

§ 5 Die Ausübung der Kompetenzen der Union im Bereich des Urheberrechts

Besteht eine Kompetenz der Union und kann die Union so prinzipiell aufgrund eines Kompetenztitels tätig werden, unterliegt die Ausübung der Kompetenz noch bestimmten Grenzen. Neben den allgemeinen Kompetenzausübungsschranken (§ 5.I.) enthalten einige Kompetenzvorschriften spezielle Kompetenzausübungsschranken. Für den Bereich des Urheberrechts muss hier besonderes Augenmerk auf dem schon angesprochenen Harmonisierungsverbot des Art. 167 Abs. 5 AEUV liegen (§ 5.II.).

I. Allgemeine Kompetenzausübungsschranken

Art. 5 EUV enthält mit dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung, dem Subsidiaritätsprinzip und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die maßgeblichen Schranken, denen jedes Handeln der Union unterworfen ist.

Nach dem *Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung* gemäß Art. 5 Abs. 2 EUV kann die Union nur aufgrund ihr zugewiesener Befugnisse tätig werden. Diese Vorschrift betrifft die vorgelagerte Frage der *Kompetenzzuweisung*, die wir bereits beantwortet haben.³⁶⁶

Die *Ausübung* bestehender Kompetenzen regelt dagegen Art. 5 Abs. 3 und 4 EUV. Nach dem *Subsidiaritätsprinzip* des Abs. 3 kann die Union ihre nicht ausschließlichen Kompetenzen nur dann ausüben, sofern und soweit die Ziele einer Maßnahme durch die Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können und die Union sie „daher“ besser erreichen kann (§ 5.I.1.). Abs. 4 enthält dann das allgemeine *Verhältnismäßigkeitsprinzip* (§ 5.I.2.).

1. Das Subsidiaritätsprinzip, Art. 5 Abs. 3 EUV

Mit dem Vertrag von Maastricht wurde das Subsidiaritätsprinzip im EG-Vertrag textuell verankert.³⁶⁷ Es besagt dem Grundgedanken nach, dass bei Maßnah-

³⁶⁶ Vgl. oben, §3 und §4.

³⁶⁷ Zur Herkunft des Subsidiaritätsprinzip *Schieble*, Kompetenz der EG, 161 ff.

men in der Union der kleineren Einheit, also den Mitgliedstaaten, der Vorrang vor der größeren Einheit, also der Union, gebührt, soweit es die Leistungsfähigkeit der Mitgliedstaaten zulässt.³⁶⁸ Kann ein Ziel der Union also ebensogut durch die Mitgliedstaaten verwirklicht werden wie durch die Union, darf der Unionsgesetzgeber seine an sich bestehenden Kompetenzen nicht ausüben.

Da nicht jede Kompetenz der Union dem Subsidiaritätsprinzip unterworfen ist, gilt es zunächst, die Anwendungsvoraussetzungen des Subsidiaritätsprinzips noch einmal in Erinnerung zu rufen (§ 5.I.1.a)). Sodann wollen wir uns dem Grundsatz inhaltlich nähern. Das Protokoll Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze des Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit³⁶⁹ liefert Anhaltspunkte dafür, wie dieser zunächst vage anmutende Grundsatz zu konkretisieren ist (§ 5.I.1.b)). Trotz der grundlegenden Bedeutung, die das Primärrecht dem Subsidiaritätsprinzip schon aufgrund seiner herausgehobenen Verortung bei den gemeinsamen Bestimmungen des EU-Vertrages beimisst, hat es in der Praxis urheberrechtlicher Rechtsetzung bislang nur eine sehr untergeordnete Rolle gespielt. Dies könnte sich durch den Vertrag von Lissabon ändern (§ 5.I.1.c)), weshalb wir seine Vorgaben für die Schaffung eines Europäischen Urheberrechts genau untersuchen wollen (§ 5.I.1.d)).

a) Anwendungsvoraussetzung des Subsidiaritätsprinzips: Vorliegen nicht ausschließlicher Kompetenzen

Nach dem klaren Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 EUV sowie der Nr. 3 S. 2 des alten Subsidiaritätsprotokolls gilt das Subsidiaritätsprinzip nur für die nicht ausschließlichen Kompetenzen der Union.³⁷⁰ Daher müssen wir nun klären, ob die als einschlägig identifizierten Kompetenzgrundlagen für den Binnenmarkt und die ergänzende Rechtsetzung ausschließliche oder konkurrierende Kompetenzen sind.

368 *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 20.

369 ABl. EU 2007/C 306/150, im Folgenden Subsidiaritätsprotokoll.

370 *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 27; *Zuleeg* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 5 EGV Rn. 25; *Schmidhuber/Hitzler*, NVwZ 1992, 720, 722.

aa) Die Binnenmarktkompetenz als nicht ausschließliche Kompetenz

Die Binnenmarktkompetenz wurde vor dem Vertrag von Lissabon zum Teil für eine ausschließliche Kompetenz gehalten.³⁷¹ Es liege, so wurde argumentiert, im Wesen der Harmonisierung, dass diese nur durch die Union durchgeführt werden könne, weil ein Mitgliedstaat schon keine Vorgaben für die Gesetzgebung eines anderen machen könne.³⁷² Konsequenter Weise musste die Schaffung eines Europäischen Urheberrechts umso mehr in die ausschließliche Kompetenz der Union fallen, denn ein Mitgliedstaat allein könnte schon wegen des Territorialitätsprinzips keinen europaweit gültigen Rechtstitel des geistigen Eigentums einführen.

Zu Recht wurde aber darauf hingewiesen, dass die im Rahmen des Art. 114 AEUV mögliche Harmonisierung vielfach nur darauf abziele, die wichtigsten Hindernisse für den Binnenmarkt zu beseitigen. Schon aus diesem Grund bedürfe es der Ergänzung des durch die Union geschaffenen Rechts durch das nationale.³⁷³ Auch der EuGH ging schon vor dem Vertrag von Lissabon davon aus, dass es sich bei der Binnenmarktkompetenz um eine konkurrierende Zuständigkeit handelt. Er prüfte nämlich auch bei Maßnahmen auf der Grundlage von Art. 95 EGV, ob die Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips eingehalten werden.³⁷⁴

Die Miteinbeziehung der Binnenmarktkompetenz in den Bereich der konkurrierenden Zuständigkeiten erscheint auch sinnvoll. Zwar ist es richtig, dass eine unionsweite Vereinheitlichung nicht durch die einzelnen Mitgliedstaaten bewirkt werden kann. Dies gilt selbstverständlich auch für die Schaffung eines Unionsurheberrechts. Jedoch muss dennoch überprüft werden, ob der Möglichkeit einer Vereinheitlichung durch die Union nicht auch eine sinnvolle Alter-

371 Vgl. nur *Langguth* in: *Lenz/Borchardt*, 4. Auflage, 2006, Art. 5 EGV Rn. 25.

372 *Tietje* in: *Grabitz/Hilf*, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 95 EGV Rn. 59. Vgl. auch Schlussanträge des Generalwalts Fenelly, 15.6.2000, Slg. 2000, I-8419 – *Tabakwerberichtlinie I*, Rn. 136 ff.

373 *Kahl* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 114 AEUV Rn. 12; vgl. auch *Schieble*, Kompetenz der EG, 165, der darauf hinweist, dass bei einem anderen Verständnis die Union stets umfassend regeln müsse. Für die Annahme einer nur konkurrierenden Zuständigkeit auch *Herr*, EuZW 2005, 171, 171 ff.; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 33 Rn. 13; *Fischer* in: *Lenz/Borchardt*, 4. Auflage, 2006, Art. 95 EGV Rn. 11.

374 EuGH, 10.12.2002, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11453 – *British American Tobacco*, Rn. 179; kritisch zu diesem Urteil *Tietje* in: *Grabitz/Hilf*, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 95 EGV Rn. 59; EuGH, 12.7.2005, Verb. Rs. C-154/04 und C-155/04, Slg. 2005, I-6451 – *Alliance for Natural Health*, Rn. 103.

native durch die Regelungstätigkeit der Mitgliedstaaten gegenüber steht. Diese Prüfung sollte aber – soweit wie möglich – auf der Ebene der Subsidiarität erfolgen, weil diese sich im eigentlichen Sinn mit dem Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten befasst, und nicht im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

Nach dem Vertrag von Lissabon bestimmt nun Art. 4 Abs. 2 lit. a AEUV ausdrücklich, dass der Binnenmarkt zu den Bereichen rechnet, in denen der Union eine mit den Mitgliedstaaten geteilte Kompetenz zusteht. Demnach ist das Subsidiaritätsprinzip auch zu beachten, wenn urheberrechtliche Regelungen auf der Grundlage der Binnenmarktkompetenz, also aufgrund von Art. 118 oder 114 AEUV geschaffen werden sollen.

bb) Die ergänzende Rechtsetzungsbefugnis als nicht ausschließliche Kompetenz

Auch im Hinblick auf Art. 308 EGV war streitig, ob es sich um eine ausschließliche oder eine konkurrierende Kompetenz handelte.

Für die Annahme einer ausschließlichen Kompetenz wurde argumentiert, die Union sei zu einem Handeln verpflichtet, wenn die Voraussetzungen des Art. 352 AEUV gegeben seien, weshalb nicht auch die Mitgliedstaaten zuständig sein könnten.³⁷⁵ Zudem hätten die Reaktionen auf das Schengener Übereinkommen, insbesondere die Änderung der Art. 11 und 11 a EGV (jetzt Art. 326 ff. AEUV) durch den Vertrag von Nizza gezeigt, dass eine völkerrechtliche Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten außerhalb des institutionellen Rahmens der Gemeinschaft oder der Instrumente der Union nicht gewollt sei.³⁷⁶

Dem konnte man jedoch entgegenhalten, dass eine Verpflichtung der Union zum Tätigwerden, sofern die Voraussetzungen des Art. 352 AEUV vorliegen, nach wohl herrschender Meinung gerade nicht besteht.³⁷⁷ Eine solche hätte nämlich zur Konsequenz, dass der Rat wie auch immer zu einer einstimmigen Entscheidung im Hinblick auf Art. 352 AEUV hätte gezwungen werden

375 Vgl. Nachweise bei Winkler in: *Grabitz/Hilf*, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 308 EGV Rn. 168.

376 Hierzu ausführlich Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 187.

377 Vgl. hierzu Winkler in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 352 AEUV Rn. 97; Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 188 ff.; Rossi in: *Calliess/Ruffert*, Art. 352 AEUV Rn. 83 ff.

müssen.³⁷⁸ In jedem Falle führte der unbestrittenermaßen weite Einschätzungsspielraum der Unionsorgane hinsichtlich der Erforderlichkeit eines Tätigwerdens³⁷⁹ dazu, dass eine eventuelle Verpflichtung der Union zum Tätigwerden weniger rechtlicher als politischer Natur wäre.³⁸⁰ Wäre man dennoch von einer ausschließlichen Zuständigkeit der Union ausgegangen, so hätte dies darüber hinaus zur Folge gehabt, dass die Mitgliedstaaten in keinem Bereich der Ziele der Union hätten tätig werden können, weil hier ein Tätigwerden der Union grundsätzlich noch möglich war.³⁸¹

Mit dem Vertrag von Lissabon dürfte auch diese Streitfrage entschieden sein, denn nunmehr bestimmt Art. 352 Abs. 2 AEUV, dass das Verfahren zur Subsidiaritätskontrolle auch auf Rechtsakte nach Art. 352 AEUV Anwendung findet. Darüber hinaus erscheint die ergänzende Rechtsetzungsbefugnis nicht in der abschließenden Aufzählung der ausschließlichen Zuständigkeiten der Union in Art. 3 AEUV.³⁸²

cc) Zwischenergebnis

Hiernach sind sowohl die Binnenmarktkompetenz als auch die ergänzende Rechtsetzungsbefugnis als geteilte Kompetenzen der Union anzusehen und unterliegen als solche den Grenzen des Subsidiaritätsprinzips.

b) Zum Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit

Inhaltlich wird das Subsidiaritätsprinzip durch das Subsidiaritätsprotokoll, das den Verträgen durch den Vertrag von Lissabon angefügt wurde, konkretisiert. Dieses ersetzt das bisherige Protokoll über die Anwendung der Grundsätze

378 Rossi in: *Calliess/Ruffert*, Art. 352 AEUV Rn. 85.

379 Hierzu oben, § 4.V.2.c)bb).

380 Winkler in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 352 AEUV Rn. 97.

381 Vgl. Winkler in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 352 AEUV Rn. 109.

382 Winkler in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 352 AEUV Rn. 108.

der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit³⁸³, das den EG-Vertrag in dieser Form seit dem Vertrag von Amsterdam ergänzte.³⁸⁴

Das Amsterdamer Protokoll enthielt neben der Bekräftigung, dass alle Uni-
onsorgane an das Subsidiaritätsprinzip gebunden sind (Nr. 1), eine Begrün-
dungspflicht im Hinblick auf die Wahrung der Subsidiarität (Nr. 4) sowie be-
stimmte Kriterien, anhand derer ermittelt werden sollte, ob eine gemeinschaftliche
Maßnahme den Anforderungen des Subsidiaritätsprotokolls genügt (Nr. 5).
Danach musste ein zu regelnder Sachverhalt transnationale Aspekte aufweisen,
die durch die Mitgliedstaaten nicht ausreichend geregelt werden konnten. Maß-
nahmen der Mitgliedstaaten mussten gegen die Anforderungen des Vertrages
verstoßen oder sonst die Interessen der Mitgliedstaaten erheblich beeinträchti-
gen. Und schließlich mussten gemeinschaftliche Maßnahmen deutliche Vorteile
mit sich bringen.

Das neue Subsidiaritätsprotokoll führt auf der einen Seite bedeutende *pro-
zedurale Mechanismen* ein, die einer wirksamen Überwachung des Subsidiari-
tätsprinzips dienen sollen.³⁸⁵ Hierzu zählen Anhörungen, die die Kommission
im Vorfeld eines Gesetzgebungsaktes gemäß Art. 2 des neuen Subsidiaritätspro-
tokolls durchführen muss, und vor allem die Einbindung der nationalen Parla-
mente in das Gesetzgebungsverfahren auf Unionsebene.³⁸⁶ Diese können über
begründete Stellungnahmen zu einem Gesetzgebungsentwurf eine erneute Be-
fassung des Unionsgesetzgebers mit dem Vorhaben erzwingen, an deren Ende
zumindest eine Begründung stehen muss, wenn an dem Vorhaben festgehalten
werden soll. Noch wichtiger erscheint aber die – mittelbare, da über die Re-
gierung des jeweiligen Mitgliedstaates umzusetzende – Klagemöglichkeit nach

383 ABl. EU 1997/C 340/105, im Folgenden: Subsidiaritätsprotokoll (1997).

384 Zum alten Subsidiaritätsprotokoll *Zuleeg* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 5 EGV Rn. 25 ff. Kritisch im Hinblick auf Widersprüche und Ungereimtheiten sowohl in diesem Protokoll selbst als auch zwischen Protokoll und Art. 5 Abs. 2 EGV *Kenntner*, NJW 1998, 2871, 2871, 2875.

385 Vgl. *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 60 ff.

386 Zu den Möglichkeiten einer Überwachung des Subsidiaritätsprinzips durch die nationalen Parlamente *Weatherill*, *Competence*, 62 ff.
Dass die nationalen Parlamente durchaus gewillt sind, gegen tatsächliche oder vermeintliche Verletzungen des Subsidiaritätsprinzips vorzugehen, hat sich bei einem weiteren Vereinheitlichungsvorhaben in der Union erwiesen. Der Deutsche Bundestag hat im Rahmen einer Stellungnahme vom 1.12.2011 eine Subsidiaritätsrüge gegen den Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11.10.2011, KOM (2011) 635, erhoben. Vgl. BT-Drucks. 17/8000. Hierzu auch *Ludwigs*, *EuZW* 2012, 608, 612.

Art. 8 des neuen Subsidiaritätsprotokolls für die nationalen Parlamente, wenn diese durch einen Unionsgesetzgebungsakt das Subsidiaritätsprinzip verletzt sehen.³⁸⁷

Auf der anderen Seite übernimmt das neue Subsidiaritätsprotokoll die Leitlinien zur Beurteilung der Frage, ob eine Maßnahme das Subsidiaritätsprinzip wahrt, aus Nr. 5 des alten Subsidiaritätsprotokolls nicht.³⁸⁸ Hierdurch werden der Subsidiaritätsprüfung gewisse *inhaltliche Kriterien* genommen, die dem abstrakten Subsidiaritätsgedanken greifbarere Konturen verleihen sollten. Allerdings spricht nichts dagegen, diese Kriterien auch weiterhin in die Subsidiaritätsprüfung miteinzubeziehen.³⁸⁹ Zu ähnlichen Ergebnissen dürfte man kommen, wenn man statt auf das alte Subsidiaritätsprotokoll (1997) nunmehr auf die diesem vorausgegangenen Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Edinburgh vom 11. und 12. Dezember 1992 zurückgreift.³⁹⁰ Eine Schwächung der Effektivität des Subsidiaritätsprinzips muss mit der Nichterwähnung der Leitlinien im neuen Subsidiaritätsprotokoll daher nicht verbunden sein.

Festzustellen bleibt daher: Das neue Subsidiaritätsprotokoll nach dem Vertrag von Lissabon birgt wegen einer weitgehenden Institutionalisierung der Subsidiaritätsprüfung das Potential für eine Stärkung dieses Prinzips der Kompetenzausübung. Zwar übernimmt es die inhaltlichen Konkretisierungen des Prinzips durch das Amsterdamer Protokoll nicht, jedoch ist ein Rückgriff auf diese auch nach dem Vertrag von Lissabon nicht ausgeschlossen.

387 Hierzu *Postl* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 24; *Rabe*, NJW 2007, 3153, 3155.

388 Kritisch hierzu *Wuermeling*, EuR 2004, 216, 224 f.; *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 26, der von einer Verschlechterung hinsichtlich der Justitiabilität und Praktikabilität ausgeht.

389 *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, 3. Auflage, 2007, Art. 5 EGV Rn. 40, schien zunächst sogar von einer Verpflichtung der Unionsorgane auszugehen, sich an den Kriterien des Amsterdamer Subsidiaritätsprotokolls zu orientieren.

Aus speziell urheberrechtlicher Perspektive spricht sich auch *Hilty*, Kollektive Rechtswahrnehmung und Vergütungsregelungen, 162, Fn. 61, dafür aus, das Subsidiaritätsprotokoll (1997) weiter anzuwenden.

390 Dies schlägt *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 33, vor.

c) Zur Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips in der Praxis
urheberrechtlicher Rechtsetzung

Der Unionsgesetzgeber hat das Subsidiaritätsprinzip in den Erwägungsgründen der urheberrechtlichen Gesetzgebungsakte zunächst überhaupt nicht erwähnt und sich danach darauf verlegt, seine Einhaltung recht pauschal zu bejahen.³⁹¹

Auch der EuGH hat sich bei der Prüfung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips über lange Zeit hinweg sehr zurückgehalten.³⁹² Bis heute hat er noch keine gesetzgeberischen Maßnahmen der Union an diesem Prinzip scheitern lassen.³⁹³ Zuletzt hat sich der Gerichtshof jedoch eher gewillt gezeigt, die Einhaltung des Subsidiaritätsgrundsatzes strenger zu überwachen.³⁹⁴

Der Vertrag von Lissabon hat durch das neue Subsidiaritätsprotokoll in verfahrensrechtlicher Hinsicht eine deutliche Konkretisierung der Pflichten der Unionsorgane im Hinblick auf den Subsidiaritätsgrundsatz mit sich gebracht. Vor allem den nationalen Parlamenten stehen aufgrund des Subsidiaritätsprotokolls sowie des Art. 3 des Protokolls Nr. 1 über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union³⁹⁵ nicht unbedeutende Prüfungsbefugnisse hinsichtlich der Wahrung des Subsidiaritätsgrundsatzes zu. Es steht zu erwarten, dass die nationalen Parlamente ihre Prüfungsmöglichkeiten nutzen werden, um einem überbordenden Zentralismus in der europäischen Gesetzgebung entgegenzuwirken. Die Klagemöglichkeit vor dem Gerichtshof wird dazu führen, dass sich der EuGH im Rahmen solcher von den nationalen Parlamenten angestrebten Verfahren, aber auch bei anderen Streitigkeiten, bei denen die Gültigkeit eines Rechtsaktes in Frage steht, mit weniger Zurückhaltung der Subsidiarität als Ausübungsgrenze der Unionskompetenzen zuwenden wird.

Diese Tendenzen lassen es angezeigt erscheinen, den Vorgaben, die sich dem Subsidiaritätsprinzip für eine Gestaltung des Urheberrechts auf europäischer Ebene entnehmen lassen, besondere Aufmerksamkeit zu schenken.³⁹⁶

391 Vgl. ErwG 16 der Folgerechtsrichtlinie. Hierzu *Schack*, ZGE 2009, 275, 283.

392 Vgl. EuGH, 12.11.1996, Rs. C-84/94, Slg. 1996, I-5755 – *Arbeitszeitgestaltung*, Rn. 46 ff.

393 *Schack*, ZGE 2009, 275, 283; *Albin*, NVwZ 2006, 629, 630.

394 EuGH, 10.12.2002, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11453 – *British American Tobacco*, Rn. 177 ff., 180 ff. Hierzu *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 67 ff.

395 Konsolidierte Fassung: ABl. EU 2008/C 115/203.

396 Insoweit a.A. *Schieble*, Kompetenz der EG, 168, der dem Subsidiaritätsprinzip im engeren Sinne eine „weitaus unbedeutendere Rolle“ für die Regelungsbefugnis der Union zuweist als dem Verhältnismäßigkeitsprinzip.

d) Anwendung des Subsidiaritätsprinzips auf urheberrechtliche Regelungen der Union

Das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 3 EUV besagt, dass die Union nur dann tätig werden darf, soweit die Ziele der zu überprüfenden Maßnahme durch die Mitgliedstaaten auf keiner ihrer Ebenen (zentralstaatlich, regional oder lokal) ausreichend verwirklicht werden können, „sondern vielmehr“ wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Demgegenüber hatte Art. 5 Abs. 2 EGV ein Tätigwerden der Gemeinschaft gestattet, sofern die Ziele der Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können „und daher“ wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.

Die herrschende Meinung verlangte unter Berufung auf Nr. 5 des alten Subsidiaritätsprotokolls (1997) eine zweistufige Prüfung der Subsidiarität.³⁹⁷ Zunächst war in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die mit einer Maßnahme anvisierten Ziele in nicht ausreichendem Maße auf mitgliedstaatlicher Ebene zu erreichen sind. Sodann musste geklärt werden, ob die Gemeinschaft „daher“ das verfolgte Ziel besser zu verwirklichen vermochte. Diese zweistufige Prüfung lässt sich auch anhand von Art. 5 Abs. 3 EUV durchführen,³⁹⁸ wobei allerdings durch die Änderung des Wortlauts der Vorschrift („sondern vielmehr“ statt „und daher“) an dem engen Kausalzusammenhang zwischen beiden Stufen nicht mehr festzuhalten ist.

Im Rahmen der nun folgenden Subsidiaritätsprüfung darf eine völkerrechtliche Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten nicht als eine Alternative zu einer Unionsaktion herangezogen werden. Denn dies würde den Integrationsgedanken, der zum Kern der Unionsprinzipien zählt, konterkarieren.³⁹⁹ Weder eine abgestimmte Harmonisierung der nationalen Urheberrechte noch die Schaffung eines europäischen Urheberrechtstitels auf der Basis eines völkerrechtlichen Vertrages dürfen daher entsprechenden Rechtsakten der Union vergleichend gegenüber gestellt werden, wenn Unionshandeln anhand des Subsidiaritätsprinzips kontrolliert wird.

397 Calliess in: Calliess/Ruffert, 3. Auflage, 2007, Art. 5 EGV Rn. 39; Zuleeg in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 27.

398 Calliess in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 31 ff.

399 Calliess in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 39.

- aa) Negativkriterium: nicht ausreichende Zielerreichung durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten
- aaa) Bedeutung des Negativkriteriums

Nach überzeugender Ansicht stellt das Negativkriterium der nicht ausreichenden Zielverwirklichung auf mitgliedstaatlicher Ebene ein *eigenständiges Element der Subsidiarität* dar. Dem Negativkriterium eine eigenständige Bedeutung absprechen zu wollen, stünde im Widerspruch zu Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art. 5 Abs. 2 EGV⁴⁰⁰ und zum Wortlaut der Nr. 5 des alten Subsidiaritätsprotokolls (1997), welcher insofern nichts an Deutlichkeit vermissen lässt.

Allerdings würde es die Anforderungen an ein Tätigwerden der Union überspannen, wenn man das Kriterium nicht ausreichender Zielverwirklichung durch die Mitgliedstaaten *in ein Erforderlichkeitskriterium umdeutete*.⁴⁰¹ Die Frage, inwiefern ein Tätigwerden der Union besser oder sogar – im Sinne einer strengen Erforderlichkeit – einzig geeignet ist, ein mit einer Maßnahme verfolgtes Ziel zu erreichen, spielt erst auf der zweiten Stufe der Subsidiaritätsprüfung eine Rolle. Auf der hier interessierenden ersten Stufe bleibt die Möglichkeit eines Tätigwerdens der Union zunächst außer Betracht und es kommt nur auf eine *defizitäre Zielverwirklichung durch Handeln auf mitgliedstaatlicher Ebene* an.⁴⁰²

- bbb) Anwendung des Negativkriteriums auf urheberrechtliche Regelungen der Union

Wenden wir diese Überlegungen auf das Urheberrecht an, so ist zunächst festzustellen, *welchen Zielen* Regelungen der Union im Bereich des Urheberrechts dienen können. Im Rahmen der Prüfung des Art. 352 AEUV haben wir bereits festgestellt, dass urheberrechtliche Regelungen sowohl der Kulturförderung (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 4 EUV und Art. 167 AEUV) als auch der Förderung der Wissenschaft (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 3 EUV und Art. 179 AEUV) und

400 Zu letzterer *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, 3. Auflage, 2007, Art. 5 EGV Rn. 44.

401 Vgl. zu entsprechenden Überlegungen *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 36 Fn. 128.

402 Deutlich *Zuleeg* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 5 EGV Rn. 27. Auch *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 37 ff.

der Verwirklichung des Binnenmarktes (Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 26 AEUV) dienen können.⁴⁰³

Nach den Vorgaben der Nr. 5 Abs. 2 Spiegelstrich 1 und 2 des alten Subsidiaritätsprotokolls (1997), das wie schon erwähnt auch nach dem Vertrag von Lissabon noch für die Auslegung des Subsidiaritätsprinzips herangezogen werden kann,⁴⁰⁴ muss nun geprüft werden, ob der zu regelnde Bereich *transnationale Aspekte* enthält, die *durch nationale Maßnahmen nicht ausreichend geregelt* werden können.⁴⁰⁵ Mitgliedstaatliche Maßnahmen dürfen den *Anforderungen des Vertrages nicht genügen* oder müssen die *Interessen der Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigen*.

Unabhängig von dem jeweils verfolgten Ziel lässt sich allgemein vorwegnehmen, dass soweit die Schaffung eines Europäischen Urheberrechts erwogen wird, mitgliedstaatliche Maßnahmen schon deshalb defizitär bleiben müssen, weil kein Mitgliedstaat einen unionsweit geltenden Rechtstitel schaffen kann.⁴⁰⁶ Mitgliedstaatliche Maßnahmen können also nur insoweit im Sinne des Subsidiaritätsprinzips vorrangig sein, als die Schaffung eines Unionsurheberrechts für die Verwirklichung eines Ziels der Union nicht nötig ist.

(1) Defizite bei der Kulturförderung durch die Mitgliedstaaten?

Zumindest im Hinblick auf die Kulturförderung muss ein Defizit bei nur mitgliedstaatlichen Maßnahmen bezweifelt werden. Zwar hat der Vertrag von Lissabon eine Stärkung der Rolle der Union bei der Kulturförderung mit sich gebracht,⁴⁰⁷ spricht doch die Zielbestimmung des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 4 EUV erstmals ausdrücklich von der kulturellen und sprachlichen Vielfalt der Union und einem (einheitlichen) kulturellen Erbe Europas. Nichtsdestotrotz bleibt es bei einer nur fördernden Rolle der Union und einem bloßen Beitrag zur Entfaltung der Kulturen der Mitgliedstaaten, wie Art. 167 AEUV auch nach dem Vertrag von Lissabon bestimmt. Es muss daher auch unter Subsidiaritätsgesichtspunkten bei Maßnahmen, die der Kulturförderung dienen sollen, sehr genau überprüft werden, ob das verfolgte Ziel nicht auch durch mitgliedstaatliche

403 Oben, § 4.V.2.a).

404 Oben, § 5.I.1.b).

405 Zuleeg in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 5 EGV Rn. 28.

406 Eine völkerrechtliche Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten hat wie dargelegt außer Betracht zu bleiben.

407 Hierzu oben, § 4.II.1.

Maßnahmen erreicht werden kann. Dies gilt umso mehr, als eine Einheitlichkeit der mitgliedstaatlichen Maßnahmen gerade nicht erforderlich ist, um unionales Handeln überflüssig zu machen.⁴⁰⁸ Vor dem Hintergrund des Negativkriteriums ist aber schwer zu begründen, warum die Mitgliedstaaten nicht in der Lage sein sollten, selbst – auch mithilfe urheberrechtlicher Regelungen – die Entfaltung des Kulturlebens auf ihrem jeweiligen Territorium zu fördern. Die Mitgliedstaaten scheinen vielmehr viel eher in der Position zu sein, die Entfaltung ihres eigenen Kulturlebens zu erreichen als die Union. Wenn nach dem Negativkriterium des Subsidiaritätsprinzips Maßnahmen der Kulturförderung nur gestattet sein sollen, wo Maßnahmen der Mitgliedstaaten zu Defiziten führen würden, dann ließe sich allenfalls an die Betonung des gemeinsamen kulturellen Erbes Europas denken, welches nicht ausreichend durch die einzelnen Mitgliedstaaten akzentuiert werden könnte. Urheberrechtliche Regelungen, die der Betonung gerade dieses gemeinsamen kulturellen Erbes der Union dienen könnten, sind indes schwer vorstellbar.

(2) Defizite bei der Wissenschaftsförderung durch die Mitgliedstaaten

Nicht offensichtlich ist auch das Defizit nur mitgliedstaatlicher Tätigkeit in Bezug auf die Wissenschaftsförderung. Allerdings kann man in der Zielbestimmung der Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 EUV und Art. 179 AEUV keine ebensolche Betonung der Eigenständigkeit der Mitgliedstaaten erkennen wie im Bereich der Kulturförderung. Insofern könnte man auf eine europäische Dimension der Forschungs- und Wissenschaftsförderung abstellen, um ein Ziel zu identifizieren, welches die einzelnen Mitgliedstaaten nur unzureichend verwirklichen könnten. Der Vertrag von Lissabon hat dem Wissenschaftsförderungsziel des Art. 179 AEUV die Idee eines europäischen Raumes der Forschung hinzugefügt, „in dem Freizügigkeit für Forscher herrscht und wissenschaftliche Erkenntnisse und Technologien frei ausgetauscht werden“.⁴⁰⁹

Zu einem solchen europäischen Raum der Forschung könnte sicher auch ein einheitliches Europäisches Urheberrecht oder – in geringerem Maße – eine Harmonisierung der nationalen Urheberrechte beitragen, soweit dies den grenzüberschreitenden Zugriff auf Wissen erleichtert.

408 Calliess in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 38.

409 Hierzu oben, § 4.V.2.a)bb).

Zu beachten ist aber, dass – wie aus dem Wortlaut („sofern und soweit“) des Art. 5 Abs. 3 UAbs. 1 EUV hervorgeht – bei einer Regelung, die sich auf mehrere gedanklich trennbare Bereiche erstreckt, die Unzulänglichkeit mitgliedstaatlichen Handelns für jeden Bereich festgestellt werden muss und die Union nur die Bereiche regeln darf, in denen ein Defizit durch nur nationale Regelungen feststellbar ist.⁴¹⁰ Unter dem Gesichtspunkt der Wissenschaftsförderung können daher nur solche Bereiche des Urheberrechts durch die Union angegangen werden, die mit der Verbreitung von Wissen und Technologien zu tun haben.

(3) Defizite bei der Verwirklichung des Binnenmarktes durch die Mitgliedstaaten

Ein wohl wesentlich weiter reichendes Defizit lässt sich aber bei der Verwirklichung des Binnenmarktziels ausmachen, weil ein Binnenmarkt in viel stärkerem Maße von einem einheitlichen rechtlichen Rahmen abhängt als die Förderung der Wissenschaft. Wir erinnern uns, dass die transnationale Verwertung von urheberrechtlich relevanten Waren und Dienstleistungen jedenfalls durch die Unterschiede zwischen solchen nationalen Urheberrechtsregelungen beeinträchtigt wird, die sich auf die Verwertung auswirken können und entweder zum spezifischen Schutzgegenstand des Urheberrechts gehören oder die Wettbewerbsbedingungen auf dem Binnenmarkt spürbar verzerren.⁴¹¹ Sofern diese Beeinträchtigungen im Interesse des Binnenmarktes mittels eines einheitlichen Urheberrechts oder einer Harmonisierung der nationalen Urheberrechte beseitigt werden sollen, so kann dies wie eingangs dargelegt nur durch die Union bewerkstelligt werden. Unter dem Gesichtspunkt der Schaffung des Binnenmarktes lässt sich eine Aktion der Union aber nur dann vor dem Hintergrund des Subsidiaritätsprinzips rechtfertigen, wenn sie sich auf materiellrechtliche Bereiche des Urheberrechts konzentriert, die einen Binnenmarktbezug aufweisen.

Das Erfordernis eines Binnenmarktbezuges haben wir für die *Binnenmarktkompetenz* bereits auf der Ebene der *Kompetenzbegründung* festgestellt.⁴¹² Insofern bestätigt das Subsidiaritätsprinzip die dort getroffene Feststellung.

410 Zuleeg in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 27.

411 Oben, § 4.III.1.c)cc).

412 Oben, § 4.III.1.c).

Für die *ergänzende Rechtsetzungsbefugnis* nach Art. 352 AEUV gibt es demgegenüber eine Beschränkung auf binnenmarktrelevante Materien auf der Ebene der Kompetenzbegründung nicht in gleichem Maße, sondern allenfalls durch die Festlegung auf die Ziele der Union.⁴¹³ Soweit es um die Verwirklichung des *Binnenmarktziels* geht, wird die Reichweite des Art. 352 AEUV jedoch zumindest auf der Ebene der *Kompetenzausübung* durch das Subsidiaritätsprinzip begrenzt. Denn nur in Bereichen, die gegenständlich die Verwertung von urheberrechtlich geschützten Waren und Dienstleistungen betreffen, bleibt ein nur mitgliedstaatliches Handeln zur Förderung des Binnenmarktes durch Rechtsvereinheitlichung defizitär. Daher müssen auch unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität die materiellen Bereiche des Urheberrechts einer Prüfung auf ihre Binnenmarktrelevanz hin unterzogen werden.⁴¹⁴

bb) Positivkriterium: bessere Zielverwirklichung durch die Union

Auf der zweiten Stufe der Subsidiaritätsprüfung muss nun gemäß Nr. 4 und 5 des alten Subsidiaritätsprotokolls (1997) untersucht werden, ob das mit einer Maßnahme angestrebte Ziel *besser auf Unionsebene* erreicht werden kann. Ein Tätigwerden der Union muss gegenüber einem Handeln nur der Mitgliedstaaten *deutliche Vorteile* mit sich bringen. Es muss danach ein wertender Vergleich zwischen den Handlungsoptionen auf den beiden Ebenen durchgeführt, die Kosten und Nutzen beider Möglichkeiten abgewogen werden.⁴¹⁵ Konkret wird also danach gefragt, ob die Eliminierung der den Binnenmarkt beeinträchtigenden Rechtsunterschiede besser durch die Union erreicht werden kann als durch die Mitgliedstaaten.

Betrachtet man zunächst die Option, ein Unionsurheberrecht zur Beseitigung der Hindernisse für den Binnenmarkt zu schaffen, so ist festzustellen, dass ein Handeln der Union nicht nur die bessere, sondern die einzige Möglichkeit der Zielverwirklichung darstellt. Insofern wäre das Positivkriterium zweifellos erfüllt.

413 Oben, § 4.V.2.b).

414 Hierzu ausführlich unten, §9.

415 Vgl. *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 41 f.

Was die Annäherung der nationalen Urheberrechte als Möglichkeit der Verwirklichung des Binnenmarktes anbelangt,⁴¹⁶ leuchtet ein, dass die Union in der besseren Position ist, eine Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen zu steuern. Sie kann mit Richtlinien verbindliche Vorgaben für die Annäherung des mitgliedstaatlichen Rechts machen, wohingegen ohne ihr Tätigwerden eine Annäherung dem Adaptierungswillen der einzelnen Mitgliedstaaten im Rahmen eines Systemwettbewerbs überlassen bliebe.⁴¹⁷ Dies gilt insbesondere dann, wenn eine intergouvernementale Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten im Rahmen der Subsidiarität außer Betracht zu bleiben hat.⁴¹⁸

Sowohl die Schaffung eines einheitlichen Europäischen Urheberrechts als auch die Harmonisierung als Optionen zur Beseitigung von Hindernissen für den Binnenmarkt dürften also auch den Positivtest des Subsidiaritätsprinzips bestehen, wenn und soweit sie zur Schaffung eines urheberrechtlichen Binnenmarktes erforderlich sind.

cc) Zwischenergebnis

Urheberrechtliche Regelungen auf Unionsebene können neben der Verwirklichung des Binnenmarktes auch der Kultur- und der Wissenschaftsförderung dienen. Die Schaffung eines europäischen Forschungsraumes und vor allem das Binnenmarktziel dürften im Sinne der Subsidiarität nur unzureichend erreichbar sein, wenn nur die Mitgliedstaaten diesbezüglich tätig werden. Kulturförderung kann demgegenüber wohl ebenso gut auf nationaler Ebene betrieben werden, gerade weil die Kulturförderung auch auf eine Erhaltung der Vielfalt der nationalen Kulturen angelegt ist.

Um das Binnenmarktziel und das Ziel eines europäischen Forschungsraumes voranzubringen, erscheint die Beseitigung von Rechtsunterschieden durch Harmonisierung oder die Schaffung eines Unionsrechtstitels als gangbarer Weg. Bei beiden Optionen steht einem Handeln der Union begriffsnotwendig keine Alternative auf Seiten der Mitgliedstaaten gegenüber. Insofern würden Hand-

416 Welche der beiden Möglichkeiten der Beseitigung der Hindernisse für den Binnenmarkt – einheitliches Recht oder Harmonisierung – zu wählen ist, ist keine Frage der Subsidiarität im engeren Sinne, sondern der Erforderlichkeit einer Maßnahme. Hierzu unten, § 5.I.2.b).

417 Zur Funktionsfähigkeit eines Systemwettbewerbs der nationalen Urheberrechte unten, § 7.III.1.

418 Hierzu oben, § 5.I.1.d)aa)bbb).

lungen der Union zur Verwirklichung des Binnenmarktziels beide Stufen der Subsidiaritätsprüfung bestehen.

Dies gilt aber nur für solche urheberrechtlichen Regelungen, die binnenmarkt- oder forschungsrelevante Bereiche betreffen und auch nur soweit, wie die Rechtsvereinheitlichung als der richtige Weg zur Zielerreichung erscheint, was noch zu untersuchen sein wird.⁴¹⁹ Auch wenn die Union auf der Grundlage von Art. 352 AEUV tätig werden will, der auf der Kompetenzbegründungsebene wie gesehen noch keinen Binnenmarktbezug verlangt, kann sie ihre Kompetenz – jedenfalls zur Verwirklichung des Binnenmarktziels – nur ausüben, wenn die anvisierte Maßnahme einen ausreichenden Binnenmarktbezug aufweist.

2. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip, Art. 5 Abs. 4 EUV

Art. 5 Abs. 4 EUV bestimmt, dass Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinausgehen. Hierhinter verbirgt sich nach ganz herrschender Meinung der allgemeine Grundsatz der Verhältnismäßigkeit,⁴²⁰ wie er auch als ungeschriebener Bestandteil des Unionsrechts durch den EuGH anerkannt wird.⁴²¹ Auch wenn sich der EuGH nicht exakt an die deutsche Begrifflichkeit von Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne hält,⁴²² erscheint doch die inhaltliche Verwandtschaft eng genug, um auch auf Unionsebene dreischrittig vorgehen zu können.⁴²³

419 Unten, § 7.

420 *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 44, mit weiteren Nachweisen; *Langguth* in: *Lenz/Borchardt*, Art. 5 AEUV Rn. 36.

421 EuGH, 19.6.1980, Verb. Rs. 41/79, 121/79 und 796/79, Slg. 1980, 1979 – *Testa*, Rn. 21; *Kischel*, EuR 2000, 380, 382; *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 45.

422 *Kischel*, EuR 2000, 380, 383 ff.; *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 45.

423 Von einer Vergleichbarkeit der Prüfung geht *Kischel*, EuR 2000, 380, 390 ff., aus. Trotz Betonung der Unterschiede zwischen europäischem und deutschem Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gehen auch *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 45, und *Zuleeg* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 5 EGV Rn. 38 ff., so vor. Vgl. auch *Pache*, NVwZ 1999, 1033, 1040; *Schmidhuber/Hitzler*, NVwZ 1992, 720, 722.

a) Geeignetheit urheberrechtlicher Regelungen auf Unionsebene zur Verwirklichung des Binnenmarktes

Demnach ist zunächst zu prüfen, ob eine Regelung durch die Union *geeignet* ist, zur Verwirklichung des Binnenmarktziels beizutragen. Hier billigt der EuGH den Unionsorganen einen sehr weiten Einschätzungsspielraum zu, insbesondere wenn es um den Erlass von „komplexe[n] wirtschaftliche[n] Maßnahmen“ geht. Ausscheiden sollen nur zur Zielverwirklichung offensichtlich ungeeignete Maßnahmen.⁴²⁴ Inwieweit Maßnahmen der Union im Urheberrecht dazu geeignet sind, Beeinträchtigungen des Binnenmarktes durch die divergierenden nationalen Rechtsordnungen zu beseitigen, ist letztlich eine Frage der inhaltlichen Ausgestaltung der Regelungen, vor allem des Grades der durch die Regelung erzielten Rechtsvereinheitlichung.⁴²⁵ Es erhellt aber unmittelbar, dass sowohl die Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen als auch die Schaffung europäischen Einheitsrechts grundsätzlich geeignet sind, die Unterschiede zwischen den nationalen Urheberrechten abzumildern oder sogar zu beseitigen. Dies gilt aber nur dann, wenn sich die Maßnahmen auf binnenmarkt- oder wissenschaftsrelevante Bereiche konzentrieren. Denn die Rechtsvereinheitlichung auf Gebieten, die nichts mit dem Binnenmarkt zu tun haben, kann den Binnenmarkt definitiv nicht voranbringen.

b) Erforderlichkeit urheberrechtlicher Maßnahmen auf Unionsebene zur Verwirklichung des Binnenmarktes

In einem zweiten Schritt ist die *Erforderlichkeit* einer Maßnahme der Union zu prüfen, es ist also zu ermitteln, ob mildere Maßnahmen die Zielerreichung ebenso effektiv befördern können wie die anvisierte Maßnahme.⁴²⁶

424 EuGH, 7.2.1973, Rs. 40/72, Slg. 1973, 125 – *Tomatenkonzentrate*, Rn. 14. Hierzu *Kischel*, EuR 2000, 380, 386; *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 52.

425 Zu den Auswirkungen der Rechtsvereinheitlichung auf die gewünschte Verbesserung der Binnenmarktsituation unten, § 7 und zu den unterschiedlichen Graden der Rechtsvereinheitlichung im Besonderen § 8.I.2.a)

426 EuGH, 26.6.1980, Rs. 808/79, Slg. 1980, 2103 – *Fratelli Pardini*, Rn. 20 ff.; EuGH, 17.7.1997, Rs. C-183/95, Slg. 1997, I-4315 – *Affish*, Rn. 36 und 38 ff.; *Kischel*, EuR 2000, 380, 383 f.; *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 45; *Zuleeg* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 5 EGV Rn. 29.

aa) Erforderlichkeitsprüfung im Verhältnis zwischen Union und Unionsbürger

Die belastende Wirkung einer Maßnahme im Verhältnis der Union zu den Unionsbürgern dürfte wiederum nicht unerheblich vom Inhalt der getroffenen Regelung sowie von Übergangsregelungen abhängen, die den Wechsel von altem zu neuem Recht abmildern und wohlerworbene Rechte schützen. Hier kommt es entscheidend darauf an, ob durch eine gerechte Interessenabwägung die Belange aller an der Schaffung und Verwertung von Werken Beteiligten angemessen berücksichtigt und ihre grundrechtlichen Rechtspositionen so gewahrt werden. Die inhaltliche Ausgestaltung urheberrechtlicher Regelungen ist jedoch wie schon dargelegt nicht der Gegenstand dieser Arbeit.

bb) Erforderlichkeitsprüfung im Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten

Die Erforderlichkeit weist aber noch eine weitere Dimension auf. Es muss nämlich auch geprüft werden, wie belastend sich eine Maßnahme auf die Mitgliedstaaten auswirkt.⁴²⁷ Der Unterschied dieses Aspektes zum Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 3 AEUV dürfte darin zu erblicken sein, dass auf der Stufe der Erforderlichkeit nicht mehr das Ob eines Tätigwerdens der Union in Rede steht wie im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips, sondern nur noch das Wie.⁴²⁸

Es geht also nicht mehr um die Frage, ob die Union überhaupt tätig werden soll, sondern um das durch die Union eingesetzte *Regelungsinstrument* und um die *Regelungsdichte*, also darum, wieviel inhaltliche Freiheit eine Regelung der Union den Mitgliedstaaten noch belässt. Dies ist seit dem Vertrag von Lissabon auch textuell verankert, heißt es doch jetzt in Art. 5 Abs. 4 UAbs. 1 EUV, dass Maßnahmen der Union *inhaltlich wie formal* nicht über das Maß des Erforderlichen hinausgehen. Die Nr. 6 und 7 des alten Subsidiaritätsprotokolls (1997) geben wichtige Hinweise, die diese Anforderungen konkretisieren.

427 Pache, NVwZ 1999, 1033, 1036 f.; Calliess in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 46; Zuleeg in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 37 und 39.

428 Calliess in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 44; vgl. auch Pache, NVwZ 1999, 1033, 1038.

aaa) Wahl des Regelungsinstruments: Vorrang der Richtlinie vor der Verordnung?

Was zunächst das zu wählende Regelungsinstrument anbelangt, bestimmt Nr. 6 S. 3 des alten Subsidiaritätsprotokolls (1997), dass eine Richtlinie „unter sonst gleichen Gegebenheiten“ einer Verordnung vorzuziehen ist.⁴²⁹ Dementsprechend wird in der Literatur von einer „Mittelhierarchie“ ausgegangen, wonach unverbindliche und unterstützende Maßnahmen einer Richtlinie und diese wiederum einer Verordnung vorgehen sollten.⁴³⁰ Auch die Kommission will einer Richtlinie grundsätzlich den Vorzug vor einer Verordnung geben.⁴³¹

Allerdings ist schwer vorzustellen, wann „sonst gleiche Gegebenheiten“ vorliegen sollen. Richtlinie und Verordnung unterscheiden sich normalerweise in der Behandlung einer Materie stark voneinander, weil eine Richtlinie den Mitgliedstaaten grundsätzlich Entscheidungsspielräume bei der Umsetzung belässt, wohingegen die Verordnung unmittelbar anwendbares Recht setzt, das demnach eine gewisse Detailliertheit aufweisen muss. Richtlinie und Verordnung produzieren also in gewissem Sinne per definitionem ungleiche Gegebenheiten.

Zudem bestimmt Nr. 6 S. 1 des Subsidiaritätsprotokolls (1997), dass bei der Wahl der Maßnahme darauf zu achten ist, dass das Ziel einer Maßnahme in zufriedenstellender Weise erreicht und die zu treffende Maßnahme auch tatsächlich angewendet wird.⁴³² Hier muss bedacht werden, dass eine Verordnung gerade wegen der normalerweise geringeren Abweichungsmöglichkeiten eher geeignet erscheint, die Zielverwirklichung in zufriedenstellendem Maße zu sichern.⁴³³ Auch erscheint die unmittelbare Anwendbarkeit einer Verord-

429 *van Eechoud/Hugenholtz/van Gompel*, Harmonizing European Copyright Law, 20 ff., weisen zwar darauf hin, dass das neue Subsidiaritätsprotokoll nicht mehr explizit der Richtlinie den Vorzug vor der Verordnung gebe, gehen aber dennoch von einem Vorrang aus.

430 *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 54 f.; *Langguth* in: *Lenz/Borchardt*, Art. 5 AEUV Rn. 38.

431 Communication of the Commission to the Council and the European Parliament – The principle of subsidiarity, SEC(1992)1990, 15 ff.; hierzu auch *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 50.

432 Vgl. auch *Zuleeg* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 5 EGV Rn. 39 ff.; *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 49.

433 *Hilty*, Kollektive Rechtswahrnehmung und Vergütungsregelungen, 162, hält daher auch und gerade mit Blick auf die Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit eine urheberrechtliche Rechtsetzung per Verordnung für die bessere Alternative gegenüber der Harmonisierungsmethode.

nung eher Garant für eine tatsächliche Anwendung der Maßnahme der Union zu sein als eine Richtlinie, die verspätet, unvollständig oder gar falsch umgesetzt werden kann.⁴³⁴

Schließlich ist noch auf einen verbleibenden Einschätzungsspielraum hinzuweisen, der dem Unionsgesetzgeber auch bei der Wahl des Rechtsetzungsinstruments zusteht.⁴³⁵

Wenn also dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine grundsätzliche Präferenz für das Regelungsinstrument der Richtlinie entnommen werden kann, so gilt dieses Primat nur, soweit die Erreichung des anvisierten Ziels einer Maßnahme durch die Richtlinie ebenso sichergestellt ist wie durch eine Verordnung.

Nicht übersehen werden sollte indes an dieser Stelle, dass es auch Fälle gibt, in denen sich eine Verordnung sogar als das gegenüber einer Richtlinie mildere Mittel darstellen kann. Dies ist dann der Fall, wenn eine Verordnung das nationale Recht unberührt lässt und nur neben diesem nationalen Recht anwendbares Unionsrecht schafft. Denn dann wird das nationale Recht in keiner Weise tangiert, die Mitgliedstaaten sind anders als bei einer Harmonisierung nicht gezwungen, auch nur die geringste Änderung an ihrem nationalen Recht vorzunehmen.⁴³⁶

Übertragen auf das Urheberrecht kann nicht ohne weiteres festgestellt werden, ob das Ziel der Verwirklichung eines Binnenmarktes per Verordnung besser erreicht werden könnte als durch eine Richtlinie, da es speziell im Bereich des Urheberrechts noch keinerlei Verordnungen gibt. Ein unmittelbarer Vergleich der Resultate, die beide Regelungsinstrumente gezeitigt hätten, ist also nicht möglich. Wir können und werden aber immerhin die Ergebnisse untersuchen, die die bisherige Harmonisierung mittels Richtlinien hervorgebracht hat.⁴³⁷

Schon jetzt wollen wir aber den zuletzt angesprochenen Punkt im Auge behalten: Eine Verordnung – auch im Bereich des Urheberrechts – kann sich unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten als das gegenüber einer Richtlinie

434 Zu den Vor- und Nachteilen einer Gesetzgebung per Richtlinie und per Verordnung ausführlich unten, §8.

435 Hierzu speziell für das Urheberrecht *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 77.

436 Hierzu überzeugend *Hilty*, Entwicklungsperspektiven, 162 f.

437 Hierzu unten, §9.

mildere Mittel darstellen, wenn sie materielles Recht schafft, das neben das nationale Recht tritt.⁴³⁸

bbb) Regelungsdichte: Freiräume für den nationalen Gesetzgeber um jeden Preis?

Mit der Wahl zwischen der Verordnung und der Richtlinie als Regelungsinstrument ist in der Regel auch das Problem der Regelungsdichte schon berührt. Nr. 6 S. 3 des Subsidiariätsprotokolls (1997) bestimmt, dass eine Rahmenrichtlinie einer detaillierten Maßnahme vorzuziehen sei, allerdings wiederum nur „unter sonst gleichen Gegebenheiten“. Nach Nr. 7 soll auf nationaler Ebene so viel Entscheidungsspielraum verbleiben, wie dies mit dem zu erreichenden Ziel vereinbar ist. Den Mitgliedstaaten sollen möglichst Alternativen geboten werden. Besondere Rücksicht ist auf bewährte nationale Regelungen sowie die Struktur und Funktionsweise der nationalen Rechtssysteme zu nehmen. Inhaltlich soll eine Maßnahme der Union also explizit Freiräume, Alternativen anbieten.

Auch hier muss aber bedacht werden, dass inhaltliche Freiräume nur da ihren Platz haben, wo dies der Zielverwirklichung nicht abträglich ist. Ein Vorrang der partiellen oder der Mindestharmonisierung vor der Vollharmonisierung⁴³⁹ oder dem Erlass einer Verordnung kann es daher nur dann geben, wenn dies die Verwirklichung des anvisierten Ziels nicht in Frage stellt.

Wenn das angestrebte Ziel jedoch so wie in unserem Fall die Verwirklichung des *Binnenmarktes* durch Eliminierung von Rechtsunterschieden ist, dann wirken sich *Abweichungsmöglichkeiten* und die daraus resultierenden Rechtsunterschiede *immer negativ* auf die Zielverwirklichung aus. Unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen und Behinderungen der Verkehrsfreiheiten im Urheberrechtssektor ergeben sich, wie wir gesehen haben, gerade aus dem Bestehen von Divergenzen zwischen den nationalen Urheberrechten. Der Binnenmarkt wird am besten durch die Gleichheit der ihn betreffenden Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten erreicht. Bei *Sachzielen* hängt die Zielverwirklichung vor allem vom *Niveau der entsprechenden Sachgesetzgebung* in den Mitgliedstaaten ab.

438 Im Urheberrecht würde das die Schaffung eines Unionsurheberrechts per Verordnung bedeuten, welches neben die nationalen Urheberrechte treten würde. Hierauf werden wir noch ausführlich zu sprechen kommen. Siehe unten, §10.

439 Zu den Begrifflichkeiten vgl. von Danwitz in: *Dausen*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 29. Ergänzungslieferung, 2011, B.II. Rn. 99 ff.; *Kahl* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 114 AEUV Rn. 15.

Demzufolge führen Unterschiede zwischen den nationalen Regelungen dazu, dass das Sachziel (z.B. Umweltschutz, Gesundheitsschutz) von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat besser oder schlechter erreicht wird, je nach Niveau der dortigen Sachgesetzgebung. Beim *Binnenmarkt* hängt der Grad der Zielverwirklichung jedoch nicht vom Niveau einer Sachgesetzgebung ab, sondern von den *Niveaunterschieden* zwischen den nationalen Regelungen. Geht es um die Verwirklichung des Binnenmarktziels, dann muss die Frage bei der Bestimmung der richtigen Regelungsdichte nicht lauten, wieviel Freiraum gelassen werden kann, um noch ein akzeptables Schutzniveau in allen Mitgliedstaaten zu erreichen. Es muss vielmehr gefragt werden, wieviel Freiraum gelassen werden kann, um noch eine ausreichende Niveaugleichheit zwischen den Mitgliedstaaten sicherzustellen.

Wir werden im Folgenden noch ausführlich untersuchen, wie sich die Regelungsdichte und das gewählte Rechtsinstrument allgemein auf den Binnenmarkt auswirken.⁴⁴⁰ Die Antwort auf die Frage, wieviel Rechtsunterschied der Binnenmarkt insbesondere im Urheberrecht verträgt, wird aber im Wesentlichen davon abhängen, welches Gebiet des materiellen Urheberrechts wir untersuchen. Nicht in allen Bereichen des materiellen Urheberrechts wirken sich Rechtsunterschiede dergestalt aus, dass sie zu Hindernissen für die Verkehrsfreiheiten oder spürbaren Wettbewerbsverzerrungen werden.⁴⁴¹ Wo dies nicht der Fall ist, gebietet es auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip unter dem Aspekt der Erforderlichkeit, dass weniger invasive Regelungsinstrumente verwendet werden.

c) Angemessenheit urheberrechtlicher Regelungen auf Unionsebene zur Verwirklichung des Binnenmarktes

Auch wenn Art. 5 Abs. 4 EUV die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne bzw. Angemessenheit einer Maßnahme nicht ausdrücklich in Bezug nimmt, kommt es auch auf der Unionsebene ebenso wie nach deutscher Dogmatik auf ein ausgewogenes Verhältnis des Nutzens einer Maßnahme für die Allgemeinheit und der mit ihr verbundenen Einschränkungen individueller Rechtspositionen an.⁴⁴²

440 Hierzu unten, § 8.I.

441 Zur Untersuchung der einzelnen Bereiche des materiellen Urheberrechts unten, § 9

442 Kischel, EuR 2000, 380, 383 f.; Calliess in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 45; Zuleeg in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 40.

Auch der EuGH wägt Nutzen einer Maßnahme für die Allgemeinheit und Belastung des Einzelnen ab, zumeist ohne dabei von Angemessenheit oder Verhältnismäßigkeit zu sprechen.⁴⁴³

Für urheberrechtliche Regelungen der Union enthält der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne wiederum vor allem inhaltliche Vorgaben, es kommt also wieder darauf an, dass die Interessen der am kreativen Schaffen und der Verwertung seiner Ergebnisse Beteiligten zu einem gerechten Ausgleich gebracht werden. Für die uns interessierende Frage nach äußerlichen Vorgaben für urheberrechtliche Regelungen der Union kann die Angemessenheit aber außer Betracht bleiben.

d) Zwischenergebnis

Wie alle Maßnahmen der Union müssen auch Regelungen im Urheberrecht zur Verfolgung eines Unionsziels geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Soweit mit einer Vereinheitlichung des Urheberrechts die Verwirklichung eines urheberrechtlichen Binnenmarktes und die Schaffung eines europäischen Forschungsraumes angestrebt wird, dürften sowohl Harmonisierungsmaßnahmen als auch die Schaffung eines europäischen Einheitsrechts als geeignete Maßnahmen anzusehen sein.

Unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit mag Richtlinien grundsätzlich der Vorzug vor Verordnungen gebühren. Dies gilt aber nur, soweit sich dies nicht negativ auf die Erreichung des Regelungsziels auswirkt. Sofern also gezeigt werden kann, dass eine Verordnung das Binnenmarktziel besser erreichen kann als eine Richtlinie, hat die Richtlinie keinen Vorrang vor der Verordnung. Gleiches gilt für das grundsätzliche Primat von solchen Regelungen, die den Mitgliedstaaten inhaltliche Freiräume belassen, vor detaillierten und zwingenden Regelungen.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn enthält Vorgaben, die erst bei der materiellrechtlichen Ausgestaltung von Regelungen der Union im Urheberrecht zu berücksichtigen sind.

443 Vgl. EuGH, 21.2.1979, Rs. 138/78, Slg. 1979, 713 – *Stölting*, Rn. 7; EuGH, 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 – *Hauer*, Rn. 24 ff., 29; EuGH, 29.4.1982, Rs. 147/81, Slg. 1982, 1389 – *Merkur Fleisch-Import*, Rn. 11 f.; EuGH, 13.11.1990, Rs. C-331/88, Slg. 1990, I-4023 – *Stoffe mit hormonaler Wirkung*, Rn. 13.

II. Eine spezielle Kompetenzausübungsregel für urheberrechtliche Regelungen der Union? Nochmals zu Art. 167 Abs. 5 AEUV

Neben den allgemeinen Kompetenzausübungsregeln – dem Subsidiaritätsprinzip und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – muss für urheberrechtliche Regelungen auf Unionsebene noch das besondere Harmonisierungsverbot des Art. 167 Abs. 5 AEUV betrachtet werden.

Bei der Untersuchung des *Art. 167 AEUV* als möglicher Kompetenzgrundlage für urheberrechtliche Regelungen der Union haben wir festgestellt, dass das besondere Harmonisierungsverbot dort noch einmal klarstellt, was sich ohnehin schon aus dem fördernden Charakter der Kulturkompetenz ergibt: Maßnahmen mit Regelungscharakter können nicht auf Art. 167 AEUV gestützt werden.⁴⁴⁴

Darüber hinaus haben wir bei der Prüfung der ergänzenden Rechtsetzungsbefugnis des *Art. 352 AEUV* gesehen, dass dem Harmonisierungsverbot auch dort Bedeutung zukommt, weil diese an das Fehlen erforderlicher Kompetenzen in den Verträgen anknüpft.⁴⁴⁵ Wenn die Verträge aber ein explizites Harmonisierungsverbot enthalten, so stellen sie nicht nur erforderliche Kompetenzen nicht bereit, sondern schließen sie explizit aus. Das Harmonisierungsverbot entfaltet also auch im Rahmen des Art. 352 AEUV Wirkung und zwar schon auf der Ebene der *Kompetenzbegründung*.

Zu fragen bleibt nun noch, ob sich das Harmonisierungsverbot auf der Ebene der *Kompetenzausübung* auch auf die *Binnenmarktkompetenz* auswirkt, mit anderen Worten, ob bei Maßnahmen auf der Grundlage von Art. 118 und Art. 114 AEUV das Harmonisierungsverbot des Art. 167 Abs. 5 AEUV zu beachten ist oder nicht.

Der EuGH hatte sich im Fall der Tabakwerberichtlinie, die auf die Binnenmarktkompetenz nach Art. 114 AEUV (damals Art. 95 EGV) gestützt wurde und bei der die Wirkung des Harmonisierungsverbotes nach Art. 168 Abs. 5 AEUV (damals Art. 152 Abs. 4 EGV) für den Bereich Gesundheit in Rede stand, zur Reichweite von Harmonisierungsverboten zu äußern, hat sich hier aber bedeckt gehalten. Zwar hat er festgehalten, dass das Harmonisierungsverbot im Gesundheitsbereich nach Art. 168 Abs. 5 AEUV der Harmonisierung nach Art. 114 AEUV nicht entgegen stehe, wenn die Voraussetzungen letzterer

⁴⁴⁴ Oben, § 4.II.2.c).

⁴⁴⁵ Oben, § 4.V.2.d).

Vorschrift erfüllt seien.⁴⁴⁶ Er hat jedoch auch gefordert, dass die Binnenmarktkompetenz nicht herangezogen werden dürfe, um das Harmonisierungsverbot zu umgehen.⁴⁴⁷ Die Prüfung des EuGH erfolgt aber im Rahmen der Voraussetzungen des Art. 114 AEUV. Sind diese gegeben, scheint der EuGH auch keine Umgehung des Harmonisierungsverbotes annehmen zu wollen.⁴⁴⁸ Demnach scheint sich die Wirkung des Harmonisierungsverbotes nach Ansicht des EuGH auf die Kulturkompetenz selbst zu beschränken.

Ein wichtiges Argument für ein entsprechendes Verständnis des Harmonisierungsverbotes lässt sich den Schlussanträgen des Generalanwaltes Fenelly entnehmen.⁴⁴⁹ Die Kompetenz der Union für den Gesundheitsschutz sei erst mit dem Vertrag von Maastricht geschaffen worden.⁴⁵⁰ Mit der Schaffung einer solchen *zusätzlichen* Kompetenz der Union im Bereich der Gesundheit hätten die Mitgliedstaaten nicht bezweckt, die zu dieser Zeit schon bestehende Binnenmarktkompetenz insofern zu *beschneiden*, als diese Auswirkungen auf den Bereich Gesundheit haben könne. Das Harmonisierungsverbot gelte demnach nur für die Fördermaßnahmen des Art. 168 AEUV (damals Art. 152 EGV) selbst.⁴⁵¹ Wenn die Vertragsparteien den Anwendungsbereich des Art. 114 AEUV hätten einschränken wollen, so wäre ein solcher Ausschluss eher in Art. 114 Abs. 2 AEUV selbst zu erwarten gewesen.

Diese Gedanken lassen sich auch auf Art. 167 Abs. 5 AEUV übertragen. Auch die Kulturkompetenz ist erst mit dem Vertrag von Maastricht geschaffen worden, um der Union ein Tätigwerden im kulturellen Bereich zu ermögli-

446 EuGH, 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 – *Tabakwerberichtlinie I*, Rn. 78 und 88.

447 EuGH, 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 – *Tabakwerberichtlinie I*, Rn. 79.

448 Möstl, EuR 2002, 318, 338 f.

449 Schlussanträge des Generalwalts Fenelly, 15.6.2000, Slg. 2000, I-8419 – *Tabakwerberichtlinie I*, Rn. 70 ff.

450 Hierzu *Bardenhewer-Rating/Niggemeier* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 152 EGV Rn. 1.

451 Zumindest missverständlich demgegenüber die Ausführungen in den Schlussanträgen im Verfahren EuGH, 13.7.1995, Rs. C-350/92, Slg. 1995, I-1985 – *Arzneimittelschutzzertifikat*, in denen der Generalanwalt davon auszugehen scheint, dass Harmonisierungsverbote Kompetenzen mit Wirkung für den gesamten Vertrag ausschließen. Vgl. Schlussanträge des Generalwalts Saggio, 9.3.1995, Slg. 1995, I-1985 – *Arzneimittelschutzzertifikat*, Rn. 26 f. In diesem Sinne wohl auch *Zuleeg* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 5 EGV Rn. 21, der Harmonisierungen etwa im kulturellen Bereich nur im Rahmen von „Rückausnahmen“ zulassen will.

chen.⁴⁵² Auch das Harmonisierungsverbot des Art. 167 Abs. 5 AEUV kann sich daher nur auf die Kulturkompetenz der Union beziehen.

Es lässt sich folglich zusammenfassend festhalten: Das spezielle Harmonisierungsverbot des Art. 167 Abs. 5 AEUV gilt zweifellos für die Kulturkompetenz der Union auf der Grundlage von Art. 167 AEUV selbst. Weil das Harmonisierungsverbot nicht nur zu einem Fehlen von Harmonisierungskompetenzen führt, sondern zu deren expliziten Ausschluss, wirkt es sich auch auf die ergänzende Rechtsetzungsbefugnis des Art. 352 AEUV aus. Dagegen schließt es nicht die Harmonisierung aufgrund anderer Kompetenzen im Vertrag aus. Sind die Voraussetzungen einer Harmonisierungskompetenz also gegeben, eine Kompetenz der Union mithin begründet, so hindert ein spezielles Harmonisierungsverbot nicht die Ausübung dieser Kompetenz. Soweit also konkret die Union aufgrund der Binnenmarktkompetenz tätig wird – was allerdings wie dargestellt ein Tätigwerden mit Schwerpunkt auf der Herstellung des Binnenmarktes voraussetzt – steht Art. 167 AEUV Maßnahmen der Union im Urheberrecht nicht entgegen.⁴⁵³

III. Zwischenergebnis zu den Kompetenzausübungsschranken

Die festgestellten Kompetenzen der Union, die urheberrechtliche Regelungen zu tragen vermögen, werden auf der Ebene der Kompetenzausübung noch einmal begrenzt.

Das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 Abs. 3 EUV führt dazu, dass die ergänzende Rechtsetzungsbefugnis des Art. 352 AEUV – soweit es um die Verwirklichung des Binnenmarktzils und die Schaffung eines einheitlichen europäischen Forschungsraumes geht – nur hinsichtlich solcher Bereiche des materiellen Urheberrechts ausgeübt werden kann, die einen Binnenmarktbezug aufweisen oder sich auf die grenzüberschreitende Forschung auswirken. Bei anderen Maßnahmen ist nämlich kein deutlicher Vorteil des Tätigwerdens der Union gegenüber mitgliedstaatlichen Maßnahmen auszumachen.

Die Erforderlichkeitsvoraussetzung des Art. 5 Abs. 4 AEUV impliziert einen Vorrang des Regelungsinstruments der Richtlinie vor dem der Verordnung und von Rahmenregelungen vor detaillierten Maßnahmen. Dies gilt je-

452 Fechner in: von der Groeben/Schwarze, Vor Art. 151 EGV Rn. 10; Blanke in: *Calliess/Ruffert*, Art. 167 AEUV Rn. 1.

453 Ebenso Hilty, *Entwicklungsperspektiven*, 146; Schack, *ZGE* 2009, 275, 282.

doch nur, soweit dies die Verwirklichung des Regelungsziels, also vor allem des Binnenmarktes, nicht beeinträchtigt. Zu beachten ist, dass unionale Regelungen, die neben die nationalen treten, stets das mildere Mittel im Vergleich zu solchen Maßnahmen der Union darstellen, die auf nationale Regelungen direkt einwirken.

Das besondere Harmonisierungsverbot des Art. 167 Abs. 5 AEUV greift für die Kulturkompetenz und für die ergänzende Rechtsetzungsbefugnis nach Art. 352 AEUV schon auf der Stufe der Kompetenzbegründung ein und verhindert dort Harmonisierungen im kulturellen Bereich. Für die Binnenmarktkompetenz ergeben sich dagegen keine Einschränkungen, solange nur deren Voraussetzungen vorliegen.

