

Zweiter Teil:

Der Weg zu einem einheitlichen urheberrechtlichen Rahmen für den Binnenmarkt oder: Ob und Wie einer urheberrechtlichen Rechtsvereinheitlichung in Europa

Wir haben im vorangegangenen Teil die grundlegende Frage nach einer Kompetenz der Europäischen Union im Bereich des Urheberrechts geklärt. Mithin wissen wir, dass – unter gewissen Voraussetzungen – Kompetenzen der Union im Bereich des Urheberrechts gegeben sind, die Union also prinzipiell gestalterisch tätig werden *kann*. Dies besagt aber noch nichts über die Frage, ob die Union diese Kompetenzen letztlich auch *nutzen sollte*.⁴⁵⁴

Wenn die Union tätig würde, so könnte sie entweder ein einheitliches Unionsurheberrecht schaffen oder aber den Weg einer Harmonisierung der nationalen Urheberrechte weiter beschreiten.⁴⁵⁵ Beides würde eine gewisse Vereinheitlichung des urheberrechtlichen Rahmens in der Union bedeuten. Die Frage, *ob* die Union im Bereich des Urheberrechts tätig werden soll, ist daher eng mit derjenigen verbunden, ob es eines solchen einheitlichen Urheberrechtsrahmens in der Union bedarf.

Wir haben gesehen, dass die für eine Vereinheitlichung des Urheberrechts einschlägigen Kompetenzen der Union in engem *Zusammenhang mit dem Binnenmarkt* stehen, dessen Förderung zum Ziel haben. Dies gilt nicht nur für die Binnenmarktkompetenz der Art. 118 und 114 AEUV, sondern auch für die ergänzende Rechtsetzungsbefugnis nach Art. 352 AEUV, jedenfalls soweit diese zur Förderung des Binnenmarktziels herangezogen werden soll. Es mag zwar durchaus Überlegungen geben, das Urheberrecht als einen selbständigen Politikbereich losgelöst vom Binnenmarkt zu betrachten.⁴⁵⁶ Allerdings muss hier noch einmal betont werden, dass die Forderung des geltenden Unionsrechts nach einem Binnenmarktbezug als Voraussetzung einer Vereinheitlichung des Urheberrechts an Deutlichkeit nichts vermissen lässt. Auf der Grundlage des Primärrechts nach dem Vertrag von Lissabon darf daher nicht darauf verzichtet werden, einen Binnenmarktbezug für urheberrechtliche Aktivitäten zu verlan-

454 Die Beantwortung dieser Frage spielt – wie wir gesehen haben – im Rahmen der *Untersuchung der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit* eine entscheidende Rolle. Nur wenn erhebliche Vorteile eines Tätigwerdens der Union festgestellt werden können, genügen entsprechende Maßnahmen der Union dem Subsidiaritätsprinzip.

455 Ein *einheitliches Europäisches Urheberrecht* kann wie schon erwähnt denknotwendig *nur durch die Union* geschaffen werden, weil kein Mitgliedstaat einen Rechtstitel schaffen kann, der per se Geltung auch in den anderen Mitgliedstaaten beanspruchen kann; hierzu oben, § 5.I.1.d). Und auch die *Harmonisierung der nationalen Urheberrechte* könnte – worauf bisher ohne nähere Untersuchung hingewiesen wurde – effektiv *nur durch die Union* betrieben werden. Zu der Möglichkeit einer Vereinheitlichung „von unten“ im Rahmen des Systemwettbewerbs unten, § 7.

456 Vgl. hierzu *Riesenhuber*, Systembildung im Europäischen Urheberrecht, 5.

gen. Dementsprechend ist Dreh- und Angelpunkt der Untersuchung der Vor- und Nachteile einer Rechtsvereinheitlichung der Binnenmarkt. Vorteile, die eine Rechtsvereinheitlichung mit sich bringen soll, müssen Vorteile für den Binnenmarkt sein.⁴⁵⁷

Würde nun dafür gesorgt, dass grenzüberschreitende Vorgänge nicht durch die divergierenden nationalen Rechtsordnungen beeinträchtigt werden, indem solche grenzüberschreitenden Sachverhalte einem einheitlichen Rechtsrahmen unterstellt würden, wäre der Binnenmarkt in rechtlicher Hinsicht erreicht. Mit einer solchen Vereinheitlichung wären aber möglicherweise auch negative Folgen verbunden, weil so ein Systemwettbewerb der nationalen Urheberrechte ausgeschaltet würde. Diesen Nachteil gilt es gegen die Vorzüge eines Binnenmarktes abzuwägen. Für die Frage, ob die Union rechtsvereinheitlichend tätig werden sollte, ist somit entscheidend, ob ein *Binnenmarkt urheberrechtlicher Waren und Dienstleistungen* auch vor dem Hintergrund der damit verbundenen negativen Folgen *wünschenswert* erscheint, was wir zunächst untersuchen wollen (§7).

Wenn wir zu dem Ergebnis kommen, dass ein urheberrechtlicher Binnenmarkt in der Union mögliche Nachteile aufwiegt und daher wünschenswert erscheint (das Ob einer Rechtsvereinheitlichung), können wir uns mit der Folgefrage befassen, *auf welchem Wege ein einheitlicher Rechtsrahmen erreicht werden kann* (das Wie einer Rechtsvereinheitlichung) (§8). Hier gibt es im Wesentlichen zwei verschiedene Ansatzpunkte, einen einheitlichen rechtlichen Rahmen und damit den Binnenmarkt zu erreichen, nämlich Harmonisierung und Schaffung eines europäischen Einheitsrechts. Die Entscheidung zwischen diesen beiden Möglichkeiten ist eng mit der *Frage der Verhältnismäßigkeit* verknüpft, denn das Verhältnismäßigkeitsprinzip verlangt, dass die aus Sicht der Mitgliedstaaten weniger invasive Methode der Harmonisierung verwendet wird, wenn mit dieser das verfolgte Ziel gleich gut erreicht werden kann.⁴⁵⁸ Die Entscheidung für das richtige Mittel der Rechtsvereinheitlichung wird eine inten-

457 Wie schon dargestellt gibt es in der Union durchaus das Potential für eine grenzüberschreitende Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke sowie für damit verbundene Dienstleistungen; hierzu oben, § 4.III.1.c)aa)aaa). Dieser potentielle Binnenmarkt wird durch die bestehenden Unterschiede zwischen den nationalen Urheberrechten beeinträchtigt, sofern die nationalen urheberrechtlichen Vorschriften sich gegenständlich auf die Verwertung auswirken und auf grenzüberschreitende Sachverhalte kumulativ anzuwenden sind; hierzu oben, § 4.III.1.c)aa), insbesondere § 4.III.1.c)aa)bbb). Zum ganzen oben, § 4.III.1.c).

458 Oben, § 5.I.2.b)bb)aaa).

sive Befassung mit dem urheberrechtlichen *acquis* erforderlich machen, um zu prüfen, ob die bisher verfolgte Richtlinienmethode den Binnenmarkt ebenso vorangebracht hat, wie dies die Schaffung eines Europäischen Urheberrechts vermöchte.

Erst wenn wir nach dem Ob auch das Wie einer Rechtsvereinheitlichung geklärt haben, können wir uns der schon im ersten, kompetenzrechtlichen Teil aufgeworfenen⁴⁵⁹ Frage zuwenden, *welche Bereiche des Urheberrechts* im Sinne eines Binnenmarktes vereinheitlicht werden sollten, mit anderen Worten, *was* Gegenstand der Vereinheitlichung sein soll (§9). Hier wird zu untersuchen sein, welche Bereiche des Urheberrechts sich im Falle einer unterschiedlichen Ausgestaltung durch die nationalen Urheberrechte negativ auf den Binnenmarkt auswirken. Wenn nicht alle Bereiche des Urheberrechts Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben, dann muss eine Rechtsvereinheitlichung diese Bereich auch nicht behandeln. Unter kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten *darf* eine Rechtsvereinheitlichung solche Bereiche sogar gar nicht erfassen.

459 Oben, § 4.III.1.c)cc).

§ 7 Grundsätzliches Bedürfnis nach einem einheitlichen urheberrechtlichen Rahmen im Binnenmarkt oder: Das Ob einer urheberrechtlichen Rechtsvereinheitlichung in Europa

Zunächst soll also die Frage geklärt werden, ob es sinnvoll wäre, die beschriebenen Auswirkungen der materiellen Unterschiede zwischen den Urheberrechtsordnungen der Mitgliedstaaten zu beseitigen, ohne vorerst auf die Folgefrage einzugehen, wie eine solche Vereinheitlichung herbeigeführt werden könnte.⁴⁶⁰ Im Zentrum dieser Überlegungen steht die *Entscheidung zwischen einem Systemwettbewerb der nationalen Rechtsordnungen und ihrer Vereinheitlichung*. Der Systemwettbewerb setzt nämlich unterschiedliche, miteinander konkurrierende Rechtsordnungen voraus, wohingegen die Rechtsvereinheitlichung diesen Wettbewerb gerade eliminieren soll. Rechtsvereinheitlichung sorgt dafür, dass ein und derselbe Sachverhalt überall und auch bei grenzüberschreitendem Bezug einheitlich behandelt wird. Dies schafft die rechtlichen Bedingungen für einen Binnenmarkt.

Unter einem Systemwettbewerb oder institutionellen Wettbewerb verstehen wir einen „privatautonome[n] Mechanismus [...], der auf eine freie Wahl zwischen unterschiedlichen regulativen Systemen abstellt.“⁴⁶¹ Danach können die Rechtssubjekte aufgrund individueller Entscheidungen zwischen den ihnen von den verschiedenen Gesetzgebern „angebotenen“ Regelungssystemen auswählen. Ihre Wahl dient dazu, in einer Art „institutionellen Arbitrages“⁴⁶² „das beste“ unter den angebotenen Regelungssystemen zu identifizieren.⁴⁶³

Diese Wahl kann sich auf verschiedene Art und Weise vollziehen.⁴⁶⁴ Die direkteste Form der Entscheidung zwischen Rechtssystemen ist die Festlegung des Rechts, das einen bestimmten Sachverhalt regeln soll, durch die betroffenen Rechtssubjekte selbst. Eine solche direkte Entscheidung ist etwa im Vertrags-

460 Hierzu unten, § 8.

461 Tietje in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 114 AEUV Rn. 26. Vgl. auch die Definition bei *Mussler*, Systemwettbewerb als Integrationsstrategie, 72.

462 *Wohlgemuth*, Systemwettbewerb als Entdeckungsverfahren, 60; *Rudolf*, Systemwettbewerb, 30 f.

463 *Monopolkommission*, Systemwettbewerb, 18 f. Ausführlich *Rudolf*, Systemwettbewerb, 42 ff.

464 Hierzu *Monopolkommission*, Systemwettbewerb, 17.

recht möglich. Wo es den Rechtssubjekten nicht erlaubt ist, das anwendbare Recht selbst direkt zu bestimmen, kann sich die Wahl durch andere Entscheidungen, durch die die Anwendung eines bestimmten Regelungssystems ausgelöst wird, vollziehen. So entscheidet etwa der Hersteller eines Produktes durch die Wahl des Ortes, an dem er seine Waren produzieren lässt, über die Regeln betreffend die Produktionsbedingungen, denen er sich unterstellen möchte. In gewisser Weise ist auch schon die Entscheidung des Verbrauchers für ein bestimmtes Produkt, welches unter bestimmten gesetzlichen, möglicherweise ausländischen, Rahmenbedingungen entstanden ist, als solch eine Wahl einzuordnen.⁴⁶⁵

Die verschiedenen Wirtschaftsfaktoren folgen also den für sie günstigen Bedingungen und bewerten auf diese Weise die nationalen Regelungssysteme. Herrschen dagegen dieselben Bedingungen überall vor, findet eine solche Bewertung naturgemäß nicht mehr statt. Daher lässt sich Rechtsvereinheitlichung als eine bewusste Beschränkung des Systemwettbewerbs verstehen.⁴⁶⁶

Systemwettbewerb und Rechtsvereinheitlichung müssen aber nicht notwendig in entgegengesetzte Richtungen verlaufen. Wenn der Wettbewerb der Systeme zur Identifizierung besonders erfolgreicher und daher guter Regelungen führt, so bringt er es in einem zweiten Schritt mit sich, dass konkurrierende Systeme eben diese erfolgreichen Regeln übernehmen und an ihre speziellen Parameter adaptieren. Auch dies kann und soll langfristig dazu führen, dass sich die für gut befundene Regel letztlich überall – im Wege der sogenannten kalten Harmonisierung – durchsetzt,⁴⁶⁷ bis sie durch eine noch bessere abgelöst wird. Man könnte daher den Systemwettbewerb durchaus als einen Weg der „Harmonisierung von unten“⁴⁶⁸ interpretieren.

Andererseits muss der Systemwettbewerb auch nicht zwangsläufig zu einer letztendlichen Harmonisierung führen. Es können durchaus unterschiedli-

465 Hierzu allgemein *Streit*, Festschrift Mestmäcker, 523; *Monopolkommission*, Systemwettbewerb, 17.

466 *Rudolf*, Systemwettbewerb, 50; *Monopolkommission*, Systemwettbewerb, 21; *Wohlgemuth*, Systemwettbewerb als Entdeckungsverfahren, 64 ff.; *Mussler*, Systemwettbewerb als Integrationsstrategie, 74 f.

467 *Hilty*, Entwicklungsperspektiven, 161; *Wagner*, CMLRev. 2002, 995, 1001.

468 Vgl. *Streit*, Festschrift Mestmäcker, 525; *Mussler*, Systemwettbewerb als Integrationsstrategie, 78 f. Vgl. in diesem Sinne auch *Wohlgemuth*, Systemwettbewerb als Entdeckungsverfahren, 66. Hieraus speist sich auch eine der Kritiken am Systemwettbewerb, denn wenn der Systemwettbewerb letztlich auch zu einer ex-post-Harmonisierung führe, spreche nichts dagegen, diese Vereinheitlichung schon vorwegzunehmen; vgl. hierzu *Rudolf*, Systemwettbewerb, 63 ff.

che Regelungsmodelle erfolgreich koexistieren, was an unterschiedlichen sonstigen Rahmenbedingungen – beim Urheberrecht ist hier wiederum an den kulturellen Hintergrund zu denken – liegen kann.⁴⁶⁹ Insofern erscheint es durchaus angebracht, zwischen den beiden Konzepten des Systemwettbewerbs und der Harmonisierung zu unterscheiden.

I. Grundsätzliche Vorzüge eines Systemwettbewerbs der nationalen Rechtsordnungen

Das Hauptargument, welches für einen Systemwettbewerb der Rechtsordnungen und folglich gegen eine Vereinheitlichung der nationalen Rechtsordnungen streitet, ist die Erwartung, dass es der „freiheitliche“⁴⁷⁰ Systemwettbewerb mittels eines politischen und ökonomischen Lernprozesses des trial and error⁴⁷¹ besser vermöge, „das richtige“ *Regelungssystem* zu identifizieren, als eine übergeordnete Instanz, welche sich das Wissen „anmaße“⁴⁷², dieses beste Regelungssystem zu kennen. Der Systemwettbewerb erlaube das Hervorbringen von Variationen und daher, verschiedene Lösungswege parallel „auszuprobieren“. Demgegenüber sei ein Lernprozess in einem harmonisierten Integrationsgebilde darauf beschränkt, verschiedene Lösungsmöglichkeiten in zeitlicher Abfolge zu testen.⁴⁷³ Die Effizienz und die Schnelligkeit der Ermittlung optimaler Lösungen sei im Systemwettbewerb daher höher.⁴⁷⁴ Auf diese Weise würden auch bestehende Regelungen einer beständigen Kontrolle unterzogen.⁴⁷⁵

Übertragen auf das Urheberrecht würde man also annehmen, dass der Wettbewerb der Urheberrechtsordnungen der Mitgliedstaaten um Kreative, Verwerter und interessierte Konsumenten letztlich eher gute Urheberrechtsregeln her-

469 *Streit*, Festschrift Mestmäcker, 525; *Rudolf*, Systemwettbewerb, 63 f.; *Wohlgemuth*, Systemwettbewerb als Entdeckungsverfahren, 62.

470 *Tietje* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 114 AEUV Rn. 27.

471 Anschaulich zur Funktionsweise des Systemwettbewerbs der Rechtssysteme *Wagner*, CMLRev. 2002, 995, 1001 ff.

472 *Rudolf*, Systemwettbewerb, 55; *Müller*, Systemwettbewerb, 139.

473 *Wohlgemuth*, Systemwettbewerb als Entdeckungsverfahren, 65.

474 *Monopolkommission*, Systemwettbewerb, 10; *Tietje* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 114 AEUV Rn. 28.

475 *Streit*, Festschrift Mestmäcker, 524 f.; *Monopolkommission*, Systemwettbewerb, 18 f.; *Streit/Kiwit*, Theorie des Systemwettbewerbs, 31 ff.

vorbringen werde, als sie die Organe der Union wie auch immer „aufoktroyieren“ könnten.

Gegner des Systemwettbewerbs zweifeln hingegen an der Effizienz einer Prüfung von Regelungsmodellen durch die einzelnen Akteure des Wirtschaftslebens. Der einzelne Marktteilnehmer könne sich oftmals nicht bewusst für oder wider ein Regulationssystem entscheiden, weil er die Konsequenzen seiner Wahl für seine Tätigkeit angesichts der Fülle der möglichen Regulationssysteme und der möglichen Sachverhalte, die für ihn relevant werden könnten, gar nicht überblicken könne.⁴⁷⁶ Selbst Juristen falle es schwer, Vor- und Nachteile der unterschiedlichen Regelungen zu identifizieren.⁴⁷⁷ Zudem werde eine Entscheidung wie etwa die für einen bestimmten Standort nicht allein aufgrund des mit der Standortwahl verbundenen Regulationssystems oder gar nur eines Teils dieses Regulationssystems (z.B. des nationalen Urheberrechts als Teil der nationalen Rechtsordnung) getroffen, vielmehr seien solche Entscheidungen das Ergebnis einer Fülle von Faktoren und erlaubten daher nur sehr bedingt Rückschlüsse auf die Qualität eines Regulationssystems.⁴⁷⁸ Schließlich führten die mit einem Wechsel des Regulationssystems (etwa durch Verlagerung der Produktion) verbundenen Transaktionskosten dazu, dass auf diesen unter Umständen verzichtet werde, auch wenn ein anderes Regulationssystem an sich vorteilhafter sei.⁴⁷⁹

Weiter argumentieren die Verfechter des Systemwettbewerbs, durch das Nebeneinander verschiedener Systeme werde eine *horizontale Gewaltenteilung* erreicht und *mehr Transparenz* geschaffen.⁴⁸⁰ Dies entspreche auch dem Gedanken des Subsidiaritätsprinzips.⁴⁸¹ Durch die Existenz mehrerer „Anbieter“ werde die Abhängigkeit der „Nachfrager“ vom einzelnen „Anbieter“ verringert, die Macht des einzelnen „Anbieters“ daher eingeschränkt. Hierdurch werde der einzelne Gesetzgeber diszipliniert und sei auch weniger anfällig für eine Be-

476 Vgl. Rudolf, Systemwettbewerb, 65; Wagner, CMLRev. 2002, 995, 1006 f.; 1010.

477 Basedow, Festschrift Mestmäcker, 362; Wagner, CMLRev. 2002, 995, 1007; 1011.

478 Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen, 85 f., spricht von nicht-institutionellen Faktoren, die sich auf die Entscheidung eines Rechtssubjektes, sich einer bestimmten Rechtsordnung zu unterwerfen, auswirke. Vgl. auch Monopolkommission, Systemwettbewerb, 19; Rudolf, Systemwettbewerb, 71; Streit/Kiwit, Theorie des Systemwettbewerbs, 16; Wohlgemuth, Systemwettbewerb als Entdeckungsverfahren, 61; Wagner, CMLRev. 2002, 995, 1007 f.

479 Streit/Kiwit, Theorie des Systemwettbewerbs, 16; Wagner, CMLRev. 2002, 995, 1007 f.; 1011.

480 Monopolkommission, Systemwettbewerb, 10 f.; Tietje in: Grabitz/Hilff/Nettesheim, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 114 AEUV Rn. 28; Mussler, Systemwettbewerb als Integrationsstrategie, 75; Winkler, Die gegenseitige Anerkennung, 103.

481 Vgl. hierzu Müller, Systemwettbewerb, 139.

einflussung durch Lobbying.⁴⁸² Denkt man an die Ausmaße, die das Lobbying auf europäischer Ebene angenommen hat,⁴⁸³ erscheint dies als ein gewichtiger Vorzug des Systemwettbewerbs gegenüber einer Rechtsvereinheitlichung.

Ein weiteres Argument für den Systemwettbewerb stellt die Überlegung dar, dass ein sich im Wettbewerb befindliches Regelungssystem *flexibler und schneller auf Veränderungen reagiere* als ein vom Wettbewerb ausgenommenes.⁴⁸⁴ Bei einem Regelungssystem, das dem institutionellen Wettbewerb entzogen sei, bestehe die Gefahr, dass das gesamte „harmonisierte Gebiet“ in „institutioneller Sklerose“ verharre.⁴⁸⁵ Bedenkt man, wie schwerfällig die Beschlussfassung auf europäischer Ebene verlaufen kann,⁴⁸⁶ vor allem wenn – wie aufgrund der Rechtslage vor dem Vertrag von Lissabon für die Schaffung eines koexistierenden Europäischen Urheberrechts nach Art. 308 EGV – Einstimmigkeit im Rat erforderlich ist, erscheint die Gefahr eines unflexiblen einheitlichen Rechtssystems in der Tat real. Hinzuweisen ist aber darauf, dass mit dem Vertrag von Lissabon die Beschlussfassung im Hinblick auf ein Unionsurheberrecht ganz erheblich erleichtert wurde.⁴⁸⁷ Auch entzieht sich die Union durch eine Rechtsvereinheitlichung im Innern nicht dem Systemwettbewerb nach außen. Auch ein Europäisches Urheberrecht stünde – sofern denn ein Wettbewerb der Urheberrechtsordnungen funktioniert⁴⁸⁸ – in Konkurrenz zu anderen Urheberrechtsordnungen, nähme also an einem internationalen Systemwettbewerb teil.

Schließlich seien, so heißt es von Seiten der Befürworter des Systemwettbewerbs, mit einer Harmonisierung und somit einer Änderung der bestehenden Gesetzeslage nicht zu unterschätzende *Kosten* verbunden. Hiergegen wird mit Recht eingewandt, Kosten seien mit jeder Veränderung der Gesetzeslage verbunden, unabhängig davon, ob letztere auf einer Harmonisierung oder aber Anpassungsdruck im Rahmen des Systemwettbewerbs beruhe.⁴⁸⁹

482 Rudolf, Systemwettbewerb, 46 ff. und 51 f.

483 Hierzu Nettesheim in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 11 EUV Rn. 12 ff. Zur Bedeutung des Lobbying im Urheberrecht Hilty, Sündenbock Urheberrecht?, 134 f., van Eechoud/Hugenholtz/van Gompel, Harmonizing European Copyright Law, 27 f., und speziell im Hinblick auf ein Europäisches Urheberrecht Schack, Europäische Urheberrechts-Verordnung, 187.

484 Monopolkommission, Systemwettbewerb, 10.

485 Wohlgemuth, Systemwettbewerb als Entdeckungsverfahren, 65.

486 Hierauf weist auch Schack, ZGE 2009, 275, 289, hin.

487 Oben, § 4.III.2.c).

488 Hierzu unten, § 7.III.

489 Vgl. Basedow, Festschrift Mestmäcker, 358; Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen, 92 f.

II. Grundsätzliche Vorzüge einer Vereinheitlichung der nationalen Rechtsordnungen

Die Vereinheitlichung der nationalen Urheberrechte – unabhängig davon, auf welchem Wege sie herbeigeführt wird – würde die Unterschiede zwischen diesen marginalisieren und somit den Wettbewerb der Rechtsordnungen ausschalten. Auch für ein solches Vorgehen lassen sich gute Argumente anführen.

Als ein wesentliches Ziel der Harmonisierungsbestrebungen der Union wird immer wieder die Herstellung eines *level playing field*, also einer rechtlichen Basis, die für alle Akteure in der Union gleiche Bedingungen vorgibt, angeführt. Wettbewerb müsse allein von ökonomischen Bedingungen gesteuert werden, nicht jedoch von rechtlichen. Es müsse gerade verhindert werden, dass sich die wirtschaftlichen Akteure das „Rechtsgefälle“ zwischen den Mitgliedstaaten zunutze machten.⁴⁹⁰

Hiergegen wird eingewandt, die Einführung eines *level playing field* ebne die Unterschiede zwischen den Systemen ein und mache so gegebene Kostenvorteile zunichte. Dies laufe aber dem Prinzip einer weltweiten, in unserem Falle unionsweiten Arbeitsteilung zuwider. Das Ergebnis seien gesamtwirtschaftliche Wohlfahrtsverluste.⁴⁹¹ Es bestehe zudem der Verdacht, dass die fortschrittlicheren Nationen durch Harmonisierung der Wettbewerbsbedingungen ihre eigene Wirtschaft vor Konkurrenz im weltweiten Wettbewerb schützen und ihre günstige Position so verteidigen wollten. Letzteres Argument verfängt indes bezogen auf die Union nicht sehr stark, da der wirtschaftliche Entwicklungsstand zwischen den Mitgliedstaaten bei weitem nicht so stark divergiert wie im weltweiten Vergleich.

Für eine Harmonisierung wird weiter angeführt, sie könne ein *race to the bottom*, eine Abwärtsspirale⁴⁹² verhindern, die mit einem institutionellen Wettbewerb einhergehe. Träten die Systeme zueinander in Wettbewerb um Wirtschaftsfaktoren, so führe dies dazu, dass sie ihre rechtlichen Standards soweit wie möglich absenkten, um günstige Bedingungen für eben diese Faktoren zu schaffen. Immer wieder genannt werden arbeitsrechtliche Schutzvorschriften, Umweltschutzbestimmungen und Steuergesetze, die abgeschwächt würden, um

490 Taschner in: von der Groeben/Schwarze, Vor Art. 94–97 Rn. 1.

491 Monopolkommission, Systemwettbewerb, 22; Tietje in: Grabitz/Hilf, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Vor Art. 94–97 EGV Rn. 30.

492 Monopolkommission, Systemwettbewerb, 22 f.; Rudolf, Systemwettbewerb, 60 ff.; vgl. auch Wagner, CMLRev. 2002, 995, 1003 ff.

insbesondere Produzenten anzulocken. Auch im Hinblick auf das Urheberrecht und dort im Zusammenhang mit einer Diskussion um die Anwendung des Herkunftslandprinzips auf die Onlineverwertung wurde zu bedenken gegeben, das Herkunftslandprinzip werde zu einer Konkurrenz der Mitgliedstaaten um die kommerziellen Onlineverwerter und daher zu einer Abschwächung des urheberrechtlichen Schutzes führen. Eng damit zusammen hängt das Argument, die Harmonisierung verhindere ein gezieltes Dumping einzelner Länder auf dem Feld der gesetzlichen Standards.

Die Befürworter des Systemwettbewerbs wenden ein, die Gefahr einer Abwärtsspirale werde überschätzt. Ein Dumping sei letztlich nicht zu befürchten, da die Toleranz der eigenen Bevölkerung gegenüber einer beliebigen Absenkung von gesetzlichen Standards Grenzen kenne und ein Staat, der seine Standards immer weiter absenke, sich langfristig auf vielen Feldern (sozialer Frieden, Umweltschutz, im Bereich des Urheberrechts: Kreativität) schade. Der Systemwettbewerb unterliege zudem bereits immanenten Beschränkungen wie etwa einer eingeschränkten Mobilität der Wirtschaftsfaktoren, etwa von Arbeitskräften.⁴⁹³ Die Standortentscheidung, die auch zur Anwendung eines bestimmten Rechts führt, so wird weiter argumentiert, werde von zahlreichen Faktoren beeinflusst. Wer seinen Standort auswähle, tue dies etwa nicht nur wegen des dann für ihn geltenden Urheberrechts.⁴⁹⁴ Zumindest den letzten beiden Argumenten – eingeschränkte Mobilität der Wirtschaftsfaktoren und geringer Einfluss des anwendbaren Urheberrechts auf die Standortentscheidung – wohnt allerdings ein gravierender Widerspruch inne. Denn der Systemwettbewerb setzt doch gerade die Mobilität der Wirtschaftsfaktoren und die Maßgeblichkeit des anwendbaren Rechts für die Entscheidungen der Rechtssubjekte voraus. Wenn nun beide Bedingungen nicht erfüllt sind, nehmen die Rechtssubjekte am Systemwettbewerb entweder nicht teil oder aber aus ihren Entscheidungen lassen sich keine Informationen über die Qualität des maßgeblichen Rechtssystems ableiten. Überzeugen kann hinsichtlich der Gefahr eines race to the bottom nur die Überlegung, dass ein Systemwettbewerb nicht unbedingt alternativ zu einer gewissen Vereinheitlichung des Rechts stehe. Das Funktionieren des Systemwettbewerbs könne durch eine Harmonisierung abgesichert werden.⁴⁹⁵

493 *Monopolkommission*, Systemwettbewerb, 23.

494 In diesem Sinne, allerdings in Bezug auf das Lauterkeitsrecht *Thünken*, Herkunftslandprinzip, 189 f.

495 *Ohly*, GRUR Int. 2001, 899, 907 f.; *Thünken*, Herkunftslandprinzip, 196.

Das wohl wichtigste Argument, welches für eine Rechtsvereinheitlichung streitet, ist indes das Versprechen einer *Senkung der Transaktionskosten* bei grenzüberschreitenden Aktivitäten.⁴⁹⁶ Wer sich grenzüberschreitend betätige, müsse sich im Wettbewerb der Systeme mit ebensovieleen Rechtsordnungen befassen, wie er Länder miteinbeziehen wolle.⁴⁹⁷ Dies erfordere oftmals erheblichen Beratungsaufwand,⁴⁹⁸ den sich insbesondere kleine und mittlere Unternehmen nicht leisten könnten.⁴⁹⁹ Außer den Kosten, die durch die Ermittlung der Rechtslage nach ausländischem Recht anfallen, umfassen diese Transaktionskosten auch den Adaptierungsaufwand, weil grenzüberschreitende Akteure das ausländische Recht nicht nur kennen,⁵⁰⁰ sondern sich diesem auch anpassen müssen.⁵⁰¹ So sei es unmöglich, Skaleneffekte aus einer grenzüberschreitenden Verwertung ausnutzen zu können. Eine Vereinheitlichung könne also durchaus auch zu Effizienzgewinnen führen. Hier wird auf das Beispiel einer gemeinsamen Währung verwiesen, die auch als eine Abschaffung des Wettbewerbs der nationalen Währungen angesehen werden könne.⁵⁰²

Zu bedenken ist auch, dass eine Rechtsvereinheitlichung zwar die Ausschaltung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen darstellt, dass der Verzicht auf Wettbewerb auf dieser Ebene aber auch zu einer *Intensivierung des Wett-*

496 Zum ganzen ausführlich *Basedow*, Festschrift Mestmäcker, 356 ff; vgl. auch *Müller*, Systemwettbewerb, 121 ff. Bezogen auf das Urheberrecht verweist *Schack*, ZGE 2009, 275, 290, auf die Möglichkeit der Senkung der Transaktionskosten durch ein Einheitsurheberrecht.

497 Hierzu *Wagner*, CMLRev. 2002, 995, 1013 f., aus der Perspektive grenzüberschreitend tätiger Unternehmen am Beispiel des Vertragsrechts.

498 *Schintowski*, JZ 2002, 205, 208, weist auf das Zivilrecht in den USA hin, wo sich die Bürger aufgrund des Nebeneinanders der einzelstaatlichen Zivilrechte daran gewöhnt hätten, das Recht nicht zu durchschauen. Hierdurch sei die Einholung von Rechtsrat viel weiter verbreitet und demzufolge auch die Anwaltsdichte viel höher als in Europa. *Wagner*, CMLRev. 2002, 995, 1014, bezeichnet die Rechtszersplitterung in der Union als eine Art Steuer auf grenzüberschreitende Tätigkeiten, die allein den Anwälten zugute komme.

499 Auf die besonderen Schwierigkeiten für kleine und mittlere Unternehmen bei grenzüberschreitenden Aktivitäten weisen *Lando*, RIW 2003, 1, 1, *Lando*, RIW 2005, 1, 2, und *Basedow*, Festschrift Mestmäcker, 356 f., hin, freilich im Hinblick auf das Vertragsrecht. Zweifelfnd *Wagner*, CMLRev. 2002, 995, 1014 ff.

500 *Basedow*, Festschrift Mestmäcker, 362, weist darauf hin, dass selbst Juristen häufig nicht in der Lage seien, die Rechtslage nach einem ausländischen Recht zu beurteilen.

501 Vgl. hierzu *Thünken*, Herkunftslandprinzip, 122, freilich im Zusammenhang mit dem Herkunftslandprinzip und nicht mit der Rechtsvereinheitlichung.

502 *Wohlgemuth*, Systemwettbewerb als Entdeckungsverfahren, 66.

bewerbs auf anderer Ebene führen kann.⁵⁰³ Wettbewerb um Kreative, Verwerter und Nutzer könnte also unter gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen auf kultureller und wirtschaftlicher Ebene erfolgen.

Denkt man wie hier über eine Rechtsvereinheitlichung innerhalb der Union nach, so darf nicht vergessen werden, dass außer dem dann vereinheitlichten Urheberrecht in Europa noch andere Urheberrechtsordnungen bestehen bleiben würden. Selbst wenn also innerhalb der Union eine Vereinheitlichung herbeigeführt würde, bliebe es auf weltweiter Ebene doch bei einer Vielzahl bestehender Urheberrechtssysteme, denen ein Europäisches Urheberrecht konkurrierend gegenüber stünde. Mit der Rechtsvereinheitlichung innerhalb der Union wäre ein *völliger Verzicht auf die Methode des Systemwettbewerbs* – soweit ein solcher im Urheberrecht überhaupt funktionieren kann⁵⁰⁴ – also *nicht verbunden*.

Schließlich wird vorgebracht, Rechtsangleichung sei nicht nur als ein Hilfsmittel der Schaffung des Binnenmarktes anzusehen. Sie sei vielmehr selbst ein „Kernstück“ der Unionstätigkeit, das selbst zum *Aufbau und zur Ausbildung der Union* beitrage. Über den Binnenmarkt hinaus habe sie weitreichende wirtschafts- und gesellschaftspolitische Funktion.⁵⁰⁵ Sie trage nicht nur zur wirtschaftlichen, sondern auch politischen Einheit,⁵⁰⁶ ja zum friedlichen Zusammenwirken der Völker bei.⁵⁰⁷

III. Urheberrechts- und unionsspezifische Erwägungen

Die vorstehenden Argumente werden in einer allgemeinen Debatte über Systemwettbewerb und Harmonisierung vorgebracht. Für eine Vereinheitlichung des Urheberrechts in der Union und im Hinblick auf die Realität heutiger Verwertungsvorgänge müssen aber spezifisch urheberrechtliche sowie Besonderheiten des Unionsrechts mitberücksichtigt werden. Bestimmte Faktoren lassen Zweifel am Funktionieren des Systemwettbewerbs aufkommen. Zugleich müs-

503 Wohlgemuth, Systemwettbewerb als Entdeckungsverfahren, 66.

504 Hierzu unten, § 7.III.

505 Taschner in: von der Groeben/Schwarze, Vor Art. 94–97 Rn. 1.

506 Dreher, JZ 1999, 105, 106, unter Verweis auf die Bedeutung der Rechtsvereinheitlichung in Deutschland bei der Bildung des Deutschen Reiches. Vgl. auch Taupitz, JZ 1993, 533, 534.

Auch in der Debatte um die Schaffung eines europäischen Zivilrechts wird die Möglichkeit eines „Integrationsschubs“ betont; vgl. Winkler, Europäisches Vertragsrecht.

507 In diesem Sinne Basedow, Festschrift Mestmäcker, 350.

sen mögliche kulturelle Implikationen einer Rechtsvereinheitlichung in Europa bedacht werden.

1. Funktioniert ein Systemwettbewerb im Urheberrecht?

Hauptgrund, warum man das Funktionieren eines Systemwettbewerbs der Urheberrechte in Frage stellen könnte, sind unzweifelhaft das Territorialitäts- und das Schutzlandprinzip. Hinzu kommen aber noch andere Faktoren, die einen Systemwettbewerb behindern.

a) Systemwettbewerb trotz Territorialitäts- und Schutzlandprinzips?

Das Modell des Systemwettbewerbs funktioniert – das betonen selbst dessen Verfechter⁵⁰⁸ – nur, wenn die Rechtssubjekte als „Schiedsrichter“ oder „Wähler“ des besten Systems eine echte Wahl zwischen mehreren gesetzlichen Regelungen haben.⁵⁰⁹ Wirtschaftsfaktoren müssen also mobil sein, um eine echte Entscheidung zwischen den Regelungssystemen zu ermöglichen.

Dies ist aber im Systemwettbewerb der Urheberrechte fraglich. Die Wahlmöglichkeiten werden durch das Territorialitäts- und das Schutzlandprinzip stark eingeschränkt.⁵¹⁰ Aufgrund dieser beiden Prinzipien haben die nationalen Urheberrechte den Anspruch, Sachverhalte, für die in ihrem Geltungsbereich Schutz verlangt wird, selbst einer Lösung zuzuführen, ohne Regelungen anderer Urheberrechtsordnungen zu berücksichtigen. Dies führt dazu, dass auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt nicht ein – wie auch immer ausgewähltes – Recht Anwendung findet, sondern alle Rechte, die sich als von dem grenzüberschreitenden Sachverhalt tangiert betrachten.⁵¹¹

508 Vgl. *Monopolkommission*, Systemwettbewerb, 19 f.; *Streit*, Festschrift Mestmäcker, 525.

509 Hierzu *Rudolf*, Systemwettbewerb, 36 ff.; *Streit/Kiwit*, Theorie des Systemwettbewerbs, 42; *Mussler*, Systemwettbewerb als Integrationsstrategie, 73; *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen, 75. *Schintowski*, JZ 2002, 205, 207 f., sieht daher das US-amerikanische Zivilrechtssystem, das auf einen Systemwettbewerb der Zivilrechte der Bundesstaaten setzt, kritisch, weil von einer echten Rechtswahl der Bürger keine Rede sein könne.

510 Auf die Bedeutung des Kollisionsrechts für die Möglichkeit eines Systemwettbewerbs weist mit Recht *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen, 75, hin.

511 Hierzu schon oben, § 4.III.1.c)aa)bbb)(1)(a).

Da die Geltung eines fremden Urheberrechts für Sachverhalte etwa auf deutschem Boden nicht vereinbart werden kann, anders als das etwa im Schuldrecht möglich wäre,⁵¹² gibt es eine bewusste und direkte Auswahl des anwendbaren Rechts im Urheberrecht nicht. Es stellt sich aber die Frage, ob nicht durch andere Entscheidungen doch eine Wahl der Rechtssubjekte stattfindet, die Rückschlüsse auf die Qualität der von ihnen bevorzugten Urheberrechtsregelung zulässt.

aa) Wahl der Rechtsordnung durch Wahl des Niederlassungs-, Schaffens- oder Veröffentlichungsortes?

Man könnte argumentieren, die Wahl vollziehe sich demnach nicht durch eine entsprechende Vereinbarung, sondern auf einer anderen Stufe⁵¹³, etwa durch die Entscheidung eines Kreativen oder Rechtsinhabers, sich in einem Land niederzulassen oder ein Werk dort zu schaffen oder erstmals zu veröffentlichen.⁵¹⁴ Ähnlich wie z.B. im Arbeitsrecht, wo der Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses über das einschlägige nationale Arbeitsrecht entscheidet, könnte sich das anwendbare Urheberrecht also nach einer indirekten Entscheidung etwa für einen Niederlassungs-, Schaffens- oder Veröffentlichungsort richten.

Die Niederlassung, der Herstellung- oder der Erstveröffentlichungsort entscheiden jedoch wegen des Schutzlandprinzips nicht über das auf ein Werk anwendbare Recht. Will der Kreative oder Rechtsinhaber das Ergebnis eines Schaffensprozesses, das Werk, in einem anderen Land als dem der Niederlassung vermarkten, so unterstellt er sich wiederum der Urheberrechtsordnung in diesem Zielland. Wo auch immer ein Werk geschaffen oder veröffentlicht wurde, wo auch immer der Kreative oder Rechtsinhaber seinen Sitz hat, sobald urheberrechtlich relevante Handlungen in einem anderen Land stattfinden, findet auch das Recht dieses anderen Landes Anwendung. Bei einer konsequenten Anwendung des Schutzlandprinzips, wie sie etwa in Deutschland praktiziert wird, führt dies dazu, dass alle urheberrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit einem urheberrechtlichen Sachverhalt, also auch etwa die Fragen nach der Schutz-

512 Zu Überlegungen, Rechtsvereinheitlichung über einen Systemwettbewerb der nationalen Schuldvertragsrechte zu erzielen, vgl. *Ludwigs*, EuR 2006, 370, 377.

513 *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen, 85 ff., spricht von indirektem Wettbewerb.

514 Zu den verschiedenen Ansätzen, einen einheitlichen Anknüpfungspunkt für das Herkunftsland zu identifizieren, siehe unten, § 7.IV.2.a).

zentstehung und nach der Rechtsinhaberschaft, nach dem Recht des Schutzlandes beurteilt werden. Die Entscheidung, ein urheberrechtliches Werk wie etwa einen Film oder ein Computerprogramm in einem bestimmten Herkunftsland herstellen zu lassen oder zu veröffentlichen, wirkt sich daher nur sehr begrenzt auf das auf dieses Werk anwendbare Urheberrecht aus. Das wissen auch die Rechtsinhaber. Ist eine grenzüberschreitende Verwertung angedacht, wissen die Beteiligten also, dass sie sich mit den verschiedenen Rechtsordnungen auseinandersetzen werden müssen. Ihre Entscheidung für einen Niederlassungs-, Herstellungs- oder Erstveröffentlichungsort kann daher nicht als eine Entscheidung auch für das dortige Urheberrecht gewertet werden.

Dementsprechend kann von der Entscheidung der Nutzer für ein Werk, das im Geltungsbereich eines bestimmten Urheberrechts geschaffen wurde, nur sehr begrenzt auf eine Entscheidung für das entsprechende Urheberrecht geschlossen werden.⁵¹⁵ Zwar ist es tatsächlich dieses nationale Urheberrecht, unter dessen Geltung das Werk entstanden ist, jedoch ist es bereits in dem Wissen geschaffen worden, dass bei einer grenzüberschreitenden Verwertung der Entstehungsort des Werkes keine Rolle mehr spielen wird. Wenn also beispielsweise amerikanische, also in Amerika gedrehte Filme besonders erfolgreich sind, erlaubt dies kaum Rückschlüsse auf die Qualität des amerikanischen Urheberrechts im Vergleich zu anderen nationalen Urheberrechten, weil dem Produzenten des Films durchaus bewusst war, dass das amerikanische Urheberrecht bei der späteren weltweiten Vermarktung des Films keine Anwendung mehr finden würde.

Etwas anderes würde gelten, wenn man unter Verzicht auf das Schutzlandprinzip dem Kreativen oder Rechtsinhaber die Möglichkeit geben würde, etwa durch eine der genannten Entscheidungen (Wahl des Niederlassungs-, Schaffens- oder Veröffentlichungsortes) das für das jeweilige Werk allein maßgebliche Urheberrecht festzulegen. Würde man auf das Herkunftslandprinzip zurückgreifen, würden also urheberrechtliche Fragen nach dem Recht des Herkunftslandes eines Werkes – wie auch immer man dieses identifizieren mag – entschieden, so könnte man sicherstellen, dass die Auswahl einer bestimmten Rechtsordnung durch den Kreativen oder Rechtsinhaber endgültig über das anwendbare Recht entscheidet. Mit dieser Möglichkeit wollen wir uns noch aus-

515 Allgemein zu einem Systemwettbewerb anhand der Entscheidungen der Verbraucher *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen, 87.

führlieh befassen.⁵¹⁶ Einstweilen soll aber die Feststellung genügen, dass jedenfalls unter der Geltung des Schutzlandprinzips ein Systemwettbewerb nicht auf der Entscheidung für einen Niederlassungs-, Schaffens- oder Veröffentlichungsortes aufbauen kann.

bb) Wahl der Rechtsordnung durch Wahl des Verwertungsortes?

Wenn es also nicht unbedingt der Ort der Niederlassung, des Schaffens oder der Erstveröffentlichung ist, der über das anwendbare Recht entscheidet und so dem Kreativen oder Verwerter ermöglicht, zwischen Rechtssystemen zu wählen, so könnte man annehmen, die Wahl erfolge über die Festlegung des Ortes, an dem urheberrechtlich relevante Handlungen vorgenommen werden, weil dies nach dem Territorialitäts- und Schutzlandprinzip zur Anwendung des dortigen Urheberrechts führt. Wer sich gegen ein nationales Regelungssystem entscheide, der dürfe im Souveränitätsbereich der entsprechenden Rechtsordnung eben keine urheberrechtlich relevanten Handlungen vornehmen, insbesondere also nicht zur Verwertung schreiten.

Doch auch diese Überlegung geht fehl. Dies gilt zum einen für die Verwertungsformen, die zwangsläufig grenzüberschreitend stattfinden, insbesondere die *Verwertung im Internet*. Ein Inhalteangebot im Internet wendet sich grundsätzlich an ein weltweites Publikum, was die Urheberrechtsordnungen aller Länder, die dem Schutzlandprinzip und der Bogsch-Theorie folgen,⁵¹⁷ zur Beurteilung des Sachverhalts auf den Plan ruft. Demnach treffen hier der Kreative und der Verwerter gerade keine Entscheidung für oder gegen ein bestimmtes Regelungssystem. Sie müssen vielmehr die Geltung aller nationalen Rechtsord-

516 Hierzu unten, § 7.IV.; auch *Streit*, Festschrift Mestmäcker, 523, erklärt, Systemwettbewerb setze voraus, dass das Zielland die Regelungen des Herkunftslandes anerkenne.

517 Sofern eine Rechtsordnung dem Schutzlandprinzip folgt, wird sie sich zur Entscheidung eines Sachverhalts berufen ansehen, wenn für ihren Geltungsbereich Schutz begehrt wird. Schutz wird in aller Regel aber für diejenigen Länder beansprucht, in denen ein urheberrechtlich relevanter Nutzungsvorgang stattgefunden hat. Sofern eine Rechtsordnung der materiell-rechtlichen Bogsch-Theorie folgt, wird sie einen solchen urheberrechtlich relevanten Sachverhalt in all jenen Ländern als gegeben ansehen, in denen ein Onlineangebot abgerufen werden kann, also letztlich in allen Ländern und daher auch in ihrem Geltungsbereich. Es ist also die Kombination von Schutzlandprinzip und Bogsch-Theorie, die zur kumulativen Anwendung aller Rechtsordnungen weltweit führt. Vgl. hierzu schon oben, § 4.III.1.c)aa)bbb)(1)(a).

nungen hinnehmen. Etwas anderes würde dann gelten, wenn man dem Schutzlandprinzip oder der Bogsch-Theorie eine Absage erteilte.⁵¹⁸

Neben dieser speziell für das Internet geltenden Überlegung ist jedoch vor allem eine *Besonderheit des Urheberrechts als Immaterialgut* von entscheidender Bedeutung: das Urheberrecht ist nirgendwo belegen,⁵¹⁹ beziehungsweise das jeweils nationale Urheberrecht kann man in nahezu jedem Land verletzen.⁵²⁰ Das urheberrechtliche Werk ist nicht an eine Verkörperung gebunden. Urheberrechtliche Verwertungshandlungen können daher grundsätzlich überall vorgenommen werden. Dies gilt in Zeiten der Vernetzung und Digitalisierung umso mehr. Anders als derjenige, der etwa das Sacheigentum mittels einer Substanzverletzung beeinträchtigen will, muss sich der Urheberrechtsverletzer, der unerlaubte Verwertungshandlungen durchführt, nicht in ein bestimmtes Land begeben, in dem das Werk und das dieses Werk schützende Urheberrecht belegen wären. Will der Rechteinhaber gegen solche Verletzungen vorgehen, so muss er dies nach dem Schutzlandprinzip auf der Grundlage des Rechts desjenigen Landes tun, in dem seine Rechte verletzt wurden. Demzufolge ist bei Rechtsverletzungen nicht der Rechteinhaber derjenige, der das „beste“ Rechtssystem auswählt und es zur Regelung einer Sachfrage beruft, sondern der Rechtsverletzer.⁵²¹ Aus der Entscheidung eines potentiellen Rechtsverletzers für ein bestimmtes Urheberrechtssystem sollte aber wirklich nicht auf dessen Qualität geschlossen werden.

518 Würde man der Bogsch-Theorie nicht folgen, so blieben zwar aufgrund des Schutzlandprinzips an sich die verschiedenen nationalen Rechtsordnungen anwendbar, für die urheberrechtlicher Schutz begehrt wird, ein urheberrechtlich relevanter Vorgang würde aber nur noch in einem Land, etwa dem Land des Serverstandortes ausgemacht. Folgte man unter Verzicht auf das Schutzlandprinzip der kollisionsrechtlichen Herkunftslandtheorie, so nähme man vielleicht urheberrechtlich relevante Vorgänge in all jenen Ländern als gegeben an, von denen aus ein Inhalt abgerufen werden kann (Bogsch-Theorie), man würde aber dennoch nur das Recht eines noch zu identifizierenden Herkunftslandes anwenden.

519 Wenn man von der Universalität des Urheberrechts ausgeht. Vgl. hierzu *Schack*, Urheberrecht, Rn. 905.

520 Wenn man von der Belegenheit nationaler Urheberrechte in ihrem jeweiligen Geltungsbereich ausgeht.

521 Vgl. v. *Welser* in: *Wandtke/Bullinger*, Vor §§ 120 ff. Rn. 6.

b) Sonstige den Systemwettbewerb behindernde Faktoren

Zu diesen Grenzen des Systemwettbewerbs aufgrund des Schutzlandprinzips kommen solche Grenzen, die von der Eigenschaft urheberrechtlicher Werke als Kulturgüter herrühren. Selbst die Verfechter eines Systemwettbewerbs räumen ein, dass dieser durch die Mobilität der Wirtschaftsfaktoren begrenzt werde.⁵²² Für kulturell und sprachlich geprägte Wirtschaftsfaktoren gilt dies aufgrund der Vielfalt in der Union aber in besonderem Maße,⁵²³ auch wenn sich die aus den kulturellen und sprachlichen Unterschieden ergebenden Hindernisse auf dem Rückzug befinden.⁵²⁴ Die Akteure der Kulturwirtschaft können vielleicht den Ort ihrer Niederlassung und ihrer Betätigung, nicht aber ohne weiteres die Sprache ändern, in der sie Inhalte produzieren, und noch viel weniger die Sprache und den Geschmack des in einem Land gegebenen Publikums. So reizvoll auch die gesetzlichen Bedingungen in einem Land für den Kreativen oder einen Verwerter sein mögen, er wird nicht einfach in einen anderen Kulturraum mit anderer Sprache und völlig anderem Publikum wechseln können. Gleiches gilt für die Wahl durch die Verbraucher. Sie werden vor allem solche Werke auswählen, die ihren Sprachkenntnissen und ihrem Geschmack entsprechen. Kulturelle und auch kulturwirtschaftliche Faktoren können daher – trotz der Tendenz zur Internationalisierung der urheberrechtlichen Verwertung – einem ungehinderten Systemwettbewerb im Wege stehen.

2. Beeinträchtigung der kulturellen Vielfalt in Europa durch eine Vereinheitlichung des Urheberrechts in der Union?

In der Diskussion über die Vor- und Nachteile einer Vereinheitlichung des Urheberrechts in der Union darf dessen spezifisch kulturelle und kulturprägende Dimension nicht vergessen werden. Wenn das Urheberrecht ein wichtiges Element der Kulturförderung darstellt, dann liegt die Überlegung nahe, dass eine Vereinheitlichung des Urheberrechts auch eine vereinheitlichende Wirkung auf das Kulturleben in Europa haben könnte.

522 Hierzu schon oben, § 7.II.

523 Vgl. *Wagner*, CMLRev. 2002, 995, 1008.

524 Oben, § 4.III.1.c)aa)aaa).

Der (einheitliche) Schutz des Urheberrechts auf europäischer Ebene – unabhängig von der Frage, in welcher Form eine Vereinheitlichung erreicht wird⁵²⁵ – soll einen sicheren Rechtsrahmen in der Union schaffen und hierdurch die europaweite Verbreitung von Werken und letztlich die Entstehung einer wahrhaft europäischen Kultur ermöglichen.⁵²⁶ Gemeint ist damit aber nicht eine europäische Kultur im Sinne einer gleichmacherischen Einebnung der Unterschiede zwischen den vielfältigen nationalen Kulturen Europas, sondern vielmehr die Schaffung eines rechtlichen Umfeldes, in dem die Bürger Europas von der kulturellen Vielfalt der Mitgliedstaaten profitieren können. Es geht nicht um die Förderung der Entwicklung einer einheitlichen europäischen Kultur, sondern darum, für die Werke eine europäische Öffentlichkeit, einen *europäischen Kulturraum* zu schaffen und den Kulturinteressierten Europas die Möglichkeit zu geben, leicht auf Werke aus anderen Mitgliedstaaten der Union zugreifen zu können. Ganz im Sinne der Kulturkompetenz der Union nach Art. 167 AEUV muss es darum gehen, der kulturellen Vielfalt in der Union, die durch die Beiträge der einzelnen Mitgliedstaaten gebildet wird, eine europäische Dimension hinzuzufügen.⁵²⁷

Die Schaffung eines einheitlichen rechtlichen Rahmens kann für grenzüberschreitende Sachverhalte Rechtssicherheit schaffen und Transaktionskosten senken. Dies ermöglicht einen von rechtlichen Bedenken ungestörten Austausch zwischen den europäischen Kulturen. Selbstverständlich können und werden sich die nationalen Kulturen durch diesen Austausch voneinander inspirieren lassen, sich beeinflussen. Jedoch ist ein solcher Austausch zum einen nicht nur nicht zu fürchten, sondern sogar erwünscht, wenn die Union doch dabei ist, sich von ihrer rein wirtschaftlichen Dimension zu emanzipieren und die Völker Europas nicht nur in wirtschaftlicher, sondern auch in politischer, sozialer und kultureller Hinsicht verbunden sein sollen.

Befürchtungen, eine Vereinheitlichung des rechtlichen Rahmens werde letztlich die kulturelle Vielfalt in Europa gefährden, erscheinen auch deshalb unberechtigt, weil – so wichtig der rechtliche Rahmen für Kultur und Kreativität auch sein mag – die kulturelle Entwicklung nicht nur von diesem bestimmt wird, sondern auch und vor allem von der kulturellen, aber auch politischen

525 Hierzu unten, § 8.I.

526 Benabou, Droit d’auteur et droit communautaire, Rn. 377.

527 Zum schwierigen Verhältnis von komplementärem Charakter der unionalen Kulturkompetenz und Möglichkeit der Union, eigene kulturpolitische Akzente setzen zu können, oben, § 4.II.2.b).

und sozialen Tradition einer Nation abhängt. Dass ein einheitliches Urheberrecht diese Unterschiede zwischen den europäischen Kulturräumen beseitigen könnte, erscheint glücklicherweise als ein wenig realistisches Szenario.

3. Zwischenergebnis

Solange am Schutzlandprinzip festgehalten wird, kann bei grenzüberschreitenden Vorgängen eine unter sachlichen Gesichtspunkten gerechtfertigte Wahl der zur Regelung des Sachverhalts berufenen Rechtsordnung nicht stattfinden. In vielen Fällen wie etwa einer Verwertung im Internet findet überhaupt keine Wahl des anzuwendenden Urheberrechts statt, in anderen ist es der potentielle Rechtsverletzer, der durch die Wahl des Ortes, an dem er eine urheberrechtlich relevante Handlung vornimmt, über das anwendbare nationale Urheberrecht bestimmt.

Wenn aber eine sachlich gerechtfertigte Wahl des anzuwendenden Urheberrechts nicht möglich ist, weil die nationalen Urheberrechte alle – zumindest wenn sie dem Schutzlandprinzip folgen – Anwendung auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt beanspruchen, lässt dies an der Geeignetheit eines Systemwettbewerbs zur Identifizierung des „richtigen“ urheberrechtlichen Regelungssystems zweifeln.⁵²⁸ Damit kann eine wesentliche Funktion des Systemwettbewerbs für das Urheberrecht nicht fruchtbar gemacht werden.

Die vorstehenden Überlegungen zeigen, dass ein Systemwettbewerb im Urheberrecht jedenfalls gegenwärtig nicht funktionieren und folglich keine Erkenntnisse über „die beste“ Urheberrechtsordnung erbringen kann. Vor diesem Hintergrund muss das Argument, ein Binnenmarkt durch Rechtsvereinheitlichung im Urheberrecht könne die Transaktionskosten grenzüberschreitender urheberrechtsrelevanter Vorgänge senken, besonderes Gehör finden. Wenn

528 Ähnlich wie für die dem Territorialitäts- und dem Schutzlandprinzip unterworfenen Immaterialgüterrechte stellt sich die Situation im Wettbewerbsrecht dar, sofern die nationalen Wettbewerbsrechte dem Auswirkungsprinzip (effects doctrine) folgen. Nach diesem Prinzip beanspruchen nämlich die nationalen Wettbewerbsrechte Anwendung auf an sich nicht in ihrem Geltungsbereich angesiedelte Sachverhalte, wenn sich diese Sachverhalte auf ihren Geltungsbereich auswirken. Auch dies führt häufig zur kumulativen Anwendung mehrerer nationaler Wettbewerbsrechte auf einen einzigen Sachverhalt. Deshalb wird auch in diesem Fall von einer nur begrenzten Geeignetheit des Systemwettbewerbs ausgegangen und stattdessen zumindest eine Teilharmonisierung in Erwägung gezogen. Vgl. hierzu *Streit/Kiwit*, Theorie des Systemwettbewerbs, 43.

das Hauptargument, welches für eine parallele Geltung der nationalen Urheberrechte in Europa streitet, nicht verfängt, fällt die Entscheidung zwischen Systemwettbewerb und Rechtsvereinheitlichung zur Schaffung eines Binnenmarktes unzweifelhaft zugunsten letzterer Alternative aus. Wegen der mit ihr verbundenen Senkung der Transaktionskosten ist eine Rechtsvereinheitlichung im Urheberrecht und die damit einhergehende Schaffung eines urheberrechtlichen Binnenmarktes zu befürworten.⁵²⁹ Dies gilt jedenfalls auf der Grundlage des Territorialitäts- und Schutzlandprinzips.

Das wichtige Anliegen, die kulturelle Vielfalt in Europa zu wahren, führt zu keinem anderen Ergebnis. Das Urheberrecht mag die Rahmenbedingungen der kulturellen Entwicklung in bedeutender Weise beeinflussen. Dass eine Vereinheitlichung des Urheberrechts aber die kulturelle Vielfalt in Europa gefährden würde, steht nicht zu befürchten. Vielmehr würde ein einheitliches Recht die Bedingungen des kulturellen Austausches in der Union verbessern und das kulturelle Leben für die europäischen Bürger somit eher noch bereichern.

Bevor wir uns nun aber endgültig von der Idee eines Systemwettbewerbs im Urheberrecht verabschieden, wollen wir die Hauptursache für sein Nichtfunktionieren im Rahmen eines Exkurses genauer betrachten. Mehrfach ist schon darauf hingewiesen worden, dass Territorialitäts- und Schutzlandprinzip die kumulative Anwendung divergierender nationaler Urheberrechte auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt auslösen. Man kann daher durchaus die Frage aufwerfen, ob nicht ein Rückgriff auf das kollisionsrechtliche Herkunftslandprinzip eine Lösung darstellt, die den Systemwettbewerb der Urheberrechte doch zu einer gangbaren Option machen könnte. Eine konsequente Anwendung des Herkunftslandprinzips könnte dabei möglicherweise zugleich einen Binnenmarkt im Urheberrecht schaffen.⁵³⁰

IV. Exkurs: Kann das kollisionsrechtliche Herkunftslandprinzip einen Systemwettbewerb der nationalen Urheberrechte ermöglichen und dabei zugleich einen Binnenmarkt im Urheberrecht schaffen?

Wie wir schon gesehen haben, verlangt das kollisionsrechtliche *Schutzlandprinzip*, dass urheberrechtlich relevante Sachverhalte nach dem Recht desjenigen

529 So auch Dietz, GRUR Int. 1995, 670, 686.

530 Eine kollisionsrechtliche Lösung statt einer Vereinheitlichung des materiellen Vertragsrechts in den Mitgliedstaaten schlägt Sonnenberger, RIW 2002, 494 f., vor.

Landes beurteilt werden, für welches Schutz beansprucht wird. Dies führt dazu, dass bei grenzüberschreitenden Vorgängen, etwa einer Verwertung im Internet oder einer Satellitensendung mehrere nationale Urheberrechte Anwendung finden, die sich inhaltlich voneinander unterscheiden können.

Demgegenüber basiert das kollisionsrechtliche *Herkunftslandprinzip* auf dem materiellrechtlichen *Universalitätsprinzip*. Anhänger des letzteren lehnen im Gegensatz zu denen des ebenfalls materiellrechtlichen *Territorialitätsprinzips* die Vorstellung eines Bündels nationaler Urheberrechte in der Hand des Urhebers ab.⁵³¹ Es gebe nur ein einziges Urheberrecht, lediglich sein Inhalt könne in bestimmten Fragen durch die nationalen Urheberrechtsordnungen unterschiedlich ausgestaltet werden.

Das kollisionsrechtliche Herkunftslandprinzip knüpft zumindest dem Geiste nach hieran an. Es verlangt, dass – bestimmte – urheberrechtliche Fragen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts nicht von allen Urheberrechtsordnungen jeweils selbständig, sondern von einem einzigen nationalen Recht einheitlich entschieden werden. Dasjenige Land, dessen Rechtsordnung berufen ist, diese Fragen einheitlich und mit weltweitem Geltungsanspruch zu beantworten, kann – etwas verkürzt, da es nicht immer einfach ist zu entscheiden, „woher ein Werk kommt“⁵³² – als das Herkunftsland bezeichnet werden. Darüber hinaus gibt es aber auch andere Möglichkeiten, dasjenige Recht zu identifizieren, welches die Ausgestaltung des einen universalen Urheberrechts bestimmen soll.

Das kollisionsrechtliche Herkunftslandprinzip ist nicht unvereinbar mit dem materiellrechtlichen Territorialitätsprinzip. Auch wenn man von der Geltung voneinander unabhängiger nationaler Urheberrechte, die auf ihren jeweiligen Geltungsbereich beschränkt sind, ausgeht, können die nationalen Urheberrechte ihren Anspruch, alle urheberrechtlichen Fragen eines Sachverhaltes, mit dem sie befasst sind, selbst zu regeln, zurücknehmen und diesbezüglich einem anderen nationalen Recht den Vortritt lassen.⁵³³

Das Kollisionsrecht mancher Mitgliedstaaten folgt in der Tat für bestimmte Fragen des materiellen Urheberrechts dem Herkunftslandprinzip.⁵³⁴ Allerdings

531 So etwa *Schack*, Urheberrecht, Rn. 919 ff.

532 Hierzu unten, § 7.IV.2.a).

533 Vgl. *Schack*, Urheberrecht, Rn. 917, 1014.

534 Das französische Recht etwa für die Frage der Rechtsinhaberschaft, das griechische sogar für Fragen des Schutzinhaltes und der Schutzdauer sowie für die Schranken des Urheberrechts. Hierzu *Drexler*, Festschrift Dietz, 464; vgl. auch *Schack*, Urheberrecht, Rn. 1011; *Drexler*, Münchener Kommentar zum BGB, Int. Immaterialgüterrecht, Rn. 9.

hat Art. 8 Abs. 1 der Rom-II-Verordnung⁵³⁵ dafür gesorgt, dass auf die Rechtsverhältnisse, die sich aus der Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums ergeben, das Recht des Schutzlandes anzuwenden ist. Unklar bleibt allerdings, ob das Schutzlandprinzip in diesem Fall auch etwa für die Frage der Schutzentstehung maßgeblich ist oder ob diese als gesonderte Vorfrage einer selbständigen Anknüpfung unterliegt,⁵³⁶ wie weit also noch Raum bleibt für ein etwaiges immaterialgüterrechtliches Herkunftslandprinzip im nationalen Kollisionsrecht. Doch dürfte die Rom-II-Verordnung weniger in Stein gemeißelt sein als etwa die primärrechtlichen Kompetenzregeln, sodass hier die Überlegung erlaubt sein soll, ob nicht das Herkunftslandprinzip – trotz einer Tendenz des Unionsgesetzgebers hin zum Schutzlandprinzip – eine Lösung für die Bedürfnisse des Binnenmarktes darstellen könnte.

Stellen wir uns also einmal vor, das Herkunftslandprinzip gälte in allen Staaten der Union und sei auf alle Fragen des materiellen Urheberrechts anwendbar. Dies hätte zur Folge dass für ein Werk, das seinen Ursprung etwa in Deutschland nimmt – wie auch immer man diesen Ursprung, also die Herkunft des Werkes bestimmt –, überall in der Union deutsches Urheberrecht gälte. Zu einer kumulativen Anwendung mehrerer nationaler Urheberrechte auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt käme es dann nicht. Dies hätte eine zweifache Konsequenz. Zum einen könnte so ein *Systemwettbewerb* der nationalen Urheberrechte doch wirksam erreicht werden.⁵³⁷ Denn mit der Bestimmung des Herkunftslandes eines Werkes würde zugleich auch eine endgültige Entscheidung über das für dieses Werk anwendbare Urheberrecht getroffen. Zum anderen würden auf diese Weise aber auch darüber hinaus *im Hinblick auf das einzelne Werk* die *Grundfreiheiten* vollumfänglich gesichert und *einheitliche Wettbewerbsbedingungen* geschaffen, denn überall in der Union wären in Bezug auf *dieses* Werk dieselben – in unserem Beispiel: die deutschen – Regeln

535 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl. EU 2007/L 199/40.

Ausführlich zur Entstehung der Rom-II-Verordnung *Drexl*, The Proposed Rome II Regulation.

536 Vgl. etwa *Pfeiffer/Weller/Nordmeier* in: *Spindler/Schuster*, Rom II Art. 8 Rn. 4, mit Nachweisen.

537 In diesem Sinne *Thünken*, Herkunftslandprinzip, 39; *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen, 86.

anwendbar.⁵³⁸ Es gäbe demnach also keine Rechtsunterschiede, die einen wirtschaftlichen Akteur davon abhalten könnten, seine Aktivitäten bezüglich dieses Werkes unionsweit zu betreiben.

Es gibt eine Reihe guter Argumente, die für eine Anwendung des Herkunftslandprinzips angeführt werden. Wir wollen diese Argumente betrachten (§ 7.IV.1.), sodann die Gegenargumente, die für das Schutzlandprinzip streiten, untersuchen (§ 7.IV.2.), um schließlich die Frage beantworten zu können, ob das Herkunftslandprinzip geeignet erscheint, einen Systemwettbewerb im Urheberrecht doch noch zu ermöglichen (§ 7.IV.4.). Hierbei wollen wir auch Erfahrungen miteinbeziehen, die die Union im Hinblick auf das Herkunftslandprinzip schon gemacht hat (§ 7.IV.3.).

1. Für das Herkunftslandprinzip

Das Herkunftslandprinzip knüpft gedanklich an das Universalitätsprinzip an. Die Argumente, die für das Universalitätsprinzip vorgebracht werden, können daher in gewissem Sinne auch zugunsten des Herkunftslandprinzips fruchtbar gemacht werden, weil das Herkunftslandprinzip kollisionsrechtlich nachzuzeichnen versucht, was das Universalitätsprinzip materiellrechtlich vorgeben will: die Geltung des Urheberrechts über die Ländergrenzen hinweg (§ 7.IV.1.a)).

Zugleich schafft das Herkunftslandprinzip wie soeben skizziert für das einzelne urheberrechtlich geschützte Werk insofern einen Binnenmarkt, als es für die Einheitlichkeit des auf dieses Werk anwendbaren Urheberrechts überall in der Union sorgt. Argumente, die für den Binnenmarkt streiten, sind daher insofern auch Argumente zugunsten des Herkunftslandprinzips (§ 7.IV.1.b)).

a) Argumente zugunsten des Universalitätsprinzips

Häufig wird zugunsten des Universalitätsprinzips darauf hingewiesen, dass das Urheberrecht anders als die Rechte des gewerblichen Rechtsschutzes allein aus dem Akt der Schöpfung heraus und daher ohne einen Akt staatlicher Verlei-

538 In diesem Sinn *Neuhaus*, *RabelsZ* 40 (1976), 191, 193 und 195. Nach der anschaulichen Formulierung von *Thiinken*, Herkunftslandprinzip, 31 f., bringt unter der Geltung des Herkunftslandprinzips der Regelungsgegenstand „sein Recht“ mit.

hung entstehe. Hoheitliche Gewalt sei hier nicht involviert, es sei daher nicht zu rechtfertigen, wenn die Geltung des Urheberrechts auf das Gebiet desjenigen Staates, der das Urheberrecht „verleihe“, der nach dieser Verleihung Schutz gewähre und für den dementsprechend um Schutz nachgesucht werde, beschränkt sei.⁵³⁹ Die Vorstellung, dass sich das Urheberrecht mit dem Grenzübertritt in Nichts auflöse, um dann im Nachbarland neu zu entstehen,⁵⁴⁰ sei mit der Lehre vom geistigen Eigentum kaum vereinbar.⁵⁴¹ Auch befremde der Gedanke, dass ein einheitlicher Schöpfungsakt dem Urheber ein ganzes Bündel von Urheberrechten anstelle nur eines einheitlichen an die Hand geben solle.⁵⁴²

b) Argumente zugunsten eines Binnenmarktes aus der Perspektive des Herkunftslandprinzips

Die Verfechter des kollisionsrechtlichen Herkunftslandprinzips argumentieren zum Teil ganz ähnlich wie die Befürworter einer Vereinheitlichung des materiellen Urheberrechts. Die schon mehrfach beschriebene Wirkung von Territorialitäts- und Schutzlandprinzip auf grenzüberschreitende Sachverhalte wird als unbefriedigend empfunden. Das Herkunftslandprinzip soll sicherstellen, dass trotz der Grenzüberschreitung ein einheitliches Recht Anwendung findet.

Dabei wird die Geltung des Herkunftslandprinzips in der Regel nicht für alle Aspekte des Urheberrechts gefordert.⁵⁴³ Zumeist wird eine *Differenzierung nach materiellen Bereichen* des Urheberrechts, die mit der Entstehung und der Inhaberschaft des Urheberrechts zusammenhängen, vorgeschlagen (§ 7.IV.1.b)aa).). Grundsätzlich lassen sich die hierfür vorgebrachten Argumente aber auf das Urheberrecht insgesamt übertragen.

Im Zusammenhang mit bestimmten Verwertungsformen eines Werkes, die notwendig in grenzüberschreitendem Kontext erfolgen, erscheint das Bedürfnis nach einem einheitlichen Rechtsrahmen besonders dringend. Deshalb wird das Herkunftslandprinzip auch im Hinblick auf Verwertungen im Internet besonders lebhaft diskutiert (§ 7.IV.1.b)bb).).

539 Peifer, ZUM 2006, 1, 2; Schack, Urheberrecht, Rn. 913; Drobnik, RabelsZ 40 (1976), 195, 196 f.

540 Klass, GRUR Int. 2007, 373, 380.

541 Schack, Urheberrecht, Rn. 913; Drobnik, RabelsZ 40 (1976), 195, 196 f.

542 Klass, GRUR Int. 2007, 373, 380.

543 Besonders deutlich Schack, MMR 2000, 59, 63.

- aa) Argumente für die Anwendung des Herkunftslandprinzips in bestimmten materiellen Bereichen des Urheberrechts: Schutzvoraussetzungen und erste Inhaberschaft des Urheberrechts

Die Anwendung des Herkunftslandprinzips wird insbesondere für Fragen der Entstehung des urheberrechtlichen Schutzes gefordert.⁵⁴⁴ Hier wird vorgeschlagen, die Schutzvoraussetzungen⁵⁴⁵, die erste Inhaberschaft und die Übertragung des Urheberrechts⁵⁴⁶ dem Recht des Herkunftslandes zu unterstellen. Dabei wird darauf hingewiesen, dass nach dem Grundsatz wohlverworbener Rechte die Inhaberschaft und die Entstehung auch des Sacheigentums nicht nach dem Recht des Schutzlandes beurteilt werden, sondern die bestehende Rechtslage anerkannt wird.⁵⁴⁷ Dies diene der *Rechtssicherheit*, insbesondere wenn es darum gehe, die für eine Verwertung erforderlichen Rechte zu erwerben, denn zumindest stehe dann fest, mit wem der potentielle Verwerter im Hinblick auch auf eine weltweite Verwertung verhandeln müsse.⁵⁴⁸ So sei der *Rechterwerb* insgesamt *leichter* und die *weltweite Verbreitung* von Werken werde *gefördert*.

Diese Argumente gelten im besonderen Maße für die erwähnten materiellrechtlichen Kategorien der Schutzentstehung und -inhaberschaft, weil diese insbesondere für Rechtsgeschäfte über das Urheberrecht bedeutsam sind. Sie lassen sich wie schon erwähnt aber darüber hinaus verallgemeinern: die Anwendung des Herkunftslandprinzips ermöglicht es, das im Zusammenhang mit einem Werk anwendbare Urheberrecht ein für allemal und mit Wirkung für die gesamte Union festzulegen, ohne dass es dafür einer Vereinheitlichung der divergierenden nationalen Urheberrechte bedürfte. So könnten auch ohne Vereinheitlichung *Rechtssicherheit* geschaffen und *Transaktionskosten gesenkt* werden.⁵⁴⁹

544 Vgl. die Übersicht bei *Drexler*, Festschrift Dietz, 466.

545 *Peifer*, ZUM 2006, 1, 2. Differenzierend *Schack*, Urheberrecht, Rn. 1031 ff.: grundsätzlich nach dem Recht des Herkunftslandes, aber Beurteilung des Vorliegens einer persönlich geistigen Schöpfung nach dem Recht des Schutzlandes und keine Beachtlichkeit von förmlichen Voraussetzungen der Schutzgewährung.

546 *Schack*, Urheberrecht, Rn. 1034 ff. und 1039 ff.; *Klass*, GRUR Int. 2007, 373, 382.

547 *Schack*, Urheberrecht, Rn. 1024 f.; *Klass*, GRUR Int. 2007, 373, 381.

548 *Klass*, GRUR Int. 2007, 373, 382.

549 Zu dieser Wirkung des Herkunftslandprinzips im allgemeinen *Thiinken*, Herkunftslandprinzip, 122.

bb) Argumente für die Anwendung des Herkunftslandprinzips im Zusammenhang mit notwendig grenzüberschreitenden Verwertungsformen

Wo die Verwertung eines urheberrechtlich geschützten Werkes notwendig grenzüberschreitend stattfindet, werden die Probleme, die das Schutzlandprinzip durch die kumulative Anwendung mehrerer nationaler Urheberrechte mit sich bringt, als besonders belastend empfunden. Hier stellt sich das Bedürfnis nach einem einheitlichen rechtlichen Rahmen für grenzüberschreitende Sachverhalte im Interesse geringerer Transaktionskosten besonders dringlich dar. Dies gilt natürlich vor allem für das Internet⁵⁵⁰, das Problem hat sich aber auch schon vor dem Siegeszug des Internets gestellt, nämlich im Zusammenhang mit dem Satellitenfernsehen, weil dort ebenfalls der Empfangsbereich in schwer zu kontrollierender Weise von Staatsgrenzen unabhängig ist.⁵⁵¹

Im Internet wirken sich das Territorialitäts- und das Schutzlandprinzips besonders drastisch aus.⁵⁵² Ein einheitliches Internetangebot, welches weltweit zugänglich ist, muss theoretisch die Vorgaben der Rechtsordnungen aller Länder dieser Erde beachten. Dies dürfte *angesichts der Unterschiede und auch Widersprüche dieser Rechtsordnungen unmöglich sein*.⁵⁵³

Selbst wenn man davon ausgeht, dass keine Widersprüche zwischen den nationalen Rechtsordnungen bestünden, eine Befolgung aller Rechtsordnungen also theoretisch möglich wäre, bliebe zu bedenken, dass die kumulative Anwendung nationaler Rechtsordnungen dazu führt, dass sich ein einheitliches urheberrechtlich relevantes Angebot im Internet nach der aus seiner Perspektive *strengsten Rechtsordnung* weltweit richten muss, wenn es überall rechtmäßig sein soll. Dies führt aber dazu, dass sich bei einem weltweit einheitlichen rechtmäßigen Angebot diese strengste Rechtsordnung auch weltweit durchset-

550 Vgl. hierzu etwa Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt, KOM (2011) 427, 13. Zu den verschiedenen Ansätzen, die kumulative Anwendung nationaler Urheberrechte auf urheberrechtlich relevante Vorgänge im Internet durch eine einheitliche Anknüpfung zu verhindern, vgl. *Drexl*, Münchener Kommentar zum BGB, Int. Immaterialgüterrecht, Rn. 231 ff.

551 Hierzu unten, § 7.IV.3.

552 Vgl. oben, § 4.III.1.c)aa)bbb)(1)(a).

553 *Handig*, GRUR Int. 2007, 206, 213, der das auf die Bogsch-Theorie zurückführt. Richtiger wäre es, die kumulative Anwendung der nationalen Urheberrechte durch das Zusammenspiel des kollisionsrechtlichen Schutzlandprinzips und der materiellrechtlichen Bogsch-Theorie bedingt anzusehen.

zen und die Wirkung liberalerer Rechtsordnungen aushebeln würde.⁵⁵⁴ Diese strengste nationale Rechtsordnung würde so im Internet gleichsam „globalisiert“. ⁵⁵⁵

Um die soeben beschriebene Wirkung des Schutzlandprinzips auf die Verwertung im Internet zu verhindern, wurde daher vorgeschlagen, entweder kollisionsrechtlich – durch Anwendung des kollisionsrechtlichen Herkunftslandprinzips – oder aber nach dem Beispiel der Satelliten- und Kabelrichtlinie materiellrechtlich – durch Verzicht auf die Bogsch-Theorie⁵⁵⁶ – dafür Sorge zu tragen, dass letztlich nur *ein* nationales Urheberrecht auf die Verwertung im Internet Anwendung findet. Eine entsprechende Regelung müsste vorsehen, dass auf Werke, soweit ihre Verwertung im Internet stattfindet, allein das Recht desjenigen Landes anzuwenden ist, in dem die Verwertung des Werkes ihren Ursprung nimmt (kollisionsrechtliche Alternative), oder dass die Verwertung so anzusehen ist, als finde sie nur in dem Land statt, in dem sie ihren Ausgang nimmt (sachrechtliche Alternative)⁵⁵⁷.

Anders als im Rahmen der Vorschläge zu einer allgemeinen Anwendung des Herkunftslandprinzips wurde im Hinblick auf das Internet ein umfassender Verzicht auf das Territorialitäts- und Schutzlandprinzip gefordert. Demnach bliebe das Herkunftslandprinzip nicht auf die Fragen der Rechtsinhaberschaft und der Schutzentstehung beschränkt, sondern gälte für alle urheberrechtlichen Fragen.⁵⁵⁸

c) Zwischenergebnis

Das kollisionsrechtliche Herkunftslandprinzip oder eine entsprechende sachrechtliche Regelung weisen gegenüber dem Schutzlandprinzip eine Reihe von

554 *Drexl*, Münchener Kommentar zum BGB, Int. Immaterialgüterrecht, Rn. 234; *Handig*, GRUR Int. 2007, 206, 214; *Mankowski*, RabelsZ 63 (1999), 255, 270. *Ohly*, GRUR Int. 2001, 899, 899 und 906, spricht insoweit von einem „race to the top“.

555 *Drexl*, Münchener Kommentar zum BGB, Int. Immaterialgüterrecht, Rn. 256.

556 Hierzu unten, § 7.IV.3.

557 So wohl *Peifer*, ZUM 2006, 1, 6. Vgl. auch *Peifer*, GRUR Int. 2010, 671, 675 f.

558 Hierzu ausführlich *Drexl*, Münchener Kommentar zum BGB, Int. Immaterialgüterrecht, Rn. 291 ff., der sich im Ergebnis (Rn. 251 ff.) aber für die Anwendung des Territorialitätsprinzips mit Einschränkungen nach dem Verbot der extraterritorialen Anwendung nationalen Rechts ausspricht. Angesichts der noch nicht harmonisierten Bereiche des Urheberrechts hält *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 47, die Option der Aufgabe des Territorialitätsprinzips für problematisch und politisch unrealistisch.

Vorteilen auf. Die Vorstellung einer Geltung urheberrechtlicher Regelungen über die Staatsgrenzen hinweg scheint dem Charakter des Urheberrechts als einem aus dem reinen Schöpfungsakt entstehenden Recht eher zu entsprechen als die strikt an die nationale Souveränität anknüpfenden Prinzipien der Territorialität und des Schutzlands. Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten bietet das Herkunftslandprinzip durch Verweis auf nur eine nationale Rechtsordnung Rechtssicherheit und eine Senkung von Transaktionskosten. Diese Vorteile werden besonders augenfällig bei solchen Sachverhalten, die nur grenzüberschreitend stattfinden können, wie etwa die Verwertung im Internet. Das kollisionsrechtliche Herkunftslandprinzip kann diese Vorteile erreichen, ohne auf eine Rechtsvereinheitlichung zurückgreifen zu müssen. Diese kollisionsrechtliche Lösung scheint in diesem Sinne dem Verhältnismäßigkeitsprinzip eher zu entsprechen als die Rechtsvereinheitlichung.

2. Für das Schutzlandprinzip

Mögen diese Überlegungen stark für das Herkunftslandprinzip sprechen, so gibt es doch auch nicht unerhebliche Argumente, die für das kollisionsrechtliche Schutzlandprinzip angeführt werden können.

Wie wir soeben gesehen haben, verspricht die Anwendung des kollisionsrechtlichen Herkunftslandprinzips einen funktionierenden Systemwettbewerb der nationalen Urheberrechte und kann dabei noch, indem es dem nationalen Urheberrecht des Herkunftslandes über die Landesgrenzen hinweg Geltung verschafft, die Verkehrsfreiheiten sowie einheitliche Wettbewerbsbedingungen *im Hinblick auf das einzelne Werk* sicherstellen. So plausibel dies auf den ersten Blick erscheint, stehen einer Anwendung des Herkunftslandprinzips zur Sicherung eines einheitlichen rechtlichen Rahmens jedoch auch nicht unerhebliche Bedenken entgegen.

a) Schwierigkeiten bei der Bestimmung eines geeigneten Anknüpfungspunktes für ein einheitliches Recht

Mit einer möglichen Anwendung des Herkunftslandprinzips sind zunächst einmal ganz praktische Schwierigkeiten verbunden. Über das maßgebliche Kriterium für die Bestimmung des Herkunftslands eines Werkes besteht nämlich

keineswegs Einigkeit. Selbst wenn man sich auf ein solches Kriterium einigen könnte, wäre diese Anknüpfung nicht immer eindeutig.

Wenn man etwa in Anlehnung an Art. 5 Abs. 4 RBÜ für die Anknüpfung auf den *Ort der Erstveröffentlichung* abstellt,⁵⁵⁹ diese aber im Internet und damit (nach der Bogsch-Theorie) weltweit zugleich stattfindet, lässt sich eine Zuordnung zu einer bestimmten Rechtsordnung nur schwer vornehmen.⁵⁶⁰

Außer dem Erstveröffentlichungsort kommen auch der *gewöhnliche Aufenthaltsort des Rechtsinhabers* oder *sein Personalstatut*⁵⁶¹ in Betracht. Die Frage, wer Rechtsinhaber an einem Werk ist, ist aber bereits eine materiellrechtliche, die von den nationalen Urheberrechten in bestimmten Fällen unterschiedlich beantwortet wird, weshalb auch diese Anknüpfung mitunter nicht eindeutig vorgenommen werden kann.⁵⁶²

Diesem Problem lässt sich vielleicht noch entgehen, indem man nicht auf den Rechtsinhaber, sondern auf den *Werkschöpfer* und seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort⁵⁶³ oder sein Personalstatut abstellt. Liegt jedoch ein Fall der Beteiligung mehrerer Schöpfer vor, bietet auch diese Variante keine Lösung.⁵⁶⁴ Ebenso verhält es sich mit einem Anknüpfen an den *Ort des Schwerpunktes der schöpferischen Tätigkeit*,⁵⁶⁵ wenn die Beiträge zu einem Werk von mehreren oder auch nur einem Kreativen an verschiedenen Orten geschaffen wurden.

Denkbar erscheint zudem auch ein Anknüpfen an den *Sitz des die Verwertung organisierenden Unternehmens*.⁵⁶⁶ Für Verwertungshandlungen im Internet, für die eine einheitliche Anknüpfung aus genannten Gründen besonders dringlich erscheint, kommen darüber hinaus der *Ort des Uploads* als Ort der

559 Hierfür etwa *Schack*, Urheberrecht, Rn. 1026 ff., 1028.

560 *Drexl*, Münchener Kommentar zum BGB, Int. Immaterialgüterrecht, Rn. 294; *Hugenholz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 29. Hierzu jüngst auch Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt, KOM (2011) 427, 14.

561 v. *Welser* in: *Wandtke/Bullinger*, Vor §§ 120 ff. Rn. 11. *Schack*, Urheberrecht, Rn. 1027, für unveröffentlichte Werke.

562 *Drexl*, Münchener Kommentar zum BGB, Int. Immaterialgüterrecht, Rn. 295.

563 Vgl. hierzu die Nachweise bei *Drexl*, Münchener Kommentar zum BGB, Int. Immaterialgüterrecht, Rn. 23 ff.

564 Vgl. *Drexl*, Münchener Kommentar zum BGB, Int. Immaterialgüterrecht, Rn. 295.

565 Hierfür *Klass*, GRUR Int. 2007, 373, 384.

566 So *Handig*, GRUR Int. 2007, 206, 213; vgl. auch *Thiinken*, Herkunftslandprinzip, 39.

Verletzungshandlung und der *Standort des Servers*, auf dem sich der Inhalt befindet,⁵⁶⁷ in Frage.⁵⁶⁸

Solange aber über das passende Anknüpfungskriterium keine Einigkeit besteht, bietet das Herkunftslandprinzip keine Gewähr für die Einheitlichkeit des auf ein Werk anzuwendenden Rechts.

b) Manipulierbarkeit des Anknüpfungskriteriums

Zur Schwierigkeit, ein passendes und eindeutiges Anknüpfungskriterium zu identifizieren, kommen Befürchtungen im Hinblick auf eine Manipulierbarkeit des Herkunftslandes. Der Ort der Erstveröffentlichung wird in der Regel *durch den Erstverwerter bestimmt*, nicht durch den Kreativen selbst.⁵⁶⁹ Ersterer kann sich so eine Rechtsordnung aussuchen, die aus seiner Sicht besonders günstig erscheint. Gilt diese Rechtsordnung dann universal, so kann der Erstverwerter eine Art globales forum shopping betreiben.⁵⁷⁰

Das mag einen Wettbewerb der Rechtsordnungen ermöglichen, jedoch nur einen Wettbewerb um die Erstverwerter, da diese allein über die anwendbare Rechtsordnung entscheiden können.⁵⁷¹ Spätere Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Werk – etwa die Entscheidung darüber, in welchem Land ein Werk verwertet wird, haben keinen Einfluss mehr auf das anzuwendende Recht. Ist die Entscheidung über das Herkunftsland erst einmal gefallen, wird der Wettbewerb im Übrigen also ausgeschaltet.⁵⁷²

Der Wettbewerb um die Verwerter würde so auch eine gewisse inhaltliche Schieflage der nationalen Urheberrechtsordnungen provozieren, eine Art „race to the bottom“ der einzelnen Staaten zulasten der Kreativen und auch der Nut-

567 In diesem Sinne *Ginsburg*, Private International Law Aspects 1998, 39 ff.

568 Vgl. zu den verschiedenen Ansätzen zur Festlegung eines Anknüpfungspunktes speziell für Verwertungshandlungen im Internet umfassend *Drexl*, Münchener Kommentar zum BGB, Int. Immaterialgüterrecht, Rn. 291 ff.; *Klass*, GRUR Int. 2007, 373, 378.

569 *Drexl*, Münchener Kommentar zum BGB, Int. Immaterialgüterrecht, Rn. 294.

570 *Drexl*, Münchener Kommentar zum BGB, Int. Immaterialgüterrecht, Rn. 23; *Ginsburg*, Private International Law Aspects 1998, 33. Zu entsprechenden Überlegungen für das Wettbewerbsrecht *Mankowski*, GRUR Int. 1999, 909, 914. Zu entsprechenden Problemen bei den Regelungen der Satelliten- und Kabelrichtlinie *Benaïou*, Droit d'auteur et droit communautaire, Rn. 576 f. Zu den Erfahrungen mit der Satelliten- und Kabelrichtlinie ausführlich unten, § 7.IV.3.

571 Vgl. hierzu schon oben, § 7.III.

572 Vgl. *Drexl*, Münchener Kommentar zum BGB, Int. Immaterialgüterrecht, Rn. 23.

zer, um möglichst viele Verwerter anzuziehen.⁵⁷³ Im Ergebnis würde ein wirklicher Wettbewerb der Rechtsordnungen um die besten, da ausgewogensten Lösungen durch das Herkunftslandprinzip somit also sogar erschwert.⁵⁷⁴

Richtig ist, dass die Gefahr eines race to the bottom durch eine parallele Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen vermindert werden könnte.⁵⁷⁵ Dies ändert aber nichts daran, dass es nicht unproblematisch erscheint, einer einzigen Partei im urheberrechtlichen Interessengeflecht die Entscheidung über das anwendbare Recht zu überlassen. Zu bedenken ist auch, dass eine Harmonisierung der Rechtsordnungen, die miteinander im Wettbewerb stehen sollen, diesen Wettbewerb naturgemäß abschwächt. Macht es keinen großen Unterschied, nach welcher Rechtsordnung ein urheberrechtlicher Sachverhalt beurteilt wird, dann gibt es auch keinen Anreiz, die Voraussetzungen der Anwendung gerade eines ganz bestimmten Urheberrechts zu schaffen.

Ebenso wie der Ort der Erstveröffentlichung sind auch die meisten anderen genannten möglichen Anknüpfungspunkte für das anzuwendende Urheberrecht manipulierbar. Dies gilt in besonderem Maße für den Ort des Uploads und den Standort des Servers.⁵⁷⁶ Auch der Vorschlag, man möge als das Herkunftsland den Sitz des Erstverwerter wählen,⁵⁷⁷ vermag nicht zu überzeugen. Zwar ist dieser weniger leicht zu manipulieren als der Ort der Erstveröffentlichung,⁵⁷⁸ nichtsdestotrotz bliebe es dem Unternehmen, welches als Erstverwerter auftritt, überlassen, durch geschickte Wahl seines Sitzes ein einseitig verwerterfreundliches Urheberrecht für alle von ihm verwerteten Werke und ein für allemal anwendbar zu machen. Einzig ein Abstellen auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort oder das Personalstatut des Werkschöpfers oder den Ort des Schwerpunktes der schöpferischen Tätigkeit scheinen gegen Manipulationen weitgehend gefeit.⁵⁷⁹ Jedoch sprechen neben praktischen Schwierigkeiten bei mehreren beteiligten Kreativen gegen diesen Ansatz wie auch gegen alle anderen Anknüpfungen an das Herkunftsland vor allem Erwägungen der Rechtssicherheit und der staatlichen Souveränität.

573 So auch *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 28. Vgl. auch *Thiinken*, Herkunftslandprinzip, 188 ff.

574 Deutlich *Drexler*, Münchener Kommentar zum BGB, Int. Immaterialgüterrecht, Rn. 23 und 294; *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, Vor §§ 120 ff. Rn. 29.

575 Hierzu schon oben, § 7.II.

576 *Drexler*, Münchener Kommentar zum BGB, Int. Immaterialgüterrecht, Rn. 292 f.; *Thiinken*, Herkunftslandprinzip, 214 f.

577 So *Handig*, GRUR Int. 2007, 206, 213; *Thiinken*, Herkunftslandprinzip, 215 ff.

578 In diesem Sinne *Thiinken*, Herkunftslandprinzip, 39 f.

579 *Klass*, GRUR Int. 2007, 373, 384.

c) Bedürfnis nach Rechtssicherheit seitens der Nutzer

Bedenken bestehen gegen das Herkunftslandprinzip auch aus praktischen Erwägungen im Hinblick auf die Kosten der Ermittlung der Rechtslage und der Anpassung an diese. So wie das Herkunftslandprinzip es *dem Rechtsinhaber* oder seinem Zessionar erspart, sich mit den Rechtsordnungen aller Zielländer auseinanderzusetzen und ihnen anzupassen, verlangt es von den potentiellen *Nutzern* eines Werkes in den Zielländern, sich nach der Rechtslage im Ursprungsland eines Werkes zu richten. Wenn das Herkunftslandprinzip aus Verwerter-sicht zur weltweiten Verbreitung von Werken anregen mag,⁵⁸⁰ so ist die Kehrseite der Medaille, dass es Nutzer vom Genuss von Werken ausländischer Herkunft eher abschrecken wird, wenn sie sich hierdurch in den Anwendungsbereich einer fremden Rechtsordnung begeben. Ohne Nachfrage nach ausländischen Werken kann aber auch die Stimulierung der Verwerter, Werke unionsweit zu vermarkten, kaum Früchte tragen.⁵⁸¹

So kann zumindest im Hinblick auf weite Teile des materiellen Urheberrechts die Anknüpfung an das Herkunftsland nicht überzeugen. Man mag noch von möglichen Verwertern eines Werkes erwarten, dass sie sich wegen des Erwerbs der erforderlichen Nutzungsrechte an einem Werk mit dem – nach dem Herkunftslandprinzip maßgeblichen – ausländischen Urheberrecht befassen. In diesem Sinne wird vorgeschlagen, die für den Rechtserwerb maßgeblichen Bereiche des materiellen Urheberrechts – Schutzvoraussetzungen, erste Inhaberschaft und Übertragung des Urheberrechts – dem Herkunftslandprinzip zu unterwerfen.⁵⁸² Für die anderen Bereiche des materiellen Urheberrechts, insbesondere für Inhalt und Schranken des Urheberrechts wäre es aber unzumutbar, wenn der Nutzer auf ausländische Rechtsordnungen verwiesen würde,⁵⁸³ wenn sich also etwa ein privater Nutzer hinsichtlich der Voraussetzungen und Grenzen der Privatkopieschranke nach fremdem Urheberrecht richten müsste.

Wenn aber das Herkunftslandprinzip nicht hinsichtlich aller Aspekte des materiellen Urheberrechts maßgeblich würde, könnte der beschriebene⁵⁸⁴ Vorteil der Schaffung einheitlicher rechtlicher Bedingungen, also eines Binnenmarktes für die unionsweite Verwertung noch nicht einmal hinsichtlich des

580 Hierzu oben, § 7.IV.1.b)aa).

581 Vgl. hierzu *Thiinken*, Herkunftslandprinzip, 133.

582 Für diese differenzierte Auffassung insbesondere *Schack*, Urheberrecht, Rn. 1019 ff., insbesondere 1024; 1030 ff.

583 So auch *Schack*, Urheberrecht, Rn. 1024 und 1045 ff.

584 Oben, § 7.IV.

einzelnen Werkes realisiert werden. Denn selbst für ein einziges Werk kämen hinsichtlich des Inhalts der urheberrechtlichen Befugnisse und der Schranken, denen diese Befugnisse unterliegen, wieder die nationalen Urheberrechte der Zielländer zur Anwendung.

d) Das Schutzlandprinzip als Ausdruck der Wahrung der nationalen Souveränität

So wie die Argumente, die für das Universalitätsprinzip streiten, in gewissem Sinne auch für das Herkunftslandprinzip angeführt werden können, sprechen die Argumente für das Territorialitätsprinzip auch für die Beibehaltung des Schutzlandprinzips. Letzteres nimmt nämlich größere Rücksicht auf die nationale Souveränität und damit auf das Recht der Staaten, über das auf ihrem Territorium gültige Recht zu befinden. Derselbe Gedanke liegt auch dem Territorialitätsprinzip zugrunde.

Das Schutzlandprinzip verschafft den Entscheidungen des nationalen Gesetzgebers im Hinblick auf die Gewichtung der Interessen im Urheberrecht Geltung, begrenzt diese Entscheidungen aber zugleich auf deren jeweiliges Territorium.⁵⁸⁵ Wird dagegen weltweit nur das Recht des Herkunftslandes eines Werkes angewendet, so gelten die *Entscheidungen des Gesetzgebers des Herkunftslandes* etwa im Hinblick auf Rechtsinhaberschaft, aber auch hinsichtlich der dem Urheber zustehenden Befugnisse und der urheberrechtlichen Schranken *für alle anderen Länder* auch, ohne dass diese andere Akzente im Interessengeflecht von Kreativen, Verwertern und Nutzern setzen können. Dies stellt die souveränen gesetzgeberischen Entscheidungen dieser anderen Länder in Frage.

Überzeugen kann ein Abstellen auf das Herkunftsland auch für nur einzelne materiellrechtliche Fragen wie etwa die der Rechtsinhaberschaft nicht. Die Frage, wer originärer Rechteinhaber sein soll, beinhaltet implizit auch eine Entscheidung über die Gewichtung von Investitionsschutz und Schutz der Kreativen.⁵⁸⁶ Zwar ist zuzugeben, dass es vor allem das Herkunftsland ist, welches ein Interesse daran hat festzulegen, wem die Früchte von Investitionen und Kreativität zukommen sollen und weniger die Länder, in denen nur Verwertungshandlungen stattfinden.⁵⁸⁷ Jedoch kann die Aufspaltung von Rechtsinha-

585 Drexler, Münchener Kommentar zum BGB, Int. Immaterialgüterrecht, Rn. 20.

586 Drexler, Münchener Kommentar zum BGB, Int. Immaterialgüterrecht, Rn. 23.

587 Klass, GRUR Int. 2007, 373, 384.

berschaft (Beurteilung nach dem Herkunftsland) und Inhalt der Rechte (nach dem jeweiligen Schutzland) zu nicht hinnehmbaren Ergebnissen führen, wenn etwa nach den Regeln des Herkunftslands Rechteinhaber der Arbeitgeber sein soll und ihm nach dem Recht des Schutzlandes das Urheberpersönlichkeitsrecht zustehen würde.⁵⁸⁸

Richtig ist, dass auch im Falle eines durch die Union geschaffenen Europäischen Urheberrechts den Mitgliedstaaten Entscheidungsmöglichkeiten im Bereich des Urheberrechts genommen würden. Ein Systemwettbewerb würde noch kategorischer ausgeschaltet als bei einer Anwendung des Herkunftslandprinzips, weil noch nicht einmal mehr über die Auswahl des Herkunftslandes noch auf das anzuwendende Recht Einfluss genommen werden könnte. Der unter Souveränitätsgesichtspunkten entscheidende Unterschied zwischen Herkunftslandprinzip und Rechtsvereinheitlichung besteht aber darin, dass im letzteren Fall nicht ein *nationaler* Gesetzgeber eine Entscheidung trifft, die dann für die *anderen* Gesetzgeber Wirkung entfaltet, sondern der *supranationale Unionsgesetzgeber* mit Wirkung für die *Union*. Der Unionsgesetzgeber ist – im Rahmen seiner Kompetenzen – gerade legitimiert, Entscheidungen für die Union zu treffen. Wenn die nationalen Gesetzgeber aufgrund der Rechtsvereinheitlichung in der Union Gestaltungsspielräume aufgeben, dann zugunsten einer supranationalen Instanz, zu deren Gunsten sie ihre Souveränität explizit zurückgenommen haben.

e) Nur unvollkommene Schaffung eines Binnenmarktes durch das Herkunftslandprinzip

Die Anwendung des Herkunftslandprinzips würde dazu führen, dass hinsichtlich des jeweils einzelnen Werkes stets nur das Recht seines Herkunftslandes maßgeblich wäre, ganz gleich welche Länder in einen urheberrechtlich relevanten Sachverhalt involviert wären.⁵⁸⁹ Ein aus Deutschland stammendes Werk würden immer und überall und auch bei grenzüberschreitenden Sachverhalten nach deutschem Urheberrecht beurteilt. Es käme nicht zur kumulativen Anwendung nationaler Urheberrechte, etwaige Rechtsunterschiede könnten so die Grundfreiheiten im Hinblick auf *dieses* Werk nicht beeinträchtigen. Hin-

588 C.cass., 28.5.1991 GRUR Int., 1992, 304 – *John Huston*; hierzu *Drexler*, Münchener Kommentar zum BGB, Int. Immaterialgüterrecht, Rn. 20.

589 Hierzu schon oben, § 7.IV.

sichtlich eines einzelnen Werkes wären die Wettbewerbsbedingungen überall in Europa gleich. Es bestünde so ein Binnenmarkt jedenfalls hinsichtlich solcher Werke, die aus dem gleichen Herkunftsland stammen.⁵⁹⁰

Jedoch wäre der durch das Herkunftslandprinzip erreichte Zustand nicht zu vergleichen mit einem Binnenmarkt, wie er durch ein einheitliches Europäisches Urheberrecht geschaffen würde. Dies gilt zum einen schon deshalb, weil das Herkunftslandprinzip nicht für alle materiellrechtlichen Aspekte des Urheberrechts geeignet ist und es deshalb in den ausgeklammerten Bereichen (etwa Inhalt und Schranken des Urheberrechts) bei der kumulativen Anwendung divergierender nationaler Urheberrechte bliebe.⁵⁹¹

Doch selbst wenn man von diesem Einwand einmal absieht, ließe das Herkunftslandprinzip die unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen bestehen, die dann auch alle auf die Werke, die aus dem jeweiligen Land stammen, Anwendung fänden. Während für Werke deutscher Herkunft deutsches Urheberrecht zur Anwendung käme, gälte für „französische Werke“ das französische Recht, für „italienische Werke“ das italienische. Dies würde im Hinblick vor allem auf die gemeinsame Verwertung von *Werken unterschiedlicher Herkunft* aber erheblich *unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen* bestehen lassen, sofern materielle Unterschiede zwischen den nationalen Urheberrechten bestehen bleiben, was das Herkunftslandprinzip gerade nicht zu ändern vermag.⁵⁹²

Zudem ergäben sich für einen Verwerter, der mehrere Werke unterschiedlicher Herkunft verwerten möchte, ganz erhebliche Hindernisse durch die dann wieder erforderliche Berücksichtigung mehrerer nationaler Rechte für ein und denselben Verwertungsvorgang. Die kumulative Anwendbarkeit mehrerer nationaler Urheberrechte würde sich dann zwar nicht aus der geographischen Betroffenheit mehrerer Länder ergeben, aber aus der Betroffenheit mehrerer Werke unterschiedlicher Herkunft. Betrachtet man die Realität heutiger Verwertungsvorgänge, die häufig eine sehr große Zahl von Werken miteinbeziehen, so leuchtet ein, dass mit dem Herkunftslandprinzip im Hinblick auf die Einheitlichkeit des geltenden rechtlichen Rahmens für solche Verwertungsvorgänge nichts gewonnen wäre. Auch in den schon angesprochenen Bereichen, in denen ein Binnenmarkt mit der damit verbundenen Transaktionskostensparnis wegen der notwendig unionsweiten Verwertung besonders wünschenswert erscheint, könnte dieses Ziel dann nicht erreicht werden, wenn viele Wer-

590 Vgl. *Neuhaus*, RabelsZ 40 (1976), 191, 193 und 195.

591 Hierzu oben, § 7.IV.2.c).

592 Hierzu überzeugend *Schack*, ZEuP 2000, 799, 814 f.

ke unterschiedlicher Herkunft verwertet werden.⁵⁹³ Dass ein Binnenmarkt nur sehr eingeschränkt realisiert würde, spricht also gegen die Anwendung des Herkunftslandprinzips.⁵⁹⁴

f) Zwischenergebnis

Wir haben gesehen, dass das Herkunftslandprinzip einen Systemwettbewerb der Urheberrechtsordnungen ermöglicht, indem es den Rechtssubjekten die endgültige Wahl des für ein Werk einschlägigen nationalen Urheberrechts überlässt. Die Ermittlung eines eindeutigen Kriteriums, an dem diese Wahl festgemacht werden kann, ist allerdings keine einfache Aufgabe. Zudem kann diejenige Partei, die die Wahlentscheidung zu treffen hat, durch Manipulation des Anknüpfungspunktes einseitig dasjenige Urheberrecht als einschlägig auswählen, welches ihren Interessen am besten gerecht wird.

Als Argument für das Herkunftslandprinzip wurde angeführt, dass es hinsichtlich des einzelnen Werkes und solcher Werke, die aus demselben Herkunftsland stammen, die kumulative Anwendung unterschiedlicher nationaler Urheberrechte verhindert und so den Binnenmarkt verwirklicht. Wie wir jedoch soeben festgestellt haben, führt das nicht dazu, dass der Binnenmarkt, insbesondere einheitliche Wettbewerbsbedingungen für alle Werke in der Union gesichert wären. Sobald ein Verwerter Werke unterschiedlicher Herkunft über ein einheitliches Geschäftsmodell verwerten will, muss er sich also auch unter der Geltung des Herkunftslandprinzips mit zahlreichen, unter Umständen divergierenden Urheberrechtsordnungen auseinandersetzen.

Die soeben angestellten Überlegungen zu den Vor- und Nachteilen des Herkunftslandprinzips können recht gut auf ihre praktischen Auswirkungen hin untersucht werden. Denn die Satelliten- und Kabelrichtlinie enthält eine – die im urheberrechtlichen *acquis communautaire* einzige – positivrechtliche Regelung,

593 Denkt man z.B. an den Vertrieb von Musikwerken über das Internet, so würde das Herkunftslandprinzip zwar dazu führen, dass nicht mehr alle Rechtsordnungen weltweit einschlägig wären, weil das Onlineangebot in allen Ländern der Erde abgerufen werden kann, jedoch müsste sich der Anbieter dennoch mit denjenigen nationalen Rechtsordnungen befassen, aus deren Geltungsbereich die von ihm vertriebenen Werke stammen. Bei einem Massengeschäft wie dem Vertrieb von Musik über das Internet werden das im Zweifel kaum weniger Werke sein als es nationale Rechtsordnungen gibt.

594 Im Ergebnis auch gegen eine Anwendung des Herkunftslandprinzips im Hinblick auf die Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen: *Dreier*, ZUM 2002, 28, 33.

die eine dem kollisionsrechtlichen Herkunftslandprinzip vergleichbare Lösung anstrebt. Die Erfahrungen, die mit dieser Regelung gesammelt wurden, erlauben gewisse Rückschlüsse auf die Funktionsfähigkeit dieses Ansatzes in der Praxis.

3. Erfahrungen mit dem materiellrechtlichen Herkunftslandprinzip in der Satelliten- und Kabelrichtlinie

Satellitensendungen sind in aller Regel in einer Vielzahl von Ländern empfangbar. Die Satellitensignale können technisch nicht dergestalt kontrolliert werden, dass sich die Ausleuchtzone des Satelliten mit Staatsgrenzen decken würde. Ginge man nun im Sinne der Bogsch-Theorie⁵⁹⁵ bei der – materiellrechtlichen – Beurteilung der Satellitensendung davon aus, dass eine urheberrechtlich relevante Sendung in jedem Land stattfindet, in dem das Satellitenprogramm empfangen werden kann, so könnte man die Satellitensendung als einen neben dem Internet weiteren Fall der notwendig grenzüberschreitenden Verwertung ansehen. Zwar wird eine Satellitensendung kaum alle Staaten der Union erreichen, aber wohl fast immer mehr als nur das Publikum eines Mitgliedstaates.

Nach dem kollisionsrechtlichen Schutzlandprinzip sind – da nach der Bogsch-Theorie in allen Empfangsländern urheberrechtlich relevante Handlungen stattfinden – auf den einheitlichen Vorgang der Satellitensendung die Urheberrechte aller Empfangsländer kumulativ anzuwenden. Nicht nur wegen des dann erforderlichen umständlichen Lizenzerwerbs in allen Empfangsländern, sondern auch wegen der Unterschiede zwischen den nationalen Urheberrechten würde dies aber ein für das Satellitensendeunternehmen zutiefst unbefriedigendes Ergebnis darstellen. Die Möglichkeit, Satellitenfernsehen zu veranstalten, würde so in Frage gestellt.

Für das Problem bieten sich – ähnlich wie das für das Internet schon angedeutet wurde⁵⁹⁶ – zwei Lösungsansätze an.

595 Bis zum Erlass der Richtlinie war in den Mitgliedstaaten stark umstritten, ob bei einer Satellitensendung die urheberrechtlich relevanten Handlungen nur in demjenigen Staat vorgenommen werden, von dem aus die Sendesignale zum Satelliten geschickt werden (so die Sendelandtheorie), oder ob diese vielmehr dort anzusiedeln sind, wo die Satellitensignale schließlich empfangen werden können (so die Bogsch-Theorie). Vgl. zum Ganzen *Dreier* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 SKRL Rn. 7 ff., insbesondere Fn. 43; vgl. auch *Vogel*, ZUM 1992, 21, 21.

596 Oben, § 7.III.1.a)bb).

Man könnte im Sinne des schon besprochenen kollisionsrechtlichen Herkunftslandprinzips *kollisionsrechtlich* bestimmen, dass auf eine Satellitensendung nicht das Recht aller Empfangsländer anzuwenden ist, sondern nur das Recht eines Landes, etwa des Herkunftslandes der Sendesignale.⁵⁹⁷

Die Satelliten- und Kabelrichtlinie, mit der sich der damalige Gemeinschaftsgesetzgeber des Problems angenommen hat, geht indes einen anderen Weg. Die Richtlinie führt für den Satellitenrundfunk eine in ihrer Wirkung dem kollisionsrechtlichen Herkunftslandprinzip recht nahekommende, aber nicht kollisionsrechtliche, sondern *sachrechtliche* Lösung herbei. Sie bestimmt, dass eine Satellitensendung materiellrechtlich als nur im Ausgangsland stattfindend anzusehen ist.⁵⁹⁸ Es handelt sich letztlich um eine sachrechtliche Fiktion, wonach eine Satellitensendung nicht in jedem Land erfolgt, in welchem die Sendung angesehen werden kann, sondern nur in dem Land, in welchem „die programmtragenden Signale unter der Kontrolle des Sendeunternehmens und auf dessen Verantwortung in eine ununterbrochene Kommunikationskette eingegeben werden, die zum Satelliten und zurück zur Erde führt“ (Art. 1 Abs. 2 lit. b Satelliten- und Kabelrichtlinie), vereinfacht dargestellt nur in dem Land, von dem aus das Sendeunternehmen operiert.⁵⁹⁹ Das kollisionsrechtliche Schutzlandprinzip bleibt hierbei unangetastet. Wegen der Festschreibung der materiellrechtlichen Fiktion findet der urheberrechtlich relevante Vorgang, der dem Rechtsinhaber vorbehalten ist und gegen den er somit Schutz beanspruchen kann, aber nur im Herkunftsland statt. Jedenfalls solange das Kollisionsrecht des Forumstaates dem Schutzlandprinzip für Fragen der Nutzung folgt, wird es bei einer Satellitensendung auf das nationale Recht desjenigen Staates verweisen, in dem die potentielle Verletzungshandlung, also die Satellitensendung stattgefunden hat, was nach der Sendelandtheorie eben nur das Ursprungsland der Sendesignale ist.⁶⁰⁰

597 Zu Überlegungen für eine kollisionsrechtliche Lösung des Problems im Vorfeld der Satellitenkonvention des Europarates vgl. *Dreier* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 SKRL Rn. 7.

598 Hierzu *Drexler*, Münchener Kommentar zum BGB, Int. Immaterialgüterrecht, Rn. 124; *Drexler*, Festschrift Dietz, 475; *Schack*, ZEuP 2000, 799, 814; *Benabou*, Droit d'auteur et droit communautaire, Rn. 570; *Thiinken*, Herkunftslandprinzip, 52 ff.

599 Zu Schwierigkeiten bei der Auslegung sowie zur Genese dieser Vorschrift *Benabou*, Droit d'auteur et droit communautaire, Rn. 565 ff.

600 *Dreier* in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Art. 1 SKRL Rn. 7 und Fn. 43; vgl. auch Bericht über die Anwendung der Satelliten- und Kabelrichtlinie, KOM (2002) 430, 7.

Im Ergebnis entspricht dies einer Erschöpfung des Senderechts, soweit es sich um eine Satellitensendung handelt,⁶⁰¹ weil das Satellitensendeunternehmen nur die Rechte für das Herkunftsland zu erwerben⁶⁰² und sich nur dem materiellen Urheberrecht dieses Landes zu unterwerfen hat, ohne dass die fehlenden Rechte für andere Länder der Union oder deren divergierende Urheberrechte verhindern würden, dass auch das dortige Publikum in den Genuss des Empfangs kommt.

Würde das System der Satelliten- und Kabelrichtlinie greifen, so wäre in der Tat sichergestellt, dass für eine einzelne Satellitensendung die Verkehrsfreiheiten sowie einheitliche Wettbewerbsbedingungen in der Union gälten.⁶⁰³ Zugleich könnten – in dem durch die Satelliten- und Kabelrichtlinie gesteckten Rahmen – die nationalen Urheberrechte um Satellitenunternehmen konkurrieren. Ein Satellitenunternehmen würde sich nämlich mit der Wahl seines Sitzes für die Geltung des Urheberrechts des entsprechenden Landes für alle seine Sendungen unionsweit entscheiden.⁶⁰⁴

Allerdings weist der Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie⁶⁰⁵ darauf hin, dass die Rechteinhaber in der Praxis dazu übergegangen sind, Rechte nur unter der Bedingung zu lizenzieren, dass das Sendeunternehmen die Programmsignale verschlüsselt und die zur Entschlüsselung benötigten Decoder nur an Zuschauer innerhalb des Herkunftslandes vergibt.⁶⁰⁶ Auf diese Art und Weise hat ein Zuschauer im europäischen Ausland keine Möglichkeit, das Programm ansehen zu können, obwohl er im Ausleuchtbereich des

601 Peifer, ZUM 2006, 1, 6.

602 Auf den Lizenzierungsaspekt stellt insbesondere Hugenholz, Copyright without frontiers, 21 ff., ab. Zur Beeinträchtigung des Binnenmarktes durch die Schwierigkeit, die für eine unionsweite Verwertung erforderlichen Lizenzen zu erwerben, unten, § 8.II.

603 Demgegenüber blieben die Rechtsunterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen aber erhalten. Kritisch hierzu Benabou, Droit d'auteur et droit communautaire, Rn. 575 f., die von unzureichender Harmonisierung spricht.

604 Diese einseitige Wahlmöglichkeit zugunsten des Sendeunternehmens wurde schon im Zusammenhang mit dem Herkunftslandprinzip problematisiert, vgl. oben, § 7.IV.2.b).

605 Bericht über die Anwendung der Satelliten- und Kabelrichtlinie, KOM (2002) 430.

606 Bericht über die Anwendung der Satelliten- und Kabelrichtlinie, KOM (2002) 430, 7, 8; vgl. auch 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, 9 Fn. 8; Hugenholz, Copyright without frontiers, 22 f.; Bortloff, GRUR Int. 2003, 669, 679.

entsprechenden Satelliten wohnt.⁶⁰⁷ Diese Praxis läuft dem Sinn der Satelliten- und Kabelrichtlinie und dem dort verankerten (materiellen) Herkunftslandprinzip zuwider. Dennoch wird die nur beschränkte Vergabe von Rechten und die Durchsetzung dieser Aufteilung mittels Verschlüsselungstechnik auch im Bereich der Satelliten- und Kabelrichtlinie für mit europäischem Recht vereinbar gehalten.⁶⁰⁸

Unter lizenzrechtlichen Gesichtspunkten bleibt so die Aufspaltung des Binnenmarktes entlang der Ländergrenzen möglich. Was das anwendbare materiellrechtliche Urheberrecht angeht, bleibt es zwar dabei, dass nur das Recht des Herkunftslandes auf die Satellitensendung anzuwenden ist, die Satellitensendung erreicht aufgrund der Verschlüsselung aber auch nur das Publikum im Herkunftsland. Tatsächlich grenzüberschreitende Vorgänge – wie sie die Satellitentechnik nahelegen würde – unter Geltung nur eines nationalen Rechts kann es nur dann geben, wenn ein Satellitensendeunternehmen vertraglich die Erlaubnis erhält, Decoder in mehr als nur einem Land zu vertreiben. Von einem Binnenmarkt europäischer Fernsehsender, gar von Fernsehen ohne Grenzen kann gegenwärtig daher keine Rede sein.

Die Praxis zeigt also, dass die vom Herkunftslandprinzip erhoffte Wirkung im Hinblick auf das anzuwendende materielle Urheberrecht, nämlich dessen Beschränkung auf ein einziges nationales Recht, auf vertragsrechtlichem Wege konterkariert wurde. Zwar kann die Geltung des materiellrechtlichen Herkunftslandprinzips auch im Rahmen einer lizenzrechtlichen Vereinbarung nicht abbedungen werden, jedoch führt das Zusammenspiel von Technik (Verschlüsselung des Satellitenprogramms) und Vertragsfreiheit (Lizenzierung nur unter der Bedingung der Verschlüsselung und des territorial begrenzten Vertriebs der Decoder) dazu, dass grenzüberschreitende Vorgänge bei weitem nicht in dem Maße stattfinden, wie sie es könnten und wie es im Interesse des Binnenmarktes liegen würde.

Überträgt man dieses Ergebnis auf das Internet, für das wir ein ganz besonderes Bedürfnis nach einem einheitlichen Rechtsrahmen festgestellt haben, so erscheint die Befürchtung, selbst die Einführung des Herkunftslandprinzips in kollisionsrechtlicher oder materiellrechtlicher (durch einen Verzicht auf die Bogsch-Theorie) Form könnte der kumulativen Anwendung divergierender na-

607 Auch *Hugenholtz/van Eechoud/van Gompel*, *Recasting of Copyright*, 25, meinen, der paneuropäische audiovisuelle Raum sei so Illusion geblieben, halten das Problem aber für praktisch nicht sehr relevant.

608 *Christmann*, ZUM 2006, 23, 26.

tionaler Rechte nicht abhelfen, durchaus gerechtfertigt. Es könnte bei der Lizenzierung von Werken etwa vereinbart werden, dass ein Internetangebot nur Nutzern zugänglich gemacht werden darf, die auf das Angebot von IP-Adressen aus zugreifen wollen, welche nur in einem bestimmten Land vergeben werden. Technisch gibt es bereits gute und beständig sich verbessernde Möglichkeiten, den Zugriff auf ein Internetangebot nur für bestimmte „nationale“ IP-Adressen offenzuhalten.⁶⁰⁹ Bei kostenpflichtigen Angeboten besteht zudem die Möglichkeit, den Standort des Nutzers über die Nationalität seiner Kreditkarte festzustellen.⁶¹⁰

Selbst wenn man also die Geltung des Herkunftslandprinzips rechtlich festschreiben könnte, würde dies möglicherweise nicht dazu führen, dass ein Internetangebot unionsweit zugänglich wäre. Vielmehr könnte dies sogar noch die Tendenz, das grundsätzlich ubiquitäre Medium Internet mit technischen und vertraglichen Mitteln zu „nationalisieren“, noch verstärken. Wenn schon nicht weltweit, dann doch zumindest für die Europäische Union und wenn schon nicht in der Frage der Lizenzierung, dann doch zumindest für die Frage des auf einen grenzüberschreitenden Vorgangs innerhalb der Union anwendbaren materiellen Rechts, verspricht eine Rechtsvereinheitlichung daher befriedigendere Lösungen als die Einführung des Herkunftslandprinzips.

4. Zwischenergebnis zum Herkunftslandprinzip

Das Herkunftslandprinzip ermöglicht einen Wettbewerb der Rechtsordnungen auch im Umfeld grenzüberschreitender Verwertung. Dieser Wettbewerb ist jedoch vor allem aufgrund der Manipulierbarkeit der den Wettbewerb entscheidenden Anknüpfungskriterien durch eine Partei kaum geeignet, die beste, also die unter Gesichtspunkten des Interessenausgleichs ausgewogenste Urheberrechtsordnung zu identifizieren. Selbst wenn man also das Herkunftslandprinzip im Urheberkollisionsrecht aller Mitgliedstaaten verankern würde, würde ein

609 Zu den technischen Details dieses „Zoning“ und der „Geolocation“ sowie zu ihrer derzeitigen Verlässlichkeit *Hoeren*, MMR 2007, 3. Vgl. auch *Christmann*, ZUM 2006, 23, 25; *Handig*, GRUR Int. 2007, 206, 215. Zweifelnd *Thünken*, Herkunftslandprinzip, 209 ff.

610 Zu den verschiedenen sonstigen Möglichkeiten einer Einengung des Nutzerkreises im Internet vgl. *Bortloff*, GRUR Int. 2003, 669, 679.

funktionierender Systemwettbewerb zur Ermittlung sachgerechter und ausgewogener materiellrechtlicher Urheberrechtsregeln nicht erreicht.⁶¹¹

Vor diesem Hintergrund rückt die Alternative zu einem Systemwettbewerb, also die Schaffung eines Binnenmarktes mit einem einheitlichen rechtlichen Rahmen auch für grenzüberschreitende Sachverhalte und einer hieraus folgenden Senkung der Transaktionskosten wieder ins Blickfeld. Wir haben gesehen, dass ein solcher Binnenmarkt durch das Herkunftslandprinzip nur hinsichtlich solcher Werke erreicht würde, die aus demselben Herkunftsland stammen und selbst für solche Werke nur im Hinblick auf einige materiellrechtliche Fragen in Betracht kommt. Demgegenüber würde die Rechtsvereinheitlichung für alle Werke gleich welcher Herkunft einheitliche rechtliche Rahmenbedingungen schaffen.

Das kollisionsrechtliche Herkunftslandprinzip vermag es also nicht, einen echten Systemwettbewerb zu ermöglichen. Im Hinblick auf die Schaffung eines Binnenmarktes bleibt es hinter den Möglichkeiten einer Rechtsvereinheitlichung zurück.

Auch die Erfahrungen, die die Union mit dem materiellrechtlichen Verwandten des kollisionsrechtlichen Herkunftslandprinzips gemacht hat, geben wenig Anlass zu der Hoffnung, letzteres könne befriedigende Ergebnisse im Hinblick auf einen echten Binnenmarkt im Urheberrecht erzielen.

Der Hinweis, ein Rückgriff auf das Herkunftslandprinzip entspreche dem Subsidiaritätsprinzip viel besser als die Vereinheitlichung des Sachrechts,⁶¹² kann daher nicht überzeugen. Unter Binnenmarktgesichtspunkten schafft die Vereinheitlichung Ergebnisse, die denen des kollisionsrechtlichen Herkunftslandprinzips bei weitem überlegen sind. Wie die vorstehenden Überlegungen gezeigt haben, kann man im Hinblick auf das Binnenmarktziel schon an der Geeignetheit des kollisionsrechtlichen Ansatzes zweifeln. In keinem Fall kann

611 Auch Schack, an sich ein Verfechter kollisionsrechtlicher Lösungsansätze und Unterstützer des Herkunftslandprinzips, meint, das schlichte Herkunftslandprinzip biete keine befriedigende Lösung für die Union; vgl. *Schack*, ZGE 2009, 275, 285.

612 *Thünken*, Herkunftslandprinzip, 195; in diesem Sinne auch *Ohly*, GRUR Int. 2001, 899, 907. Zu der ähnlichen Diskussion um eine Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts vgl. *Tilmann*, Festschrift Helmrich, 438. Gemeint sein dürfte nicht die Subsidiarität im engeren Sinne, weil es nicht um die Ebene – Mitgliedstaaten oder Union –, auf der eine Regelung getroffen werden soll, geht. Gemeint sein dürfte vielmehr die Verhältnismäßigkeit und dort die Erforderlichkeit einer Rechtsvereinheitlichung, weil die Einführung des kollisionsrechtlichen Herkunftslandprinzips durch die Union als das mildere Mittel gegenüber einer Vereinheitlichung des materiellen Urheberrechts angesehen wird.

das Herkunftslandprinzip aber das Binnenmarktziel ebenso gut verwirklichen wie eine Rechtsvereinheitlichung.⁶¹³

Unter diesen Umständen scheint für das Urheberrecht der Weg der Rechtsvereinheitlichung der richtige zu sein. Die Frage nach dem Ob einer Vereinheitlichung des Urheberrechts in der Union haben wir damit endgültig beantwortet. Zu klären bleibt nun im nächsten Schritt die Frage des Wie einer Rechtsvereinheitlichung, also die nach der richtigen Methode bei der Schaffung eines einheitlichen rechtlichen Rahmens für einen Binnenmarkt im Urheberrecht.

613 Daher hält auch *Bodewig*, GRUR Int. 2000, 475, 483, das Herkunftslandprinzip für keinen geeigneten Ersatz einer Harmonisierung.

