinheitlichende Wirkung der Schrankenregelungen auf Unionsebene

Kritisch betrachtet werden muss zunächst einmal, dass der *acquis* für die urheberrechtlichen Schranken – auch soweit sie sich auf den Binnenmarkt auswirken¹¹⁰⁴ – nur in begrenztem Umfang Einheitlichkeit zu schaffen vermag.

Hierzu trägt sicher die Verwendung unbestimmter Begrifflichkeiten wie etwa der des *rechtmäßigen Erwerbers* eines Computerprogramms in Art. 5 Abs. 1 CPRL¹¹⁰⁵ oder der des *rechtmäßigen Benutzers* in Art. 6

1104 Wie wir noch sehen werden, wirken sich nicht alle urheberrechtlichen Schranken auf die Verwertung und somit auf den Binnenmarkt aus. Hierzu unten, § 9.VI.3. Die nun folgende Kritik hinsichtlich der geringen vereinheitlichenden Wirkung des *acquis* bezieht sich aber nur auf diejenigen Schranken, die Binnenmarktrelevanz aufweisen. Hinsichtlich nicht binnenmarktrelevanter Schranken kann – worauf noch einzugehen sein wird – keine Kritik geübt werden, wenn der Unionsgesetzgeber keine Vereinheitlichung herbeigeführt hat.

1105 Ausführlich hierzu *Blocher* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 5 CPRL Rn. 10 ff.

Weitgehend einig ist man sich noch darüber, dass der Begriff sowohl den Käufer als auch den Lizenznehmer umfasst; hierzu *Blocher* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 5 CPRL Rn. 10, mit zahlreichen Nachweisen; *Lehmann*, NJW 1991, 2112, 2115. Die Kommission weist allerdings darauf hin, dass manche Mitgliedstaaten stattdessen den Begriff des *rechtmäßigen Benutzers* in ihre nationalen Schrankenbestimmungen eingeführt haben; vgl. Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Umsetzung und die Auswirkungen der Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, KOM (2000)199, 13.

Unklar ist nach dem Richtlinienentwurf, ob auch nachfolgende Erwerber, also diejenigen, die eine Programmkopie im Wege einer Weiterveräußerung erworben haben, von der Schranke des Art. 5 Abs. 1 CPRL profitieren können. Dies ist deshalb entscheidend, weil auch ein späterer Erwerber das Programm nicht benutzen kann, wenn ihm die hierzu möglicherweise – die Richtlinie lässt wie gesagt offen, ob Vorgänge wie das Laden eines Programms eine Vervielfältigung erfordern, jedoch dürfte bei den meisten Programmen jedenfalls eine Installation auf einem Computer erforderlich sein, die in jedem Fall eine Vervielfältigung darstellt – erforderlichen Vervielfältigungen nicht gestattet sind. Zum Teil wird diesbezüglich angenommen, um den Erschöpfungsgrundsatz nicht zu konterkarieren, müsse auch der nachfolgende Erwerber von der Ausnahme des Art. 5 Abs. 1 CPRL profitieren können, der Erschöpfungsgrundsatz müsse quasi auf die für die Benutzung des Programms erforderlichen Vervielfältigungshandlungen erstreckt werden; vgl. *Blocher* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 5 CPRL Rn. 14.

An der Definition des *rechtmäßigen Erwerbers* entscheidet sich insbesondere, ob der Handel mit gebrauchter Software – jedenfalls soweit diese auf einem Datenträger verkörpert ist – möglich ist.

Will man eine Erschöpfungswirkung beim Vertrieb von Software nicht von der

Abs. 1 DBRL¹¹⁰⁶ bei, die aber gelegentlich unvermeidlich ist und keine Besonderheit der urheberrechtlichen Rechtsetzung des Unionsgesetzgebers darstellt.¹¹⁰⁷ Auch im Übrigen lässt sich die fehlende Einheitlichkeit auf dem Feld der urheberrechtlichen Schranken auf die schon allgemein herausgearbeiteten Schwächen der Harmonisierungsmethode¹¹⁰⁸ zurückführen: auf die den Mitgliedstaaten gelassenen Regelungsspielräume bei der Umsetzung von Schrankenregelungen (§ 9.VI.2.a)aa)), auf den fakultativen Charakter unionaler Schrankenregelungen (§ 9.VI.2.a)bb)) und auf die fehlende Regelung der binnenmarktrelevanten Frage der Vergütungspflicht für schrankenmäßige Nutzungen (§ 9.VI.2.a)dd)). Einzugehen ist hier aber auch auf die vielfach geäußerte Kritik am abschließenden Charakter der urheberrechtlichen Schranken im Unionsacquis (§ 9.VI.2.a)cc)).

aa) Freiräume bei der Art und Weise der Umsetzung einer Schranke

Schwerer als die Verwendung unpräziser Begrifflichkeiten beeinträchtigen – zum Teil ausdrücklich vorgesehene – Freiräume für die nationalen Gesetzge-

Verwendung eines körperlichen Datenträgers abhängig machen, sondern dem Erwerber grundsätzlich und unabhängig vom Vertriebsweg (also auch beim Erwerb per Download) die Möglichkeit geben, seine Rechtsstellung als rechtmäßiger Erwerber zu übertragen, erstreckt sich diese Unklarheit auch auf sämtliche anderen Vertriebswege für Software, also auch auf solche Computerprogramme, die per Download vertrieben werden; in diesem Sinne wohl *Blocher* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 5 CPRL Rn. 12 ff.; hierzu auch schon oben, § 9.IV.2.c)aa)). Die Zulässigkeit der Weiterveräußerung von Software hat eine durchaus nicht zu vernachlässigende praktische Bedeutung, wie die Rechtsprechung zu diesen Fällen zeigt. Sehr lehrreich etwa zur Weiterveräußerung von Software, die ursprünglich als Masterkopie in den Verkehr gebracht wurde, LG Hamburg, 29.6.2006 ZUM, 2007, 159 – *Gebrauchte Software*; hierzu auch LG München I, 28.11.2007 ZUM-RD, 2008, 469 – *Gebrauchte Software*; dagegen für die Weiterveräußerung von Software, die per Download in den Verkehr gebracht wurde LG München I, 15.3.2007 ZUM, 2007, 409 – *Gebrauchte Softwarelizenzen*.

1106 Der rechtmäßige Benutzer darf nach dieser Vorschrift urheberrechtlich relevante Nutzungshandlungen vornehmen, wenn diese für den Zugang oder die normale Nutzung der Datenbank erforderlich sind. Hierzu von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 6 DBRL Rn. 5 ff.

Für den rechtmäßigen Benutzer einer Datenbank stellen sich im Ergebnis ganz ähnliche Fragen wie für den rechtmäßigen Erwerber eines Computerprogramms, insbesondere hängt die Möglichkeit eines Weitervertriebs einer Datenbank von seiner Definition ab. Hierzu *Berger*, GRUR 1997, 169, 177.

1107 Allgemein zu diesem Problem oben, § 8.I.2.a).

1108 Oben, § 8.I.2.a).

ber die vereinheitlichende Wirkung der urheberrechtlichen Richtlinien. Paradebeispiel für eine ausdrücklich vorgesehene Abweichungsmöglichkeit im Rahmen einer Schranke ist Art. 6 VVRL, der eine Schranke für das Verleihrecht nach Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 VVRL enthält. Die Regelung ist wohl eine der problematischsten dieser Richtlinie, denn sie gibt den Mitgliedstaaten einen ganz erheblichen Gestaltungsspielraum, der so weitreichende Abweichungen ermöglicht, dass das Verleihrecht nahezu völlig dem Ermessen der nationalen Gesetzgeber anheim gestellt wird.¹¹⁰⁹

1109 So *Comte*, RIDA 158 (1993), 2, 33 und 65. Kritisch auch *Benabou*, Droit d'auteur et droit communautaire, Rn. 520 ff. Gemäß Art. 6 Abs. 1 VVRL können die Mitgliedstaaten Ausnahmen vom Verleihrecht zugunsten des öffentlichen Verleihwesens vorsehen, solange wenigstens den Urhebern eine Vergütung hierfür gewährt wird. Dies stellt es den Mitgliedstaaten zunächst einmal frei, ob sie das Verleihrecht letztlich als ausschließliches Recht gewähren oder es stattdessen als einen Vergütungsanspruch ausgestalten. Auch eine Kombination aus einem zeitlich befristeten Ausschließlichkeitsrecht und einem hieran anschließenden Vergütungsanspruch ist denkbar. Hierzu *von Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 5 VVRL Rn. 7. Dementsprechend gilt in Italien einer Regelung, wonach sich das Verleihrecht 18 Monate nach der ersten Verbreitung erschöpft. Vgl. Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss zum Verleihrecht in der Europäischen Union, KOM (2002) 502, 8. Sofern die Mitgliedstaaten eine solche Ausnahme vorsehen, bleibt es ihnen auch überlassen, ob sie den Vergütungsanspruch nur dem Urheber oder auch anderen Rechteinhabern gewähren. Hierzu *Comte*, RIDA 158 (1993), 2, 35 ff.; *von Lewinski*, GRUR Int. 1991, 104, 110; *von Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 5 VVRL Rn. 6.

Ein dritter, sich unmittelbar aus dem Richtlinien-text ergebender Ansatzpunkt für voneinander abweichende Regelungen ergibt sich aus Art. 6 Abs. 3 VVRL, wonach die nationalen Rechtsordnungen bestimmte Kategorien von Einrichtungen von der Vergütungspflicht zugunsten der Rechteinhaber befreien können. Solche Einrichtungen müssen dann also auch nicht die an sich zwingende Vergütung für die Urheber entrichten. Hierdurch droht die Gefahr, dass von dem ausschließlichen Verleihrecht noch nicht einmal mehr ein nennenswerter Vergütungsanspruch übrig bleibt, sodass das Recht gänzlich seiner Substanz beraubt wird. In diesem Sinne schon *Comte*, RIDA 158 (1993), 2, 39 ff.; vgl. auch *von Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 5 VVRL Rn. 16; Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss zum Verleihrecht in der Europäischen Union, KOM (2002) 502, 7. Diese Gefahr hat sich in der Tat auch realisiert, denn mehrere Mitgliedstaaten haben sämtliche öffentlichen Bibliotheken von der Vergütungspflicht befreit. Vgl. hierzu den Beitrag in GRUR Int. 2005, 171.

Über diese in der Richtlinie ausdrücklich angelegten Freiräume hinaus sind weitere Abweichungsmöglichkeiten zulässig. So kann von der Schranke etwa nur für bestimmte Verleihgegenstände Gebrauch gemacht werden. Hierzu Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss zum Verleihrecht in der Europäischen Union, KOM (2002) 502, 12; *von*

Diese überaus weitreichenden Abweichungsmöglichkeiten geben Anlass zu der Vermutung, der Kommission sei es eher darum gegangen, eine das urheber- und leistungsschutzrechtliche Schutzniveau anhebende Teilharmonisierung zu erreichen, als eine möglichst weitreichende Harmonisierung anzustreben.¹¹¹⁰ Ganz im Sinne dieser Zielsetzung scheint die Richtlinie in der Tat auch gewirkt zu haben. Eine Studie im Vorfeld des nach Art. 5 Abs. 4 VVRL-1992 zu erstellenden Kommissionsberichts hat gezeigt, dass die Richtlinie im Hinblick auf das Verleihrecht kaum eine harmonisierende Wirkung entfaltet, das Schutzniveau in der Union jedoch angehoben hat.¹¹¹¹ Vor dem Hintergrund der Binnenmarktkompetenz der Union, kann dieses Ergebnis jedoch nicht überzeugen. Zur Wahrung der Binnenmarktkompetenz muss von einem Unionsrechtsakt eine vereinheitlichende Wirkung ausgehen, die dem Binnenmarkt zuträglich ist.¹¹¹² Nur dann darf sie auch gestalterische Wirkung in materieller Hinsicht

Lewinski, GRUR Int. 1991, 104, 110; *von Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 5 VVRL Rn. 6. Der Vergütungsanspruch muss auch nicht unbedingt urheberrechtlicher Natur sein, sondern kann auch außerhalb des Urhebergesetzes geregelt werden. Dies kann mitunter zur Folge haben, dass die zeitliche Befristung des Vergütungsanspruch und die nach dem Tod des Urhebers Berechtigten abweichend von urheberrechtlichen Prinzipien bestimmt werden. Vgl. *von Lewinski*, GRUR Int. 1991, 104, 110; *von Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 5 VVRL Rn. 8.

Auch für die Höhe der Vergütung macht die Richtlinie allenfalls sehr vage Vorgaben. *Comte*, RIDA 158 (1993), 2, 37, meint, die kulturpolitischen Ziele seien wegen Art. 6 Abs. 1 S. 2 VVRL für die Bestimmung der Höhe der Vergütung ausschlaggebend. Demgegenüber meint *von Lewinski*, GRUR Int. 1991, 104, 110, die Höhe sei nach dem Verleihaufkommen festzulegen; vgl. auch *von Lewinski*, M&R 1991, 53, 54; *von Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 5 VVRL Rn. 9. Dagegen kann die Erläuterung der Kommission, die Höhe der Vergütung müsse den Zielen der Richtlinie und „dem Urheberrecht generell“ entsprechen, nicht wirklich zur Konkretisierung der Vergütung beitragen, vgl. Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss zum Verleihrecht in der Europäischen Union, KOM (2002) 502, 7. Nach *von Lewinski*, M&R 1991, 53, 54, ging es der Kommission darum, überhaupt eine Vereinheitlichung im Hinblick auf eine prinzipiell zu zahlende Vergütung zu erreichen, weshalb sie auf eine Bestimmung deren Höhe verzichtet habe.

1110 So *von Lewinski*, GRUR Int. 1991, 104, 106.

1111 Vgl. hierzu Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss zum Verleihrecht in der Europäischen Union, KOM (2002) 502, 12.

1112 Oben, § 4.III.1., insbesondere § 4.III.1.b).

entfalten, weil nur dann die Voraussetzungen der Regelungskompetenz auch eingehalten werden.¹¹¹³

Wenig tröstlich erscheint es, wenn der zitierte Bericht die Auswirkungen der fehlenden Harmonisierung auf den Binnenmarkt für gering erachtet.¹¹¹⁴ Zum einen deutet der Bericht selbst schon an, dass der öffentliche Verleih aufgrund der technologischen Entwicklung tiefgreifenden Veränderungen unterliegt und die Digitalisierung diese Einschätzung schon bald obsolet machen könnte. Zum anderen offenbart diese Aussage – die geringe Harmonisierungswirkung sei wegen fehlender Auswirkungen auf den Binnenmarkt zu verschmerzen – eine Haltung der Kommission, die Anlass zu viel grundlegenderer Kritik gibt: wenn sich ein Rechtsakt nicht auf den Binnenmarkt auswirkt, ist dieser Befund nicht geeignet, diese Regelung zu rechtfertigen. Vielmehr ist es dann angebracht, an der Kompetenz der Union, den betreffenden Rechtsakt gestützt auf die Binnenmarktkompetenz überhaupt zu erlassen, ernsthaft zu zweifeln.

bb) Nur fakultative Umsetzung urheberrechtlicher Schranken

Auch wenn die Abweichungsmöglichkeiten für die nationalen Gesetzgeber bei der Umsetzung bestimmter Schrankenbestimmungen im Hinblick auf das Ziel einer Vereinheitlichung im Interesse des Binnenmarktes zu bedauern sind, liegt ein weitaus gravierenderes Problem im fakultativen Charakter der meisten Schranken. Das heißt, dass die nationalen Gesetzgeber nicht nur bestimmte Freiräume bei der Umsetzung einer Schranke haben, sondern es ihnen vielmehr freisteht, ob sie eine Schranke – selbst wenn sie binnenmarktrelevant ist¹¹¹⁵ – überhaupt in das nationale Urheberrecht übernehmen wollen.

1113 Wenn sich die Kommission bei der Regelung des Verleihrechts jedoch von rein materiellrechtlichen Überlegungen in Richtung auf eine Schutzverstärkung hat leiten lassen, muss dies auch deshalb bedenklich stimmen, weil die seitens der Kommission von einer konsequenten Schutzverstärkung erwarteten Folgen für Kreativität und wirtschaftliches Wachstum keineswegs gesichert sind. Hierzu etwa *Hilty*, IIC 2004, 760, 761.

1114 Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss zum Verleihrecht in der Europäischen Union, KOM (2002) 502, 12 f.

1115 Wie schon angemerkt gilt die Kritik hinsichtlich der fehlenden vereinheitlichenden Wirkung des *acquis* nur für die binnenmarktrelevanten Schranken. Hierzu schon oben, § 9.VI.2.a). Zu der Unterscheidung nach binnenmarktrelevanten und nicht binnenmarktrelevanten Schranken unten, § 9.VI.3.

Art. 5 und 6 CPRL bestimmen zwar zwingend, welche Handlungen ausnahmsweise nicht der Zustimmung des Softwareurhebers bedürfen, und Art. 5 Abs. 1 DBRL sowie Art. 5 Abs. 1 IGRL enthalten gleichfalls zwingende Schranken zugunsten des rechtmäßigen Benutzers einer Datenbank bzw. zugunsten ephemerer, technisch bedingter Vervielfältigungen. Die weitaus größere Zahl der im *acquis* vorgesehenen Schranken sind jedoch fakultativer Natur. Dies gilt für die Schranken der Rechte des Datenbankurhebers nach Art. 6 Abs. 2 DBRL¹¹¹⁶, die Schranken der Informationsgesellschaftsrichtlinie nach Art. 5 Abs. 2 und 3¹¹¹⁷ und auch für die Schranken der verwandten Schutzrechte nach Art. 10 VVRL.¹¹¹⁸

Der nur fakultative Charakter eines Schrankenkatalogs ist deshalb problematisch, weil die urheberrechtlichen Schranken ein wesentliches Element des urheberrechtlichen Interessenausgleichs zwischen Rechtsinhabern und Nutzern darstellen.¹¹¹⁹ Wenn auf Unionsebene ein Schrankenkatalog vorgegeben wird, dann sollte dieser auch eine richtige und verbindliche Gewichtung der Interessen reflektieren. Steht es nun jedem Mitgliedstaat frei, unter den ihm „angebotenen“ Schranken diejenigen auszuwählen, die er für passend erachtet, dann kann letztlich jeder Mitgliedstaat auch eine andere Gewichtung der Interessen in seiner nationalen Rechtsordnung vornehmen und das auf Unionsebene anvisierte Interessengleichgewicht aushebeln. Gerade an der für die Austarierung der Interessen im Urheberrecht überaus wichtigen Stellschraube der Schranken kann daher munter gedreht werden, sodass in der Union letztlich keine Einheitlichkeit erzielt werden kann.¹¹²⁰

Wenig überzeugend erscheint hier der Einwand, die Mitgliedstaaten würden von einem optionalen Schrankenkatalog ohnehin eher zu großzügig Gebrauch machen.¹¹²¹ Dies würde bedeuten, dass der auf Unionsebene vorgesehene Schrankenkatalog zu umfassend ist und daher ein Interessengleichgewicht

1116 Hierzu von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 6 DBRL Rn. 21.

1117 *Hilty*, Entwicklungsperspektiven, 151 und 166; *Hilty*, PI 2005, 140, 144; *Schack*, ZGE 2009, 275, 284. *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 28, spricht von einer „Scheinharmonisierung“ im Bereich der Schranken.

1118 Hierzu von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 10 VVRL Rn. 2.

1119 Vgl. *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, Vor §§ 44 a ff. Rn. 1 ff. Ausführlich hierzu auch *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815. Vgl. auch *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 180.

1120 Zu Recht kritisch gegenüber der Informationsgesellschaftsrichtlinie daher *Hilty*, GRUR 2005, 819, 819; *Hilty*, Sündenbock Urheberrecht?, 120 ff., 125; *Bayreuther*, ZUM 2001, 828, 829; vgl. zur Datenbankrichtlinie *Gaster*, ÖSGRUM 19/1996, 15, 22.

1121 So *Gaster*, CR 1997, 669, 671 und 674.

gerade nicht herzustellen vermag. Ein „zu großzügiges Ausnutzen“ eines materiell richtigen Schrankenkatalogs kann es nicht geben. Richtig wäre es daher, den urheberrechtlichen Schrankenkatalog zwingend auszugestalten.

Besteht letztlich keine Einheitlichkeit in der Union in der Frage der urheberrechtlichen Schranken, so kommt es jedenfalls dann zu Beeinträchtigungen des Binnenmarktes, wenn sich die Schranken auf die Verwertung erheblich auswirken.¹¹²²

cc) Abschließender Charakter des Schrankenkatalogs auf Unionsebene

Vom Standpunkt des Binnenmarktes aus gesehen ist es dagegen – hinsichtlich der *binnenmarktrelevanten Schranken*¹¹²³ – zu begrüßen, dass der Unionsgesetzgeber die urheberrechtlichen Schrankenkataloge abschließend ausgestaltet hat. Sowohl die Computerprogrammrichtlinie als auch die Datenbank-, die Informationsgesellschafts-¹¹²⁴ und – für die verwandten Schutzrechte – die Vermiet- und Verleihrichtsrichtlinie erlauben es den Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht, andere als die dort vorgesehenen Schranken einzuführen.

So wie der nicht zwingende Charakter einer Schrankenliste zu einem Zuwenig an Umsetzung urheberrechtlicher Schranken in nationales Recht führen kann, wäre der nicht abschließende Charakter eines Schrankenkatalogs geeignet, ein Zuviel an urheberrechtlichen Schranken im nationalen Recht entstehen

1122 Hierzu ausführlich unten, § 9.VI.3.

Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarktes befürchten *Spindler*, GRUR 2002, 105, 110, und *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 744.

Hieran ändert auch ErwG 44 IGRL nichts, der eine enge Auslegung der Schranken nahelegt; a.A. wohl *Spindler*, GRUR 2002, 105, 111. Unabhängig davon, wie das hier mitschwingende Dogma von der engen Auslegung der Schranken materiellrechtlich zu beurteilen ist, kann eine Schranke nur ausgelegt werden, wenn sich der nationale Gesetzgeber zu ihrer Übernahme in nationales Recht entschieden hat. Wenn ihm die Umsetzung einer Schrankenbestimmung aber freisteht und er sich dagegen entscheidet, nützen Hinweise zu einer eventuellen Auslegung der Schranke nichts. Vgl. zum Dogma der engen Auslegung der urheberrechtlichen Schranken *Kröger*, MMR 2002, 18.

1123 Hierzu schon oben, § 9.VI.2.a). Zu der Unterscheidung nach binnenmarktrelevanten und nicht binnenmarktrelevanten Schranken unten, § 9.VI.3.

1124 ErwG 32 IGRL stellt die erschöpfende Regelung der urheberrechtlichen Schranken ausdrücklich klar. Positiv hierzu *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 737; vgl. auch von *Lewinski*, MMR 1998, 115, 117; *Hoeren*, MMR 2000, 515, 517; *Mayer*, EuZW 2002, 325, 325.

oder fortbestehen zu lassen. Beides führt zu Rechtsungleichheiten zwischen den Mitgliedstaaten, die den Binnenmarkt beeinträchtigen können.

Zwar wird kritisiert, dass ein zwingender Schrankenkatalog zu einer *Erstarung* eines einmal gefundenen Interessengleichgewichts im Urheberrecht führe und verhindere, dass die Schranken als Instrument einer flexiblen Austarierung dieses Interessengleichgewichts genutzt würden. Denn so sei es den nationalen Gesetzgebern nicht möglich, durch die Schaffung neuer Schranken auf veränderte vor allem technische Rahmenbedingungen zu reagieren.¹¹²⁵ Weil das urheberrechtliche Interessengleichgewicht sich in der Tat einer sich schnell wandelnden Wirklichkeit anpassen können muss, um „gerecht“ zu bleiben, ist ein flexibler Schrankenkatalog auch tatsächlich überaus wünschenswert.

Höchst fraglich erscheint aber, ob es tatsächlich den Mitgliedstaaten überlassen werden soll, auf neue technische Herausforderungen selbständig und daher in unterschiedlicher Art und Weise mit der Umgestaltung der urheberrechtlichen Schranken zu reagieren. Dies würde dazu führen, dass eine zunächst hergestellte Rechtseinheit auf dem Gebiet der Schranken in absehbarer Zeit wieder verloren ginge.¹¹²⁶

Wenn nun darauf verwiesen wird, dass der Unionsgesetzgeber aufgrund des schwerfälligen Gesetzgebungsverfahrens nicht in der Lage sei, schnell auf Veränderungen zu reagieren, dann ist dies ein Argument, das eher für ein europäisches Einheitsrecht per Verordnung als für eine Regelung per Richtlinie streitet.¹¹²⁷ Es steht zu erwarten, dass die Entscheidungs- und vor allem die Mehrheitsfindung im Hinblick auf ein Europäisches Urheberrecht durch den Vertrag von Lissabon erheblich erleichtert wird. Damit verbessern sich aber die Voraussetzungen für ein schnelles Reagieren auch des Unionsgesetzgebers auf eine sich schnell verändernde urheberrechtliche Wirklichkeit, sodass dieser Einwand nicht mehr verfängt.

Problematisch ist ein abschließender Schrankenkatalog aber dort, wo er den Mitgliedstaaten auch die Schaffung von *Schranken* verbietet, *die den Binnenmarkt* für urheberrechtliche Waren und Dienstleistungen *nicht beeinträchtigen*. Soweit eine Schranke sich nicht nennenswert auf die Verwertung auswirkt, hat der Unionsgesetzgeber mangels Binnenmarktbezuges gar keine Kompe-

1125 Hilty, Entwicklungsperspektiven, 166; Hilty, Sündenbock Urheberrecht?, 120; Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel, Recasting of Copyright, 66; Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 29, 33 ff.

1126 Letztlich auch für eine Lösung durch den Unionsgesetzgeber selbst Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 37.

1127 Ausführlich hierzu oben, § 8.I.2.e).

tenz, den nationalen Gesetzgebern eine entsprechende Regelung zu untersagen. Wenn also andere als die in einer Richtlinie aufgeführten Schranken auf nationalem Niveau tatsächlich nur „peanuts“ betreffen,¹¹²⁸ dann hat die Union Regelungen in diesem Bereich tunlichst zu unterlassen.

Vor diesem Hintergrund ist die Öffnung des abschließenden Schrankenkatalogs der Datenbankrichtlinie durch Art. 6 Abs. 2 lit. d¹¹²⁹ für auf nationalem Niveau anerkannte Schranken zu begrüßen, auch wenn sie nur „traditionell“ im Recht der Mitgliedstaaten anerkannte Schranken in Bezug nimmt und daher die Möglichkeit neuer Schranken nicht vorzusehen scheint. Angebracht gewesen wäre aber eine Einschränkung dahingehend, dass solche nationalen Schranken das Funktionieren des Binnenmarktes nicht beeinträchtigen dürfen.

Nicht berechtigt erscheint auch die Kritik, die gegen die Öffnung des an sich abschließenden Schrankenkatalogs der Informationsgesellschaftsrichtlinie durch Art. 5 Abs. 3 lit. o IGRL erhoben wird. Hiernach dürfen die Mitgliedstaaten solche Schranken beibehalten, die schon in ihren nationalen Urheberrechtsgesetzen enthalten und von geringer Bedeutung sind und die nur analoge Nutzungen vorsehen und die Verkehrsfreiheiten nicht beeinträchtigen. Damit, so heißt es, werde die harmonisierende Wirkung einer abschließenden Regelung wieder relativiert.¹¹³⁰

Dem ist jedoch wiederum zu entgegnen, dass Schranken, die ohne Wirkung auf eine Verwertung urheberrechtlicher Werke sind, außerhalb der Kompetenz des Unionsgesetzgebers liegen und daher auch nicht durch eine abschließende Regelung verboten werden dürfen. Art. 5 Abs. 3 lit. o IGRL öffnet den Schrankenkatalog für solche Schranken, die die Verkehrsfreiheiten nicht beeinträchtigen und stellt damit richtiger Weise genau diese Voraussetzung der fehlenden Binnenmarktrelevanz für zusätzliche Schranken auf. Blicke es bei dieser einen Voraussetzung, hätte die Regelung nur klarstellende Bedeutung und würde den Regelungsspielraum der Mitgliedstaaten im nicht binnenmarktrelevanten Bereich respektieren. Art. 5 Abs. 3 lit. o IGRL fordert aber zusätzlich, dass andere als die in Art. 5 IGRL vorgesehenen Schranken bereits in den mitgliedstaatlichen Urheberrechtsgesetzen vorgesehen sein müssen und nur analoge Nutzun-

1128 So *Gaster*, CR 1997, 669, 674, im Hinblick auf die Datenbankrichtlinie.

1129 Hierzu von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 6 DBRL Rn. 36; *Cornish*, Columbia VLA J. L. & the Arts 21/1 (1996), 1, 6; *Gaster*, ÖSGRUM 19/1996, 15, 22 f., der nur einen geringen Anwendungsbereich für andere als die in der Richtlinie geregelten Schranken sieht.

1130 *Bayreuther*, ZUM 2001, 828, 837; *Hoeren*, MMR 2000, 515, 519; *Spindler*, GRUR 2002, 105, 115; *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 99.

gen erlauben. Diese zusätzlichen Bedingungen für nationale Schranken außerhalb der Schrankenliste stellen unzulässige Eingriffe in die Regelungskompetenzen der Mitgliedstaaten dar. Richtiger Weise hätte sich der Unionsgesetzgeber also darauf beschränken müssen klarzustellen, dass die Mitgliedstaaten weitere Schranken vorsehen können, solange diese den Binnenmarkt nicht beeinträchtigen – unabhängig davon, ob es sich um bestehende oder noch zu schaffende Schranken handelt und ob diese analoge oder digitale Nutzungen erlauben.¹¹³¹

dd) Keine Regelung der Vergütung für erlaubnisfreie Nutzungen

Die urheberrechtlichen Richtlinien schweigen zumeist darüber, ob für Nutzungshandlungen, die durch die Schranken erlaubnisfrei gestellt werden, Vergütungen an die Rechtsinhaber zu entrichten sind. Demzufolge steht es den Mitgliedstaaten frei, *statt vergütungsfreier Schranken auch gesetzliche Lizenzen* einzuführen.¹¹³² ErwG 36 IGRL erlaubt die Einführung eines gerechten Ausgleichs sogar ausdrücklich in allen Fällen, in denen eine Schranke aus dem Katalog der Informationsgesellschaftsrichtlinie in nationales Recht übernommen wird, selbst wenn die entsprechende Schranke keinen solchen Ausgleich vorschreibt.¹¹³³

Selbst dort, wo die Regelungen des *acquis* eine angemessene Vergütung oder – in der Informationsgesellschaftsrichtlinie – einen gerechten Ausgleich

1131 Die Beschränkung auf analoge Nutzungen halten auch *Bayreuther*, ZUM 2001, 828, 837, und *Hoeren*, MMR 2000, 515, 519, für verfehlt.

1132 Wie oben, § 9.VI.2.a)aa), schon angesprochen verlangt Art. 6 Abs. 1 und 2 VVRL die Einführung einer Vergütung für Urheber, wenn eine Schranke für das öffentliche Verleihrecht eingeführt wird. Abs. 3 erlaubt aber wie schon gesehen, bestimmte Einrichtungen von der Vergütungspflicht gänzlich zu befreien.

Für einen Überblick über die Vergütungsregelungen in den Mitgliedstaaten insgesamt vgl. *Westkamp*, The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States, 49 f.

Zu den Schranken der verwandten Schutzrechte von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 10 VVRL Rn. 3.

1133 *Spindler*, GRUR 2002, 105, 110; *Bayreuther*, ZUM 2001, 828, 830; *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 738; *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 116.

zwingend vorsehen, liefert der *acquis* allenfalls vage Angaben über deren *Be-messung und die Erhebungsmodalitäten*.¹¹³⁴

Der Begriff des gerechten Ausgleichs sollte eine Brücke bauen zwischen Staaten, denen das Konzept der angemessenen Vergütung vertraut ist und solchen, in denen die Nutzung einer Schranke traditionell keine Vergütungspflicht auslöst.¹¹³⁵ Der gerechte Ausgleich ist aber ein gutes Beispiel dafür, dass trotz des in einem unionsrechtlichen Begriff enthaltenen Kompromisses die Regelung per Richtlinie die Mitgliedstaaten dazu einlädt, den Begriff bei der Umsetzung nach ihrer bisherigen Rechtstradition auszulegen,¹¹³⁶ ein Beleg also für das schon besprochene Phänomen der „nationalen Auslegung“ unionsrechtlicher Begriffe durch die nationalen Gesetzgeber und der „homing tendency“ auf der Ebene der Rechtsprechung.¹¹³⁷

ErwG 35 IGRL will Anhaltspunkte für die Berechnung des gerechten Ausgleichs¹¹³⁸ geben, wie er in mehreren Schrankenbestimmungen der Informationsgesellschaftsrichtlinie vorgesehen ist, trägt aber wenigstens teilweise eher noch zur Verwirrung bei. Zwar heißt es, der den Rechtsinhabern entstandene Schaden und der Einsatz von technischen Schutzmaßnahmen, die eine schrankenmäßigen Benutzung möglicherweise unterbinden, seien zu berücksichtigen.¹¹³⁹ Darüber hinaus macht die Richtlinie aber keine Vorgaben. Wie sich etwa der gerechte Ausgleich zum Begriff der angemessenen Vergütung verhält, ob

1134 Für einen Überblick über die mitgliedstaatlichen Regelungen vgl. wiederum *Westkamp*, The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States, 50. Zum Beispiel der Vergütung für die reprografische Vervielfältigung vgl. *Cornish*, GRUR Int. 1997, 305, 307. Kritisch im Hinblick auf die angemessene Vergütung für die Vermietung nach Art. 5 VVRL *Benabou*, Droit d’auteur et droit communautaire, Rn. 517, die empfindliche Abweichungen und daraus resultierend Wettbewerbsverzerrungen befürchtet.

1135 Hierzu *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 738.

1136 So können Staaten, denen der Begriff des gerechten Ausgleichs vertraut ist, an diesem Konzept festhalten, wohingegen andere Staaten, in denen die Nutzung einer Schranke traditionell keine Vergütungspflicht auslöst, sich auf den Passus des ErwG 35 IGRL berufen können, wonach unter Umständen überhaupt keine Zahlung fällig sein kann.

1137 Allgemein zu diesen Problemen oben, § 8.I.2.a).

1138 Zur Entstehungsgeschichte des Begriffs des gerechten Ausgleichs vgl. *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 738.

1139 Zu der Berücksichtigung technischer Schutzmaßnahmen bei der Bemessung des gerechten Ausgleichs für die Privatkopie vgl. auch ErwG 39 IGRL. Hierzu *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 739; *Bayreuther*, ZUM 2001, 828, 833. Für einen Überblick über die Berücksichtigung technischer Schutzmaßnahmen in den nationalen Urheberrechten vgl. *Westkamp*, The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States, 50.

die Nutzung den Rechtsinhabern trotz des anderen Wortlauts grundsätzlich angemessen zu vergüten ist¹¹⁴⁰ oder ob vielmehr Zweifel daran angebracht sind, dass an dem Konzept der angemessenen Vergütung überhaupt festgehalten werden darf¹¹⁴¹, bleibt unklar.

ee) Zwischenergebnis

Sowohl die nicht immer notwendige Verwendung unbestimmter offener Begriffe, für die auch der zuletzt genannte gerechte Ausgleich ein passendes Beispiel liefert, als auch die vom Unionsgesetzgeber bewusst gelassenen Gestaltungsspielräume führen dazu, dass auf dem Gebiet der urheberrechtlichen Schranken nur sehr begrenzte Vereinheitlichung erzielt werden konnte. Insbesondere der fakultative Charakter der meisten Schranken ist hier zu bemängeln. Richtig ist dagegen die mitunter kritisierte abschließende Regelung der Schranken im *acquis*. Allerdings geht der Unionsgesetzgeber dort zu weit, wo auch urheberrechtliche Schranken auf nationaler Ebene ausgeschlossen werden, die keine Bedeutung für den Binnenmarkt haben.

b) Intransparenz und Rechtsunsicherheit aufgrund der unterschiedlichen Systematik der Schrankenkataloge

Mit dem Regelungsinstrument der Richtlinie ist wie schon festgestellt das Agieren zweier Gesetzgeber verbunden, die gegebenenfalls auf die gewachsenen Strukturen ihres jeweiligen Regelungssystems Rücksicht zu nehmen haben.¹¹⁴² Diese Systeme müssen sich im Hinblick auf die von ihnen hervorgebrachten *Ergebnisse* nicht zwingend voneinander unterscheiden. Betrachtet man etwa den Schrankenkatalog der Informationsgesellschaftsrichtlinie, so wird man feststellen, dass viele der dort vorgesehenen freien Nutzungen in ähnlicher Form schon vor der Umsetzung der Richtlinie auch durch das deutsche Urheberrechtsgesetz erlaubt wurden.

Allerdings wird man bestimmte Sachverhalte möglicherweise anderen Schranken zuordnen. Beispielsweise lassen sich viele in der Richtlinie genann-

1140 So *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 738 und *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 116.

1141 So *Spindler*, GRUR 2002, 105, 110 f.

1142 Oben, § 8.I.2.f)bb).

te Fälle als eigener Gebrauch nach § 53 UrhG bewerten.¹¹⁴³ Es darf bezweifelt werden, dass die völlig andere Formulierung einer Schranke bzw. die völlig andere Verortung einer erlaubten Nutzung im Schranken-katalog nicht wenigstens in Grenzfällen zu abweichenden Ergebnissen führen. Eine selektive Umsetzung einzelner Schranken, also die Umsetzung einer Schranke in teilweiser oder modifizierter Form ist aber unzulässig, weil sie das in der jeweiligen Schranke enthaltene Interessengleichgewicht gefährdet.¹¹⁴⁴

Selbst wenn wirklich vollständig identische Ergebnisse mit unterschiedlichen Schranken-katalogen erzielt würden, bliebe es doch bei einem Mangel an Transparenz der Rechtslage und daraus folgend einer gewissen Rechtsunsicherheit. Um sich über die gegebenenfalls tatsächlich unionsweit gleiche Rechtslage Gewissheit zu verschaffen, müssen Transaktionskosten aufgewendet werden, die sich der Rechtsanwender sparen könnte, wenn – im Rahmen eines Unionsurheberrechts – ein einziger und unmittelbar anwendbarer Schranken-katalog gälte. Intransparenz und Rechtsunsicherheiten könnten so wenigstens insoweit vermieden werden, als sie vom Agieren mehrerer Gesetzgeber herrühren.¹¹⁴⁵

c) Logische Brüche im *acquis* aufgrund des ungeklärten Verhältnisses der verschiedenen Schranken-kataloge

Die Informationsgesellschaftsrichtlinie verfolgt einen horizontalen, von Werkarten und einzelnen besonderen Verwertungsrechten weitgehend losgelösten Ansatz.¹¹⁴⁶ Gemäß Art. 1 Abs. 2 IGRL lässt die Informationsgesellschaftsrichtlinie jedoch den bestehenden urheberrechtlichen *acquis* intakt. Dies führt zu Unklarheiten, wo sich die Anwendungsbereiche der Richtlinien überschneiden. Die urheberrechtlichen Schranken bieten hierfür ein gutes Beispiel.

Computerprogramm- und Datenbankrichtlinien enthalten eigene Schranken-kataloge, die sich nur teilweise mit den in der Informationsgesellschaftsrichtlinie vorgesehenen Schranken decken. Diesbezüglich wird vorgeschlagen, die älteren Schrankenbestimmungen der Computerprogramm- und Datenbankrichtlinien im Lichte der neueren Informationsgesellschaftsrichtlinie auszulegen. Soweit aber die Informationsgesellschaftsrichtlinie weitergehende Schran-

1143 Vgl. Bayreuther, ZUM 2001, 828, 831 f.

1144 Spindler, GRUR 2002, 105, 111.

1145 Allgemein zu diesem Problem oben, § 8.I.2.b).

1146 Hierzu schon oben, § 8.I.2.f)aa).

kenbestimmungen enthält, sollen diese nicht auf Software und Datenbanken Anwendung finden.¹¹⁴⁷ Andere denken dagegen über eine analoge Anwendung von Schrankenbestimmungen außerhalb ihres eigentlichen Anwendungsbereichs nach.¹¹⁴⁸

Auch für die Inhaber verwandter Schutzrechte¹¹⁴⁹ wird die Lage dadurch verkompliziert, dass bestimmte Verwertungsrechte erst durch die Informa-

1147 *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 91.

Anders soll der Fall bei der öffentlichen Wiedergabe von Computerprogrammen liegen. Hier sollen sich die Schranken allein nach Art. 5 Abs. 3 IGRL richten, weil die Computerprogrammrichtlinie ein Recht der öffentlichen Wiedergabe nicht vorsieht und dies sich somit erst aus der Informationsgesellschaftsrichtlinie ergibt. In diesem Sinne *Bayreuther*, ZUM 2001, 828, 830; *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 91.

Bedenkt man aber, dass das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung von Computerprogrammen mitunter auch aus dem Verbreitungsrecht hergeleitet wird – hierzu oben, § 9.IV.2.c)aa) – könnte man argumentieren, dass hierfür wiederum doch der Schranken katalog der Computerprogrammrichtlinie maßgeblich sein soll.

Jedenfalls für die Datenbankrichtlinie dürften sich die Schranken des Rechts der öffentlichen Wiedergabe nach dieser Richtlinie selbst richten, da sie bereits ein Recht der öffentlichen Wiedergabe gewährt. Hierzu *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 91. Allerdings wird wie besprochen mitunter bezweifelt, dass das dort gewährte Recht der öffentlichen Wiedergabe auch die öffentliche Zugänglichmachung umfasst, vgl. oben, § 9.IV.2.c)aa). Sollte dem nicht so sein und sich das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung für Datenbanken erst aus der Informationsgesellschaftsrichtlinie ergeben, müsste man auf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung von Datenbanken wiederum auch den Schranken katalog der Informationsgesellschaftsrichtlinie anwenden.

1148 Vgl. *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 31 f.

1149 Auch die Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie enthält eine eigene Liste der Schranken für die verwandten Schutzrechte in Art. 10 Abs. 1. Auch hier wird eine Auslegung dieser Schranken im Lichte der Informationsgesellschaftsrichtlinie vorgeschlagen. Über den Katalog der Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie hinausgehende Schranken der Informationsgesellschaftsrichtlinie seien aufgrund des Verweises auf die urheberrechtlichen Schranken in Art. 10 Abs. 2 VVRL auch auf die verwandten Schutzrechte anwendbar. Vgl. *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 90. Dies kann allerdings nur dann gelten, wenn der nationale Gesetzgeber von der Möglichkeit, eine entsprechende Schranke für das Urheberrecht einzuführen, Gebrauch gemacht hat, denn Art. 10 Abs. 2 VVRL bezieht sich nur auf die urheberrechtlichen Schranken im nationalen Recht. Eine in Art. 5 IGRL vorgesehene Schranke für verwandte Schutzrechte einzuführen, nicht aber für das Urheberrecht, ist dagegen nicht möglich.

Zudem spricht gegen eine pauschale Anwendung des Schranken katalogs der Informationsgesellschaftsrichtlinie auf verwandte Schutzrechte, dass die Schranken in Art. 5 IGRL die verwandten Schutzrechte als sonstige Schutzgegenstände gelegentlich ausdrücklich in Bezug nehmen, so etwa in Art. 5 Abs. 1, Abs. 3 lit. c, d, i oder n IGRL.

tionsgesellschaftsrichtlinie gewährt werden. So ergibt sich das Vervielfältigungsrecht der Inhaber verwandter Schutzrechte nach der Streichung des Art. 7 VVRL-1992 nunmehr aus Art. 2 IGRL, womit auch die Schranken der Informationsgesellschaftsrichtlinie anzuwenden sind.¹¹⁵⁰ Gleiches gilt für das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, das nicht im eingeschränkten Recht der öffentlichen Wiedergabe nach Art. 8 VVRL enthalten ist und daher erst durch Art. 3 Abs. 2 IGRL gewährt wird.¹¹⁵¹

Insgesamt sind die Schranken für die unterschiedlichen urheberrechtlichen Schutzgegenstände und die verwandten Schutzrechte – mitunter ungerechtfertigt – differenziert, zumindest aber absolut unübersichtlich geregelt.¹¹⁵² Der Unionsgesetzgeber hat es hier versäumt, die Folgen seines sequentiellen Vorgehens durch eine Bereinigung des *acquis* abzumildern.

d) Zwischenergebnis

Betrachtet man die urheberrechtlichen Schranken im *acquis*, so werden dessen größte Schwächen besonders plastisch. Vor allem der fakultative Charakter des Schranken führt zu einer mangelnden vereinheitlichenden Wirkung des urheberrechtlichen *acquis*, das sequentielle und sektorielle Vorgehen des Unionsgesetzgebers produziert auch und gerade durch den Übergang zum eher horizontalen Ansatz der Informationsgesellschaftsrichtlinie logische Brüche, zumindest aber Intransparenz und Unsicherheit.

3. Auswirkungen der Rechtsunterschiede auf den Binnenmarkt

a) Vorüberlegungen

Wir haben soeben den urheberrechtlichen *acquis* im Bereich der Schranken für seine unzureichende vereinheitlichende Wirkung kritisiert. Unter Binnenmarktgesichtspunkten problematisch ist eine fehlende Vereinheitlichung jedoch nur dort, wo sich Rechtsunterschiede auf den Binnenmarkt auswirken. Bei vielen

1150 Demnach gelten für das Vervielfältigungsrecht für Inhaber verwandter Schutzrechte die Schranken des Art. 5 IGRL, für das Aufzeichnungsrecht nach Art. 7 VVRL aber die des Art. 10 VVRL; hierzu *Schack*, ZGE 2009, 275, 276 f.

1151 *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 90.

1152 *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 92.

der im urheberrechtlichen *acquis* geregelten Schranken wird ein Binnenmarktbezug jedoch in Frage gestellt.¹¹⁵³

Die urheberrechtlichen Schranken spiegeln das Ergebnis einer gesetzgeberischen Abwägung der Interessen der Rechtsinhaber einerseits und des öffentlichen Interesses und der Nutzerinteressen andererseits wider. Das Ergebnis dieser Abwägung kann entsprechend den kulturellen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen und Traditionen einer Gesellschaft variieren. Schrankenbestimmungen sind daher vor allem der Ausdruck der kulturellen und sozialen Identität eines Landes.¹¹⁵⁴ Auf *internationaler Ebene* kann man daher mit einigem Recht fordern, dass jeder Staat für sich entscheiden möge, welche Nutzungen im Geltungsbereich seines Urheberrechts privilegiert sein sollen, was gegen eine Vereinheitlichung der Schranken spricht.¹¹⁵⁵

Zugleich können urheberrechtliche Schranken aber auch ganz fundamentale Auswirkungen auf die Verwertung haben. Für die *Union* kann daher eine Vereinheitlichung der Schranken nicht mit bloßem Hinweis auf deren kulturelles Fundament abgelehnt werden. Wenn es Ziel und Aufgabe der Europäischen Union ist, einen Binnenmarkt auch im Urheberrecht zu etablieren, dann müssen hierzu auch die urheberrechtlichen Schranken vereinheitlicht werden, soweit sie sich auf den Binnenmarkt im Urheberrecht auswirken.

Wegen des *Doppelcharakters* der urheberrechtlichen Schranken als Ausdruck der kulturellen Identität eines Landes einerseits und als Regelung mit bedeutenden wirtschaftlichen Implikationen andererseits verbietet sich eine pauschale Zuordnung der Schranken entweder zum Zuständigkeitsbereich der Union oder zu dem ihrer Mitgliedstaaten.¹¹⁵⁶ Hieran ändert auch der Hinweis

1153 Vgl. zu Art. 5 IGRL etwa *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 737. Demgegenüber scheint *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 75, von der Binnenmarktrelevanz der Privatkopieschranke recht pauschal auf die Binnenmarktrelevanz urheberrechtlicher Schranken schlechthin schließen zu wollen. Pauschal von einer Beeinträchtigung des Binnenmarktes spricht auch *Lucas*, Festschrift Schricker zum 70. Geburtstag, 440.

1154 *Hugenholz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 60; vgl. auch *Bayreuther*, ZUM 2001, 828, 829; *Spindler*, GRUR 2002, 105, 110; *Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn*, Impact of Directive 2001/29/EC on Online Business Models, 55.

1155 In diesem Sinne *Ginsburg*, GRUR Int. 2000, 97, 109 f., allerdings nicht im Hinblick auf eine Rechtsvereinheitlichung, sondern auf eine Anwendung des Herkunftslandprinzips.

1156 Wegen der wirtschaftlichen Interessen, die hinter vielen Schrankenbestimmungen stehen, fordert aber *Schack*, ZEuP 2000, 799, 812 und 818 f., eine strenge Vereinheitlichung wohl aller Schrankenregelungen in der Union.

nichts, dass nicht wirtschaftliche Ziele wie die Kulturförderung auf Unionsebene genauso verfolgt werden könnten wie auf mitgliedstaatlicher.¹¹⁵⁷ Auch die Forderung, die Union müsse sich zumindest derjenigen Schranken annehmen, die wie die Zitatschranke oder die Schranken zugunsten der Wissenschaft oder der Berichterstattung dem Schutz der Grundrechte dienen,¹¹⁵⁸ ist mit Vorsicht zu betrachten. Wer die Kompetenzordnung der Union, also das Binnenmarktmandat und das Subsidiaritätsprinzip ernst nimmt, kann nicht aus Gründen der Einfachheit über die maßgeblichen Voraussetzungen eines Kompetenztitels der Union hinwegsehen. Wenn man an der „weitgehend uneinheitlichen und in vielen Fällen den Charakter des Zufälligen tragenden“ Regelung der Schranken in den nationalen Urheberrechten per se keinen Anstoß nimmt – und hieran hat man wenigstens auf dem Boden der Binnenmarktkompetenz keinen Anstoß zu nehmen –, dann muss eine pauschale Vereinheitlichung aller Schranken abgelehnt werden.¹¹⁵⁹ Stattdessen muss prinzipiell für jede einzelne Schranke ein Binnenmarktbezug geprüft werden. Nur wenn ein solcher bejaht wird, kann auch von einer Regelungszuständigkeit der Union ausgegangen werden. Auch die Kommission scheint nunmehr der Auffassung zu sein, dass eine einheitliche Behandlung aller urheberrechtlichen Schranken nicht angezeigt ist und stattdessen unterschiedliche Vorgehensweisen für unterschiedliche Schranken angewandt werden sollten.¹¹⁶⁰

Was schon im Hinblick auf das Urheberpersönlichkeitsrecht betont wurde, gilt auch hier: dass die Union für solche Schranken, die der Förderung kultureller Zwecke oder dem Schutz der Grundrechte dienen, aber sich nicht nennenswert auf die Verwertung auswirken, keine Zuständigkeit besitzt, ändert an der Wichtigkeit dieser Schranken nicht das geringste. Wenn die Union gesetzgebend tätig wird, wird sie auch auf dem Gebiet der Schranken kulturelle Belange zu berücksichtigen und natürlich grundrechtliche Vorgaben zu beachten haben. Solange aber ein Binnenmarktbezug einer Schranken nicht festgestellt werden kann, darf ihre Vereinheitlichung auch nicht auf die Binnenmarktkompetenz gestützt werden. Es ist dann an den Mitgliedstaaten, kulturelle und grundrecht-

1157 Schulze, Schranken des Urheberrechts, 205.

1158 So Hugenholz/van Eechoud/van Gompel, Recasting of Copyright, 219; Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn, Impact of Directive 2001/29/EC on Online Business Models, 62. Vgl. auch Hilty/Krujatz/Bajon, IIC 2009, 309, 318 ff.

1159 So schon Dietz, Urheberrecht in der EG, Rn. 426, der eine Harmonisierung der Schranken mit Ausnahme der Privatkopieschranke für nicht erforderlich hält.

1160 Vgl. Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future. A Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT, 15.

liche Belange mittels Schrankenbestimmungen zu schützen. Wenn der Unionsgesetzgeber hier dementsprechend mehr Zurückhaltung walten ließe, sähe sich eine europäische Regelung der Schranken auch sicherlich – trotz der Sensibilität des Themas Schranken – geringeren Widerständen von Seiten der Mitgliedstaaten ausgesetzt.¹¹⁶¹

Wenn wir sogleich einzelne Schranken im *acquis* untersuchen, werden wir bei einer nicht unerheblichen Zahl von ihnen zu dem Ergebnis kommen, dass diese *keine Binnenmarktrelevanz* besitzen. Dies ist dann – auch kompetenzrechtlich – nicht problematisch, wenn man diese Schrankenbestimmungen als *Klarstellungsnormen* in dem Sinne betrachtet, dass nationale Schrankenbestimmungen insoweit zulässig sind, als sie sich gerade nicht auf den Binnenmarkt auswirken. Hinsichtlich solcher Schranken ist dann auch der fakultative Charakter nicht problematisch,¹¹⁶² denn eine Schranke, die keinen Binnenmarktbezug aufweist, kann die Union mangels Kompetenz nicht zwingend vorschreiben.

Soweit die unionsrechtlichen Schrankenkataloge *abschließend* sind, Schranken in den nationalen Urheberrechten also nur dann zulässig sind, wenn sie die in den Richtlinien vorgesehenen Voraussetzungen für solche Schranken erfüllen, wird der rechtsgestalterische Freiraum der nationalen Gesetzgeber allerdings eingeschränkt. Dies ist nur dann zulässig, wenn die Voraussetzungen, die die Richtlinien für die Einführung einer Schranke vorsehen, dazu dienen, die Nichtrelevanz einer Schranke für den Binnenmarkt abzusichern.¹¹⁶³ Sehen die Richtlinien darüber hinaus gehende Voraussetzungen (für nicht binnenmarktrelevante Schranken) vor, dann greifen sie in nicht zulässiger Weise in den nicht binnenmarktrelevanten Bereich ein, der der Regelung durch die Mitgliedstaaten vorbehalten ist. Wir müssen also auch prüfen, ob in den Richtlinien vorgesehenen Bedingungen für die Schaffung von urheberrechtlichen Schranken

1161 Ausweislich der Berichte zur Entstehungsgeschichte waren die Schranken eines der umkämpftesten Felder der Informationsgesellschaftsrichtlinie; vgl. nur *Bayreuther*, ZUM 2001, 828, 829.

1162 Hierzu oben, § 9.VI.2.a)bb).

1163 Man würde demnach beispielsweise die Schranke zugunsten behinderter Personen in Art. 5 Abs. 3 lit. b IGRL so lesen: „Die Mitgliedstaaten können für die Nutzung zugunsten behinderter Personen Beschränkungen der Rechte des Urhebers einführen, wenn die Nutzung mit der Behinderung unmittelbar in Zusammenhang steht und nicht kommerzieller Art ist, soweit es die betreffende Behinderung erfordert, *weil unter diesen Umständen eine Beeinträchtigung des Binnenmarktes nicht zu befürchten ist*. Darüber hinausgehende Beschränkungen sind aber nicht zulässig, weil diese sich auf die Verwertung in binnenmarkterheblicher Weise auswirken würden.“

tatsächlich nur dazu dienen, die Nicht-Auswirkung einer Schranke auf den Binnenmarkt abzusichern.

b) Untersuchung der Schranken auf ihre Binnenmarktrelevanz: Kriterien und Beispiele

Hier soll nun nicht jede einzelne Schranke auf ihre Binnenmarktrelevanz hin untersucht werden.¹¹⁶⁴ Vielmehr sollen einige Schranken aus der Informationsgesellschaftsrichtlinie¹¹⁶⁵ beispielhaft anhand bestimmter Kriterien auf ihre Binnenmarktrelevanz überprüft werden.

Wenn hierbei Schranken identifiziert werden, die nicht verwertungsrelevant sind, verstoßen diese wie soeben gesehen noch nicht zwangsläufig gegen die Kompetenzordnung in der Union. Sie können als bloße Klarstellungsnormen auf mitgliedstaatliche Kompetenzen verweisen. Es muss dann aber untersucht werden, ob sich die Voraussetzungen dieser Schranken darauf beschränken, die Nichtrelevanz für den Binnenmarkt sicherzustellen. Auch dies wollen wir anhand eines Beispiels durchexerzieren.

Vor allem zwei *Kriterien* erscheinen bei der Untersuchung der einzelnen Schranken eine vorsichtige Prognose über deren Binnenmarktrelevanz zu erlauben. Wichtig dürfte zum einen sein, ob eine Schranke *kommerzielle Nutzungen* ermöglicht, insbesondere solche, die zur Entstehung eines derivativen Werkes

1164 Eine Liste binnenmarktrelevanter Schranken, allerdings auch ohne eingehende Untersuchung aller Schranken, schlagen *Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn*, Impact of Directive 2001/29/EC on Online Business Models, 66, vor.

1165 Wir wollen uns bei der Untersuchung der Binnenmarktrelevanz der Schranken auf die Informationsgesellschaftsrichtlinie konzentrieren, weil diese den umfassendsten Schrankenkatalog enthält und weil die meisten Schranken des übrigen acquis ein vergleichbares Pendant in der Informationsgesellschaftsrichtlinie finden.

So findet sich etwa eine Schranke für die private Benutzung sowohl in Art. 10 Abs. 1 lit. a VVRL und Art. 6 Abs. 2 lit. a DBRL als auch in Art. 5 Abs. 2 lit. b IGRL.

Die Schranke für die Berichterstattung in Art. 10 Abs. 1 lit. b VVRL findet ihr Pendant in Art. 5 Abs. 3 lit. c IGRL.

Der Schranke für ephemere Aufzeichnungen durch Sendeunternehmen in Art. 10 Abs. 1 lit. c VVRL entspricht diejenige des Art. 5 Abs. 2 lit. d IGRL.

Eine Schranke zugunsten von Unterricht und Forschung enthält neben Art. 10 Abs. 1 lit. d VVRL und Art. 6 Abs. 2 lit. b DBRL auch Art. 5 Abs. 3 lit. a IGRL.

Die Schranke zur Verwendung zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit oder eines Verwaltungs- oder Gerichtsverfahrens in Art. 6 Abs. 2 lit. c DBRL lässt sich mit derjenigen des Art. 5 Abs. 3 lit. e IGRL vergleichen.

führen können, welches das ursprüngliche Werk sogar möglicherweise substituiert, oder solche Nutzungen, die ein bestehendes Werk „veredeln“, sodass ein wirtschaftlicher Mehrwert geschaffen wird.¹¹⁶⁶

Bei Schranken, die keine produktiven, sondern nur konsumptive Nutzungen ermöglichen, spielt zum anderen eine entscheidende Rolle, ob die Schranken die *Möglichkeit des Rechtsinhabers*, an der Nutzung seines Werkes zu *partizipieren*, einschränken. Dies kann bei solchen Werken, die nur auf kleine potentielle Nutzergruppen (z.B. Wissenschaftler) ausgerichtet sind, leichter der Fall sein als bei Werken, die sich an ein Massenpublikum richten, weil bei ersteren schon geringfügige Ausnahmen einen bedeutenden Nutzeranteil als potentielle Abnehmer wegfallen lassen.

Betrachten wir nun exemplarisch einzelne Schranken, dann lässt sich für einige die Verwertungsrelevanz und daher der Binnenmarktbezug relativ leicht bejahen. Dies gilt etwa für die Schranke für *vorübergehende, technisch bedingte Vervielfältigungen* in Art. 5 Abs. 1 IGRL. Derartige Vervielfältigungen sind schon per definitionem wesentlicher Bestandteil unzähliger technischer Verfahren, ohne die die Übertragung oder auch nur der Genuss urheberrechtlich geschützter Inhalte nicht stattfinden kann. Die Möglichkeit, in diesem Zusammenhang erlaubnisfrei vervielfältigen zu können oder eben nicht, ist für Nutzer in gleichem Maße wirtschaftlich relevant wie für Rechtsinhaber.¹¹⁶⁷

Auch für die Schranke zugunsten der *reprografischen Vervielfältigung* nach Art. 5 Abs. 2 lit. a IGRL lässt sich ein Binnenmarktbezug wohl bejahen. Zwar heißt es in ErwG 37 IGRL, die hier bestehenden Unterschiede in den nationalen Regelungen schafften „keine größeren Hindernisse für den Binnenmarkt.“¹¹⁶⁸ Allerdings ist zu bedenken, dass die Schranke nicht auf private Nutzer beschränkt ist und somit auch die Tätigkeit kommerzieller Copyshops gestat-

1166 Zur Unterscheidung von konsumptiven, aufbereitenden und kreativen Anwenden von Werken *Hilty*, GRUR 2009, 633, 637; *Hilty*, Sündenbock Urheberrecht?, 118 f. Beispiel für eine auch kommerzielle Nutzungen erlaubende Schranke wäre etwa eine zugunsten der Anbieter von Pressespiegeln. Vgl. ausführlich zu diesem Beispiel *Hilty*, Die Umsetzung der Informationsgesellschaftsrichtlinie in Deutschland, 53 ff.

1167 Dass ErwG 33 IGRL darauf abstellt, dass die Vervielfältigung gerade keine *eigenständige* wirtschaftliche Bedeutung haben darf, vermag an diesem Befund nichts zu ändern. Da die Vervielfältigung integraler Bestandteil des technischen Verfahrens ist, kommt es für die Feststellung des Verwertungsrelevanz auf dieses technische Verfahren an. Das Merkmal der fehlenden eigenständigen wirtschaftlichen Bedeutung soll nur noch einmal betonen, dass die technisch bedingte Vervielfältigung aufs engste mit dem Verfahren verbunden sein muss.

1168 Vgl. hierzu *von Lewinski*, MMR 1998, 115, 117; *Spindler*, GRUR 2002, 105, 112.

tet.¹¹⁶⁹ Jedenfalls für diese können sich aus divergierenden Regelungen unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen und – in Zusammenschau mit Art. 5 Abs. 4 IGRL, der eine entsprechende Ausnahme für das Verbreitungsrecht ermöglicht – Beeinträchtigungen der Dienstleistungsfreiheit ergeben.

Ein Beispiel für eine Schranke, die zwar keine kommerziellen Nutzungen gestattet, aber dennoch Binnenmarktrelevanz besitzt, ist die Schranke zugunsten der *Privatkopie* in Art. 5 Abs. 2 lit. b IGRL. Deren wirtschaftliche Bedeutung hat aufgrund der Möglichkeit für die breite Öffentlichkeit, einfach und ohne Qualitätsverlust zu vervielfältigen, enorm zugenommen und unzweifelhaft ein für die Rechtsinhaber binnenmarktrelevantes Niveau erreicht.¹¹⁷⁰ Hierfür spricht schon die Vehemenz, mit der die Debatte um das Ob und Wie der Privatkopie geführt wird.¹¹⁷¹ Betrachtet man die Regelungen der Privatkopie in den nationalen Urheberrechten im Detail,¹¹⁷² wird deutlich, wie sich deren große Unterschiedlichkeit auf den Binnenmarkt auswirken kann.

Die Schranken zugunsten von Vervielfältigungen und öffentlichen Wiedergaben zu Zwecken der *Forschung und des Unterrichts* nach Art. 5 Abs. 3 lit. a IGRL und zugunsten *behinderter Personen* nach Art. 5 Abs. 3 lit. b IGRL sind gute Beispiele für Schranken, die nur recht kleine Nutzergruppen privilegieren. Bei der Verwertung von Werken, die sich an ein Massenpublikum richten, dürften diese Schranken kaum ins Gewicht fallen. Anders sieht es jedoch bei solchen Werken aus, die sich speziell an ein wissenschaftliches Publikum richten oder speziell für den Unterrichtsgebrauch geschaffen wurden wie z.B. Schulbücher¹¹⁷³ oder die schon in einer Form vermarktet werden, die speziell an die Bedürfnisse von Personen mit Behinderungen angepasst ist. Für solche Werke haben diese Schranken trotz des überschaubaren Kreises Begünstigter erhebliche wirtschaftliche Bedeutung. Wenn daher beide Schranken ausdrücklich bestimmen, dass kommerzielle Nutzungen nicht gestattet sind, könnte man hierin ein Beispiel dafür erblicken, dass der Richtliniengeber sicherstellen wollte,

1169 Walter in: Walter, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 117.

1170 So auch schon Dietz, Urheberrecht in der EG, Rn. 426 und 661.

1171 Vgl. Spindler, GRUR 2002, 105, 112.

1172 Für einen ausführlichen Überblick vgl. Westkamp, The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States, 16 ff.

1173 So dient in Deutschland etwa die inzwischen mehrfach verlängerte Befristung gemäß § 137 k UrhG des § 52 a UrhG, der die öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung erlaubt, dazu festzustellen, ob die Rechte der wissenschaftlichen Verleger unzumutbar beeinträchtigt werden. Vgl. Loewenheim in: Schrickel/Loewenheim, § 52 a UrhG Rn. 1. Vgl. zu dieser Schranke Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn, Impact of Directive 2001/29/EC on Online Business Models, 49 ff.

dass eine Schranke, welche die Mitgliedstaaten erlassen dürfen, keine Binnenmarktrelevanz erlangt.¹¹⁷⁴ Die Schranken zugunsten von Forschung und Unterricht sowie zugunsten von Personen mit Behinderungen in der Informationsgesellschaftsrichtlinie lassen sich so als nicht binnenmarktrelevante Schranken auffassen. Nach unseren einleitenden Überlegungen müsste man Art. 5 Abs. 3 lit. a und b IGRL demnach als Klarstellungsnormen betrachten, die nur feststellen, dass die Mitgliedstaaten solche Schranken in den vorgegebenen Grenzen erlassen können, weil dann gerade keine Binnenmarktrelevanz besteht.¹¹⁷⁵

In diesem Falle müsste man aber danach fragen, ob wirklich alle in den Richtlinienbestimmungen vorgegebenen Bedingungen dazu dienen, eine Beeinträchtigung des Binnenmarktes zu verhindern. Dies ist etwa im Hinblick auf das Erfordernis der Quellenangabe bei der Schranke zugunsten von Forschung und Unterricht aber zweifelhaft. Hier wird eine zusätzliche Voraussetzung für einen schrankenmäßigen Gebrauch aufgestellt, die von der Binnenmarktkompetenz letztlich nicht mehr gedeckt wird. Die Voraussetzung der Quellenangabe lässt sich allenfalls dann rechtfertigen, wenn man auf die Kultur-Querschnittskompetenz der Union abstellt, die es erlaubt, bei Regelungen, die den Binnenmarkt betreffen, auch auf kulturpolitische Belange Rücksicht zu nehmen.

Ein weiteres Beispiel stellt die Schranke zugunsten *bestimmter öffentlich zugänglicher Einrichtungen* wie Bibliotheken gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. c IGRL dar. Die begünstigten Einrichtungen dürfen zwar keinen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck verfolgen. Denkt man aber an die durch Bibliotheken eingerichteten Dokumentenversanddienste, die sich als Konkurrenz zur Verwertung durch die Rechtsinhaber erweisen können,

1174 Hiergegen ließe sich allenfalls einwenden, dass die nicht kommerzielle Nutzung durch die Schrankenbegünstigten weder hinreichende noch notwendige Bedingung fehlender Auswirkungen auf den Binnenmarkt ist.

1175 Dies wirft dann aber die Frage auf, ob in Fällen, in denen etwa wissenschaftliche Nutzungen durchaus wirtschaftliche Bedeutung erlangen können wie etwa bei rein wissenschaftlichen Publikationen, deshalb keine Schranken zulässig sein sollen. Vor dem Hintergrund des Ziels der Union, Forschung und die Verbreitung von Wissen in einem Europäischen Forschungsraum zu fördern, kann dieses Ergebnis kaum überzeugen. Es stellt sich vielmehr die Frage, ob nicht auf dem Gebiet der wissenschaftlichen Nutzung eine Neuausrichtung der Schranken erfolgen sollte, die den besonderen Bedürfnissen der Wissenschaft und den Besonderheiten des Marktes wissenschaftlicher Publikationen gerecht wird. Dies würde eine besonderes Regime für wissenschaftliche Nutzungen und Inhalte erfordern. Vgl. hierzu ausführlich *Hilty/Krujatz/Bajon*, IIC 2009, 309, 318 ff.

erscheint eine Binnenmarktrelevanz nicht ausgeschlossen.¹¹⁷⁶ Wenn daher der Onlineversand von Dokumenten laut ErwG 40 IGRL ausgeschlossen werden muss,¹¹⁷⁷ lässt sich auch hierin der Versuch des Unionsgesetzgebers erblicken, der fakultativen Schranke Verwertungsrelevanz zu nehmen.

Ein Beispiel für eine Schranke, bei der eine Binnenmarktrelevanz kaum in Betracht kommt, ist diejenige zugunsten *sozialer Einrichtungen und Haftanstalten* in Art. 5 Abs. 2 lit. e IGRL. Hier stehen negative Auswirkungen auf die Verwertungsmöglichkeiten der Rechtsinhaber oder die Wettbewerbsbedingungen kaum zu befürchten.

c) Binnenmarktrelevanz von Vergütungsregelungen

Bei der Untersuchung des *acquis* unter rechtstechnischen Gesichtspunkten ist nicht nur die mangelnde Vereinheitlichung hinsichtlich der urheberrechtlichen Schranken selbst, sondern auch im Hinblick auf die Vergütungsregelungen bei gesetzlichen Lizenzen kritisiert worden. Auch für diese Vergütungsregelungen wollen wir den Binnenmarktbezug näher betrachten.

Insbesondere die Informationsgesellschaftsrichtlinie sieht statt einfacher Schranken oftmals gesetzliche Lizenzen mit Vergütungsregelungen vor. Vielfach übernimmt die gesetzliche Lizenz die ursprünglich dem urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrecht zukommende Aufgabe, dem Urheber eine angemessene Vergütung für die Verwertung seines Werkes zu sichern.¹¹⁷⁸ Wenn dem Urheber für eine erlaubnisfreie Nutzung eine Vergütung zugesprochen wird, dann meist deshalb, weil sich diese Nutzungen auf seine Verwertungsmöglichkeiten aufgrund der Ausschließlichkeitsrechte auswirken.

Zugleich wirken sich die Regelungen der Vergütung für erlaubnisfreie Nutzungen gegebenenfalls auch auf die wirtschaftliche Situation der Nutzer und anderer Akteure aus. Das Aufkommen aus der Privatkopievergütung etwa ist so beträchtlich, dass sich Regelungsunterschiede etwa in der Frage, welche Medien und Geräte vergütungspflichtig sein sollen und in welchem Umfang,¹¹⁷⁹

1176 Vgl. ausführlich hierzu *Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn*, Impact of Directive 2001/29/EC on Online Business Models, 46 ff.

1177 Hierzu *Walter*, Europäisches Urheberrecht, IGRL Rn. 119.

1178 Ausführlich hierzu und zur gegenwärtigen und potentiellen wirtschaftlichen Bedeutung von Vergütungssystemen *Hilty*, GRUR 2005, 819.

1179 Zu Beispielen aus der Rechtsprechung der Mitgliedstaaten vgl. *Lüder*, Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 18 (2007), 1, 9 f.

nicht nur auf die Situation der Rechteinhaber, sondern auch auf die der herangezogenen Hersteller und Importeure von Trägermedien und Geräten auswirken.¹¹⁸⁰

Hieraus lässt sich zweierlei folgern: Zum einen liegt es nahe, den Vergütungsregeln selbst Binnenmarktrelevanz zuzusprechen.¹¹⁸¹ Denn wenn die Vergütung aufgrund gesetzlicher Lizenzen für das Erzielen einer angemessenen Vergütung eine wichtige Rolle spielt, beeinflussen solche Regelungen auch die Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke. Wenn die wirtschaftliche Bedeutung der Zweitverwertung und somit der an diese anknüpfenden Vergütungssysteme wächst, manche Stimmen sogar meinen, die Zweitverwertung habe die klassischen Verwertungsarten bereits verdrängt oder sei gleichberechtigt neben diese getreten,¹¹⁸² dann spricht dies umso mehr für eine Einbeziehung der Vergütungssysteme in eine allfällige Rechtsvereinheitlichung. In diesem Sinne ist auch ErwG 38 IGRL zu verstehen, der darauf hinweist, dass das Fortbestehen divergierender Vergütungsregeln geeignet ist, den Binnenmarkt in erheblicher Weise zu beeinträchtigen.¹¹⁸³ Auch wenn wegen der auf dem Spiel stehenden Interessen und der gegensätzlichen Traditionen der Mitgliedstaaten eine einheitliche Lösung auf diesem Feld schwer zu erzielen sein mag,¹¹⁸⁴ kann daher eine Vereinheitlichung des Urheberrechts, die einen wirklichen Binnenmarkt für die Verwertung urheberrechtlicher Werke schaffen will, vor den Vergütungssystemen nicht haltmachen.

1180 Vgl. *Cornish*, GRUR Int. 1997, 305, 306 ff., der allerdings nur bei Ton- und Bildträgern sowie den zugehörigen Geräten, nicht aber bei Reprografiegeräten einen ausreichenden Einfluss von Rechtsunterschieden auf den Binnenmarkt für gegeben erachtet. Vgl. auch *Hilty*, Festschrift Schricker zum 70. Geburtstag, 351; *Hilty*, Kollektive Rechtswahrnehmung und Vergütungsregelungen, 127 f.; *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 39 f.

Auch nach Ansicht der Kommission hängt das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes von einer mit dem freien Warenverkehr vereinbaren Ausgestaltung der Abgaben für die Privatkopieschranke ab. Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Ein Binnenmarkt für Rechte des geistigen Eigentums. Förderung von Kreativität und Innovation zur Gewährleistung von Wirtschaftswachstum, hochwertigen Arbeitsplätzen sowie erstklassigen Produkten und Dienstleistungen in Europa, KOM (2011) 287, 16.

1181 *Hilty*, Festschrift Schricker zum 70. Geburtstag, 351; *Schack*, ZGE 2009, 275, 278, spricht von offensichtlicher Binnenmarktrelevanz.

1182 So *Schulze*, Schranken des Urheberrechts, 188.

1183 *von Lewinski*, GRUR Int. 1998, 637, 641; *Spindler*, GRUR 2002, 105, 112; missverständlich *Bayreuther*, ZUM 2001, 828, 831.

1184 *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 739.

Zum anderen kann die Ausgestaltung einer Schranke als gesetzliche Lizenz mit Vergütungsregel als ein Indiz für die Binnenmarktrelevanz der Schrankenregelung selbst gewertet werden. Denn sofern sich eine Schranke nicht auf die Verwertung eines Werkes auswirkt, bedarf es auch keiner Kompensation in Form eines gerechten Ausgleichs oder einer angemessenen Vergütung für die erlaubnisfreie Nutzungsmöglichkeit.

d) Zwischenergebnis

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Schranke sich auf die Verwertung eines Werkes auswirken kann, sollte insbesondere berücksichtigt werden, ob die Schranken auch kommerzielle Nutzungen erlaubt oder ob sie so weite Nutzungsmöglichkeiten gewährt, dass die Verwertung des Werkes aufgrund der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte beeinflusst wird. Ein wichtiges Indiz für die Binnenmarktrelevanz ist es, wenn für den schrankenmäßigen Gebrauch eine angemessene Vergütung oder ein gerechter Ausgleich zu zahlen ist.

Untersucht man nun die Schranken des urheberrechtlichen *acquis*, so stellt man fest, dass dieser sowohl Schranken enthält, deren Binnenmarktbezug kaum in Frage gestellt werden kann, als auch solche, die sich kaum nennenswert auf die Verwertung und daher den Binnenmarkt auswirken dürften. Zum Teil enthalten die Schrankenbestimmungen auch besondere Voraussetzungen, die verhindern, dass schrankenmäßiger Nutzungen Verwertungsrelevanz erlangen.

Zu bemängeln ist am urheberrechtlichen *acquis*, dass diejenigen Schranken, die *binnenmarktrelevant* sind, mit Ausnahme der Schranke des Art. 5 Abs. 1 IGRL von den Mitgliedstaaten *nicht zwingend* umgesetzt werden müssen.¹¹⁸⁵ Die zahlreichen Schranken im *acquis*, die aber *keine Binnenmarktrelevanz* aufweisen, lassen sich unter kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten nur dann verteidigen, wenn man sie als bloße Klarstellungsnormen, die auf mitgliedstaatliche Zuständigkeiten verweisen, und ihre Voraussetzungen als Absicherung der Nichtbeeinträchtigung des Binnenmarktes versteht. Wo solche Schranken aber Voraussetzungen enthalten, die über die Sicherstellung der Nichtbeeinträchtigung des Binnenmarktes hinausgehen, greift der Unionsgesetzgeber wegen des fehlenden Binnenmarktbezuges in ihm nicht zustehende Kompetenzbereiche ein. Dasselbe gilt, wenn etwa mit Art. 5 Abs. 3 lit. o IGRL

¹¹⁸⁵ Hierzu oben, § 9.VI.2.a)bb).

unzulässig enge Voraussetzungen für nicht binnenmarktrelevante zusätzliche Schranken der nationalen Urheberrechte aufgestellt werden.

Mit der zunehmenden Bedeutung gesetzlicher Lizenzen für die Erzielung einer angemessenen Vergütung durch die Rechtsinhaber wächst auch die Verwertungsrelevanz von Vergütungsregeln insgesamt, was für ihre Einbeziehung in eine Rechtsvereinheitlichung spricht.

4. Zwischenergebnis zu den Schranken des Urheberrechts

Der urheberrechtliche *acquis* enthält sowohl Schranken, die sich auf die Verwertung von urheberrechtlich geschützten Werken und somit auf den Binnenmarkt auswirken, als auch solche, die keine Binnenmarktrelevanz aufweisen. Dementsprechend unterschiedlich fällt die Bewertung des *acquis* auch unter regelungstechnischen Gesichtspunkten aus.

Soweit Schranken binnenmarktrelevant sind, ist der nur fakultative Charakter der Schrankenkataloge auf Unionsebene zu bemängeln, weil er letztlich nicht die für einen Binnenmarkt förderliche Rechtseinheit herbeiführen kann. Der abschließende Charakter des Schrankenkatalogs muss aber hinsichtlich dieser Schranken gegen die in der Wissenschaft verbreitete Kritik in Schutz genommen werden.

Soweit sich Schranken aber nicht auf den Binnenmarkt auswirken, lassen sich die Regelungen im *acquis* nur unter Hinweis auf den fakultativen Charakter der Schrankenkataloge und mit einem Verständnis der Schrankenvorschriften als Klarstellungen verteidigen. Für solche Schranken ist der abschließende Charakter der Schrankenkataloge als von der Unionskompetenz nicht gedeckt zu kritisieren. Die einschränkenden Voraussetzungen, unter denen die Mitgliedstaaten Schranken einführen dürfen, lassen sich nur insoweit halten, als sie der Absicherung einer fehlenden Binnenmarktrelevanz der Schranken dienen.

Für eine Regelung der Schranken auf Unionsebene lässt sich hieraus folgern: ein Unionsurheberrecht sollte einen *abschließenden Katalog* derjenigen *Schranken* enthalten, die sich *auf die Verwertung* von urheberrechtlich geschützten Werken *auswirken* können.¹¹⁸⁶ Die Frage der zwingenden Umsetzung durch die Mitgliedstaaten stellt sich bei einem unmittelbar anwendbaren

¹¹⁸⁶ Ein Regelung der urheberrechtlichen Schranken insgesamt befürwortet *Schack*, ZGE 2009, 275, 286.

Europäischen Urheberrecht natürlich nicht.¹¹⁸⁷ In diese Regelungen sollten gegebenenfalls auch Vergütungsregeln einbezogen werden.

Darüber hinaus sollte es den Mitgliedstaaten freistehen, *nicht binnenmarktrelevante Schranken* einzuführen. Nichts spricht dagegen, in einem Unionsurheberrecht klarzustellen, dass die Mitgliedstaaten weitere – nicht verwertungsrelevante – Schranken einführen können, und hierbei auch Voraussetzungen festzulegen, die die Nichtbeeinträchtigung des Binnenmarktes sicherstellen. Dabei müsste aber tunlichst darauf geachtet werden, dass diese Voraussetzungen auf Unionsebene nichts anderem dienen als eben der Absicherung der Nichtbinnenmarktrelevanz solcher Schranken.¹¹⁸⁸

VII. Schutz technischer Schutzmaßnahmen

Technische Schutzmaßnahmen (Technical protection measures – TPM) dienen dem faktischen Schutz urheberrechtlich geschützter Inhalte. Sie sollen auf tatsächlicher Ebene verhindern, dass dem Rechteinhaber vorbehaltene Nutzungen unerlaubt vorgenommen werden können und wirken auf diese Weise den im Zuge der Digitalisierung gewachsenen Risiken unbefugter Nutzungen entgegen.¹¹⁸⁹ Tatsächlich gehen die Kontrollmöglichkeiten, die TPM dem Rechteinhaber an die Hand geben, aber weit über den bloßen Schutz urheberrechtlicher Prärogativen hinaus.¹¹⁹⁰ Da TPM aber auch auf ebenso tatsächlicher Ebene umgangen werden können, ist man – zunächst auf internationaler Ebene – zu einem wiederum rechtlichen Schutz Technischer Schutzmaßnahmen übergegangen.

1187 Bleibt es bei der bloßen Harmonisierung des Urheberrechts in der Europäischen Union, kann aus den vorstehenden Ausführungen immerhin gefolgert werden, dass die abschließenden Kataloge binnenmarktrelevanter Schranken für die Mitgliedstaaten zwingend ausgestaltet werden müssten und an dem abschließenden Charakter der Schrankenkataloge nicht festgehalten werden sollte, soweit dieser auch die Einführung von zusätzlichen nicht binnenmarktrelevanten Schranken verhindert.

1188 Sollte es bei den Richtlinien bleiben, wäre es Aufgabe des Unionsgesetzgebers, die fakultativen, nicht binnenmarktrelevanten Schranken auf unzulässige Voraussetzungen zu untersuchen und darüber hinaus den Katalog der Schranken für weitere nicht binnenmarktrelevante Schranken zu öffnen.

1189 Vgl. zum tatsächlichen Hintergrund und zur Entstehungsgeschichte Götting in: *Schricker/Loewenheim*, Vor §§ 95 a ff., mit zahlreichen Nachweisen; *Rigamonti*, GRUR Int. 2005, 1, 2.

1190 Ausführlich hierzu *Hilty*, Journal of the Copyright Society of the USA, Band 53 (2005/2006), 103, 113 ff.; vgl. auch *Hilty*, Revue Lamy Droit de l'immatériel 2005, 49, 50.

1. Vereinheitlichung aufgrund internationaler Konventionen

Da technische Schutzmaßnahmen von Werken im heutigen Maße noch nicht sehr lange angewendet werden, befassen sich nur die WIPO-Verträge mit ihrem rechtlichen Schutz. In Art. 11 und 12 WCT sowie Art. 18 und 19 WPPT verpflichten sich die Vertragsstaaten der beiden Abkommen, „einen hinreichenden Rechtsschutz und wirksame Rechtsbehelfe gegen die Umgehung“ von TPM sowie zum Schutze elektronischer Informationen für die Rechtewahrnehmung (Digital Rights Management Information – DRMI) vorzusehen.¹¹⁹¹ TPM und DRMI werden aber nicht absolut geschützt. Technische Schutzmaßnahmen werden nur geschützt, wenn die Rechteinhaber von ihnen „im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer Rechte“ Gebrauch machen und wenn sie Handlungen „in Bezug auf ihre Werke“ bzw. „ihre Darbietungen oder Tonträger“ verhindern, denen die Rechteinhaber nicht zugestimmt haben und die auch „gesetzlich nicht zulässig“ sind. DRMI werden nur gegen Personen geschützt, die wissen oder wissen müssten, dass sie mit ihrer Handlung Rechtsverletzungen herbeiführen oder ihnen Vorschub leisten. Der rechtliche Schutz von TPM und DRMI ist somit eng an den Schutz des Werkes durch das Urheberrecht gekoppelt.¹¹⁹²

2. Vereinheitlichung innerhalb der Europäischen Union

Schon vor Abschluss der WIPO-Verträge enthielt der urheberrechtliche *acquis* der Union eine Vorschrift zum Schutz Technischer Schutzmaßnahmen und zwar soweit diese dem Schutz von Computerprogrammen dienen. Art. 7 Abs. 1 lit. c CPRL enthält die Verpflichtung für die Mitgliedstaaten, geeignete Maß-

¹¹⁹¹ Zur Entstehung dieser Vorschriften von *Lewinski*, GRUR Int. 1997, 667, 676; *Rigamonti*, GRUR Int. 2005, 1, 4 f.

¹¹⁹² Im Hinblick auf den durch die WIPO-Verträge vorgesehenen Schutz wird diskutiert, ob es sich um einen konventionellen Mindestschutz handelt, ob es also den Vertragsstaaten unbenommen bleibt, einen stärkeren, möglicherweise auch einen absoluten Schutz technischer Schutzmaßnahmen vorzusehen. Nach überzeugender Auffassung ist jedoch davon auszugehen, dass das Mindestschutzprinzip, wie es in Art. 19 RBÜ verankert ist und an sich für den WCT über dessen Art. 1 Abs. 4 und wohl auch für den WPPT gilt, möglicherweise einen stärkeren Schutz durch die Mitgliedstaaten erlaubt, nicht jedoch einen Vorrang dieses Schutzes gegenüber den Grenzen des materiellen Urheberrechts. Technische Schutzmaßnahmen dürfen demnach insbesondere dann nicht geschützt werden, wenn sie einen durch gesetzliche Schranken vorgesehenen Gebrauch eines Werkes verhindern. Ausführlich *Rigamonti*, GRUR Int. 2005, 1, 5 ff.

nahmen gegen Personen vorzusehen, die Umgehungsmittel Technischer Schutzmaßnahmen in den Verkehr bringen oder zu Erwerbszwecken besitzen, sofern diese Umgehungsmittel allein dazu bestimmt sind, diese Schutzmaßnahmen unerlaubterweise zu beseitigen.

Diese Verpflichtung bleibt vage, insbesondere wirft der Terminus der *unerlaubten* Beseitigung nicht unerhebliche Auslegungsprobleme auf.¹¹⁹³ Auch definiert die Richtlinie nicht, was als geschützter *technischer Programmschutzmechanismus* einzuordnen ist. Ähnlich wie die fehlende Definition des Computerprogramms lässt sich dies allerdings damit erklären, dass der technischen Entwicklung solcher Schutzmechanismen nicht vorgegriffen werden sollte.

1193 Man kann das Kriterium der fehlenden Erlaubnis so interpretieren, dass es immer dann erfüllt ist, wenn der *Rechtsinhaber* an dem Computerprogramm die Umgehung des Schutzmechanismus *nicht gestattet* hat. Dies würde aber bedeuten, dass die Richtlinie implizit doch ein gewisses Verbotsrecht des Rechtsinhabers hinsichtlich der eigentlichen Umgehungshandlung beinhaltet, da er bestimmen könnte, wann eine Umgehung erlaubt ist und wann nicht. Sanktioniert wäre dieses Verbotsrecht jedoch nicht im Hinblick auf die Umgehung selbst, sondern nur dahingehend, dass im Falle fehlender Erlaubnis der Umgehung eben die beschriebenen Vorbereitungshandlungen verboten wären.

Denkbar wäre aber auch, von einer Erlaubnis der Umgehung auszugehen, wenn diese *gesetzlich* nicht verboten ist. Die Computerprogrammrichtlinie selbst enthält zumindest explizit gar kein Verbot der eigentlichen Umgehungshandlung. Enthält demnach auch die nationale Gesetzgebung kein Verbot der Umgehung von Schutzmaßnahmen, so käme dementsprechend auch kein Rechtsschutz gegen die von der Richtlinie anvisierten Vorbereitungshandlungen des Inverkehrbringens und des kommerziellen Besitzes in Betracht. Dann würde Art. 7 Abs. 1 lit. c CPRL indirekt aber auch das Verbot des Inverkehrbringens und kommerziellen Besitzes von Umgehungsmitteln vollständig der Regelung durch die Mitgliedstaaten anheimstellen. Richtig scheint es daher, die Vorschrift folgendermaßen zu lesen: „Verboten sind das Inverkehrbringen oder der Erwerbszwecken dienende Besitz von Mitteln, die allein dazu bestimmt sind, die Beseitigung oder Umgehung technischer Programmschutzmechanismen zu erleichtern, wenn dies dazu dient, *unerlaubte Nutzungshandlungen* vorzunehmen.“

Aber auch in diesem Fall stellt sich die Frage, ob sich das Merkmal des Unerlaubtseins (der Nutzungshandlung) auf den Rechtsinhaber oder auf den Gesetzgeber bezieht. Dies wird dann bedeutsam, wenn der Programmschutz eine Handlung verhindert, die zwar der Rechtsinhaber nicht gestattet hat, die aber – etwa aufgrund einer gesetzlichen Schrankenregelung – urheberrechtlich nicht zu beanstanden ist. Ohne auf die vorher angesprochene Unklarheit des Wortlauts des Art. 7 Abs. 1 lit. c CPRL einzugehen, meint *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 7 CPRL Rn. 15, die Schutzmechanismen verdienten keinen rechtlichen Schutz, wenn sie urheberrechtliche Schranken konterkarierten, insbesondere wenn es sich um unabdingbare Schranken handele.

Art. 6 und 7 IGRL enthalten nun einen von der Werkart unabhängigen Schutz Technischer Schutzmaßnahmen. Da neben den Mitgliedstaaten der EU auch die Union selbst Vertragspartei der WIPO-Verträge ist, war es eines der zentralen Anliegen der Informationsgesellschaftsrichtlinie, deren Bestimmungen, insbesondere zum Schutz Technischer Schutzmaßnahmen einheitlich für die gesamte Union umzusetzen.¹¹⁹⁴

Nichtsdestotrotz lassen sich auch nach der Umsetzung der Informationsgesellschaftsrichtlinie in nationales Recht noch erhebliche Unterschiede zwischen den entsprechenden Regelungen der Mitgliedstaaten ausmachen, was mitunter auf *unpräzise Formulierungen* im Richtlinientext zurückzuführen ist.¹¹⁹⁵ So vermag etwa die *Definition technischer Schutzmaßnahmen* in Art. 6 Abs. 3 IGRL nicht restlos zu überzeugen.¹¹⁹⁶

Oftmals scheinen aber die Mitgliedstaaten die Regelungen der Informationsgesellschaftsrichtlinie auch nur *falsch umgesetzt* zu haben. So wird der *Zusammenhang zwischen dem Schutz der TPM und dem Schutz des materiellen Urheberrechts* in den Mitgliedstaaten nicht einheitlich bestimmt, obwohl es nach Art. 6 Abs. 3 IGRL nicht auf die (auch gesetzliche) Erlaubtheit einer durch die Umgehung ermöglichten Nutzungshandlung, sondern auf die Genehmigung des Rechtsinhabers ankommt.¹¹⁹⁷ Ohne hier auf die materielle Richtigkeit der Lösung in der Informationsgesellschaftsrichtlinie eingehen zu wollen, kann festgestellt werden, dass ein unmittelbar anwendbares Europäisches Urheberrecht anders als die Richtlinie zumindest dafür sorgen würde, dass sich solche Fehler – denn unter rechtstechnischen Gesichtspunkten sind nicht gewollte

1194 Vgl. *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 734.

1195 So auch *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 37.

1196 Die Frage etwa, wann eine Technische Schutzmaßnahme als „wirksam“ anzusehen und daher geschützt ist und ob der rechtliche Schutz auch Zugangskontrollmechanismen umfasst, wird von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich beantwortet. Vgl. *Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn*, Impact of Directive 2001/29/EC on Online Business Models, 75 f.

1197 Manche Mitgliedstaaten verlangen demgegenüber, dass eine Technische Schutzmaßnahme objektiv der Verhinderung von Urheberrechtsverstößen dienen muss; vgl. *Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn*, Impact of Directive 2001/29/EC on Online Business Models, 75 und 79. Zum Teil wird diesbezüglich auch zwischen Umgehungshandlungen (Zusammenhang mit Urheberrechtsverstoß erforderlich) und Vorbereitungshandlungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 Informationsgesellschaftsrichtlinie (Zusammenhang nicht erforderlich) unterschieden; vgl. *Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn*, Impact of Directive 2001/29/EC on Online Business Models, 97.

abweichende Umsetzungen auf nationaler Ebene nichts anderes als Fehler – zumindest nicht auf der Ebene der Gesetzgebung einschleichen.¹¹⁹⁸

Auch in der Informationsgesellschaftsrichtlinie werden einige wichtige *Fragen bewusst offengelassen* und somit der Entscheidung durch die Mitgliedstaaten überlassen.¹¹⁹⁹ Dies gilt etwa für das komplizierte *Verhältnis von urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen und Technischen Schutzmaßnahmen*, dessen sich die Informationsgesellschaftsrichtlinie mit Art. 6 Abs. 4 angenommen hat.¹²⁰⁰ Danach müssen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 IGRL zwar dafür Sorge tragen, dass die Rechteinhaber den begünstigten einiger ausgewählter Schrankenbestimmungen die gesetzlich erlaubte Nutzung ermöglichen. Im Übrigen bleibt das Verhältnis zwischen Schranken und Technischen Schutzmaßnahmen aber ungeklärt. Da Technische Schutzmaßnahmen verhindern können, dass Nutzer von einer urheberrechtlichen Schranke Gebrauch machen,¹²⁰¹ und da Schranken wie schon gesehen durchaus wirtschaftliche Bedeutung und damit Binnenmarktrelevanz entfalten können, ist es von einem Binnenmarktstandpunkt aus betrachtet aber unbefriedigend, wenn es letztlich den Mitgliedstaaten überlassen bleibt, den Vorrang entweder der urheberrechtlichen Schranken oder des Schutzes technischer Schutzmaßnahmen festzulegen.¹²⁰²

Auch die Frage, wie der Vorrang der durchsetzungsstarken Schranken letztlich gegen Technische Schutzmaßnahmen realisiert wird, wird in der Informationsgesellschaftsrichtlinie nicht behandelt, was zu in der Praxis sehr divergierenden Lösungen in den Mitgliedstaaten führt.¹²⁰³

1198 Allgemein zu diesem Problem oben, § 8.1.2.f)bb).

1199 Allgemein zu diesem Problem oben, § 8.1.2.g)aa).

1200 Hierzu *Hilty*, MMR 2002, 577. Speziell zur Onlineverbreitung von Werken *Hilty*, Die Umsetzung der Informationsgesellschaftsrichtlinie in Deutschland, 58 ff.

1201 Technische Schutzmaßnahmen können auf rein faktischem Wege eine Schrankenbestimmung aushebeln, indem sie eine an sich durch eine Schranke gedeckte und daher gesetzlich gestattete Nutzung verhindern. Ausführlich zu diesem Problem *Rigamonti*, GRUR Int. 2005, 1, 4 ff.; *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 820. Kritisch auch *Hilty*, RIDE 2006, 353, 355.

1202 Im Hinblick auf die Privatkopieschranke etwa ist es den Mitgliedstaaten gemäß Art. 6 Abs. 4 UAbs. 2 IGRL freigestellt, ob sie diese durchsetzungsstark gegenüber TPM ausgestalten wollen oder nicht. Hierzu *Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn*, Impact of Directive 2001/29/EC on Online Business Models, 111.

Angesichts der schon angesprochenen wirtschaftlichen Bedeutung der Privatkopieschranke überzeugt dieses Ergebnis nicht.

1203 Einige Mitgliedstaaten gewähren nur den individuell Begünstigten einen Rechtsanspruch auf Ermöglichung der Nutzung, andere dehnen diesen Anspruch auch auf Interessenverbände aus. In wieder anderen Mitgliedstaaten kann sich der Nutzer an eine Behörde wenden, die dann die Befugnis hat, von den Rechtsinhabern

Wenn die fehlende Präzision des *acquis* und die den Mitgliedstaaten bewusst gelassenen Freiräume zu einem unbefriedigenden Grad an Einheitlichkeit in den nationalen Urheberrechten führen, so lassen sich darüber hinaus auch auf dem Feld der Technischen Schutzmaßnahmen Belege dafür finden, dass das sequentielle und sektorielle Vorgehen des Unionsgesetzgebers zu *Friktionen innerhalb des acquis* führt.¹²⁰⁴ Der rechtliche Schutz von Technischen Schutzmaßnahmen nach der Informationsgesellschaftsrichtlinie unterscheidet sich nämlich deutlich von dem nach der Computerprogrammrichtlinie.

Während Art. 6 Abs. 1 IGRL etwa Schutz gegen die eigentliche Umgehungshandlung bietet, sofern diese vorsätzlich oder grob fahrlässig vorgenommen wird, sieht die Computerprogrammrichtlinie nur einen Schutz gegen bestimmte Vorbereitungshandlungen im Zusammenhang mit Umgehungsmitteln vor. Zudem werden nach Art. 7 Abs. 1 lit. c CPRL Technische Programmschutzmechanismen nur dann gegen Umgehungsmittel geschützt, wenn diese *allein* dazu bestimmt sind, unerlaubte Beseitigungen zu ermöglichen. Demgegenüber wird nach Art. 6 Abs. 2 IGRL Rechtsschutz gegen Vorbereitungshandlungen zur Umgehung Technischer Schutzmaßnahmen schon dann gewährt, wenn eine Vorrichtung oder Dienstleistung *hauptsächlich* für den Zweck der Umgehung entwickelt wird, daneben nur einen *begrenzten wirtschaftlichen Zweck* hat oder *unter diesem Gesichtspunkt beworben* wird. Möglicherweise haben die Erfahrungen, die man mit dem Rechtsschutz Technischer Schutzmaßnahmen im Softwarebereich gemacht hat, die Ausgestaltung der entsprechenden Regelungen in der Informationsgesellschaftsrichtlinie geprägt. Die internationalen Verpflichtungen aufgrund der WIPO-Verträge haben die Verschärfungen des Schutzes jedenfalls nicht zwingend vorgegeben.¹²⁰⁵

Sicherlich ist – unabhängig von der Frage der materiell-rechtlich richtigen Ausgestaltung des Schutzes Technischer Schutzmaßnahmen – gegen eine Fortentwicklung urheberrechtlicher Regelungen nichts einzuwenden, jedoch wäre es allemal vorzugswürdig, wenn der schon bestehende *acquis*, in diesem Fall

die Ermöglichung der Nutzung durch den Begünstigten zu verlangen. Schließlich sehen manche Staaten auch ein Selbsthilferecht zugunsten der Schrankenbegünstigten vor. Vgl. *Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn*, Impact of Directive 2001/29/EC on Online Business Models, 106; *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 37. Entsprechend dem von der Informationsgesellschaftsrichtlinie gelassenen Freiraum haben nicht alle Mitgliedstaaten Durchsetzungsmechanismen zugunsten der Privatkopieschranke eingeführt. Vgl. *Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn*, Impact of Directive 2001/29/EC on Online Business Models, 132.

1204 Allgemein zu diesem Problem oben, § 8.I.2.f)aa).

1205 Hierzu *Rigamonti*, GRUR Int. 2005, 1, 7.

also die bestehenden Regelungen zum Schutz von TPM in der Softwarerichtlinie, den neuen Regelungen angepasst würden. Der sektorielle Aufbau des *acquis* und sein sequentielles Entstehen haben den Richtliniengeber aber auch in diesem Bereich dazu verleitet, den *acquis* unangetastet zu lassen. Das Ergebnis dieser Vorgehensweise sind unterschiedliche Regelungen für letztlich dasselbe rechtliche Problem, was dort zu Problemen führt, wo sich die Anwendungsgebiete mehrerer Richtlinien überschneiden.¹²⁰⁶

3. Auswirkungen der Rechtsunterschiede auf den Binnenmarkt

Auch für den Schutz Technischer Schutzmaßnahmen muss geprüft werden, ob sich die diesbezüglich festgestellten Rechtsunterschiede auf den Binnenmarkt auswirken. Dieser Frage muss besondere Aufmerksamkeit gelten, weil die Regelungen über Technische Schutzmaßnahmen anders als die bislang untersuchten Bereiche des materiellen Urheberrechts nicht dem Kernbereich des Urheberrechts zugerechnet werden können. Regelungen über Technische Schutzmaßnahmen und die Bedingungen, unter denen diese verwendet werden können, betreffen anders als etwa die Verwertungsrechte nicht schon die Frage, ob eine Verwertung eines Werkes zulässig ist, sondern erst auf einer nachfolgenden Ebene die Art und Weise der Verwertung. Die Frage, ob Technische Schutzmaßnahmen geschützt werden, kann unter Umständen über neue Möglichkeiten der Verwertung entscheiden, nicht aber darüber, ob eine Verwertung überhaupt möglich ist. Regelungen über den Schutz Technischer Schutzmaßnahmen bewegen sich demnach eher im Bereich der Regelungen über Verkaufsmodalitäten. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Regelungen über Verkaufsmodalitäten aber nur dann als Beeinträchtigungen der Verkehrsfreiheiten anzusehen, wenn sie sich als Marktzutrittshindernisse auswirken.¹²⁰⁷ Geprüft werden muss demnach, inwieweit die festgestellten Unterschiede über den Schutz technischer Schutzmaßnahmen Marktzutrittshindernisse im grenzüberschreitenden Verkehr darstellen.

1206 Hierzu kann es etwa bei Multimediawerken kommen, die sowohl geschützte Software als auch andere Werke beinhalten. Hierzu *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 73 und 161.

1207 Vgl. *Leible/T. Streinz* in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 34 AEUV Rn. 74 ff.

Aus Sicht der *Rechtsinhaber* dürfte vor allem die Frage des *Verhältnisses des Schutzes von TPM zum materiellen Urheberrecht* und hier insbesondere zu den urheberrechtlichen Schranken von Bedeutung sein.

Werden Schutzmechanismen absolut, also unabhängig von der urheberrechtlichen Rechtslage geschützt und gilt der Rechtsschutz auch für bloße Zugangsmechanismen, haben die *Rechtsinhaber* freie Hand, mittels TPM genaue Vorgaben für die Nutzung eines Werkes zu machen, selbst wenn sie damit weit über die ihnen urheberrechtlich zustehenden Prärogativen hinausgehen. Sie können dann etwa mittels rechtlich geschützter TPM die Anzahl und Art und Weise der Nutzungen oder der bloßen Zugänge zum Werk kontrollieren, also wie oft beispielsweise ein Film angesehen oder ein Musikstück gehört wird und mit Hilfe welchen Endgerätes. Dies eröffnet gegebenenfalls Möglichkeiten für ganz neue Geschäftsmodelle bei der Werkverwertung.¹²⁰⁸

In Staaten, die keinen absoluten Schutz gewähren, weil sie etwa Schrankenbestimmungen durchsetzungsstark ausgestaltet haben oder bloße Zugangsmechanismen nicht schützen, ist dann von Bedeutung, wie der Vorrang des Urheberrechts durchgesetzt wird. In manchen Staaten müssen *Rechtsinhaber* damit rechnen, auf Ermöglichung eines schrankenmäßigen Gebrauchs in Anspruch genommen zu werden. In anderen wird es dagegen von einer Behörde abhängen, inwiefern eine entsprechende Verpflichtung umgesetzt werden muss. Und schließlich müssen die *Rechtsinhaber* in Staaten, die ein Selbsthilferecht zugunsten von Schrankenbegünstigten vorsehen, mit für sie unkontrollierbaren, legalen Umgehungshandlungen der Nutzer rechnen. Ob und inwieweit sich der Einsatz von Technischen Schutzmaßnahmen lohnt oder ob im Hinblick auf drohende Inanspruchnahmen (auf Nutzungsermöglichung) oder Wirkungslosigkeit (wegen eines Selbsthilferechts) auf diese verzichtet werden sollte, hängt entscheidend vom Maße des gewährten rechtlichen Schutzes ab.

Der *Zugang* der *Rechtsinhaber* zu nationalen Verwertungsmärkten dürfte vom Schutz Technischer Schutzmaßnahmen indes nicht abhängen. An ein Marktzutrittshindernis durch nationale Gesetzgebung ließe sich allenfalls dann denken, wenn der Einsatz bestimmter TPM – etwa solcher, die auch durch urheberrechtliche Schranken gestattete Nutzungen verhindern oder die Anzahl der Nutzungen beschränken – verboten wäre. Denn dann dürften entsprechend versehene Produkte, die in einem anderen Mitgliedstaat zugelassen wären, nicht in dem betreffenden Land vertrieben werden. Zwar mag die Möglichkeit, Techni-

1208 Ausführlich hierzu etwa *Dufft/Bohn/Stiehler*, Digital Video Usage and DRM.

sche Schutzmaßnahmen mehr oder weniger frei einzusetzen, die wettbewerbliche Situation der Rechtsinhaber beeinflussen, jedoch dürfte hierbei die Schwelle der Spürbarkeit noch nicht erreicht sein. Die wettbewerbliche Situation der Rechtsinhaber wird eher durch andere Faktoren beeinflusst als durch die Möglichkeiten des Einsatzes von TPM.

Die Entscheidung der Rechtsinhaber über den Einsatz von TPM hat allerdings erheblichen Einfluss auf die Absatzmöglichkeiten der *Anbieter entsprechender Schutzmechanismen*. Deshalb dürfte auch deren Verhalten am Markt stark von der Regelung des Schutzes von TPM abhängen. Werden Technische Schutzmaßnahmen absolut geschützt, besteht für deren Anbieter womöglich weniger Anreiz, diese im Hinblick auf sich fortentwickelnde Umgehungsmittel ebenfalls weiterzuentwickeln. Ist dagegen kein absoluter Schutz vorgesehen und sogar die Umgehung legal möglich, wird dies den Wettlauf zwischen Anbietern von TPM und Anbietern von Umgehungsmitteln anheizen. Aus der unterschiedlichen rechtlichen Behandlung von Technischen Schutzmaßnahmen können sich sogar Marktzutrittshindernisse ergeben. Wenn etwa bestimmte Schranken nach der nationalen Gesetzgebung durchsetzungsstark ausgestaltet werden, müssen die Anbieter von TPM Möglichkeiten erarbeiten, wie den Nutzern der durch die Schranken gestattete Gebrauch eines Werkes trotz der technischen Sperre ermöglicht werden kann. Bieten sie eine solche Möglichkeit nicht, wird der Einsatz solcher TPM für Rechtsinhaber unter Umständen unattraktiv.

Noch stärker dürften die Gegenspieler der Anbieter von Schutzmechanismen, also die *Anbieter von Umgehungsmitteln* vom rechtlichen Status Technischer Schutzmaßnahmen und insbesondere von dem Verhältnis des TPM-Schutzes zum Urheberrecht abhängen. Wird die Durchsetzung von Schrankenbestimmungen über ein Selbsthilferecht der Nutzer geregelt, wird die Nachfrage nach Umgehungsmitteln naturgemäß größer sein, als wenn sich die Nutzer stattdessen an den Verwender der TPM zu wenden haben. Sind dagegen Vorbeurteilungshandlungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 IGRL wie die Herstellung oder der Vertrieb von Umgehungsmitteln in einem Mitgliedstaat generell und auch ohne Verknüpfung mit illegalen Nutzungshandlungen verboten, ergeben sich hieraus echte Marktzugangshindernisse.

Zu denken ist auch an die Situation der *Nutzer*, die im Rahmen mancher Schrankenbestimmungen durchaus auch kommerzielle Interessen verfolgen können. Von der schnellen und günstigen Durchsetzbarkeit der sie begünstigenden Schranke gegenüber TPM hängt es ab, ob von einer Schranke überhaupt und mit angemessenem Aufwand und in angemessener Zeit Gebrauch gemacht werden kann.

Die rechtliche Behandlung Technischer Schutzmaßnahmen wirkt sich also auf die wettbewerbliche Situation aller an der Verwertung von TPM-geschützten Werken Beteiligten aus. Beeinträchtigungen der Verkehrsfreiheiten, die zu Marktzutrittshindernissen führen, oder spürbare Wettbewerbsverzerrungen ergeben sich aber wohl nicht für Rechtsinhaber und Nutzer, sondern nur für TPM-Hersteller und Hersteller von Umgehungsmitteln. Vom Standpunkt eines anzustrebenden *urheberrechtlichen* Binnenmarktes erscheint die Relevanz von Regelungen zum Schutze Technischer Schutzmaßnahmen daher fraglich.

Allerdings könnte man argumentieren, dass die Geltung einer urheberrechtlichen Schranke letztlich von ihrer Durchsetzbarkeit auch gegenüber Technischen Schutzmaßnahmen abhängt. Wenn aber die urheberrechtlichen Schranken wie schon festgestellt unter Umständen binnenmarktrelevant sind, dann muss auch der rechtliche Schutz von TPM als binnenmarktrelevant angesehen werden, soweit er die Wirkung einer Schranke aushebeln kann.

Wegen der Relevanz des Schutzes Technischer Schutzmaßnahmen für den Binnenmarkt – des urheberrechtlichen, aber vor allem des Binnenmarktes der Anbieter von TPM und derjenigen von Umgehungsmitteln – kann der *acquis* unter kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten kaum beanstandet werden. Somit genügen die naheliegenden Beeinträchtigungen des Binnenmarktes für TPM-Hersteller und Hersteller von Umgehungsmitteln, um die entsprechenden Regelungen in der Informationsgesellschaftsrichtlinie zu rechtfertigen.

Ein Europäisches Urheberrecht, das auf Art. 118 AEUV gestützt würde, sollte demgegenüber entsprechende Regelungen nicht unbedingt enthalten, weil diese Grundlage ausdrücklich Kompetenz nur für die Schaffung von Rechtstiteln des geistigen Eigentums verleiht. Zwar ließen sich Regelungen zu TPM zusätzlich auf die allgemeine Binnenmarktkompetenz stützen. Es stellt sich aber die Frage, ob das Urheberrecht tatsächlich der richtige Ort ist, um den Schutz Technischer Schutzmaßnahmen zu regeln. Im Hinblick auf die Auswirkungen des TPM-Schutzes auf die urheberrechtlichen Schranken sollte ein Europäisches Urheberrecht aber deren Verhältnis zueinander regeln. So könnte es beispielsweise bestimmen, dass urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen Vorrang vor einem allfälligen Schutz Technischer Schutzmaßnahmen gebührt.

4. Zwischenergebnis zum Schutz Technischer Schutzmaßnahmen

Auch die Regelungen des Schutzes Technischer Schutzmaßnahmen im Unionsrecht weisen Schwachstellen auf, die zu Ungereimtheiten innerhalb des *acquis*

und zu verbleibenden Rechtsunterschieden zwischen den nationalen Rechtsordnungen führen. Der Binnenmarktbezug von Regelungen zum TPM-Schutz erscheint unter urheberrechtlichen Gesichtspunkten nicht ganz unproblematisch, kann aber im Hinblick auf die Hersteller von TPM und Umgehungsmitteln bejaht werden. Ein Europäisches Urheberrecht sollte sich demnach darauf beschränken, das Verhältnis von urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen und TPM zu regeln.

VIII. Urhebervertragsrecht

Der Urheber ist bei der wirtschaftlichen Verwertung seines Werkes bekanntlich in aller Regel auf die Hilfe eines VerwerTERS angewiesen.¹²⁰⁹ Bei entsprechenden vertraglichen Beziehungen bedarf der Urheber als die typischerweise schwächere Partei¹²¹⁰ des Schutzes, der über Tarifverträge oder aber über das Vertragsrecht erreicht werden kann.¹²¹¹ Dieser Schutz wird über das *primäre Urhebervertragsrecht*, also diejenigen urhebervertragsrechtlichen Regelungen, die die Beziehungen zwischen Urheber und Verwerter betreffen, gewährleistet.

Daneben sind aber auch die Beziehungen zwischen Verwertern und Nutzern in zunehmendem Maße Gegenstand von vertraglichen Vereinbarungen. Die Verbreitung von urheberrechtlich geschützten Werken über das Internet ermöglicht es den Verwertern, die Bedingungen einer Nutzung durch den Verbraucher vertraglich festzulegen.¹²¹² Solche Vertragsbedingungen überlagern die gesetzlichen Regelungen und werfen daher auch in diesem Verhältnis die Frage auf, wie weit urheberrechtliche Bestimmungen abbedungen werden können sollen. Hier greift das *sekundäre Urhebervertragsrecht*, das sich mit den Beziehungen zwischen Rechtsinhabern und Nutzern befasst.¹²¹³

1209 Hilty, GRUR 2009, 633, 633; Junker, Ein neues Urhebervertragsrecht, 75; Schack, Urheberrecht, Rn. 1068 ff.

1210 Schack, Urheberrecht, Rn. 1080.

1211 Schack, Urheberrecht, Rn. 1081 ff.

1212 Vgl. Hilty, GRUR 2009, 633, 634.

1213 Tatsächlich geht das Urheberrecht traditionell jedoch von einer Zweierbeziehung zwischen Kreativem und Nutzern aus, was der heutigen Realität der Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke längst nicht mehr entspricht. Vgl. ausführlich hierzu Hilty, GRUR 2009, 633, 633 f.

1. Vereinheitlichung aufgrund internationaler Konventionen

Die internationalen Konventionen behandeln das Urhebervertragsrecht kaum.¹²¹⁴ Bestimmten Vorschriften der RBÜ lassen sich jedoch Folgerungen für deren Konzept vertraglicher Beziehungen im Bereich des Urheberrechts entnehmen. So bestimmt Art. 6 bis Abs. 1, dass dem Urheber die dort bezeichneten urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse „unabhängig von seinen vermögensrechtlichen Befugnissen und selbst nach deren Abtretung“ erhalten bleiben. Die Vorschrift geht also von der Möglichkeit der Übertragung der Verwertungsrechte aus.¹²¹⁵

Darüber hinaus enthält die RBÜ jedoch auch einige materielle urhebervertragsrechtliche sowie kollisionsrechtliche Regelungen.¹²¹⁶ Diese recht spärlichen Vorgaben der RBÜ hindern die Verbandsländer nicht daran, weitergehende, den Urheber in seiner Verfügungsmacht über seine Rechte einschränkende Bestimmungen vorzusehen, wenn dies dem Interesse des Urhebers dient.¹²¹⁷ Aufgrund der RBÜ ergeben sich also geringe Vorgaben für ein Urhebervertragsrecht auf nationaler oder Unionsebene.

2. Vereinheitlichung innerhalb der Europäischen Union

Auch der urheberrechtliche *acquis* enthält keine umfassende Regelung des Urhebervertragsrechts.¹²¹⁸ Vereinzelt enthält der *acquis* aber Regelungen mit urhebervertragsrechtlichem Gehalt.

1214 *Katzenberger*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 235.

1215 Hierzu *Katzenberger*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 236.

1216 Hierzu ausführlich *Katzenberger*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 236 ff. Art. 11 bis Abs. 3 S. 1 RBÜ enthält die Vermutung, dass die Erlaubnis des Urhebers, sein Werk zu senden oder das gesendete Werk öffentlich wiederzugeben, nicht das Recht umfasst, das Werk auch auf Bild- oder Tonträger aufzunehmen. Nach Art. 14 bis Abs. 2 lit. b RBÜ wird vermutet, dass der Filmhersteller berechtigt ist, bestimmte Verwertungsrechte anderer Mitwirkender auszuüben, sofern das nationale Urheberrecht diese Mitwirkenden an dem Filmwerk als Urheber anerkennt. Art. 14 ter Abs. 1 RBÜ bestimmt, dass das Folgerecht bildender Künstler unveräußerlich ist. Eine kollisionsrechtliche Regelung enthält Art. 14 bis Abs. 2 lit. c RBÜ zu der Frage, welches Recht die Form einer Vereinbarung bestimmt, in welcher sich ein Mitwirkender verpflichtet, Beiträge zu einem Filmwerk zu erbringen.

1217 *Katzenberger*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 246 f.

1218 *Schack*, ZGE 2009, 275, 279. Zur Computerprogrammrichtlinie *Lesshaft/Ulmer*, CR 1991, 519, 521. Zur Schutzdauerrichtlinie *Junker*, Ein neues Urhebervertragsrecht, 87.

a) Weitgehende Aussparung des Urhebervertragsrecht

Zum Teil bestimmen die Richtlinien, dass ihre jeweiligen Regelungen dem Vertragsrecht „nicht entgegen“ stehen¹²¹⁹ oder betonen den Grundsatz der Vertragsfreiheit.¹²²⁰

In diesem Sinne sind auch Regelungen zu verstehen, die an der Verkehrsfähigkeit des Urheberrechts festhalten und daher nur klarstellende Bedeutung haben,¹²²¹ weil die Art und Weise sowie die Grenzen der Rechtseinräumung oder -übertragung nach nationalem Recht unangetastet bleiben.¹²²²

Zum Teil werden vertragsrechtliche Bestimmungen auch ausdrücklich der Regelung durch die Mitgliedstaaten überlassen. So behält es ErwG 24 SDRL ausdrücklich den Mitgliedstaaten vor, die Auswirkungen eventueller Schutzfristverlängerungen im Zuge der Harmonisierung durch die Schutzdauerrichtlinie auf bestehende Verwertungsverträge zu regeln, obwohl die nationalen Rechtsordnungen in dieser Frage recht unterschiedliche Vorschriften enthalten.¹²²³

1219 So etwa Art. 8 UAbs. 1 CPRL; hierzu *passim* Cornish, Columbia VLA J. L. & the Arts 21/1 (1996), 1, 7 Fn. 30.

1220 So Art. 3 Abs. 1 und Art. 8 sowie ErwG 16 SKRL; vgl. hierzu Benabou, Droit d’auteur et droit communautaire, Rn. 585 f.

1221 Art. 3 Abs. 3 VVRL etwa bestimmt, dass Vermiet- und Verleihrecht übertragen oder lizenziert werden können. Nach von Lewinski, Vertragsrecht, 51, handelt es sich nur um eine Klarstellung. Demgegenüber will Comte, RIDA 158 (1993), 2, 45, der Vorschrift immerhin entnehmen, dass hierzu eine ausdrückliche Vereinbarung erforderlich ist. Für die Verwertungsrechte der Inhaber verwandter Schutzrechte bestimmen Art. 9 Abs. 4 VVRL und der inzwischen aufgehobene Art. 7 Abs. 2 VVRL-1992 ebenfalls, dass eine Übertragung möglich ist.

1222 von Lewinski in: Walter, Europäisches Urheberrecht, Art. 2 VVRL Rn. 26 f.

1223 Hierzu Walter in: Walter, Europäisches Urheberrecht, Art. 10 SDRL Rn. 30; vgl. auch Maier, RMUE 2/1994, 49, 78.

Das Fehlen eindeutiger urhebervertraglicher Regelungen hinsichtlich der Wirkungen der Schutzfristverlängerung mag vor dem Hintergrund, dass der urheberrechtliche *acquis* keine umfassende Regelung des Urhebervertragsrechts enthält, konsequent erscheinen; so Walter in: Walter, Europäisches Urheberrecht, Art. 10 SDRL Rn. 30. In Fällen, in denen bereits Verträge über die Verwertung eines Werkes bestehen, was jedenfalls auf lukrativ zu verwertende Werke zutreffen wird, bleibt so aber die Frage, wem die Schutzfristverlängerungen letztlich zugute kommen, der Entscheidung durch die nationalen Gesetzgeber überlassen.

Zu Recht wird darauf verwiesen, dass sich den ErwG 6, 11 und 12 SDRL immerhin entnehmen lasse, dass die Richtlinie von einer angemessenen Beteiligung der Kreativen an den Mehrerlösen aus der Schutzfristverlängerung „ausgegangen“ ist; in diesem Sinne Walter in: Walter, Europäisches Urheberrecht, Art. 10 SDRL Rn. 31, der aber auch auf den nicht bindenden Charakter der Erwägungsgründe hinweist.

b) Vereinzelte urhebervertragsrechtliche Normen

Auch wenn sich der *acquis* zumeist darauf beschränkt, urhebervertragsrechtliche Grundsätze zu wiederholen und im übrigen hinsichtlich des Urhebervertragsrechts auf die nationalen Urheberrechte zu verweisen, finden sich doch vereinzelte Normen mit urhebervertragsrechtlichem Gehalt.

aa) Urhebervertragsrechtliche Bestimmungen im Verhältnis zwischen Kreativen und Verwertern

Dies gilt zunächst einmal für das Verhältnis zwischen Kreativen und Verwertern.

Einerseits wird durch urhebervertragsrechtliche Vorschriften die rechtsgeschäftliche Übertragung des Urheberrechts oder von Nutzungsrechten erleichtert, nämlich durch die Übertragungsvermutung zulasten der ausübenden Künstler nach Art. 3 Abs. 4–6 VVRL, die jedenfalls in regelungstechnischer Hinsicht nicht zu überzeugen vermag.¹²²⁴

1224 Zwar müssen die Mitgliedstaaten an sich nach Art. 3 Abs. 4 VVRL eine widerlegliche Vermutung vorsehen, wonach ein ausübender Künstler, der sich zur Mitwirkung an einem Film verpflichtet, sein Vermietrecht abtritt, jedoch erlaubt es Art. 3 Abs. 6 VVRL den Mitgliedstaaten auch, stattdessen eine entsprechende Fiktion einzuführen, sofern der Vertrag schriftlich geschlossen wird und eine angemessene Vergütung für die Vermietung bestimmt; hierzu *von Lewinski*, Vertragsrecht, 52; *von Lewinski*, Rechtswahrnehmung, 221 f.; *von Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 2 VVRL Rn. 34; *Benabou*, Droit d’auteur et droit communautaire, Rn. 513 f. Die Frage, ob die Vermutung widerleglich auszugestalten ist oder als Fiktion, wird also keiner Entscheidung zugeführt.

In regelungstechnischer Hinsicht wenig überzeugend ist auch, dass diese Übertragungsvermutung nach Art. 3 Abs. 5 VVRL nur fakultativ auch auf Urheber angewendet werden kann; hierzu *von Lewinski*, Rechtswahrnehmung, 222; *von Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 2 VVRL Rn. 49. Denn die Einführung einer solchen Vermutung führt letztlich dazu, dass dem Urheber statt eines ausschließlichen Vermietrechts nur noch ein Vergütungsanspruch zusteht, und ist daher von erheblicher Bedeutung für eine Verwertung; hierzu *Comte*, RIDA 158 (1993), 2, 47.

Gleiches gilt für die nur fakultative Ausweitung der Regelung auf die übrigen Verwertungsrechte der ausübenden Künstler gemäß Art. 3 Abs. 6 S. 2 VVRL; hierzu *von Lewinski*, Vertragsrecht, 53; *von Lewinski*, Rechtswahrnehmung, 222; *von Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 10 VVRL Rn. 9 ff.; *Benabou*, Droit d’auteur et droit communautaire, Rn. 514. Selbst die Frage, ob eine entsprechende Vermutung auch im Verhältnis der ausübenden Künstler einerseits und der Tonträgerhersteller oder Sendeunternehmen andererseits möglich ist, wird

Andererseits wird die Übertragung von Rechten jedoch auch zum Schutze der strukturell schwächeren Partei erschwert. Der Anspruch von Urhebern und ausübenden Künstlern auf angemessene Vergütung für die Vermietung ist nämlich gemäß Art. 5 Abs. 1 und 2 VVRL unübertragbar und unverzichtbar.¹²²⁵ Bei der Vorschrift handelt es sich um die wohl einzige Bestimmung im urheberrechtlichen *acquis*, die die Vertragsfreiheit zugunsten der Urheber einschränkt,¹²²⁶ die aber die Frage, wie die Mitgliedstaaten die Unübertragbarkeit des Vergütungsanspruchs sicherstellen sollen, offenlässt.¹²²⁷

Wiederum geleitet von dem Wunsch, die grenzüberschreitende Verwertung von audiovisuellen Werken zu fördern, hat die Kommission die Frage der Rechteerläuterung und -übertragung wieder aufgegriffen, weil sie sich hiervon eine Erleichterung der Lizenzierung verspricht.¹²²⁸ Die Kommission selbst spricht von einem Flickenteppich auf diesem Feld des Urheberrechts, der grenzüberschreitende Aktivitäten erschwere. Dies lässt erwarten, dass sich die Kommission diesem Gebiet erneut zuwenden wird. Zu hoffen ist, dass sie hierbei einen

durch die Richtlinie nicht abschließend entschieden, wie ErwG 15 VVRL ausdrücklich klarstellt; hierzu *von Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 10 VVRL Rn. 14.

Zusammenfassend ergibt sich der Befund, dass die Übertragungsvermutung der Vermiet- und Verleihrichtsrichtlinie bedeutende Freiräume lässt, die zu unterschiedlichen Regelungen in den Mitgliedstaaten führen können. Wenn der Richtliniengeber von der materiellrechtlichen Richtigkeit einer solchen Vermutung überzeugt war, dann wäre es konsequent gewesen, diese Lösung zwingend vorzusehen.

1225 Hierzu *von Lewinski*, Vertragsrecht, 54 f.; *von Lewinski*, Rechtswahrnehmung, 223 f. Lediglich für Verwertungsgesellschaften, auf die der Anspruch zur Wahrnehmung übertragen werden kann, macht Art. 5 Abs. 3 VVRL eine Ausnahme.

1226 *von Lewinski*, Rechtswahrnehmung, 223. Positiv zu der Regelung *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 27.

1227 In Betracht kommen neben zwingenden urhebervertragsrechtlichen Lösungen auch solche im Rahmen von Tarifverträgen oder über einen gesetzlichen Vergütungsanspruch, der nur durch Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden kann; vgl. *von Lewinski*, GRUR Int. 1991, 104, 109; *von Lewinski*, Vertragsrecht, 55; *von Lewinski*, Rechtswahrnehmung, 223 f.; *von Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 4 VVRL Rn. 23. Die Unbestimmtheit der Richtlinie auch in diesem Punkt muss wiederum als Manko betrachtet werden, wenn sich auch aus der Regelung einer möglichen Wahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften nach Art. 5 Abs. 3 und 4 VVRL eine Tendenz der Richtlinie zu einer Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit herauslesen lässt; in diesem Sinne *von Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 4 VVRL Rn. 23.

1228 Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt, KOM (2011) 427, 17 und 19, Frage 15.

globalen Ansatz wählt und sich nicht nur auf audiovisuelle Werke beschränken wird.

bb) Urhebervertragsrechtliche Bestimmungen im Verhältnis zu den Nutzern

Der *acquis* behandelt aber nicht nur Fragen der Rechteübertragung und damit das Verhältnis zwischen Kreativen und Verwertern, sondern auch das Verhältnis zu den Nutzern – allerdings in sehr bescheidenem Maße.¹²²⁹

In diesem Verhältnis spielen die urheberrechtlichen Schranken wie schon gesehen eine wichtige Rolle.¹²³⁰ Die zunehmende Verwertung von Werken über das Internet ermöglicht es den Rechteinhabern erstmals, die Nutzungsbedingungen eines Werkes mit den jeweiligen Nutzern vertraglich zu vereinbaren.¹²³¹ Dies wirft die Frage auf, ob die gesetzlichen Schrankenbestimmungen als zwingend zu betrachten sind oder ob sie vertraglich abbedungen werden können, eine Frage, die sich bei der klassischen Verwertung kaum stellte, da der Rechteinhaber etwa beim Vertrieb von Büchern oder CDs nicht vertraglich mit dem Nutzer verbunden war.¹²³²

Vom sekundären Urhebervertragsrecht sollte daher auch auf Unionsebene insbesondere eine Antwort auf die Frage erwartet werden, inwiefern gesetzliche Schrankenbestimmungen zur Disposition der Vertragsparteien stehen. In der Tat bestimmt Art. 8 UAbs. 2 CPRL auch, dass die Bestimmungen der Richtlinie über Schranken des Urheberrechts an Computerprogrammen in Art. 5 Abs. 2 und 3 sowie Art. 6 CPRL nicht vertraglich abbedungen werden können.¹²³³ Im

1229 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 638.

1230 Zu Möglichkeiten, das Verhältnis zu den Nutzern anders als durch Schranken und vertragsrechtliche Normen zu regeln, vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 636 ff.

1231 Lehrreich hierzu *Vinje*, EIPR 1999, 192, 194 f., und *Hilty*, Urheberrecht, Rn. 216. Vgl. auch *Spoor*, General Aspects of Exceptions and Limitations, 37; *Hugenholz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 67. Kritisch im Hinblick auf die hierdurch bedingte Verschiebung des gesetzlich austarierten Interessengleichgewichts *Ginsburg*, 41 J. Copyr. Soc. (1994), 326; *Wiese*, EIPR 2002, 387, 394; *Guibault*, Pre-Emption Issues in the Digital Environment, 225.

1232 *Vinje*, EIPR 1999, 192, 194.

1233 Hierzu *von Lewinski*, Rechtswahrnehmung, 224 f. Unsicherheiten bestehen hinsichtlich des zwingenden Charakters der Schranke des Art. 5 Abs. 1 CPRL, die von Art. 8 UAbs. 2 CPRL nicht erfasst wird. Dem ließe sich *e contrario* entnehmen, dass die Schranke nach Art. 5 Abs. 1 CPRL zur Parteidisposition steht. Hierfür spricht auch der Wortlaut des Abs. 1, der den Vorbehalt „spezifischer vertraglicher Bestimmungen“ enthält. *Lehmann*, NJW 1991, 2112, 2115, spricht daher bei der Vorschrift auch von vertragsdispositivem Recht; in diesem Sinne auch *Dreier*, CR

übrigen bleibt aber im gesamten *acquis* unklar, ob die Mitgliedstaaten, so sie bestimmte Schranken in nationales Recht umsetzen, diese vertragsfest, also als zwingendes Recht auszugestalten haben.

Verkompliziert wird das Zusammenspiel von gesetzlichen Schranken und vertraglichen Vereinbarungen noch durch den Einsatz von Technischen Schutzmaßnahmen, die den Nutzer rein faktisch daran hindern können, eine durch eine gesetzliche Schranke erlaubte Nutzungshandlung vorzunehmen.¹²³⁴ Ohne die Frage zu entscheiden, ob die urheberrechtlichen Schranken grundsätzlich vertragsfest ausgestaltet werden müssen, bestimmt Art. 6 Abs. 4 UAbs. 4 IGRL nur, dass die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, den durchsetzungsstarken Schranken auch tatsächlich gegenüber Technischen Schutzmaßnahmen Geltung zu verschaffen (UAbs. 1 und 2), nicht gilt, wenn ein Werk einem Nutzer aufgrund vertraglicher Vereinbarungen öffentlich zugänglich gemacht wird.¹²³⁵ Jedenfalls bei der Verbreitung von Werken über das Internet wird so der Vertragsfreiheit der Parteien der Vorrang vor der faktischen Geltung von Schrankenbestimmungen gewährt. Im übrigen wird der Dreiklang von Schranken, vertraglichen Bestimmungen und Technischen Schutzmaßnahmen jedoch auf Unionsebene nicht aufgelöst.

c) Divergierende Regelungen des Urhebervertragsrechts in den nationalen Urheberrechten

Da die urheberrechtlichen Richtlinien kaum Vorgaben im Hinblick auf das Urhebervertragsrecht enthalten, ergeben sich in diesem Bereich besonders weit-

1991, 577, 579, 580 und Fn. 28. *Blocher* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 5 CPRL Rn. 19, leitet demgegenüber aus ErWG 13 (entspricht ErWG 17 CPRL-1991) ab, Art. 5 Abs. 1 CPRL enthalte zumindest einen unabdingbaren Kern. Aus den Aussagen der Kommission lässt sich hier kein klares Bild gewinnen, will sie doch einerseits verhindern, dass einem rechtmäßigen Erwerber zur Benutzung des Programms notwendige Handlungen untersagt werden können, andererseits aber erlauben, dass solche Handlungen durch „spezifische Bestimmungen“ eines Vertrages beschränkt werden; vgl. Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Umsetzung und die Auswirkungen der Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, KOM (2000)199, 13. Es verwundert nicht, dass solche Unsicherheiten zu unterschiedlichen Umsetzungen selbst des Art. 5 Abs. 1 CPRL in den Mitgliedstaaten geführt haben.

1234 Hierzu oben, § 9.VII.2.

1235 Sehr kritisch hierzu *Hilty*, PI 2005, 140, 144 ff.

reichende Unterschiede in den nationalen Urheberrechten. Dies ist auch auf die unterschiedliche Rechtstradition der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Vertragsfreiheit im allgemeinen zurückzuführen. Wegen der großen Divergenzen im Bereich des Urhebervertragsrechts wird zum Teil vorgeschlagen, das Urhebervertragsrecht aus einer Harmonisierung auf europäischer Ebene auszuklamern.¹²³⁶

Unterschiede im *primären Urhebervertragsrecht* bestehen etwa in der grundsätzlichen Frage der Übertragbarkeit des Urheberrechts insgesamt¹²³⁷ sowie der Übertragbarkeit einzelner Verwertungsrechte¹²³⁸, hinsichtlich der Möglichkeit, die eingeräumten Rechte inhaltlich zu beschränken, also etwa durch die Festlegung einer bestimmten Verwendung des Werkes oder eines bestimm-

1236 So etwa *Hugenholz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 220; *Hädrich*, Vertragliche Beziehungen im Rahmen der EG-Richtlinien, 40; vgl. auch schon *Dietz*, Urheberrecht in der EG, Rn. 560 und 657, der eine Beschränkung auf wesentliche Grundsätze des Urhebervertragsrechts befürwortet.

1237 Zur Bedeutung dieser Frage im Hinblick auf audiovisuelle Werke Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt, KOM (2011) 427, 17. In Großbritannien kann das Urheberrecht als ganzes übertragen werden; vgl. *Cornish*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 651 f.; *Hädrich*, Vertragliche Beziehungen im Rahmen der EG-Richtlinien, 31 f. In Schweden kann das Urheberrecht zwar übertragen werden, nicht jedoch die ideellen Rechte des Urhebers, auf die aber in begrenztem Rahmen verzichtet werden kann; vgl. *Levin/Kur*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 731 f. In Frankreich und in Spanien kann zwar nicht der vermögenswerte Teil des Urheberrechts als ganzer abgetreten werden, wohl aber alle Verwertungsrechte und zwar auch im Rahmen eines einzigen Rechtsgeschäfts; vgl. zu Frankreich *von Lewinski*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 688, und zu Spanien *Schlatter/Götz*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 780. Das Urheberpersönlichkeitsrecht ist in beiden Ländern hingegen unübertragbar. In Deutschland ist das Urheberrecht insgesamt unübertragbar; vgl. *Schack*, Urheberrecht, Rn. 346.

1238 So ist in Frankreich etwa das Folgerecht unübertragbar und die Übertragung bestimmter Verwertungsrechte kann nur zeitlich befristet und in schriftlicher Form erfolgen; hierzu *von Lewinski*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 689 ff. Auch in Spanien sind bestimmte Verwertungsrechte und Vergütungsansprüche nicht übertragbar; hierzu *Schlatter/Götz*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 782 f. Wird im Vertrag nichts anderes bestimmt, ist die Rechteeinräumung auf 5 Jahre befristet; hierzu *Schlatter/Götz*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 795. In Deutschland können auch Verwertungsrechte bekanntermaßen nicht übertragen werden; hierzu *Schack*, Urheberrecht, Rn. 593.

ten Vertriebsweges¹²³⁹, sowie der Möglichkeit, Rechte an zukünftigen Werken übertragen zu können¹²⁴⁰ oder Rechte im Hinblick auf noch unbekannte Nutzungsarten einzuräumen¹²⁴¹. Auch um den Urheber vor inhaltlich zu weit gehenden Rechtseinräumungen zu bewahren, bedienen sich die nationalen Urheberrechte z.T. unterschiedlicher Techniken¹²⁴². Dasselbe gilt für die Art

1239 In Frankreich und Spanien etwa sind sehr enge Beschränkungen möglich und so eine sehr weitgehende Aufspaltungen der Nutzungsrechte zulässig; zu Frankreich *von Lewinski*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 690 f.; zu Spanien *Schlatter/Götz*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 788 f. In Deutschland entfalten zu eng gefasste Beschränkungen dagegen keine dingliche Wirkung; hierzu *Schack*, Urheberrecht, Rn. 608.

1240 In Großbritannien und Schweden ist eine solche Rechtseinräumung ohne weiteres möglich; zu Großbritannien *Cornish*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 653. In Schweden kann allenfalls ein Vertragsanpassungsanspruch des Urhebers bestehen; hierzu *Levin/Kur*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 734. In Frankreich ist eine solche Übertragung jedenfalls dann möglich, wenn das zu schaffende Werk genau bezeichnet ist, jedoch nicht, wenn sich die Übertragung auch nur auf einen Teil der Vermögensrechte an der Mehrheit künftiger Werke bezieht; hierzu *von Lewinski*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 688 und 698. In Spanien ist die Übertragung der Rechte an der Gesamtheit der zu schaffenden Werke nicht möglich; hierzu *Schlatter/Götz*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 784, 792. In Deutschland kann über Rechte an zukünftigen Werken zwar verfügt werden. Jedoch ist für eine Verpflichtung hierzu die Schriftform erforderlich, sofern das Werk nicht genau bestimmt ist, und es besteht ein unverzichtbares Kündigungsrecht nach Ablauf von 5 Jahren nach Abschluss der Verpflichtung; hierzu *Schack*, Urheberrecht, Rn. 630 f.

1241 In Großbritannien können Verträge über unbekannte Nutzungsarten ohne Weiteres geschlossen werden; hierzu *Hädrich*, Vertragliche Beziehungen im Rahmen der EG-Richtlinien, 33. In Frankreich ist dies möglich, wenn es in ausdrücklicher Form erfolgt; hierzu *von Lewinski*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 698. In Deutschland war bis zum Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft Anfang 2008 die Einräumung von Rechten für unbekannte Nutzungsarten nicht möglich. Nunmehr ist sie wirksam, wenn sie in schriftlicher Form erfolgt. Der Erwerber muss dem Urheber jedoch die Absicht, eine neue Nutzung aufzunehmen mitteilen. Bis zum Ablauf einer dreimonatigen Frist nach dieser Mitteilung kann der Urheber die Rechteeinräumung widerrufen. In jedem Fall hat er einen Anspruch auf eine gesonderte angemessene Vergütung; hierzu *Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger*, § 31 UrhG Rn. 38. In Spanien bleibt die Einräumung von Rechten für künftige Nutzungsarten ausgeschlossen; hierzu *Schlatter/Götz*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 784.

1242 In Großbritannien ist eine pauschale Rechteeinräumung möglich; hierzu *Cornish*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 656 f. Es besteht auch keine Auslegungsregel zugunsten des Urhebers; hierzu *Hädrich*, Vertragliche Beziehungen im Rahmen der EG-Richtlinien, 34. In Schweden wird gesetzlich vermutet, dass die Rechteeinräumung auf die Nutzungsarten beschränkt ist, die für die angestrebte Nutzung benötigt werden; hierzu *Levin/Kur*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 734. In Frankreich und Spanien verhindert der Spezifizierungsgrundsatz, wonach bei der

und Weise, wie dem Urheber eine Beteiligung am Verwertungsergebnis gesichert wird.¹²⁴³ Schließlich ist auch die Frage der Weiterübertragung des Urheber-

Rechteeinräumung die konkreten Verwertungsmodalitäten, auf die sich die Rechteeinräumung bezieht, ausdrücklich zu benennen sind, eine zu weit gehende Rechteeinräumung. Während allerdings in Frankreich bei Verstoß gegen dieses Gebot der Urheber ein Anfechtungsrecht haben soll, bezieht sich in Spanien die Rechteeinräumung schlichtweg nur auf die im Vertrag benannten Verwertungsarten, andernfalls auf die für den Vertragszweck erforderlichen; zu Frankreich von *Lewinski*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 692 f., zu Spanien *Schlatter/Götz*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 792 f.

Zu einem der spanischen Lösung ähnlichen Ergebnis führt in Deutschland die Zweckübertragungslehre. Hiernach bestimmt sich der Umfang der Rechteeinräumung nach dem Vertragszweck, wenn die Nutzungsarten nicht einzeln bezeichnet werden; hierzu *Schricker/Loewenheim* in: *Schricker/Loewenheim*, § 31 UrhG Rn. 69 ff. Dass es sich in Deutschland und wohl auch in Spanien – anders als in Schweden – um mehr als eine bloße Auslegungsregel handelt, ergibt sich daraus, dass eine pauschale Rechteeinräumung in beiden Ländern nicht wirksam ist, selbst wenn sie eindeutig formuliert ist; vgl. für Deutschland BGH, 27.9.1995 GRUR, 1996, 121–123 – *Pauschale Rechteeinräumung*; a.A. *Schack*, Urheberrecht, Rn. 615, der bei § 31 Abs. 5 UrhG von einer bloßen Auslegungsregel spricht; wie hier *Schricker/Loewenheim* in: *Schricker/Loewenheim*, § 31 UrhG Rn. 69 und 74, die die Vorschrift als eine Formvorschrift mit abgeschwächter Sanktionierung bezeichnen. Ein Unterschied zwischen der deutschen und der französischen Regelung besteht auch dahingehend, dass der Zweckübertragungsgrundsatz auch auf Vereinbarungen zwischen Verwertern Anwendung findet, nicht jedoch das französische Spezifizierungserfordernis; zu Deutschland *Schricker/Loewenheim* in: *Schricker/Loewenheim*, § 31 UrhG Rn. 76; zu Frankreich von *Lewinski*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 693.

1243 In Frankreich und in Spanien muss der Urheber grundsätzlich proportional am Verwertungserlös beteiligt werden; zu Frankreich von *Lewinski*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 693 ff.; zu Spanien *Schlatter/Götz*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 795 f. Nur in Ausnahmefällen ist eine Pauschalvergütung zulässig. Letztere kann, wenn sie sich als unangemessen erweist, korrigiert werden, wobei das französische Recht hierfür recht genaue Vorgaben macht; hierzu von *Lewinski*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 697; vgl. für Spanien *Schlatter/Götz*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 796. In beiden Ländern besteht eine Rechnungslegungspflicht seitens der Verwerter zur Sicherung der Ansprüche des Urhebers; vgl. von *Lewinski*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 695; *Schlatter/Götz*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 797 f.

In Deutschland hat der Urheber zwar einen gesetzlichen Anspruch auf angemessene Vergütung und einen hierauf gestützten Korrekturanpruch, jedoch muss diese Vergütung nicht erlösabhängig, also proportional zum Ergebnis der Verwertung sein; hierzu *Schack*, Urheberrecht, Rn. 1095 f.; ausführlich zur angemessenen Vergütung *Hilty*, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Band 22 (2004/2005), 401, 401 ff., insbesondere 416 ff. Besondere Bedeutung bei der Bestimmung der angemessenen Vergütung misst das deutsche Recht Kollektivvereinbarungen zu, denn eine entsprechend ermittelte Vergütung ist als angemessen anzusehen; hierzu *Schack*, Urheberrecht, Rn. 1097.

berrechts oder der urheberrechtlichen Verwertungsrechte unterschiedlich geregelt.¹²⁴⁴

Doch auch im *sekundären Urhebervertragsrecht* weisen die nationalen Rechtsordnungen Unterschiede auf. Hier geht es wiederum vor allem um die Frage der Abdingbarkeit urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen. Während in Belgien und Dänemark etwa die Schranken zwingend ausgestaltet, vertragliche Abweichungen also nicht möglich sind, wird in Spanien nach den verschiedenen Schranken differenziert. Vertragliche Abbedingung von Schrankenbestimmungen sind dagegen in den anderen EU-Staaten grundsätzlich möglich.¹²⁴⁵

Vergleicht man die urhebervertragsrechtlichen Bestimmungen der nationalen Urheberrechte in der Union miteinander, so lassen sich also besonders ausgeprägte Unterschiede feststellen. Während in manchen Staaten wie etwa in Frankreich, Spanien und auch Deutschland schon recht detaillierte Regelungen des Urhebervertragsrechts vorhanden sind, verfügen andere Staaten wie Großbritannien und Irland – wenn überhaupt – über nur rudimentäre Regeln in diesem Bereich.¹²⁴⁶

Insgesamt werden die Regeln zur wirtschaftlichen Beteiligung der Kreativen als substantiell verschieden bewertet; vgl. *Hilty*, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Band 22 (2004/2005), 401, 420 f.

¹²⁴⁴ In Großbritannien ist diese uneingeschränkt möglich; hierzu *Hädrich*, *Vertragliche Beziehungen im Rahmen der EG-Richtlinien*, 33. In Schweden ist zwar an sich hierzu die Zustimmung des Urhebers erforderlich, jedoch kann und wird diese in der Regel schon im Voraus und pauschal erteilt; hierzu *Levin/Kur*, *Festschrift Schicker* zum 60. Geburtstag, 742.

In Deutschland kann der Urheber mit seinem Vertragspartner mit dinglicher Wirkung vereinbaren, dass die eingeräumten Rechte nicht übertragen werden können; vgl. *Schack*, *Urheberrecht*, 627. Auch sonst ist die Zustimmung des Urhebers erforderlich, es sei denn die Übertragung erfolgt im Rahmen der Gesamtveräußerung eines Unternehmens. In diesem Fall kann der Urheber das Nutzungsrecht allerdings zurückrufen, wenn ihm die Verwertung durch den Erwerber nicht zumutbar ist. Hat der Urheber seine Zustimmung nicht gegeben, haften Zedent und Zessionar dem Urheber gesamtschuldnerisch.

Die gleiche Rechtsfolge einer fehlenden Zustimmung sieht auch das spanische Recht vor; hierzu *Schlatter/Götz*, *Festschrift Schicker* zum 60. Geburtstag, 785 f. In Frankreich ist eine Weiterübertragung ohne die Zustimmung des Urhebers dagegen ungültig; hierzu *von Lewinski*, *Festschrift Schicker* zum 60. Geburtstag, 698.

¹²⁴⁵ *Spoor*, *General Aspects of Exceptions and Limitations*, 37.

¹²⁴⁶ *von Lewinski*, *Vertragsrecht*, 49.

d) Zwischenergebnis

Der urheberrechtliche *acquis* enthält zumeist keinerlei Regelungen des Urhebervertragsrechts und beschränkt sich darauf, auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit und im übrigen auf mitgliedstaatliche Regelungen zu verweisen. Dies sowie die unterschiedliche vertragsrechtliche Tradition der Mitgliedstaaten dürften dafür verantwortlich zeichnen, dass sich im Bereich des Urhebervertragsrechts enorme Unterschiede zwischen den nationalen Urheberrechten der Mitgliedstaaten ergeben.

3. Auswirkungen der Rechtsunterschiede auf den Binnenmarkt

Die soeben festgestellten erheblichen Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen haben wie schon erwähnt zu Überlegungen geführt, das Urhebervertragsrecht aus der Harmonisierung des Urheberrechts und demnach auch aus einem Europäischen Urheberrecht auszuklammern. Wenn ein Europäisches Urheberrecht aber dem Ziel dienen soll, einen Binnenmarkt urheberrechtlich relevanter Waren und Dienstleistungen zu schaffen, dann kann das Ausmaß der bestehenden Rechtsunterschiede kein Kriterium für die Bestimmung der in eine Vereinheitlichung miteinzubeziehenden Materien sein. Entscheidend bleibt, ob Rechtsunterschiede im jeweiligen Bereich des materiellen Urheberrechts zu Beeinträchtigungen des Binnenmarktes führen. Wenn dem so ist, wenn es also zu Beeinträchtigungen der Verkehrsfreiheiten und spürbaren Wettbewerbsverzerrungen kommt, dann muss die jeweilige Materie in eine Vereinheitlichung miteinbezogen werden. Möglicherweise beträchtliche Rechtsunterschiede im Bereich des Urhebervertragsrechts sprechen dann eher noch für eine Vereinheitlichung als dagegen. Wie solche Unterschiede dann überbrückt werden können, ist eine Frage der materiellen Ausgestaltung des europäischen Rechts.

Auch für das Urhebervertragsrecht muss daher schlicht die Binnenmarktrelevanz untersucht werden. Es muss also überprüft werden, ob Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen in rechtlicher Hinsicht den Binnenmarkt beeinflussen und ob sich das Urhebervertragsrecht auch in gegenständlicher Hinsicht auf die Verwertung von urheberrechtlich geschützten Werken auswirkt.

a) Auswirkungen von Rechtsunterschieden auf den Binnenmarkt unter rechtlichen Gesichtspunkten: das Statut des Urhebervertragsrechts

Auswirkungen von Rechtsunterschieden auf die *Verkehrsfreiheiten* sind nur dann zu besorgen, wenn auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt mehrere unterschiedliche Rechtsordnungen Anwendung finden. Wir haben schon festgestellt, dass dies für das *Urheberrecht* aufgrund des Territorialitäts- und Schutzlandprinzips der Fall ist.¹²⁴⁷

Für das *Urhebervertragsrecht* könnte indes etwas anderes gelten. Denn im Bereich des Urhebervertragsrecht gilt das Schutzlandprinzip grundsätzlich nicht, vielmehr findet das internationalprivatrechtliche Vertragsstatut Anwendung.¹²⁴⁸ Nach Art. 3 Abs. 1 der Rom I-Verordnung¹²⁴⁹ werden Schuldverträge und demnach auch der Urhebervertrag in erster Linie von dem Recht beherrscht, welches die Parteien bestimmt haben. Haben die Parteien kein Vertragsstatut festgelegt, findet gemäß Art. 4 Abs. 2 Rom I-Verordnung auf den Vertrag das Recht des Landes Anwendung, in welchem diejenige Partei ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, die die charakteristische Hauptleistung erbringt. Beim Verlagsvertrag etwa ist das nach ganz herrschender Meinung das Recht des Landes, in dem der Verleger seinen Sitz hat.¹²⁵⁰

Das Vertragsstatut gilt grundsätzlich auch für die zwingenden Regeln des Urhebervertragsrechts.¹²⁵¹ Demnach unterlägen Urheberrechtsverträge auch im Hinblick auf zwingende Regeln des Urhebervertragsrechts und auch im Falle eines grenzüberschreitenden Bezuges einem einheitlichen Recht. So kann es eigentlich nicht zur kumulativen Anwendung mehrerer nationaler Urhebervertragsrechte auf einen Sachverhalt kommen, Beeinträchtigungen der Verkehrsfreiheiten durch die festgestellten Rechtsunterschiede sind daher an sich nicht möglich.

Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn man von der strikten Anwendung des Vertragsstatuts auf urhebervertragsrechtliche Fragen Ausnahmen zugunsten

1247 Oben, § 4.III.1.c)aa)bbb)(1)(a).

1248 Hilty/Peukert, GRUR Int. 2002, 643, 644; Katzenberger, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 247; Schack, Urheberrecht, Rn. 1285.

1249 Verordnung 593/2008/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. EU 2008/L 177/6, im Folgenden: Rom I-Verordnung

1250 Schack, Urheberrecht, Rn. 1286.

1251 Katzenberger in: Schricker/Loewenheim, Vor §§ 120 ff. UrhG Rn. 163; Katzenberger, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 254 f.; Schack, Urheberrecht, Rn. 1291.

sogenannter Eingriffsnormen macht. Dies wird jedenfalls dort verlangt, wo das zwingende Urhebervertragsrecht des Schutzlandes dessen öffentliches Interesse schützt. Strittig ist jedoch, ob auch Vorschriften des Sonderprivatrechts, die die regelmäßig schwächere Vertragspartei schützen, als solche Eingriffsnormen zu sehen sind, die zur Nichtanwendung des Vertragsstatuts führen.

Diese Frage stellt sich vor allem für Regelungen des primären Urhebervertragsrechts, also solche, die das *Verhältnis zwischen Urheber und Verwerter* regeln.¹²⁵² Die wohl herrschende Meinung ordnet die zwingenden Normen des primären Urhebervertragsrechts als Eingriffsnormen ein und will demnach trotz prinzipieller Geltung des Vertragsstatuts das zwingende Urhebervertragsrecht des Schutzlandes zur Anwendung bringen.¹²⁵³ Andere Stimmen sind sehr viel zurückhaltender, was die Zulassung von Ausnahmen zugunsten des Schutzlandes angeht und wollen stärker am Vertragsstatut festhalten.¹²⁵⁴

Doch auch, wenn man mit letzteren Stimmen die Anwendung des Vertragsstatuts hochhält, gibt es doch bestimmte Regelungen des Urhebervertragsrechts, die unzweifelhaft auch anzuwenden sind, wenn die Parteien ein anderes Recht als Vertragsstatut bestimmt haben. So bestimmt in Deutschland etwa § 32 b UrhG dass die Vergütungsregeln des deutschen Urheberrechtsgesetzes zwingend anzuwenden sind, wenn der Urheberrechtsvertrag ohne Rechtswahl nach deutschem Recht zu beurteilen wäre, und darüber hinaus auch dann, wenn maßgebliche Nutzungshandlungen in Deutschland stattfinden. In einem solchen Fall finden auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt möglicherweise unterschiedliche nationale Regelungen des Urhebervertragsrechts Anwendung, weil das einheitliche Vertragsstatut nicht zur Geltung kommt. Dies kann insbesondere für Urheber, die zugleich Arbeitnehmer sind, von Bedeutung sein, wenn das Recht des Schutzlandes zwingend die Geltung seiner arbeitnehmerschützenden Normen beansprucht.¹²⁵⁵

Doch auch im *Verhältnis zwischen Verwertern und Nutzern* können sonderprivatrechtliche Vorschriften zur Anwendung kommen. Hier ließe sich etwa an

1252 Hierzu *Hilty/Peukert*, GRUR Int. 2002, 643, 649.

1253 *Hartmann* in: *Möhring/Nicolini/Ahlberg*, Vor §§ 120 ff. UrhG Rn. 45, mit dem Hinweis, der Schutz der schwächeren Vertragspartei liege auch im öffentlichen Interesse; *Katzenberger*, Festschrift Schicker zum 60. Geburtstag, 255 f.; differenzierend *Katzenberger* in: *Schricker/Loewenheim*, §§ 120 ff. UrhG Rn. 167, der darauf abstellt, ob der nach dem Vertragsstatut gewährte Schutz des Urhebers hinter dem durch den Forumstaat gewährten Schutz zurückbleibt.

1254 *Schack*, Urheberrecht, Rn. 1291 ; *Hilty/Peukert*, GRUR Int. 2002, 643, 649.

1255 Vgl. *Hilty/Peukert*, GRUR Int. 2002, 643, 648; *Schack*, Urheberrecht, Rn. 1292.

Regelungen in manchen nationalen Urheberrechten denken, wonach die urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen nicht vertraglich abbedungen werden können. Die Zuordnung von Normen des Urhebervertragsrechts, die den Nutzer schützen, wird nicht diskutiert. Es liegt aber wegen der Vergleichbarkeit solcher Regelungen mit solchen des Verbraucherschutzes nahe, auch diese Normen als Eingriffsnormen zu qualifizieren und ihnen daher Vorrang vor dem Vertragsstatut einzuräumen. Demnach kämen auch die Nutzer schützenden Bestimmungen des Urhebervertragsrechts in den nationalen Urheberrechten entgegen dem Vertragsstatut bei grenzüberschreitenden Vorgängen zur Anwendung.

Trotz der prinzipiellen Geltung des Vertragsstatuts für das Urhebervertragsrecht sind also durchaus Situationen denkbar, in denen die unterschiedlichen nationalen Regelungen des Urhebervertragsrechts kumulativ auf einen grenzüberschreitenden Vorgang Anwendung finden. Demnach kann es durch Rechtsunterschiede zu Beeinträchtigungen der Verkehrsfreiheiten kommen.

Darüber hinaus sind – selbst wenn man das Vertragsstatut äußerst strikt anwenden würde – aufgrund der Unterschiedlichkeit der nationalen Rechte in jedem Fall *unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen* gegeben. Denn die einheitliche Anknüpfung an das Urhebervertragsrecht nur eines Mitgliedstaates mag den Verkehrsfreiheiten im Hinblick auf den einzelnen Urhebervertrag zur Geltung verhelfen (weil dann auf einen Urheberrechtsvertrag überall in der Union nur ein nationales Urhebervertragsrecht anzuwenden ist), kann aber keine einheitlichen Wettbewerbsbedingungen zwischen mehreren Urheberrechtsverträgen herstellen, die unterschiedlichen Urhebervertragsrechten unterworfen sind.¹²⁵⁶

Unterschiedliche nationale Urhebervertragsrechte können also unter rechtlichen Gesichtspunkten durchaus Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben.

b) Auswirkungen der Rechtsunterschiede unter tatsächlichen

Gesichtspunkten: zur Verwertungsrelevanz des Urhebervertragsrechts

Wie wir soeben gesehen haben, führt die nur begrenzte Geltung des Vertragsstatuts für das Urhebervertragsrecht dazu, dass auf Urheberrechtsverträge mit

¹²⁵⁶ Wir haben schon oben gesehen, dass die einheitliche Anknüpfung im Hinblick auf die Verkehrsfreiheiten für einzelne Sachverhalte Verbesserungen mit sich bringen mag, im Hinblick auf die Wettbewerbsbedingungen aber keine Lösung bietet. Vgl. oben, § 7.IV.

grenzüberschreitendem Bezug kumulativ die Urhebervertragsrechte der nationalen Urheberrechte Anwendung finden, Rechtsunterschiede also jedenfalls unter rechtlichen Gesichtspunkten auch zum Tragen kommen. Geklärt werden muss nun, ob sich dies auch auf die Verwertung in gegenständlicher Hinsicht auswirkt. Mit anderen Worten muss die Relevanz des Urhebervertragsrechts für die Verwertung untersucht werden. An dieser Frage entscheidet sich letztlich auch wieder, ob ein Tätigwerden der Union im Bereich des Urhebervertragsrechts auf die Binnenmarktkompetenz gestützt werden kann.

aa) Kompetenzrechtliche Bedenken gegen eine Regelung des Urhebervertragsrechts

Gerade unter dem Gesichtspunkt der Kompetenz wird ein Tätigwerden der Union im Urhebervertragsrecht kontrovers diskutiert. So wird angemerkt, die Union habe keine spezifische Kompetenz, im Bereich des allgemeinen Vertragsrechts tätig zu werden.¹²⁵⁷ Eine Regelung des Vertragsrechts müsse daher auf die Binnenmarktkompetenz gestützt werden und sich demzufolge auf besonders wichtige Punkte konzentrieren.¹²⁵⁸ Ein umfassendes europäisches Urhebervertragsrecht könne es nicht geben.¹²⁵⁹

Diese Einwände gegen eine (umfassende) Regelung des Urhebervertragsrechts können nicht überzeugen. Selbst Stimmen, die einer Kompetenz der Union für das Urhebervertragsrecht kritisch gegenüber stehen, weisen darauf hin, dass die Frage der Kompetenz zumeist deshalb aufgeworfen wird, weil entsprechende Regelungen aus materiell urheberrechtlichen Erwägungen nicht gewollt sind.¹²⁶⁰ Entscheidend für eine Kompetenz der Union auch im Bereich des Urhebervertragsrechts ist, ob sich dieses in gegenständlicher Hinsicht auf die grenzüberschreitende Verwertung von Werken auswirkt. Wenn dem so ist, dann kann der Unionsgesetzgeber gestützt auf die Binnenmarktkompetenz die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um Rechtseinheit herzustellen, und nach Art. 118 AEUV auch ein Europäisches Urheberrecht schaffen. Wie wir gesehen

1257 von *Lewinski*, Vertragsrecht, 49; von *Lewinski*, Rechtswahrnehmung, 216; vgl. auch im Hinblick auf das Schuldvertragsrecht *Ludwigs*, EuR 2006, 370, insbesondere S. 397.

1258 von *Lewinski*, Rechtswahrnehmung, 216 f. Vgl. auch *Dietz*, Urheberrecht in der EG, Rn. 657.

1259 von *Lewinski*, Vertragsrecht, 55.

1260 Hierzu von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 4 VVRL Rn. 3.

haben, sprechen gute Gründe dafür, die binnenmarktrelevanten Bereiche des Urheberrechts mit einem europäischen Einheitsrecht abzudecken, statt sie nur zu harmonisieren.¹²⁶¹ Es erhellt daher nicht, warum ein solches Urheberrecht sich gerade im Bereich des Urhebervertragsrecht auf Grundzüge beschränken müssen soll, wenn dieses Verwertungsrelevanz besitzt. Ebensowenig verfangen das Argument, Fragen des Urhebervertragsrechts seien nur Fragen des allgemeinen Vertragsrechts, und die Folgerung hieraus, ein speziell urhebervertragsrechtlicher Ansatz sei abzulehnen.¹²⁶² So wie eine Kompetenz der Union im Vertragsrecht nicht ausgeschlossen ist oder besonderen Beschränkungen unterliegt, gibt es auch kein Verbot, die doch oftmals spezifisch urhebervertragsrechtlichen Fragen losgelöst vom allgemeinen Vertragsrecht anzugehen.¹²⁶³ Nicht bestritten werden soll indes, dass eine Regelung des Urhebervertragsrechts losgelöst vom allgemeinen Vertragsrecht unter Umständen Schwierigkeiten bereiten kann.¹²⁶⁴ Es muss daher das Verhältnis eines speziellen Urhebervertragsrechts zum allgemeinen Vertragsrecht geklärt werden.

bb) Auswirkungen des Urhebervertragsrechts auf die Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke

Wenn nun also die Frage aufgeworfen wird, ob sich das Urhebervertragsrecht auf die Verwertung von urheberrechtlich geschützten Werken auswirkt, fällt die Antwort wohl eindeutig positiv aus.¹²⁶⁵

1261 Oben, § 8.I.

1262 So aber *Sieger*, FuR 1977, 283, 288.

1263 *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 28, weist auf die sehr spezifische Marktcharakteristik, die Interessenlage und die Spezifitäten der kollektiven Wahrnehmung hin, um ein eigenes Urhebervertragsrecht zu fordern.

1264 Hierauf verweist schon *Dietz*, Urheberrecht in der EG, Rn. 560. Vgl. auch *Hilty*, Entwicklungsperspektiven, 170; *Schack*, ZGE 2009, 275, 288.

1265 *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 28, spricht von unzweifelhaft immenser praktischer Bedeutung des Urhebervertragsrechts. Vgl. auch *Lucas*, Festschrift Schricker zum 70. Geburtstag, 444.

aaa) Auswirkungen urhebervertragsrechtlicher Regeln im Verhältnis zwischen Urheber und Verwerter

Dies gilt zunächst für das primäre Urhebervertragsrecht. Der Urheber ist wie schon bemerkt für die Verwertung seiner Werke in aller Regel auf die Zusammenarbeit mit Verwertern angewiesen,¹²⁶⁶ wobei die Beziehungen zwischen beiden Seiten über Urheberverträge geregelt werden, ohne die eine Verwertung schlicht nicht stattfinden könnte.¹²⁶⁷ Wenn nun diese vertraglichen Beziehungen besonderen gesetzlichen Regelungen unterworfen sind, wirken sich diese selbstverständlich auf die Verwertung aus. Konkret bestimmt das Urhebervertragsrecht etwa, ob der Urheber dem Verwerter Rechte an künftigen Werken¹²⁶⁸ und im Hinblick auf unbekannte Nutzungsarten¹²⁶⁹ einräumen kann. Es bestimmt, in welchem Umfang der Urheber am Erlös der Verwertung zu beteiligen ist. Auch die Frage, ob der Verwerter die ihm eingeräumten Rechte weiterübertragen kann, ist eine Frage des Urhebervertragsrechts.

Das Urhebervertragsrecht entscheidet so insgesamt, wem letztlich die Erlöse einer Verwertung zufließen sollen, es geht kurzum „ums Geld.“¹²⁷⁰ Wenn urhebervertragsrechtliche Vorschriften dazu dienen, die letztliche Zuweisung der Früchte eines bestimmten, dem Kreativen gewährten Verwertungsrechts an ebendiesen abzusichern, dann kann an der Verwertungs- und daher Binnenmarktrelevanz dieser Regelungen ebensowenig gezweifelt werden wie an derjenigen der Verwertungsrechte¹²⁷¹, weil die Gewährung von Verwertungsrechten ohne eine vertragsrechtliche Absicherung letztlich „wirtschaftlich nahezu wert-

1266 *Junker*, Ein neues Urhebervertragsrecht, 75; *Hilty*, Urheberrecht, Rn.40, 251; *Schack*, Urheberrecht, Rn. 1068 ff.

1267 Vgl. etwa *Hilty*, GRUR 2009, 633, 633.

1268 Hierzu *Hilty*, Urhebervertragsrecht: Schweiz im Zugzwang, 116.

1269 Hierzu *Hilty*, Urhebervertragsrecht: Schweiz im Zugzwang, 112.

1270 So von *Lewinski*, Rechtswahrnehmung, 216.

Das trifft nicht nur auf das Urheberrecht selbst, sondern auch auf das Recht der ausübenden Künstler zu, auf das hier jedoch nicht weiter eingegangen werden soll. Vgl. beispielsweise zur Bedeutung des Vertragsrechts dafür, wem die Verwertung des Rechts der ausübenden Künstler zugute kommt, *Hilty/Kur/Klass*, GRUR Int. 2008, 907, 908 ff.

1271 von *Lewinski* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 4 VVRL Rn. 15, bezeichnet etwa die Unverzichtbarkeit des Vergütungsanspruchs nach Art. 5 Abs 2 VVRL als ein wesentliches Element der Vergütungsregelung insgesamt. *Hilty*, Entwicklungsperspektiven, 169, meint, man könne noch so viele Verwertungsbefugnisse schaffen, solange man nicht über das Urhebervertragsrecht dafür Sorge, dass der Kreative an der Verwertung beteiligt werde, würden diese Verwertungsrechte letztlich nur den Verwertern zugute kommen. Auch *Lucas*, Festschrift Schrickler zum

los“ ist,¹²⁷² und der Zuweisung der Rechtsinhaberschaft, denn es genügt nicht, den ursprünglichen Rechtsinhaber festzulegen, wenn nicht darüber hinaus auch vertragsrechtlich dafür gesorgt wird, dass derjenige, dem ein Recht zugute kommen soll, sein Recht nicht wieder vertraglich verliert.¹²⁷³

Damit wird letztlich die wirtschaftliche und somit wettbewerbliche Situation sowohl der Urheber als auch der Verwerter entscheidend durch das Urhebervertragsrecht beeinflusst.

Hieraus können sich letztlich auch Behinderungen der Verkehrsfreiheiten ergeben. Da nämlich wie gesehen¹²⁷⁴ die Nichteinhaltung bestimmter urhebervertragsrechtlicher Vorschriften dazu führen kann, dass die Übertragung oder Einräumung von Verwertungsrechten nichtig ist oder in ihrer Reichweite reduziert wird, und da diese Nichtigkeit oder Einschränkung nicht nur das schuldrechtliche, sondern auch das dingliche Rechtsgeschäft treffen kann,¹²⁷⁵ sind Situationen denkbar, in denen dem Vertragspartner des Urhebers die für eine Verwertungshandlung benötigten Rechte in manchen Mitgliedstaaten fehlen, etwa weil das Urhebervertragsrecht dieses Mitgliedstaates keine so weitreichende Rechtseinräumungen anerkennt wie andere nationale Urheberrechte. Die Ausschließlichkeitsbefugnisse des Urhebers versperren ihm dann den Zugang zum Markt in diesem Mitgliedstaat.¹²⁷⁶

70. Geburtstag, 444, meint, das Urhebervertragsrecht könne nicht dauerhaft aus der Rechtsetzungstätigkeit der Union ausgeklammert werden.

1272 So überzeugend von *Lewinski*, M&R 1991, 53, 55, die hieraus die Forderung ableitet, die vertragsrechtliche Absicherung von Verwertungsrechten und Vergütungsansprüchen zur Leitlinie urheberrechtlicher Rechtsetzung auch auf Unionsebene zu machen. *Jehoram*, IIC 1994, 821, 831, erkennt in der Regelung des Art. 5 VVRL sogar einen neuen Trend, der neuen Entwicklungen im Urheberrecht den Weg bereiten könnte.

1273 Die Kommission selbst bezeichnet daher auch die urhebervertragsrechtlichen Regelungen des Art. 5 VVRL als das notwendige Korrelat der Bestimmung der Rechtsinhaber. Hierzu von *Lewinski*, M&R 1991, 53, 55.

1274 Vgl. die Einzelnachweise in den Fußnoten, oben, § 9.VIII.2.c).

1275 Dies gilt jedenfalls, wenn man nicht zwischen schuld- und sachenrechtlicher Ebene des Urhebervertrages trennt. Das Abstraktionsprinzip gilt aber längst nicht in allen Rechtsordnungen und selbst in Deutschland ist es im Urheberrecht nicht unumstritten; vgl. *Schack*, Urheberrecht, Rn. 589 ff. und 1290.

1276 Hierin unterscheidet sich das Urhebervertragsrecht etwa vom Schuldvertragsrecht. Letzteres mag die Bedingungen regeln, unter welchen ein kommerzieller Anbieter seine Waren und Dienstleistungen in einem Land vermarkten kann. Es bestimmt z.B., welche Gewährleistungsrechte er zu gewähren hat. Dies versperrt den Marktteilnehmern jedoch in aller Regel nicht den Zugang zum nationalen Markt. Vgl. hierzu sowie zu abweichenden Meinungen *Ludwigs*, EuR 2006, 370, 382 ff., 384.

bbb) Auswirkungen urhebervertragsrechtlicher Regeln im Verhältnis zu den Nutzern

Auch die Binnenmarktrelevanz von Regelungen des sekundären Urhebervertragsrechts kann klar bejaht werden.¹²⁷⁷ Hier spielt wie schon mehrfach angesprochen die Frage der Abdingbarkeit der urheberrechtlichen Schranken eine entscheidende Rolle.

Denn wenn binnenmarktrelevante Schranken in manchen Mitgliedstaaten zwingenden Charakter haben, in anderen dagegen abbedungen werden können, ergeben sich hieraus letztlich dieselben Rechtsunterschiede, wie wenn sich die urheberrechtlichen Schrankenataloge selbst unterscheiden.¹²⁷⁸ Aus Nutzersicht kann die Abdingbarkeit einer Schranke letztlich dazu führen, dass eine auf eine Schranke gestützte Nutzung nicht möglich ist und etwa einem kommerziellen Nutzer so der Zutritt zu dem entsprechenden Markt verwehrt bleibt. Natürlich ergeben sich auch hier jedenfalls unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen.

cc) Zwischenergebnis

Angesichts seiner fundamentalen Bedeutung für die Verwertung von Werken¹²⁷⁹ kann an dem Binnenmarktbezug dieses Teilbereichs des materiellen Urheberrechts nicht ernsthaft gezweifelt werden.

Im Interesse des Binnenmarktes erscheint eine Vereinheitlichung des Urhebervertragsrechts in der Union daher nicht nur kompetenzrechtlich möglich, sondern auch geboten.¹²⁸⁰

1277 Vgl. nur *Hilty*, Entwicklungsperspektiven, 169. In diesem Sinne auch *Peifer*, GRUR Int. 2010, 671, 676.

1278 *Vinje*, EIPR 1999, 192, 196.

1279 Auch *von Lewinski*, Rechtswahrnehmung, 216, meint, das Urhebervertragsrecht sei eines der wichtigsten Elemente des urheberrechtlichen Rechtsschutzes und insoweit vergleichbar mit der Frage der Rechtsinhaberschaft.

1280 So auch *Hilty*, Stündenbock Urheberrecht?, 140 f. Wohl auch *Schack*, ZEuP 2000, 799, 816 und *Schack*, ZGE 2009, 275, 279, der eine Vereinheitlichung des Urhebervertragsrechts zwar für möglicherweise überflüssig hält, hierunter aber nicht die Verfügungsschranken des materiellen Urheberrechts fasst. Diese Unterscheidung spielt jedoch für diejenigen Länder keine Rolle, denen das urheberrechtliche Abstraktionsprinzip fremd ist. Hierzu schon oben, § 9.VIII.3.b)bb)aaa).

4. Zwischenergebnis zum Urhebervertragsrecht

Der urheberrechtliche *acquis* enthält nur sehr wenige Regelungen, die sich dem Urhebervertragsrecht zuordnen lassen. Zugleich führen die unterschiedlichen vertragsrechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten dazu, dass sich die nationalen Urheberrechte gerade im Bereich des Urhebervertragsrechts stark voneinander unterscheiden.

Da das Vertragsstatut im Bereich des Urhebervertragsrechts nur begrenzt greift, kann die kumulative Anwendung dieser unterschiedlichen nationalen Urheberrechte auf grenzüberschreitende Sachverhalte nicht verhindert werden. Zugleich ist das Urhebervertragsrecht in gegenständlicher Hinsicht von fundamentaler Bedeutung für die Verwertung. Somit können die divergierenden nationalen Regelungen des Urhebervertragsrechts zu Beeinträchtigungen des Binnenmarktes führen.

Befremdlich wirkt daher die Einschätzung der Kommission, die individuelle Rechtswahrnehmung, also das primäre Urhebervertragsrecht in den Mitgliedstaaten weise einen ausreichenden Grad an Gemeinsamkeit auf, sodass kein Anlass zu Besorgnis im Hinblick auf das Funktionieren des Binnenmarktes gegeben sei.¹²⁸¹

Ein Europäisches Urheberrecht sollte daher auch eine umfassende Regelung des Urhebervertragsrechts enthalten.¹²⁸² Hierbei wird auch dessen Verhältnis zum (noch?) nicht harmonisierten allgemeinen Vertragsrecht zu klären sein.

Die zugegeben auf diesem Feld besonders großen Unterschiede zwischen copyright- und *droit-d'auteur*-System werden eine Vereinheitlichung vor große Herausforderungen stellen. Hierbei handelt es sich jedoch wiederum um eine Frage der materiellen Ausgestaltung eines künftigen Europäischen Urheberrechts, die nicht Gegenstand dieser Arbeit ist. Hier sollte es einzig darum gehen, die Binnenmarktrelevanz der Unterschiede zwischen den nationalen Re-

1281 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, 16. Auch *Riesenhuber/von Vogel*, EuZW 2004, 519, 520, meinen, die Darstellung der Rechtslage in der Kommissionsmitteilung rechtfertige dieses Fazit kaum.

1282 *Wandtke* in: *Wandtke/Bullinger*, Einleitung Rn. 23. Im Ergebnis ebenso *Benabou*, *Droit d'auteur et droit communautaire*, Rn. 860, die nicht von einem wirklichen Europäischen Urheberrecht sprechen will, wenn die Lücke im Bereich Urhebervertragsrecht nicht geschlossen werde. Dagegen wohl *Schack*, ZGE 2009, 275, 279.

gelingen des Urhebervertragsrechts aufzuzeigen. In diesem Sinne sprechen die großen Unterschiede eher noch für eine Vereinheitlichung als gegen sie.

Wenn es das Ziel der urheberrechtlichen Rechtsetzung der Union ist, nicht nur den Binnenmarkt voranzubringen, sondern darüber hinaus im Urheberrecht gestalterisch tätig zu werden, um Kreativität und kulturelle Entwicklung zu fördern,¹²⁸³ dann erfordert dies einen Interessenausgleich zwischen Kreativen, Verwertern, Verbrauchern und der Allgemeinheit,¹²⁸⁴ der seinerseits gut über eine Vereinheitlichung des Urhebervertragsrechts ermöglicht werden könnte, wenn er nicht sogar auf eine solche angewiesen ist.¹²⁸⁵ Auch unter diesem Gesichtspunkt sollte nicht wegen der bestehenden Divergenzen der nationalen Rechtsordnungen darauf verzichtet werden, das Urhebervertragsrecht als ein effektives Instrument bei der Schaffung eines ausgewogenen Urheberrechts zu nutzen.

IX. Recht der kollektiven Wahrnehmung

Wie schon geschildert ist der Urheber bei der Verwertung seiner Werke auf Verwerter angewiesen. Bestimmte urheberrechtlich relevante Nutzungshandlungen sind aber aufgrund ihrer massenweisen Verbreitung auch durch Verwerter nicht erfass- und steuerbar. Hier rücken die Verwertungsgesellschaften ins Blickfeld und für uns mithin die Frage, ob auch ein eventuelles Recht der kollektiven Verwertung Teil eines Europäischen Urheberrechts sein könnte.

1. (Fehlende) Vereinheitlichung aufgrund internationaler Konventionen

Auf internationaler Ebene gibt es nur wenige Vorschriften, die sich mit der Verwertung von Urheberrechten befassen, und keine, die explizit die kollektive Verwertung zum Gegenstand hätte.¹²⁸⁶ So sind etwa keine Vergütungsansprüche vorgesehen, die nur kollektiv wahrgenommen werden könnten.

1283 Vgl. etwa ErwG 11 SDRL.

1284 Vgl. *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 SDRL Rn. 5. Die Bedeutung des Urhebervertragsrecht für den urheberrechtlichen Interessenausgleich betont *Hilty*, ZUM 2003, 983, 994 ff. und 1004.

1285 *Walter* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 SDRL Rn. 9.

1286 *Vogel*, Verwertungsgesellschaften, 81.

Eine gewisse rechtsvereinheitlichende Wirkung geht aber von den Mustergegenseitigkeitsverträgen der Verwertungsgesellschaften aus, jedoch beschränkt diese sich auf einige wenige Aspekte der kollektiven Verwertung.¹²⁸⁷

Zum Teil werden bestimmten Vorschriften und Prinzipien der RBÜ auch Regeln für die kollektive Verwertung entnommen.¹²⁸⁸ So dürfe eine Verwertungsgesellschaftenpflichtigkeit nur vorgesehen werden, wo die RBÜ bestimmt, dass die Ausübung von Ausschließlichkeitsrechten durch die Gesetzgebung der Verbandsländer geregelt werden kann, wie etwa in Art. 11 bis Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 oder wo die Übereinkunft von vorneherein nur einen Vergütungsanspruch zugunsten der Urheber gewährt.¹²⁸⁹ Darüber hinaus werden zum Teil recht weitgehende Forderungen in Bezug auf eine Ausgestaltung des Rechts der kollektiven Verwertung allein auf die Natur der urheberrechtlichen Befugnisse als Ausschließlichkeitsrechte gestützt. So dürfe etwa eine staatliche Kontrolle der Tarife und Lizenzierungsbedingungen eigentlich nur durch Gerichte erfolgen und müsse sich auf die Verhinderung von Missbräuchen beschränken.¹²⁹⁰

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die internationalen Konventionen keine expliziten Vorgaben für eine Ausgestaltung des Rechts der Verwertungsgesellschaften machen. Der RBÜ lassen sich einige wenige Prinzipien entnehmen wie etwa die nur beschränkte Möglichkeit, eine Verwertungsgesellschaftenpflicht einzuführen. Vorgaben, für die es keinen Anhalt im Text der Konvention selbst gibt, als verbindlich anzusehen, würde wohl zu weit führen.

2. Vereinheitlichung innerhalb der Europäischen Union

Das Recht der kollektiven Wahrnehmung ist Gegenstand der jüngsten urheberrechtlichen Richtlinie des *acquis*, nämlich der Richtlinie 2014/26/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung

1287 Vogel, Verwertungsgesellschaften, 81, nennt die sachliche, zeitliche und räumliche Begrenzung der wechselseitig übertragenen Rechte, Abrechnungsmodi, Informationspflichten und zulässige Abzüge für kulturelle und soziale Zwecke.

1288 Zum Teil sehr weitgehend in der Annahme von Vorgaben durch die RBÜ *Ficsor*, ZUM 2003, 3, 3 ff.

1289 *Ficsor*, ZUM 2003, 3, 4.

1290 *Ficsor*, ZUM 2003, 3, 9, der diesbezüglich aber auch auf die Materialien zur Stockholmer Revisionskonferenz verweist.

im Binnenmarkt¹²⁹¹. Da die Wahrnehmungsrichtlinie gerade erst in Kraft getreten ist und die Umsetzungsfrist der Mitgliedstaaten erst im Jahr 2016 ablaufen wird, kann der Harmonisierungseffekt der Richtlinie noch nicht ex post bewertet werden. Dies gebietet es, in diesem Abschnitt zur kollektiven Wahrnehmung zunächst auf die (noch) bestehenden Unterschiede in den nationalen Wahrnehmungsrechten einzugehen (§ 9.IX.2.a)), um erst im zweiten Schritt die Richtlinie als vorläufigen Schlussstein der unionalen Rechtssetzung auf diesem Gebiet zu besprechen (§ 9.IX.2.b)).

a) Divergierende Regelungen des Rechts der kollektiven Rechtewahrnehmung in den nationalen Urheberrechten

Ähnlich wie im Urhebervertragsrecht¹²⁹² führen auch im Recht der Verwertungsgesellschaften sowohl die bis zum Erlass der Wahrnehmungsrichtlinie spärlichen Vorgaben des *acquis* als auch die unterschiedlichen Traditionen der Mitgliedstaaten zu starken Differenzen zwischen den nationalen Urheberrechten.

Schon die Zulassung von Verwertungsgesellschaften ist zum Teil diametral gegensätzlich geregelt.¹²⁹³ Auch die zulässigen Organisationsformen der Verwertungsgesellschaften unterscheiden sich.¹²⁹⁴

1291 ABl. EU 2014/L 84/72, im Folgenden: Wahrnehmungsrichtlinie (WNRL).

1292 Hierzu oben, § 9.VIII.2.c).

1293 Vgl. für Beispiele der verschiedenen Zulassungsregelungen *Dietz*, Urheberrecht in der EG, Rn. 577, 581, 620, 630.

Während etwa in Österreich ausländische Verwertungsgesellschaften von der Erteilung der erforderlichen Erlaubnis für eine Wahrnehmungstätigkeit pauschal ausgeschlossen sind, ist in Belgien dagegen ausdrücklich geregelt, dass in einem anderen Staat ordnungsgemäß etablierte Verwertungsgesellschaften auch in Belgien tätig werden können. Hierzu *Dillenz*, GRUR Int. 1997, 315, 328; vgl. auch *Reinbothe*, ZUM 2003, 27, 29. In Italien, Tschechien und Ungarn besteht ein Wahrnehmungsmonopol, wohingegen in Großbritannien noch nicht einmal eine besondere Zulassung erforderlich ist. Vgl. *Dietz*, Urheberrecht in der EG, Rn. 600 und 612; Pressemitteilung: Monopolstellung der Verwertungsgesellschaften: Vertragsverletzungsverfahren gegen Tschechien und Ungarn.

1294 Vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments zu einem Gemeinschaftsrahmen für Verwertungsgesellschaften im Bereich des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte, P5_TA (2004) 36, Nr. 37; ausführlich zu diesem Dokument *Dietz*, IIC 2004, 809.

Das Verhältnis zwischen Rechtsinhabern und Verwertungsgesellschaften ist nur vereinzelt geregelt und dies meist mit unterschiedlichem Inhalt.¹²⁹⁵ So gibt es nicht überall befriedigende Regeln über die Transparenz der Ausschüttungen an die Rechtsinhaber.¹²⁹⁶ Auch die Verteilung insgesamt ist unterschiedlich stark reglementiert.¹²⁹⁷ Nur manche nationalen Gesetzgeber haben einen expliziten Wahrnehmungszwang vorgesehen.¹²⁹⁸

Auch die Regelung des Verhältnisses zu den Nutzern ist von bunter Vielfalt geprägt. So sehen nur manche nationalen Gesetze Auskunftsansprüche oder Hinterlegungspflichten zugunsten der Verwertungsgesellschaften vor.¹²⁹⁹ Die Frage eines Abschlusszwangs der Verwertungsgesellschaften, also der Pflicht, zu den aufgestellten Tarifen mit jedem potentiellen Nutzer zu kontrahieren, wird nicht überall explizit geregelt.¹³⁰⁰ Die Kontrolle der Tarife kann über eine Aufsicht, Schlichtungsverfahren oder vor Gericht erfolgen, wenn sie denn vorgesehen ist und auch effizient funktioniert.¹³⁰¹

Nicht zu unterschätzen sind auch Divergenzen hinsichtlich der grundlegenden Frage, wie sich das Recht der Verwertungsgesellschaften zum Wettbewerbsrecht verhält,¹³⁰² entscheidet sich doch hieran, inwieweit wettbewerbsrechtliche Regelungen auf die kollektive Verwertung (gegebenenfalls ergänzend) Anwendung finden.

Insgesamt waren und sind die Unterschiede zwischen den nationalen Rechten der kollektiven Wahrnehmung beträchtlich. Zu einer Zeit, bevor sich die Pläne der Union zur Harmonisierung des Wahrnehmungsrechts konkretisierten, befürchteten manche sogar eine Vergrößerung der bestehenden Unterschiede zwischen den nationalen Wahrnehmungsrechten.¹³⁰³

1295 *Reinbothe*, ZUM 2003, 27, 29. Zu den verschiedenen Kontrollmöglichkeiten *Reinbothe*, Festschrift Dietz, 527 f.

1296 Hierzu *Reinbothe*, ZUM 2003, 27, 31.

1297 Vgl. *Dillenz*, GRUR Int. 1997, 315, 324 f.; vgl. auch *Dietz*, Urheberrecht in der EG, Rn. 585, 615.

1298 Vgl. *Dietz*, Urheberrecht in der EG, Rn. 582, 618.

1299 *Reinbothe*, ZUM 2003, 27, 31.

1300 Vgl. *Dietz*, Urheberrecht in der EG, Rn. 582, 625 f., 638.

1301 *Reinbothe*, ZUM 2003, 27, 29, 31; *Reinbothe*, Festschrift Dietz, 527 f.; vgl. auch Entschließung des Europäischen Parlaments zu einem Gemeinschaftsrahmen für Verwertungsgesellschaften im Bereich des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte, P5_TA (2004) 36, Nr. 47; *Dietz*, Urheberrecht in der EG, Rn. 584, 600, 636 f.

1302 Vgl. *von Lewinski*, Rechtswahrnehmung, 236 f.; vgl. auch *Dietz*, Urheberrecht in der EG, Rn. 586.

1303 *Reinbothe*, ZUM 2003, 27, 29; Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss: Die

b) Harmonisierung durch die Wahrnehmungsrichtlinie

Vor Erlass der Wahrnehmungsrichtlinie berührte der urheberrechtliche *acquis* ähnlich wie die internationalen Konventionen das Recht der Verwertungsgesellschaften im weitesten Sinne nur an wenigen Stellen.

Für bestimmte Verwertungsrechte oder Vergütungsansprüche sah der *acquis* etwa eine Verwertungsgesellschaftenpflichtigkeit vor.¹³⁰⁴ Solche Regelungen setzen jedenfalls voraus, dass funktionierende Verwertungsgesellschaften in den Mitgliedstaaten bestehen. Darüber hinaus ließen sich dem *acquis* am Rande gewisse Vorgaben entnehmen, ohne dass indes konkrete Regelungen für den Bereich der kollektiven Verwertung getroffen würden.

Mit der Wahrnehmungsrichtlinie verfolgt die Kommission im Wesentlichen zwei Ziele: zum einen soll die Funktionsweise von Verwertungsgesellschaften verbessert und ein *level playing field* für Verwertungsgesellschaften geschaffen werden¹³⁰⁵ Zum anderen soll die grenzüberschreitende Lizenzierung für die Online-Verwertung von Musikwerken verbessert werden. Da wir uns hier nicht mit den Fragen der grenzüberschreitenden Lizenzierung auseinandersetzen wollen,¹³⁰⁶ ist für die hiesige Betrachtung vor allem Titel II der Richtlinie von Interesse.

In Art. 3 lit. a WNRL wird zunächst die Verwertungsgesellschaft als „Organisation für die kollektive Rechtewahrnehmung“ definiert.¹³⁰⁷ Unabhängig

Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten im Binnenmarkt, KOM (2004) 261, 7 f., 17.

1304 Art. 5 Abs. 3 VVRL sieht die Möglichkeit vor, den Anspruch des Urhebers und des ausübenden Künstlers auf angemessene Vergütung für die Vermietung eines Werkes einer Verwertungsgesellschaft zur Wahrnehmung zu übertragen. Art. 5 Abs. 4 erlaubt es den Mitgliedstaaten, den Vergütungsanspruch auch verwertungsgesellschaftenpflichtig auszugestalten.

Art. 9 SKRL enthält die einzige Vorschrift des *acquis*, die eine Verwertungsgesellschaftenpflicht, nämlich für das Recht der Kabelweitersendung zwingend vorschreibt; hierzu von *Lewinski*, Rechtewahrnehmung, 234; *Ficsor*, ZUM 2003, 3, 5; *Rupp*, MMR 2014, 217, 218; *Benabou*, Droit d’auteur et droit communautaire, Rn. 591 ff.; *Dreier* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 9 SKRL Rn. 4 ff.

1305 Vgl. ErwG 3 der Wahrnehmungsrichtlinie. Zu Hintergrund, Entstehung und Inhalt der Wahrnehmungsrichtlinie vgl. insbesondere die demnächst erscheinende Dissertation von Lichtenegger, Verwertungsgesellschaften, Kartellverbot und neue Medien.

1306 Hierzu bereits oben, § 8.II.

1307 Hierzu *Staats*, ZUM 2013, 162, 163.

von der inhaltlichen Kritik an dieser Definition¹³⁰⁸ ist auch hier einmal mehr zu bemerken, dass der *acquis* schon eine Definition von Verwertungsgesellschaften enthält. Art. 1 Abs. 4 SKRL definiert ebenso wie Art. 3 lit. a WNRL die Verwertungsgesellschaft, allerdings nur „für die Zwecke dieser Richtlinie“. An der Beschränkung des Geltungsbereichs der Definition zeigen sich wieder die Nachteile des sequentiellen und sektoriellen Vorgehens des Unionsgesetzgebers.¹³⁰⁹

In Art. 5 bis 7 WNRL werden zunächst die Rechte der Mitglieder und Rechtsinhaber, die nicht Mitglieder sind, geregelt. Insbesondere können Rechtsinhaber eine Verwertungsgesellschaft ihrer Wahl mit der Rechtswahrnehmung beauftragen und zwar in einem Umfang nach Wahl der Rechtsinhaber. Die Verwertungsgesellschaften sind grundsätzlich verpflichtet, ihrer Tätigkeit entsprechende Wahrnehmungsaufträge anzunehmen.¹³¹⁰ Art. 8 WNRL befasst sich mit den Aufgaben und Befugnissen der Mitgliederversammlung. Insbesondere entscheidet die Mitgliederversammlung über die Verteilung der vereinnahmten Beträge. Art. 9 WNRL enthält Vorschriften über die Zusammensetzung und die Befugnisse eines obligatorischen internen Aufsichtsgremiums der Verwertungsgesellschaft, Art. 10 WNRL über die Pflichten geschäftsführender Personen und zur Vermeidung von Interessenkonflikten. Art. 11 bis 13 WNRL befassen sich mit der Einziehung, Verteilung und sonstigen Verwendung von Einnahmen aus der Rechteverwaltung, insbesondere mit zulässigen Abzügen und Pflichten bei der Ausschüttung. Art. 14 und 15 WNRL regeln das Verhältnis von Verwertungsgesellschaften zueinander, wenn eine Verwertungsgesellschaft Rechte für die andere wahrnimmt. Art. 16 und 17 WNRL enthalten Regelungen über das Verhältnis zwischen Verwertungsgesellschaft und Nutzer. Insbesondere sollen die Lizenzbedingungen auf objektiven Kriterien fußen und müssen die erhobe-

1308 Hierzu *Drexll/Nérissou/Trumpke*, IIC 2013, 322, 337 f., sowie die demnächst erscheinende Dissertation von Lichtenegger, Verwertungsgesellschaften, Kartellverbot und neue Medien.

1309 Allgemein zu diesem Problem oben, § 8.I.2.g)aa).

Vogel, Verwertungsgesellschaften, 84, und *von Lewinski*, Rechtswahrnehmung, 233, weisen auf den rudimentären Charakter der Definition in der Satelliten- und Kabelrichtlinie hin. Darüber hinaus ist diese so weit gefasst, dass es letztlich wieder den Mitgliedstaaten überlassen bleibt, welche Organisationen die kollektive Rechtswahrnehmung besorgen sollen; hierzu *Dreier* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 3 SKRL Rn. 4.

1310 Hierzu *Grohmann*, GRUR-Prax. 2014, 145, 146. Kritisch noch zum Kommissionsvorschlag, der diese Pflicht nicht explizit vorsah, *Drexll/Nérissou/Trumpke*, IIC 2013, 322, 337 f..

nen Gebühren eine angemessene Vergütung der Rechtsinhaber sicherstellen und den wirtschaftlichen Wert der Nutzung widerspiegeln¹³¹¹. Regelungen zu einem Abschlusszwang enthält die Wahrnehmungsrichtlinie nicht, es besteht nur eine Verpflichtung für Verwertungsgesellschaften und Nutzer, nach Treu und Glauben über Lizenzen zu verhandeln. Die Nutzer müssen den Verwertungsgesellschaften notwendige Informationen über die Nutzung zur Verfügung stellen. In Art. 18 bis 22 WNRL sind schließlich Transparenzpflichten der Verwertungsgesellschaften geregelt.

Nicht geregelt ist in der Wahrnehmungsrichtlinie, unter welchen Voraussetzungen eine Verwertungsgesellschaft gegründet werden und unter welchen Bedingungen sie ihre Tätigkeit ausüben darf. Insbesondere beantwortet die Richtlinie nicht die Frage, ob das in Art. 16 der Dienstleistungsrichtlinie¹³¹² festgeschriebene Herkunftslandprinzip auf die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften Anwendung findet.¹³¹³

Unter regelungstechnischen Gesichtspunkten kritikwürdig ist jedoch vor allem, dass die Richtlinie, obwohl die Kommission die sehr unterschiedliche Regulungsdichte der nationalen Wahrnehmungsrechte als Hindernis für den Binnenmarkt erkannt hat, wiederum nur eine Mindestharmonisierung vorschreibt. In ErwG 9 der Richtlinie heißt es hierzu explizit, dass die Richtlinie die Mitgliedstaaten nicht daran hindern will, strengere Vorschriften für Verwertungsgesellschaften als die in Titel II enthaltenen beizubehalten oder zu erlassen. Dass die Union damit auf ein *level playing field* für Verwertungsgesellschaften zu-steuert, darf daher bezweifelt werden.¹³¹⁴

3. Auswirkungen der Rechtsunterschiede auf den Binnenmarkt

An der Frage einer Beeinträchtigung des Binnenmarktes durch die unterschiedlichen nationalen Regelungen der kollektiven Verwertung entscheidet sich wie-

1311 Hierzu *Staats*, ZUM 2013, 162, 166.

1312 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. EU 2006/L 376/36.

1313 Kritisch hierzu *Drexll/Nérisson/Trumpke*, IIC 2013, 322, 334 ff.. Ausführlich hierzu die demnächst erscheinende Dissertation von Lichtenegger, Verwertungsgesellschaften, Kartellverbot und neue Medien.

1314 Vgl. hierzu auch die demnächst erscheinende Dissertation von Lichtenegger, Verwertungsgesellschaften, Kartellverbot und neue Medien.

derum nicht nur, ob eine europäische Regelung die Verwertungsgesellschaften miteinbeziehen sollte, sondern auch, ob hierfür auch eine Kompetenz besteht.

So wurde denn auch – um eine entsprechende Kompetenz der Union zu verneinen – argumentiert, es gebe im Bereich der kollektiven Verwertung keine *Beeinträchtigungen der Verkehrsfreiheiten*, insbesondere nicht der Dienstleistungsfreiheit.¹³¹⁵ Im Verhältnis zwischen Rechteinhabern und Verwertungsgesellschaften sei schon jetzt sichergestellt, dass Erstere die Gesellschaft ihrer Wahl mit der Wahrnehmung ihrer Rechte betrauen könnten. Im Verhältnis zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzern beschränkten Erstere – nach dem traditionellen Verwertungsmodell – zwar die Vergabe von Lizenzen auf ihr jeweiliges Territorium, jedoch sei dies durch wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstandende Gründe gerechtfertigt. Für das Bestehen von *Wettbewerbsverzerrungen* habe die Kommission bisher keinen Nachweis erbracht, sondern sich vielmehr mit allgemeinen Hinweisen auf die wirtschaftliche Bedeutung der kollektiven Rechtswahrnehmung begnügt.¹³¹⁶ Auch mit Blick auf das Subsidiaritätsprinzip sei eine Kompetenz zweifelhaft, unterlägen doch die Verwertungsgesellschaften bereits der *Kontrolle durch das Wettbewerbsrecht*.¹³¹⁷

Auf diese Einwände gilt es nun einzugehen, wenn ein Binnenmarktbezug des Rechts der kollektiven Verwertung untersucht werden soll. Wir wollen also untersuchen, ob sich aus der Sicht der an der Verwertung im weitesten Sinne Beteiligten Beeinträchtigungen der Verkehrsfreiheiten oder spürbare Wettbewerbsverzerrungen ergeben (§ 9.IX.3.a)). Die Frage der Binnenmarktrelevanz kann aber nicht für alle Bereiche des Rechts der Verwertungsgesellschaften pauschal beantwortet werden, weshalb eine Differenzierung nach Einzelfragen auch innerhalb des Rechts der Verwertungsgesellschaften nötig sein wird (§ 9.IX.3.b)). Schließlich muss geprüft werden, ob nicht das Wettbewerbsrecht ausreichende Möglichkeiten vorsieht, den Binnenmarkt auf dem Feld der kollektiven Verwertung zu schützen (§ 9.IX.3.c)).

1315 *Riesenhuber/von Vogel*, EuZW 2004, 519, 521.

1316 *Riesenhuber/von Vogel*, EuZW 2004, 519, 521, in Bezug auf die 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.

1317 Vgl. *Riesenhuber/von Vogel*, EuZW 2004, 519, 521.

a) Binnenmarktrelevanz des Rechts der Verwertungsgesellschaften

Betrachtet man das Verhältnis zwischen Verwertungsgesellschaften und Rechteinhabern aus der *Perspektive der Rechteinhaber*, lässt sich an der These, dass es Letzteren schon jetzt freistehe, im Sinne der passiven Dienstleistungsfreiheit eine Verwertungsgesellschaft ihrer Wahl mit der Wahrnehmung ihrer Rechte zu betrauen, ernsthaft zweifeln. Zwar hat der EuGH die Weigerung einer Verwertungsgesellschaft, Wahrnehmungsverträge mit EU-ausländischen Rechteinhabern abzuschließen, als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinn von Art. 102 AEUV (damals Art. 86 EWG) gewertet,¹³¹⁸ jedoch zeigen Fälle aus der Praxis, dass es Rechtsinhabern auch heute noch keineswegs immer freisteht, ihre Verwertungsgesellschaft auszuwählen, da viele Verwertungsgesellschaften im Rahmen von Gegenseitigkeitsverträgen untereinander offenbar nach wie vor verpflichtet sind, ihre Dienste den EU-ausländischen Rechtsinhabern zu verweigern.¹³¹⁹ Man mag nun einwenden, dies sei nicht Unterschieden in der gesetzlichen Regelung der kollektiven Wahrnehmung geschuldet, sondern vielmehr einem möglicherweise wettbewerbswidrigen Verhalten der Verwertungsgesellschaften, jedoch bleibt zu bedenken, dass wie gesehen durchaus manche Mitgliedstaaten gesetzlich einen Wahrnehmungszwang vorsehen, wodurch das Problem des Zugangs zu den Diensten der Verwertungsgesellschaften zu einer Frage des materiellen Urheber- und Wahrnehmungsrechts wird.

Die kollektive Verwertung stellt für viele Rechteinhaber nicht nur eine *Form* der Rechtewahrnehmung dar, sondern vielmehr *die einzige Möglichkeit*, überhaupt Einkünfte aus der Verwertung ihrer Werke zu ziehen.¹³²⁰ Insbesondere im Bereich der Massennutzung, für die den Rechteinhabern oftmals nur ein Vergütungsanspruch zusteht und deren Bedeutung im Zeitalter der Digitalisierung gewachsen ist und noch wachsen wird,¹³²¹ ist es der Mehrzahl der Berechtigten nicht möglich, ihre Rechte anders als über eine Verwertungsgesellschaft geltend zu machen. Verweigert nun eine Verwertungsgesellschaft einem Rechteinhaber die Wahrnehmung der Rechte oder gelten andere Voraussetzungen für die Mit-

1318 EuGH, 2.3.1983, Rs. 7/82, Slg. 1983, 483 – *GVL ./ Kommission*, Rn. 56; hierzu *van Eechoud/Hugenholtz/van Gompel*, *Harmonizing European Copyright Law*, 315 f.

1319 Vgl. Pressemitteilung: Kartellrecht – Kommission untersagt europäischen Verwertungsgesellschaften wettbewerbsverzerrende Praktiken.

1320 Vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments zu einem Gemeinschaftsrahmen für Verwertungsgesellschaften im Bereich des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte, P5_TA (2004) 36, Nr. 25; *Dillenz*, GRUR Int. 1997, 315, 316.

1321 *Dillenz*, GRUR Int. 1997, 315, 320; vgl. auch *Vogel*, *Verwertungsgesellschaften*, 86.

gliedschaft (weil z.B. bestimmte Gruppen von Rechteinhabern nicht aufgenommen werden können), so stellt sich dies aus Sicht des Rechteinhabers als ein *Zugangshindernis* zum Verwertungsmarkt und somit als eine Beeinträchtigung der Verkehrsfreiheiten dar.

Auch aus der *Perspektive der Verwertungsgesellschaften* können Unterschiede zwischen den nationalen Wahrnehmungsrechten zu echten *Zugangsbarrieren* werden. Die Divergenzen beginnen schon bei der Frage, wann ein Rechteverwalter überhaupt als Verwertungsgesellschaft anzusehen ist¹³²² und folglich die Regeln der kollektiven Verwertung Anwendung finden. Vor diesem Hintergrund ist eine Definition der Verwertungsgesellschaft, wie sie die Wahrnehmungsrichtlinie vornimmt, im Grundsatz zu begrüßen, auch wenn es am Inhalt der Definition berechtigte Kritik geben mag¹³²³. Auch wenn sich die Zulassungsvoraussetzungen für Verwertungsgesellschaften unterscheiden, in manchen Staaten sogar ein Monopol zugunsten einer Verwertungsgesellschaft vorgesehen ist, bleibt manchen oder sogar allen ausländischen Verwertungsgesellschaften der Weg auf den nationalen Markt versperrt. Die EU-Kommission hat daher in solchen nationalen Monopolen eine Beeinträchtigung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit der Verwertungsgesellschaften gesehen,¹³²⁴ es jedoch versäumt, in der Wahrnehmungsrichtlinie auch die nationalen Zulassungsregelungen zu harmonisieren.

Solche Marktzutrittshindernisse für Verwertungsgesellschaften schlagen auch auf die Situation der Rechtsinhaber durch. Werden beispielsweise die Rechte eines Urhebers, die von einer Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden, in einem Land verletzt, in dem ein Wahrnehmungsmonopol zugunsten einer anderen Verwertungsgesellschaft besteht, kann die Verwertungsgesellschaft möglicherweise nicht einmal gegen die Rechtsverletzung vorgehen, wenn ihr in diesem Land keine Klagebefugnis zuerkannt wird. So wirken sich Zugangshindernisse für Verwertungsgesellschaften letztlich auch als Zugangshindernisse für Rechteinhaber aus.

Betrachtet man das Verhältnis zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzern, so kann es aus *Sicht der Nutzer zu Zugangshindernissen* für Letztere in

1322 Hierzu *Hilty*, Kollektive Rechtswahrnehmung und Vergütungsregelungen, 137 f.

1323 Hierzu bereits oben, § 9.IX.2.b).

1324 Vgl. Pressemitteilung: Monopolstellung der Verwertungsgesellschaften: Vertragsverletzungsverfahren gegen Tschechien und Ungarn; vgl. auch *Dillenz*, GRUR Int. 1997, 315, 328, der die österreichischen Regelungen, die ausländische Verwertungsgesellschaften vom österreichischen Wahrnehmungsmarkt fernhalten, für unionsrechtswidrig hält.

Bezug auf nationale Märkte dadurch kommen, dass Verwertungsgesellschaften die Lizenzerteilung ganz oder zumindest über ihr eigenes Territorium hinaus verweigern und so den kommerziellen Nutzern eine wirtschaftliche Nutzung der Werke unmöglich machen.

Wiederum ließe sich die Verweigerung einer Lizenzgewährung als eine Verhaltensweise der Verwertungsgesellschaften am Markt einordnen,¹³²⁵ die gegebenenfalls nach Wettbewerbsrecht zu beurteilen wäre. Wenn jedoch einige Mitgliedstaaten einen Abschlusszwang vorsehen, wird die Frage der Lizenzierung wieder zu einem urheberrechtlichen Problem. Die Wahrnehmungsrichtlinie sieht hier wie gesehen nur eine Verpflichtung zur Verhandlung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben vor, Regelungen zu einem echten Abschlusszwang enthält sie nicht.

Wie für die Rechteinhaber so haben Verwertungsgesellschaften auch für die Verwerter als Lizenznehmer entscheidende Bedeutung im Hinblick auf den Marktzugang. Der Rechteerwerb vom individuellen Rechteinhaber stellt im Hinblick auf das oft benötigte umfängliche Repertoire keine Alternative dar, vielmehr schafft die kollektive Wahrnehmung mit der Möglichkeit einer Lizenzierung eines großen Repertoires ein für die Verwerter völlig neues Produkt,¹³²⁶ ohne welches manche Märkte gar nicht erreicht werden können.

Unterschiedliche Regelungen im Verhältnis zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzern können sich so durchaus auf den Marktzutritt für diese Nutzer auswirken.¹³²⁷

Wie schon in anderen untersuchten Bereichen des Urheberrechts lassen sich auch im Recht der kollektiven Wahrnehmung leichter Belege für eine *Verzerrung der Wettbewerbsbedingungen* infolge ungleicher nationaler Regelungen nachweisen als Beeinträchtigungen der Verkehrsfreiheiten.

1325 In diesem Sinne *Riesenhuber/von Vogel*, EuZW 2004, 519, 521.

1326 Vgl. hierzu *Lerche*, ZUM 2003, 34, 34.

1327 Vor diesem Hintergrund war auch die schon länger vor Erlass der Wahrnehmungsrichtlinie geäußerte Annahme zu verstehen, eine Vereinheitlichung der rechtlichen Rahmenbedingungen der kollektiven Verwertung werde es ermöglichen, die unionsweite Lizenzierung im Onlinebereich voranzutreiben; so *Reinbothe*, ZUM 2003, 27, 33. Die Kommission sprach in der Mitteilung zur Rechtewahrnehmung im Binnenmarkt in diesem Zusammenhang von einer „weit verbreiteten Forderung“ nach Einheitlichkeit des rechtlichen Rahmens für Verwertungsgesellschaften, um die Lizenzierung auf Unionsebene zu erleichtern. 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, 18.

Selbstverständlich wirkt es sich auf die wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten einer Verwertungsgesellschaft aus, wenn sie bestimmte Anforderungen erfüllen muss, um nach nationalem Recht auf dem jeweiligen nationalen Wahrnehmungsmarkt zugelassen zu werden. Das ist am offensichtlichsten im Falle von gesetzlichen Wahrnehmungsmonopolen, die andere Verwertungsgesellschaften als den Monopolisten völlig ausschließen, ist aber auch bei unterschiedlich strengen Zulassungsvoraussetzungen oder unterschiedlich intensiver staatlicher Aufsicht leicht einzusehen.

Auch die Frage, ob für ein bestimmtes ausschließliches Recht oder einen Vergütungsanspruch eine Verwertungsgesellschaftenpflicht besteht, wirkt sich ganz erheblich auf die Stellung von Verwertungsgesellschaften auf dem Wahrnehmungsmarkt aus. Auch für die Rechtsinhaber macht es einen erheblichen Unterschied, ob sie ein Recht nur über eine Verwertungsgesellschaft oder wahlweise auch individuell wahrnehmen können.

Für die Nutzer spielt die Reglementierung ihres Verhältnisses zu den Verwertungsgesellschaften ebenfalls eine unter wettbewerblichen Gesichtspunkten wichtige Rolle. Die wettbewerbliche Situation eines kommerziellen Verwerter hängt stark davon ab, welche Auskunft- und Hinterlegungspflichten er gegenüber der Verwertungsgesellschaft zu erfüllen hat, vor allem aber ob er einen Anspruch auf Lizenzerteilung hat und ob er Tarife in einem effektiven Verfahren überprüfen lassen kann. Besteht im Hinblick auf ein ausschließliches Recht eine Verwertungsgesellschaftenpflicht, kann sich ein Nutzer sicher sein, dass er nicht mit Ansprüchen einzelner Rechtsinhaber konfrontiert wird, sobald er mit der zuständigen Verwertungsgesellschaft einen Lizenzvertrag geschlossen hat.

Wie *spürbar* diese Unterschiede in den Wettbewerbsbedingungen sind, hängt entscheidend davon ab, wie wichtig insgesamt die kollektive Wahrnehmung einzuschätzen ist.¹³²⁸ Hier deutet vieles darauf hin, dass die kollektive Wahrnehmung in ihrer Bedeutung mindestens ebenso hoch zu veranschlagen ist wie die individuelle Wahrnehmung vor dem Hintergrund des Urhebervertragsrechts.¹³²⁹

1328 Insofern erscheint der Hinweis der Kommission auf die wirtschaftliche Bedeutung der kollektiven Wahrnehmung nicht unwichtig. Vgl. oben, § 9.IX.3.

1329 Die Kommission etwa sprach anders als im Bereich der individuellen Rechtswahrnehmung bereits in der Mitteilung zur Rechtswahrnehmung im Binnenmarkt von Handlungsbedarf bei der kollektiven Wahrnehmung. Vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss: Die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten

Jedenfalls wird die Wichtigkeit der kollektiven Wahrnehmung im Binnenmarkt recht einhellig hervorgehoben. Die kollektive Wahrnehmung sei unerlässlicher Bestandteil der Wahrnehmung von Urheberrechten und wesentlich für das Funktionieren des Urheberrechtsschutzes überhaupt.¹³³⁰ Denn die kollektive Wahrnehmung mache einen wesentlichen Teil der Wahrnehmung aus, die ihrerseits fundamentales Element einer Urheberrechtsordnung sei.¹³³¹ Einen Binnenmarkt im Urheberrecht könne es ohne eine gemeinsame rechtliche Basis der Rechtswahrnehmung nicht geben.¹³³²

Wie schon erwähnt wird zumeist davon ausgegangen, dass trotz der Möglichkeiten, welche die digitale Rechteverwaltung dem einzelnen Rechteinhaber bietet, die kollektive Verwertung eher noch an Bedeutung gewinnen wird, insbesondere sofern es um Massennutzungen oder die Verwertung von Multimediaerwerken geht.¹³³³ Es muss daher davon ausgegangen werden, dass sich die Unterschiede im Recht der Verwertungsgesellschaften spürbar auf die Wettbewerbsmöglichkeiten nicht nur der Verwertungsgesellschaften, sondern auch der Nutzer auswirken.

Entsprechend den Ankündigungen der Kommission, ihre Bemühungen zur Schaffung eines Rechtsrahmens für eine erleichterte Lizenzierung von Onlinediensten in der Union auch auf andere Bereiche der Rechteverwaltung auszuweiten,¹³³⁴ hat die Kommission Anfang 2014 die Wahrnehmungsrichtlinie erlassen.

Schutzrechten im Binnenmarkt, KOM (2004) 261, 22; hierzu auch *Enzinger*, GRUR Int. 2006, 985, 988.

1330 So *Reinbothe*, ZUM 2003, 27, 28, mit Hinweis auf die Ergebnisse der Anhörung der Kommission zur kollektiven Rechtswahrnehmung im Gefolge der Mitteilung zur Rechtswahrnehmung im Binnenmarkt.

1331 *Reinbothe*, ZUM 2003, 27, 30.

1332 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, 18 mit Hinweis auf die Konsultation im Vorfeld der Mitteilung; vgl. auch *Reinbothe*, ZUM 2003, 27, 30.

1333 *Vogel*, Verwertungsgesellschaften, 86; *Vogel*, GRUR 1993, 513, 531; *Dillenz*, GRUR Int. 1997, 315, 320 und 329; *Peifer*, Tagungsbericht INTERGU-Tagung 2006, 115.

1334 Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Ein Binnenmarkt für Rechte des geistigen Eigentums. Förderung von Kreativität und Innovation zur Gewährleistung von Wirtschaftswachstum, hochwertigen Arbeitsplätzen sowie erstklassigen Produkten und Dienstleistungen in Europa, KOM (2011) 287, 13 f.

b) Zu regelnde Bereiche des Rechts der Verwertungsgesellschaften

Wie für das Urheberrecht insgesamt, so lassen sich auch innerhalb der Rechts der Verwertungsgesellschaften Materien identifizieren, die unbedingt im Interesse des Binnenmarktes geregelt werden sollten, und andere, bei denen der Binnenmarkt eine Regelung nicht unbedingt erfordert.

In der Literatur werden zum Teil sehr detaillierte Regelungen gefordert.¹³³⁵ Fragen der Gründung (z.B. gründungsberechtigte Personen, Nachweis der Leistungsfähigkeit) und Organisation (Struktur, Fragen der Mitbestimmung der Rechteinhaber) einer Verwertungsgesellschaft sollen ebenso geregelt werden wie ihre Tätigkeit, also ihre Pflichten gegenüber den Rechteinhabern (Rechnungslegung, Transparenz der Ausschüttungen, Verwendung der Abzüge für kulturelle und soziale Zwecke)¹³³⁶ und ihr Verhältnis zu den Nutzern (Auskunftsansprüche der Verwertungsgesellschaft, Transparenz der Tarife, Abschlusszwang). Auch die Kontrolle und Aufsicht der Verwertungsgesellschaften (Schlichtungsinstanzen, gerichtliche Überprüfung, behördliche Aufsicht) sollten miteinbezogen werden.¹³³⁷

Hier kann eine detaillierte Untersuchung der verschiedenen Bereiche des Rechts der Verwertungsgesellschaften auf ihre Binnenmarktrelevanz nicht erfolgen. Anzumerken ist aber, dass eine Vereinheitlichung vor allem diejenigen Bereiche umfassen muss, die für den Marktzugang von Verwertungsgesellschaften, Rechteinhabern und Nutzern essentiell sind. Zu denken ist dies-

1335 Vgl. zum Programm einer Vereinheitlichung des Rechts der kollektiven Wahrnehmung Entschließung des Europäischen Parlaments zu einem Gemeinschaftsrahmen für Verwertungsgesellschaften im Bereich des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte, P5_TA (2004) 36, Nr. 39, 48; hierzu *Dietz*, IIC 2004, 809, 811. 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, 21 ff.; hierzu *Dietz*, IIC 2004, 809, 814 und 818 f. *Dillenz*, GRUR Int. 1997, 315, 321 ff.; *Reinbothe*, ZUM 2003, 27, 32.

Ein umfassendes Programm zur Vereinheitlichung schlägt auch *Hilty*, Kollektive Rechtswahrnehmung und Vergütungsregelungen, 153 ff., vor.

Zurückhaltender *Schack*, ZGE 2009, 275, 288, der zwar die Aufsicht und kartellrechtliche Kontrolle sowie die Überwachung der Ausschüttungen der Verwertungsgesellschaften einheitlich geregelt wissen, in einer Urheberrechtsverordnung selbst aber nur festgelegt sehen will, welche Vergütungsansprüche einer Verwertungsgesellschaftenpflicht unterworfen werden sollen.

1336 Speziell auf die Verteilung des Aufkommens der Verwertungsgesellschaften stellt *Hilty*, Festschrift Schrickler zum 70. Geburtstag, 351 f., ab.

1337 Hierzu *Hilty*, Kollektive Rechtswahrnehmung und Vergütungsregelungen, 156 f.

bezüglich vor allem an Regelungen, die die Zulassung von Verwertungsgesellschaften,¹³³⁸ insbesondere ein gesetzliches Monopol, sowie einen eventuellen Kontrahierungszwang der Verwertungsgesellschaften mit Rechteinhabern und Nutzern betreffen. Ausgerechnet in diesen Fragen bleibt die Wahrnehmungsrichtlinie jedoch stumm. In Bereichen, in denen es „ums Geld“, also um die Verteilung von Einnahmen, oder um Abzüge und Tarife geht, lassen sich immerhin noch recht leicht Auswirkungen auf Wettbewerbsbedingungen nachweisen. Schwieriger wird der Nachweis eines Binnenmarktbezuges jedoch für Bereiche, die sich weiter von den rein wirtschaftlichen Fragen entfernen, wie z.B. Fragen der Struktur der Verwertungsgesellschaften und der Repräsentanz der Rechteinhaber.¹³³⁹ Die Wahrnehmungsrichtlinie hat sich diesen Bereichen jedoch in quasi überproportionalem Maß angenommen.

c) Regelung durch das Wettbewerbsrecht

Wenn also die Bedeutung zumindest weiter Bereiche des Rechts der Verwertungsgesellschaften für den Binnenmarkt kaum in Abrede gestellt werden kann, so wird gegen eine Vereinheitlichung eingewandt, das Wettbewerbsrecht könne die befürchteten Hindernisse für den Binnenmarkt beseitigen, was ein europäisches Verwertungsgesellschaftenrecht unter Subsidiaritätsgesichtspunkten entbehrlich mache.¹³⁴⁰

In der Tat hat der EuGH schon vielfach die Beziehungen zwischen Verwertungsgesellschaften und Rechteinhabern¹³⁴¹ sowie zwischen Verwertungs-

1338 *Hilty*, Kollektive Rechtswahrnehmung und Vergütungsregelungen, 154 f.; So auch *Dillenz*, GRUR Int. 1997, 315, 328, der allerdings diesbezüglich die Einführung des Herkunftslandprinzips vorschlägt.

1339 Auch *Dietz*, Urheberrecht in der EG, Rn. 644, hält die Vereinheitlichung in diesen Bereichen für nachrangig.

1340 Für eine ausführliche Untersuchung der Anwendung des Wettbewerbsrechts auf Verwertungsgesellschaften vgl. die demnächst erscheinende Dissertation von Lichtenegger, Verwertungsgesellschaften, Kartellverbot und neue Medien.

1341 Vgl. nur EuGH, 27.3.1974, Rs. 127/73, Slg. 1974, 313 – *BRT II*; EuGH, 2.3.1983, Rs. 7/82, Slg. 1983, 483 – *GVL ./. Kommission*. Zur *GVL*-Entscheidung *Drexler*, Deutsche Verwertungsgesellschaften im europäischen Wettbewerb, 17. Ausführlich zur EuGH-Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen Verwertungsgesellschaften und Rechteinhabern *Benabou*, Droit d’auteur et droit communautaire, Rn. 283 ff.

gesellschaften und Nutzern¹³⁴² anhand europäischen Wettbewerbsrechts untersucht. Dabei hat er das Wettbewerbsrecht durchaus nicht blind angewendet, sondern auch die besondere Rolle der Verwertungsgesellschaften bei der Rechtewahrnehmung berücksichtigt.¹³⁴³

In der Literatur wird die Tätigkeit und das Geschäftsmodell der Verwertungsgesellschaften auch für durchaus vereinbar mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts gehalten.¹³⁴⁴

Es werden aber auch erheblich Zweifel daran vorgebracht, dass die Anwendung des Wettbewerbsrechts auf die Verwertungsgesellschaften der richtige Weg zur Behebung von Hindernissen für den Binnenmarkt ist. Das Kartellrecht ermögliche nur eine unzulängliche Regelung der differenzierten Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften.¹³⁴⁵ Verwertungsgesellschaften seien als Unternehmen *sui generis* anzusehen, da sie unter anderem nicht mit Gewinnerzielungsabsicht agierten und durch Förderung kultureller Ziele auch dem Allgemeininteresse dienten.¹³⁴⁶

Auch das Europäische Parlament hat auf die besondere Rolle der Verwertungsgesellschaften unter kulturellen und sozialen Gesichtspunkten sowie „für die Gesellschaft als solche“ hingewiesen und sie insofern als Träger öffentlicher Gewalt bezeichnet.¹³⁴⁷ Die Monopole der Verwertungsgesellschaften stünden im Interesse der Rechteinhaber wie auch der Nutzer, das Wettbewerbsrecht dürfe auf die Verwertungsgesellschaften daher nur im Einzelfall und zur Verhinderung von Missbräuchen angewendet werden.¹³⁴⁸

1342 Vgl. nur EuGH, 13.7.1989, Rs. C-350/92, Slg. 1989, 2521 – *Tournier*; EuGH, 13.7.1989, Verb. Rs. 110/88, 241/88 und 242/88, Slg. 1989, 2811 – *Lucazeau*. Ausführlich zu den sogenannten *SACEM*-Entscheidungen *Benabou*, Droit d’auteur et droit communautaire, Rn. 267 ff. und 304 ff.

1343 EuGH, 27.3.1974, Rs. 127/73, Slg. 1974, 313 – *BRT II*, Rn. 9/11; *Riesenhuber/von Vogel*, EuZW 2004, 519, 519. Zusammenfassend zur Rechtsprechung des EuGH auch *Drexl*, Deutsche Verwertungsgesellschaften im europäischen Wettbewerb, 27.

1344 Vgl. *Drexl*, Deutsche Verwertungsgesellschaften im europäischen Wettbewerb, 11 ff., 16.

1345 *Dillenz*, GRUR Int. 1997, 315, 318.

1346 *Lerche*, ZUM 2003, 34, 35 f.

1347 Entschließung des Europäischen Parlaments zu einem Gemeinschaftsrahmen für Verwertungsgesellschaften im Bereich des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte, P5_TA (2004) 36, Nr. 13, 27; hierzu *Dietz*, IIC 2004, 809, 810.

1348 Entschließung des Europäischen Parlaments zu einem Gemeinschaftsrahmen für Verwertungsgesellschaften im Bereich des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte, P5_TA (2004) 36, Nr. 14, 17; zur Monopolstellung der Verwertungsgesellschaften schon *Dietz*, Urheberrecht in der EG, Rn. 641.

Andere Stimmen bezweifeln, dass sich ein erzwungener Wettbewerb der Verwertungsgesellschaften förderlich auf die Kreativität in Europa auswirken werde.¹³⁴⁹

Auch diejenigen, die dem Gedanken eines Wettbewerbs der Verwertungsgesellschaften nicht grundsätzlich ablehnend gegenüber stehen, fordern zumeist die Schaffung einheitlicher rechtlicher Rahmenbedingungen für die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften, also ein *level playing field*, welches erst die Grundlage für einen Wettbewerb schaffe.¹³⁵⁰ Dieser Ansatz ermögliche, die Besonderheiten des Urheberrechts von Anfang an zu berücksichtigen und mit den Binnenmarktp Prinzipien in Einklang zu bringen, statt wie bisher über das Wettbewerbsrecht das Verhalten der Verwertungsgesellschaften von Fall zu Fall an den Binnenmarkt anzupassen.¹³⁵¹ Dies würde den Akteuren auch ein deutlich höheres Maß an Rechtssicherheit bieten.

Unabhängig davon, ob man das Wettbewerbsrecht auf die Verwertungsgesellschaften anwenden und einen Wettbewerb zwischen diesen erzwingen will, zeigt die Rechtsprechung des EuGH und die bisher erfolgte Anwendung des Wettbewerbsrechts, dass viele Aspekte der kollektiven Wahrnehmung unbestreitbar Auswirkungen auf die wettbewerbliche Situation von Verwertungsgesellschaften, Nutzern und auch Rechteinhabern haben können. Wenn die Union diese Auswirkungen mit anderen Mitteln als dem Wettbewerbsrecht, nämlich durch ein eigenes Recht der kollektiven Verwertung steuert, ist daher von einer Kompetenz hierfür auszugehen. Im Hinblick auf die Rechtssicherheit für die Akteure auf dem Feld der Rechtswahrnehmung ist ein solcher Ansatz der bloßen Anwendung wettbewerblicher Regeln auch vorzuziehen.

4. Zwischenergebnis zum Recht des Verwertungsgesellschaften

Das Recht der kollektiven Wahrnehmung wird keiner umfassenden Harmonisierung auf internationaler Ebene zugeführt. Den internationalen Regelungen lassen sich zumeist nur vage Vorgaben entnehmen. Hieraus sowie aus sehr unterschiedlichen Traditionen der kollektiven Wahrnehmung in den Mitgliedstaa-

1349 Dietz, IIC 2004, 809, 814; vgl. auch schon Dietz, Urheberrecht in der EG, Rn. 648.

1350 Vgl. Dillenz, GRUR Int. 1997, 315, 321 f.; von Lewinski, Rechtswahrnehmung, 240 f.; Reinbothe, ZUM 2003, 27, 32. Drexler, Deutsche Verwertungsgesellschaften im europäischen Wettbewerb, 28, meint, das Kartellrecht könne auf Dauer kein europäisches Wahrnehmungsrecht ersetzen.

1351 Reinbothe, ZUM 2003, 27, 31.

ten ergeben sich erhebliche Unterschiede zwischen den nationalen Wahrnehmungsrechten.

Die Wahrnehmungsrichtlinie adressiert einige der Rechtsunterschiede der nationalen Wahrnehmungsrechte, spart einige durchaus relevante Bereiche wie etwa die Zulassungsvoraussetzungen, die Frage des Abschlusszwangs und auch die Anwendung des Herkunftslandprinzips aus. Darüber hinaus führt sie nur zu einer Mindestharmonisierung und wird daher kaum das angestrebte *level playing field* für Verwertungsgesellschaften schaffen können.

Die Rechtsunterschiede zwischen den nationalen Wahrnehmungsrechten führen entgegen zum Teil vorgebrachter Meinungen zu spürbar unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen für die Verwertungsgesellschaften, aber auch für die Rechtsinhaber und Lizenznehmer.¹³⁵² Da das Wahrnehmungsrecht darüber entscheidet, unter welchen Umständen Verwertungsgesellschaften tätig werden dürfen und ob und unter welchen Bedingungen sie mit Rechtsinhabern und Lizenznehmern kontrahieren müssen, wirken sich Rechtsunterschiede darüber hinaus auch oftmals als Marktzutritts Hindernisse auf die Verkehrsfreiheiten aus.

Allerdings dürften nicht alle Bereiche des Wahrnehmungsrechts Verwertungsrelevanz besitzen. Insbesondere für Fragen der Organisation, Struktur und Repräsentanz liegt ein Binnenmarktbezug nicht auf der Hand.

Das Wettbewerbsrecht erscheint nur begrenzt geeignet, den Besonderheiten der kollektiven Wahrnehmung gerecht zu werden, sodass auch das Subsidiaritätsprinzip einer entsprechenden Regelung nicht im Weg stehen dürfte.

Ein Europäisches Urheberrecht sollte also auch Regeln für die kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten enthalten.

X. Zwischenergebnis zur Verwertungsrelevanz der einzelnen Bereiche des Urheberrechts

Wir haben nun die wohl wichtigsten *Bereiche des materiellen Urheberrechts auf ihre Binnenmarktrelevanz untersucht*, um festzustellen, ob die Binnenmarktkompetenz der Union eine Regelung des jeweiligen Bereichs des Urheberrechts miteinschließen würde und ob ein Europäisches Urheberrecht die Materie daher regeln sollte. Hierbei haben wir Schutzvoraussetzungen, Rechtsinhaberschaft,

¹³⁵² Schack, ZGE 2009, 275, 280, *passim*.

Schutzdauer, Verwertungsrechte und Urhebervertragsrecht als Materien identifiziert, die unionsweit einheitlich geregelt werden sollten, weil sie in bedeutendem Maße eine Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke beeinflussen.

Das Urheberpersönlichkeitsrecht kann zwar in bestimmten Fällen Auswirkungen auf die Verwertung von Werken haben und daher den Binnenmarkt beeinflussen, jedoch erscheint die entsprechende Relevanz nicht groß genug, um auf der Grundlage der gegenwärtigen Kompetenzordnung eine unionsweite Regelung zu rechtfertigen. Wer eine Trennung von wirtschaftlichen und persönlichkeitsrechtlichen Aspekten des Urheberrechts ablehnt, aber dennoch einem Europäischen Urheberrecht das Wort redet, muss wohl zunächst auf die Schaffung einer entsprechenden Kompetenz losgelöst vom Binnenmarkt hinarbeiten.

Für die Schranken des Urheberrechts hat unsere Untersuchung ergeben, dass hier wohl keine generelle Entscheidung über einen Binnenmarktbezug getroffen werden kann, weil sich die Schranken in Zielsetzung und Wirkung zu sehr unterscheiden. In diesem Sinne erscheint es angebracht, zwischen binnenmarktrelevanten und solchen Schranken zu unterscheiden, die in erster Linie nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgen und hierbei keine nennenswerten Auswirkungen auf den Binnenmarkt zeitigen. Nur Erstere sollten auf Unionsebene geregelt werden, Letztere dürfen wohl getrost einer Regelung durch die nationalen Gesetzgeber überlassen bleiben.

Das Recht der kollektiven Wahrnehmung weist grundsätzlich einen ausreichenden Binnenmarktbezug auf, um einer Regelung durch die Union offen zu stehen. Jedenfalls die unter Binnenmarktgesichtspunkten wichtigsten Bereiche des Rechts der Verwertungsgesellschaften, nämlich die Materien, die den Zugang der Verwertungsgesellschaften, der Rechteinhaber und der Nutzer zu nationalen Verwertungsmärkten betreffen, sollten unionsweit einheitlich geregelt werden.

Wie in der Einleitung zu diesem Paragraphen angekündigt haben wir bei der Untersuchung der einzelnen Bereiche des materiellen Urheberrechts auch den *urheberrechtlichen acquis* unter die Lupe genommen und hierbei festgestellt, dass sich die Union nicht immer, aber doch zumeist bei der Harmonisierung auf solche Materien des Urheberrechts konzentriert hat, die einen Binnenmarktbezug aufweisen. Dies gilt vor allem für die Harmonisierung der Verwertungsrechte. Hinsichtlich der urheberrechtlichen Schranken hat sie zwar auch eine Harmonisierung der binnenmarktrelevanten Schranken vorangetrieben, ist von diesem Weg aber insofern abgekommen, als sie auch Regelungen, die nicht binnenmarktrelevante Schranken betreffen, erlassen hat. Besonders augenfällig ist aber, dass Bereiche des materiellen Urheberrechts, die zweifelsohne von großer

Bedeutung für den Binnenmarkt sind, aus dem urheberrechtlichen *acquis* bisher ausgeklammert wurden. Dies gilt für die Festlegung der Schutzvoraussetzungen und der Rechtsinhaberschaft an einem Werk sowie für das Urhebervertragsrecht und galt bis vor kurzem auch für das Recht der kollektiven Rechtewahrnehmung.

Wir haben den *acquis* aber auch im Hinblick auf die bisher verfolgte Regelungstechnik untersucht. Hierbei haben wir festgestellt, dass selbst in den Bereichen, in denen die Union harmonisiert hat, das Ergebnis dieses Rechtsetzungsprozesses zumeist nicht zu überzeugen vermag. Wir haben vielfach Belege dafür gefunden, dass die Union bewusst oder unbewusst zu große Freiräume gelassen hat, die die nationalen Gesetzgeber genutzt haben. Hierdurch ist auch in eigentlich harmonisierten Bereichen des Urheberrechts ein ungenügendes Niveau an Einheitlichkeit und Rechtssicherheit erreicht worden. Dieser Befund bestätigt in aller Deutlichkeit die schon zuvor herausgearbeiteten grundsätzlichen Bedenken gegen eine Harmonisierung des Urheberrechts mittels Richtlinien und die Überlegenheit einer Vereinheitlichung durch ein Unionsurheberrecht.

Da von den verbliebenen Rechtsunterschieden nach wie vor Beeinträchtigungen des Binnenmarktes ausgehen können, rechtfertigt die Binnenmarktkompetenz auch nach den erfolgten Harmonisierungen noch ein Tätigwerden der Union. Die Binnenmarktkompetenz ist daher für eine Gestaltung des Urheberrechts auf Unionsebene keineswegs zu eng geworden,¹³⁵³ sondern ermöglicht im Gegenteil noch weitreichende gestalterische Aktivität der Union.

Wenn indes gegenständlich über die binnenmarktbezogenen Aspekte des Urheberrechts noch hinausgegangen werden soll, dann kann dies nicht auf der Basis der gegenwärtigen Kompetenzordnung geschehen. Die vorhandenen Rechtsgrundlagen verlangen, dass urheberrechtliche Maßnahmen die Verwirklichung des Binnenmarktes zum Ausgangspunkt nehmen.¹³⁵⁴

1353 So aber *Reinbothe*, Festschrift Schrickler zum 70. Geburtstag, 500.

1354 In aller Deutlichkeit *Hilty*, Entwicklungsperspektiven, 149 f.