

§ 4 Mögliche Kompetenztitel der Union im Bereich des Urheberrechts

Wie schon erwähnt wird das Urheberrecht an keiner Stelle der Verträge ausdrücklich genannt. Eine ausdrückliche Sachbereichskompetenz gerade für das Urheberrecht gibt es demnach nicht.⁵⁷ Angesichts der delikaten Einordnung des Urheberrechts im Schnittbereich von Wirtschaft und Kultur, wobei erstere eines der wichtigsten Felder der Tätigkeit der Union ist, letztere aber als ureigene Domäne der Mitgliedstaaten gilt, verwundert es allerdings nicht, dass die Verträge zum Urheberrecht schweigen. Dennoch kommen mehrere Vorschriften als Kompetenzgrundlagen in Betracht.

I. Art. 207 AEUV (Art. 133 EGV, Art. 113 EWG)

Nach Art. 207 Abs. 1 AEUV wird die gemeinsame Handelspolitik nach einheitlichen Grundsätzen gestaltet, was „insbesondere“ für die Handelsaspekte des geistigen Eigentums gelten soll. Die in dieser Formulierung enthaltene Kompetenz der Union ist, wie nunmehr Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV ausdrücklich bestimmt, eine ausschließliche.

Dies war aber schon vor dem Vertrag von Lissabon Stand der Rechtsprechung des EuGH⁵⁸ und auch einhellige Meinung im Schrifttum zu Art. 133 Abs. 1–4 EGV.⁵⁹

Wenn wir nun die Eignung des Art. 207 AEUV als Grundlage für eine gesetzgeberische Tätigkeit der Union im Bereich des Urheberrechts untersuchen, stellen sich zwei Fragen: Zunächst sind auf der Seite der Voraussetzungen des Art. 207 AEUV die *Begriffe der Handelspolitik und der Handelsaspekte des geistigen Eigentums* daraufhin zu untersuchen, ob sie in sachlicher Hinsicht Bereiche des Urheberrechts umfassen. Wenn dem so ist, muss sodann auf der Rechtsfolgenreise geklärt werden, ob Art. 207 AEUV in diesen Bereichen als

57 Schack, ZGE 2009, 275, 282. Gronau, Europäisches Urheberrecht, 18, spricht wie erwähnt von einem „Bündel“ einschlägiger Sachkompetenzen.

58 EuGH, 15.12.1976, Rs. 41/76, Slg. 1976, 1921 – *Donckerwolcke*, Rn. 31/37.

59 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 1002; *Herdegen*, Europarecht, § 24 Rn. 4; *Hahn* in: *Calliess/Ruffert*, 3. Auflage, 2007, Art. 133 EGV Rn. 5 ff.

Grundlage nicht nur für externe Maßnahmen, also vor allem Handelsabkommen, sondern auch für *EU-interne Maßnahmen* herangezogen werden kann und ob diese internen Maßnahmen auch eine Vereinheitlichung des Urheberrechts abdecken würden.

1. Das Urheberrecht als Teil der gemeinsamen Handelspolitik oder der Handelsaspekte des geistigen Eigentums

Zunächst ist zu klären, ob und wie weit der Begriff der gemeinsamen Handelspolitik das Urheberrecht miteinbezieht. Dabei könnte zum einen davon ausgegangen werden, dass – neben den Handelsaspekten des geistigen Eigentums, die nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 207 Abs. 1 AEUV unzweifelhaft zur gemeinsamen Handelspolitik zählen – auch weitere Aspekte des geistigen Eigentums hierunter zu subsumieren sind. Denn die Aufzählung der verschiedenen Bereiche der gemeinsamen Handelspolitik in Art. 207 Abs. 1 AEUV ist wie schon diejenige in Art. 133 Abs. 1 EGV⁶⁰ nicht abschließend, wie es der Wortlaut („insbesondere“) verdeutlicht⁶¹. Die Untersuchung des Begriffs der gemeinsamen Handelspolitik kann nicht ohne Blick auf die historische Entwicklung des Begriffs erfolgen, bietet diese doch Anhalt dafür, was die Mitgliedstaaten genau in Art. 207 Abs. 1 AEUV einschließen wollten.

Kommen wir zu dem Ergebnis, dass die gemeinsame Handelspolitik hinsichtlich der Rechte des geistigen Eigentums aber keine anderen als die ausdrücklich erwähnten Handelsaspekte des geistigen Eigentums umfasst, so muss zum anderen weiter geklärt werden, was unter diesen Handelsaspekten zu verstehen ist.

60 Hahn in: *Calliess/Ruffert*, 3. Auflage, 2007, Art. 133 EGV Rn. 21.

61 Hahn in: *Calliess/Ruffert*, Art. 207 AEUV Rn. 7.

a) Entwicklung des Begriffs der gemeinsamen Handelspolitik

aa) Der Begriff der gemeinsamen Handelspolitik auf internationaler Ebene

Der Begriff der Handelspolitik hat auf der internationalen Ebene nicht unerhebliche Veränderungen erlebt.⁶² Stand dort wie auch im Unionsrecht zunächst unzweifelhaft der Warenverkehr im Mittelpunkt, erfasst der Begriff der Handelspolitik auf internationaler Ebene heute auch Regelungen über den Investitionsschutz, den Handel mit Dienstleistungen und den Schutz geistigen Eigentums. Das Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums⁶³ verdeutlicht die Bedeutung des Schutzes des geistigen Eigentums für den Welthandel und integriert diese in den Bereich der internationalen Handelspolitik.

bb) Der unionsrechtliche Begriff der gemeinsamen Handelspolitik vor dem WTO-Gutachten

Diese Entwicklung lässt sich nicht ohne weiteres auf den unionsrechtlichen Begriff der Handelspolitik im Sinne des Art. 207 AEUV (Art. 133 EGV, Art. 113 EWG) übertragen. Der EuGH zeigte sich zunächst einer offenen Deutung des unionsrechtlichen Begriffs zugänglich. Eine „offene Perspektive“⁶⁴ sollte es der Union ermöglichen, dem international sich wandelnden Begriff der Handelspolitik auf der Grundlage des Art. 113 EWG zu folgen.⁶⁵ Handelspolitik bedeute für die Betätigung der Union dasselbe wie für die eines Staates auf internationaler Ebene.⁶⁶ Wenn es nach Art. 206 AEUV (Art. 131 EGV, Art. 110 EWG) Ziel der gemeinsamen Handelspolitik sei, zu einer harmonischen Entwicklung des Welthandels beizutragen, setze dies voraus, dass sich

62 Vgl. Müller-Ibold in: *Lenz/Borchardt*, Vor Art. 206–207 AEUV Rn. 2; Hahn in: *Calliess/Ruffert*, 3. Auflage, 2007, Art. 133 EGV Rn. 25 f.; Postl in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 38 ff.

63 Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS-Abkommen.

64 EuGH, 4.10.1979, Gutachten 1/78, Slg. 1979, 2871 – *Gutachten 1/78 – Naturkautschuk*, Rn. 45.

65 Weiß in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 207 Rn. 2; Müller-Ibold in: *Lenz/Borchardt*, Vor Art. 206–207 AEUV Rn. 9.

66 EuGH, 11.11.1975, Gutachten 1/75, Slg. 1975, 1355 – *Gutachten 1/75 – OECD*, 1362; Hahn in: *Calliess/Ruffert*, Art. 207 AEUV Rn. 23.

diese Politik einem Auffassungswandel in der Völkergemeinschaft anpasse.⁶⁷ Dementsprechend bezog die Kommission die handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums so wie auf internationaler Ebene verstanden in die gemeinsame Handelspolitik ein.⁶⁸

cc) Der unionsrechtliche Begriff der gemeinsamen Handelspolitik nach dem WTO-Gutachten

Einer entsprechenden Argumentation der Kommission⁶⁹ hat der EuGH jedoch im Gutachten 1/94 eine Absage erteilt. Der Gerichtshof hielt darin zunächst ausdrücklich an seiner offenen Konzeption des Begriffs des gemeinsamen Handelspolitik fest.⁷⁰ Insgesamt zeigte er aber eine recht statische Interpretation des Begriffs.⁷¹ Zwar bestehe ein Zusammenhang zwischen geistigem Eigentum und Warenverkehr. Jedoch beträfen die Rechte des geistigen Eigentums „nicht spezifisch den internationalen Warenaustausch, sie treffen vielmehr den Binnenhandel im gleichen Maße wie den internationalen Handel, wenn nicht stärker als diesen.“⁷² Von der gemeinsamen Handelspolitik erfasst seien daher nur solche Maßnahmen, die dazu dienten zu verhindern, dass nachgeahmte Waren in den zollrechtlich freien Verkehr gelangen. Der EuGH koppelte damit – trotz gegenteiliger Beteuerung und entgegen seiner früheren Vorgaben – den unionsrechtlichen Begriff der Handelspolitik vom internationalen Begriff ab. Nur ein kleiner Ausschnitt der handelsbezogenen Aspekte des geistigen Eigentums, wie sie im TRIPS-Abkommen geregelt wurden, wollte der EuGH damit auch unter den Begriff der gemeinsamen Handelspolitik fassen.⁷³

67 EuGH, 26.3.1987, Rs. 45/86, Slg. 1987, 1493 – *Zollpräferenzen*, Rn. 19.

68 *Hahn* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 207 AEUV Rn. 24.

69 Vgl. das Vorbringen der Kommission in EuGH, 15.11.1994, Gutachten 1/94, Slg. 1994, I-5267 – *Gutachten 1/94 – WTO*, Rn. 35, 45.

70 EuGH, 15.11.1994, Gutachten 1/94, Slg. 1994, I-5267 – *Gutachten 1/94 – WTO*, Rn. 41.

71 *Müller-Ibold* in: *Lenz/Borchardt*, Vor Art. 206–207 AEUV Rn. 9; *Postl* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 38 f.

72 EuGH, 15.11.1994, Gutachten 1/94, Slg. 1994, I-5267 – *Gutachten 1/94 – WTO*, Rn. 57. Hierzu *Hahn* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 207 AEUV Rn. 27.

73 Hieraus ergab sich für die Union die Notwendigkeit, das TRIPS-Abkommen als ein gemischtes Abkommen abzuschließen. Dies gab Befürchtungen Nahrung, Europa könne in den Verhandlungen mit Handelspartnern nicht mit einer Stimme sprechen und die Handelspartner würden versuchen, die Union und die Mitgliedstaaten gegeneinander auszuspielen. Hierzu *Müller-Ibold* in: *Lenz/Borchardt*, Vor Art. 206–207 AEUV Rn. 10; *Postl* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 39.

dd) Der unionsrechtliche Begriff der gemeinsamen Handelspolitik in den Verträgen von Amsterdam und Nizza

Die Mitgliedstaaten reagierten auf die restriktive Rechtsprechung des EuGH mit einer Reform des Art. 133 EGV in den Verträgen von Amsterdam und Nizza.⁷⁴

Durch den Vertrag von Amsterdam wurde dem Artikel ein Abs. 5 angefügt, der es der Union ermöglichte, durch einstimmigen Beschluss den Anwendungsbereich der Vorschrift auch auf *internationale Vereinbarungen* über Rechte des geistigen Eigentums insgesamt auszudehnen.⁷⁵ Von dieser Möglichkeit machte der Rat jedoch keinen Gebrauch.⁷⁶ Da Abs. 5 aber einen Teil des Art. 133 EGV bildete, konnte man von einer *gemeinsamen Handelspolitik im engeren Sinne* der Abs. 1–4 und von einer *gemeinsamen Handelspolitik im weiteren Sinn* unter Einschluss des Abs. 5 sprechen, die dann auch das geistige Eigentum umfasste.

Im Vertrag von Nizza wurde der Union schließlich mit einem neuen Abs. 5 UAbs. 1 EGV ex lege eine *Vertragsschlusskompetenz* für die (nach der EuGH-Rechtsprechung nicht von Abs. 1 erfassten) übrigen *Handelsaspekte* des geistigen Eigentums zugewiesen.⁷⁷ Ähnlich wie Abs. 5 nach dem Vertrag von Ams-

74 Siehe ausführlich zu den Änderungen durch die Verträge *Krenzler/Pitschas*, EuR 2001, 442; *Herrmann*, EuZW 2001; *Hahn* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 207 AEUV Rn. 35 ff.; *Weiß* in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 207 AEUV Rn. 2 ff.; *Postl* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 39 f.

75 Die in diesen Abkommen zu regelnden Aspekte des geistigen Eigentums konnten handelsbezogen sein, sie mussten es aber nicht, weil die Vorschrift keine entsprechende Einschränkung machte. Hierzu *Weiß* in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 207 AEUV Rn. 7

76 *Postl* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 39; *Krajewski*, CMLRev. 2005, 91, 96.

77 Zu der Unterscheidung von Handels- und Nicht-Handelsaspekten des geistigen Eigentums vgl. *Krenzler/Pitschas*, EuR 2001, 442, 451; *Hahn* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 207 AEUV Rn. 13 ff.

Diese Außenkompetenz war jedoch keine ausschließliche, was sich aus Abs. 5 UAbs. 4 ergab. Hierzu *Postl* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 40; a.A. *Krajewski*, CMLRev. 2005, 91, 96 f.

Sie unterlag zudem bestimmten Einschränkungen. So galten für die Beschlussfassung mitunter besondere Hürden. Betraf das zu schließende Abkommen Bereiche, in denen bei internen Rechtsetzungsakten Einstimmigkeit erforderlich gewesen wäre oder die Union eine bestehende Zuständigkeit noch nicht ausgeübt hatte, so war für ein solches Abkommen Einstimmigkeit im Rat erforderlich, wie Abs. 5 UAbs. 2 bestimmt. Hierzu *Postl* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 40.

Darüber hinaus waren sensible Bereiche wie der der kulturellen und audiovisuellen Dienstleistungen völlig aus der Regelung des Abs. 5 ausgenommen, vgl. Abs. 6 UAbs. 2 EGV. Hierdurch waren in diesen Bereichen weiter gemischte Abkommen notwendig. Hierzu *Hahn* in: *Calliess/Ruffert*, 3. Auflage, 2007, Art. 133 EGV

terdam gab Art. 133 Abs. 7 EGV dann der Union die Möglichkeit, Abkommen über von den Abs. 1–5 nicht erfasste, also *Nicht-Handelsaspekte* des geistigen Eigentum durch einen einstimmigen Beschluss dem Regime der Handelspolitik zu unterwerfen.⁷⁸

Auch wenn es den Mitgliedstaaten in den Verträgen von Amsterdam und Nizza darum ging, die Befugnisse der Union im Hinblick auf die handelsbezogenen Aspekte des geistigen Eigentums auszuweiten, war dies doch ohne Einfluss auf den Begriff der gemeinsamen Handelspolitik im engeren Sinne des Art. 133 Abs. 1–4 EGV. Das im WTO-Gutachten geprägte Verständnis des EuGH, wonach die gemeinsame Handelspolitik nur einen kleinen Ausschnitt der handelsbezogenen Aspekte im Sinne des TRIPS-Abkommens umfasste, wurde vielmehr zementiert.⁷⁹ Es wurde im Ergebnis lediglich das Regime der gemeinsamen Handelspolitik (im engeren Sinn) auf andere, von dieser gerade nicht erfasste Handelsaspekte des geistigen Eigentums ausgedehnt (Abs. 5)⁸⁰ und weiters im Hinblick auf die Nicht-Handelsaspekte die Möglichkeit hierzu geschaffen (Abs. 7). Art. 133 EGV erfasste somit eine gemeinsame Handelspolitik im eigentlichen, engeren Sinne (Abs. 1–4) sowie die Handels- und Nicht-Handelsaspekte des geistigen Eigentums (Abs. 5 und 7), die zu der gemeinsamen Handelspolitik im weiteren Sinne rechneten.

Vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon musste demnach davon ausgegangen werden, dass der Begriff der gemeinsamen Handelspolitik die Handelsaspekte des geistigen Eigentums nur ganz eingeschränkt und im Sinne des WTO-Gutachtens erfasste, mithin Art. 133 Abs. 1 EGV über zollrechtliche Maßnahmen gegen nachgeahmte Waren hinaus keine Kompetenz der Union für Fragen des geistigen Eigentums enthielt.

Rn. 77 ff.; *Postl* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 40.

Weiter konnte die Union kein Abkommen schließen, wenn dessen Bestimmungen die internen Kompetenzen der Union überschritten hätten, Abs. 6 UAbs. 1.

78 *Hahn* in: *Calliess/Ruffert*, 3. Auflage, 2007, Art. 133 EGV Rn. 118.

79 *Hahn* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 207 AEUV Rn. 38; *Weiß* in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 207 AEUV Rn. 5.

80 *Postl* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 39 Fn. 264.

ee) Der unionsrechtliche Begriff der gemeinsamen Handelspolitik nach dem Vertrag von Lissabon

Der Vertrag von Lissabon hat nun die Handelsaspekte des geistigen Eigentums in Art. 207 Abs. 1 AEUV überführt. Sie sind nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift („insbesondere“) nunmehr ein Teil der gemeinsamen Handelspolitik, für die die Union ausschließlich zuständig ist.

Man könnte nun wie schon erwähnt wegen des nicht abschließenden Charakters der Aufzählung des Art. 207 Abs. 1 AEUV argumentieren, dass die *Nicht-Handelsaspekte* des geistigen Eigentums trotz fehlender ausdrücklicher Erwähnung in Art. 207 Abs. 1 AEUV auch zur gemeinsamen Handelspolitik rechnen. Damit würde die Kompetenz nach Art. 207 Abs. 1 AEUV alle Aspekte des geistigen Eigentums und somit auch des Urheberrechts erfassen. Hierfür spricht, dass die Kommission schon einmal, nämlich im Vorfeld des Vertrages von Nizza vorgeschlagen hatte, die Rechte des geistigen Eigentums insgesamt und nicht nur die Handelsaspekte desselben in die gemeinsame Handelspolitik zu integrieren.⁸¹ Anführen ließe sich auch, dass Art. 133 Abs. 7 EGV, der sich mit den *Nicht-Handelsaspekten* des geistigen Eigentums befasste, in Art. 207 AEUV keinerlei Pendant findet, die *Nicht-Handelsaspekte* also nicht mehr erwähnt werden.⁸²

Eine solche Interpretation ist mit dem Wortlaut des Art. 207 Abs. 1 AEUV aber kaum vereinbar. Es wäre widersinnig, gerade die Handelsaspekte des geistigen Eigentums als Teil der gemeinsamen Handelspolitik zu erwähnen, hätten die Vertragsparteien von Lissabon alle Aspekte des geistigen Eigentums gemeint. Das geistige Eigentum und daher auch das Urheberrecht werden daher von Art. 207 AEUV nur soweit erfasst, als sie sich unter die *Handelsaspekte* des geistigen Eigentums subsumieren lassen, also gerade nicht in ihren *Nicht-Handelsaspekten*.⁸³ Daraus folgt auch, dass durch die Integration der Handelsaspekte des geistigen Eigentums in die gemeinsame Handelspolitik und die Strei-

81 Institutionelle Reform für eine erfolgreiche Erweiterung – Stellungnahme der Kommission nach Artikel 48 des Vertrages über die Europäische Union zur Einberufung einer Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Änderung der Verträge, KOM (2000) 34, 29. Hierzu *Krenzler/Pitschas*, EuR 2001, 442, 444; *Postl* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 40.

82 Hierzu ausführlich *Postl* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 40; vgl. auch *Müller-Ibold* in: *Lenz/Borchardt*, Vor Art. 206–207 AEUV Rn. 16.

83 Ebenso *Weiß* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 207 AEUV Rn. 35.

chung der bisher in Art. 133 Abs. 7 EGV erscheinenden Nicht-Handelsaspekte des geistigen Eigentums die Unterscheidung von gemeinsamer Handelspolitik im engeren und im weiteren Sinn aufgegeben wurde. Es gibt nunmehr nur noch eine gemeinsame Handelspolitik, die die Handelsaspekte des geistigen Eigentums einschließt.

b) Der Begriff der Handelsaspekte des geistigen Eigentums

Umfasst nach dem Vertrag von Lissabon die gemeinsame Handelspolitik unzweifelhaft die Handelsaspekte des geistigen Eigentums, bedarf sodann letzterer Begriff der Konkretisierung.

Auch der Begriff der Handelsaspekte des geistigen Eigentums ist in seiner Reichweite keinesfalls eindeutig. Dafür, dass der Vertrag von Lissabon am Begriff der Handelsaspekte des geistigen Eigentums im Vergleich zum Primärrecht auf dem Stand des Vertrages von Nizza etwas ändern wollte, gibt es keinen Anhalt.⁸⁴ Doch auch den Begriff der Handelsaspekte auf dem Stand von vor dem Vertrag von Lissabon zu fassen, ist keine ganz einfache Aufgabe.

Denkbar wäre zunächst, den Begriff sehr *eng auszulegen*, nämlich im Sinne des Art. 113 Abs. 1–4 EWG, wie ihn der EuGH im WTO-Gutachten aufgefasst hatte. Zwar erschienen die Handelsaspekte damals nicht ausdrücklich in der Vorschrift, jedoch wurden sie bereits als ein Teil der gemeinsamen Handelspolitik betrachtet. Der Gerichtshof hatte im WTO-Gutachten aber nur Zollmaßnahmen gegen Pirateriewaren als vom Begriff der Handelspolitik im Sinne des damaligen Art. 113 Abs. 1–4 EWG (später Art. 133 Abs. 1–4 EGV) erfasst angesehen und damit den Begriff der Handelsaspekte des geistigen Eigentums implizit auf diese beschränkt.

Für ein solches enges Verständnis ließe sich immerhin auf die unterschiedliche Terminologie auf Unions- und internationaler Ebene hinweisen, die seit dem Vertrag von Amsterdam bis heute durchgehalten wird. Denn während sich das weite TRIPS-Abkommen auf *handelsbezogene* Aspekte des geistigen Eigentums (Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights, Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce) bezieht, erfasst

84 Postl in: Brosinger/Fischer/Früh, Reformvertrag, 43; Krajewski, CMLRev. 2005, 91, 111.

Art. 207 Abs. 1 AEUV die *Handelsaspekte* (commercial aspects, aspects commerciaux) des geistigen Eigentums.⁸⁵

Würde man jedoch unter den Handelsaspekten etwas anderes verstehen als unter den handelsbezogenen Aspekten, nämlich gerade den Ausschnitt der handelsbezogenen Aspekte über Zollmaßnahmen gegen Pirateriewaren, den der EuGH im Gutachten 1/94 als von Art. 113 Abs. 1–4 EWG erfasst angesehen hatte, dann hätten die Mitgliedstaaten – wegen der gegenüber den Kompetenzen nach Art. 133 Abs. 1–4 EGV restriktiveren Voraussetzungen – mit der Einführung des Art. 133 Abs. 5 EGV eine Einschränkung der Außenkompetenz der Union für die Handelsaspekte vorgenommen. Dagegen spricht jedoch eindeutig die Entstehungsgeschichte und der Regelungszweck der Ergänzung.⁸⁶

Richtig ist es daher, die Handelsaspekte im Sinne des Art. 133 Abs. 5 EGV und damit auch im Sinne des Art. 207 AEUV mit den handelsbezogenen Aspekten des geistigen Eigentums *im Sinne des TRIPS-Abkommens* gleichzusetzen.⁸⁷ Danach besteht eine Kompetenz im Bereich des geistigen Eigentums für all diejenigen Aspekte, die im TRIPS-Abkommen geregelt werden.

Dies umfasst schon jetzt einen denkbar weiten Bereich, integriert doch Art. 9 TRIPS die Art. 1 bis 21 RBÜ in das TRIPS-Abkommen und enthalten die Art. 9 bis 14 TRIPS selbst weitgehende Bestimmungen zum Schutzgegenstand, zu den urheberrechtlichen Befugnissen, zur Schutzdauer, zu den Schrankenbestimmungen und zu den verwandten Schutzrechten.

Darüber hinaus enthält die Annahme einer solchen Verweisung auf die internationale Ebene aber auch das Potential für künftige Erweiterungen. Der EuGH hat auch im WTO-Gutachten⁸⁸ ausdrücklich an der Konzeption einer dynamischen Verweisung des Begriffs Handelspolitik auf den internationalen Bereich der Handelspolitik festgehalten. Bleibt es dabei, dann fällt es dem Begriff der Handelsaspekte des geistigen Eigentums zu, die Anknüpfung an die handelspolitischen Aspekte des geistigen Eigentums auf internationaler Ebene

85 *Postl* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 43. Zum gleichen Problem im Verfassungsvertragsentwurf auch *Krajewski*, CMLRev. 2005, 91, 110 f.

86 *Hahn* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 207 EGV Rn. 35 ff. In diesem Sinne auch *Herrmann*, EuZW 2001, 271 f.; *Postl* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 43.

87 *Fischer/Früh/Jaeger*, EuLF 2009, II-29, II-34; *Hahn* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 207 AEUV Rn. 14 f.; *Postl* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 43. Zu Art. 133 Abs. 5 EGV *Krenzler/Pitschas*, EuR 2001, 442, 451; *Herrmann*, EuZW 2001, 271 f.; *Müller-Ibold* in: *Lenz/Borchardt*, 4. Auflage, 2006, Vor Art. 131–134 EGV Rn. 14.

88 EuGH, 15.11.1994, Gutachten 1/94, Slg. 1994, I-5267 – *Gutachten 1/94 – WTO*, Rn. 41.

sicherzustellen.⁸⁹ Würde das TRIPS-Abkommen also auf weitere Bereiche des geistigen Eigentums erweitert, so würde die Handelskompetenz der Union auch diese Bereiche grundsätzlich mit einschließen.

Ausgeschlossen aus dem Begriff der Handelspolitik bleiben demnach nur Fragen des materiellen Rechts des geistigen Eigentums ohne Bezug zum grenzüberschreitenden Handel, die vor dem Vertrag von Lissabon in Art. 133 Abs. 7 EGV behandelt wurden.⁹⁰ Solche Bereiche zu identifizieren, dürfte indes nicht leicht sein, denn Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen bergen häufig das Potential, sich auf den grenzüberschreitenden Handel auszuwirken.⁹¹ Zum Teil wird daher angenommen, das gesamte Urheberrecht falle unter die handelsbezogenen Aspekte des geistigen Eigentums und somit in die Kompetenz der Union nach Art. 207 AEUV.⁹²

c) Zwischenergebnis

Die gemeinsame Handelspolitik des Art. 207 AEUV erfasst in gegenständlicher Hinsicht all diejenigen Bereiche des Urheberrechts, die sich auf den grenzüberschreitenden Handel auswirken können. Diese lassen sich nämlich den

89 In vergleichbarer Weise ließ sich schon zu Art. 133 EGV argumentieren: Wenn die gemeinsame Handelspolitik im weiteren Sinne nach Art. 133 EGV insgesamt nicht nur den gegenwärtigen Stand des TRIPS-Abkommens, sondern den jeweils geltenden umfassen sollte, die gemeinsame Handelspolitik im engeren Sinne des Art. 133 Abs. 1–4 EGV aber nur Zollmaßnahmen umfasste, so war das nur denkbar, wenn dafür die Handelsaspekte des geistigen Eigentums nach Abs. 5 dynamisch auf TRIPS verwiesen. Vgl. im Ergebnis auch *Krenzler/Pitschas*, EuR 2001, 442, 451; *Weiß* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 207 AEUV Rn. 36. A.A. *Hahn* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 207 EGV Rn. 39.

90 *Vedder/Lorenzmeier* in: *Grabitz/Hilf*, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 133 EGV Rn. 69. Vgl. auch *Postl* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 43 f.

Wie schon erwähnt kann aus dem Wegfall des Art. 133 Abs. 7 EGV nicht gefolgert werden, dass die gemeinsame Handelspolitik nunmehr auch die Nicht-Handelsaspekte des geistigen Eigentums erfasst. Vgl. oben, § 4.I.1.a)ee).

91 Zu den Auswirkungen von Unterschieden der nationalen Rechtsordnungen im Bereich des geistigen Eigentums ausführlich unten, § 9.

Weiß in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 207 AEUV Rn. 37, relativiert die Bedeutung der Einschränkung auf die Handelsaspekte des geistigen Eigentums anders, nämlich mit Hinweis auf die Kompetenz nach Art. 118 AEUV und die Grundsätze der AETR-Rechtsprechung des EuGH.

92 So wohl *Krenzler/Pitschas*, EuR 2001, 442, 451; *Hahn* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 207 AEUV Rn. 16.

Handelsaspekten des geistigen Eigentums zurechnen, die seit dem Vertrag von Lissabon integraler Bestandteil der gemeinsamen Handelspolitik sind. Darüber hinaus erfasst die gemeinsame Handelspolitik aber nicht diejenigen Bereiche des geistigen Eigentums und somit des Urheberrechts, die bis vor dem Vertrag von Lissabon unter Art. 133 Abs. 7 EGV zu fassen waren, also die Nicht-Handelsaspekte. Da viele Bereiche des materiellen Urheberrechts im Falle ihrer Unterschiedlichkeit zumindest das Potential bergen, sich auf den grenzüberschreitenden Handel auszuwirken,⁹³ erfasst Art. 207 AEUV in gegenständlicher Hinsicht also sehr weite Bereiche des Urheberrechts.

2. Art. 207 AEUV als Grundlage interner Rechtsetzung

Angesichts der gegenständlichen Weite der Handelskompetenz der Union, die wie soeben gesehen weite Bereiche des materiellen Urheberrechts erfasst, stellt sich nunmehr die Frage, zu welchen Maßnahmen diese Rechtsgrundlage die Union auf der Rechtsfolgenreise berechtigt. Zu klären ist mithin, ob es sich bei dieser Kompetenz lediglich um eine *Außenkompetenz* handelt oder ob die Union aufgrund der Vorschrift auch in der Lage ist, solche *internen Rechtsakte* zu erlassen, welche nötig wären, um das materielle Urheberrecht in der Union zu gestalten. Auch diese Frage kann nicht beantwortet werden, ohne sich mit der Vorgängervorschrift des Art. 133 EGV auseinanderzusetzen.

a) Vor Lissabon: Art. 133 EGV als Grundlage interner Rechtssetzungsakte und einer Vereinheitlichung des Urheberrechts

Art. 133 Abs. 1–4 EGV wies wie schon Art. 113 EWG der Union *sowohl die Außen- als auch die Innenkompetenz* für die gemeinsame Handelspolitik zu.⁹⁴ Die Union konnte daher im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik im engeren Sinne sowohl Abkommen mit Drittstaaten schließen als auch autonome, also einseitige Maßnahmen ergreifen, um ihre eigene Gesetzgebung als Steue-

93 Hierzu ausführlich unten, §9.

94 Müller-Ibold in: Lenz/Borchardt, 4. Auflage, 2006, Vor Art. 131–134 EGV Rn. 15; Vedder/Lorenzmeier in: Grabitz/Hilf, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 133 EGV Rn. 77.

rungsmittel für den Handel einzusetzen.⁹⁵ Wie bereits festgestellt zählen jedoch die Handelsaspekte des geistigen Eigentums bis auf die Zollmaßnahmen gar nicht zur gemeinsamen Handelspolitik im engeren Sinne von Art. 133 Abs. 1–4 EGV.

Auf dem Stand des Primärrechts nach dem Vertrag von Nizza musste daher für das Urheberrecht auf die *Abs. 5 oder 7* zurückgegriffen werden. Diese Absätze betrafen aber *nur die Außenkompetenzen* der Union⁹⁶ und konnten deshalb nicht die Grundlage interner Rechtssetzungsakte sein.

Die Veränderungen des EG-Vertrages durch die Verträge von Amsterdam und Nizza waren für eine mögliche interne Rechtsetzung auf dem Gebiet des Urheberrechts nicht relevant. Von der durch den Vertrag von Amsterdam geschaffenen Möglichkeit, das Regime des Art. 133 Abs. 1–4 EGV auf Bereiche des geistigen Eigentums auszuweiten, wurde wie erwähnt⁹⁷ kein Gebrauch gemacht. Die Abs. 5 bis 7, die durch den Vertrag von Nizza hinzukamen, betrafen anders als die Abs. 1 bis 4 nur die Vertragsschlusskompetenz der Union. Innergemeinschaftliche Rechtsetzung war auf Grundlage der neu hinzugekommenen Absätze nicht möglich. Schloss die Union also Abkommen aufgrund dieser Vorschriften, dann musste die Umsetzung innerhalb der Union aufgrund anderer Zuständigkeiten der Union erfolgen.⁹⁸

b) Nach Lissabon: Art. 207 AEUV als Grundlage interner
Rechtssetzungsakte und einer Vereinheitlichung des Urheberrechts

Der Vertrag von Lissabon integriert die Handelsaspekte des geistigen Eigentums zunächst einmal vollumfänglich in die gemeinsame Handelspolitik nach Art. 207 Abs. 1 AEUV.⁹⁹

95 Hahn in: *Calliess/Ruffert*, Art. 133 EGV Rn. 47; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 40 Rn. 27 ff.

96 Müller-Ibold in: *Lenz/Borchardt*, 4. Auflage, 2006, Vor Art. 131–134 EGV Rn. 15; Hahn in: *Calliess/Ruffert*, 3. Auflage, 2007, Art. 133 EGV Rn. 68 f.; *Postl* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 39.

97 Hierzu oben, § 4.I.1.a)dd).

98 Herrmann, *EuZW* 2001, 271; Müller-Ibold in: *Lenz/Borchardt*, 4. Auflage, 2006, Vor Art. 131–134 EGV Rn. 15; Hahn in: *Calliess/Ruffert*, 3. Auflage, 2007, Art. 133 EGV Rn. 44; *Bourgeois* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 133 EGV Rn. 12.

99 Oben, § 4.I.1.a)ee).

Die Handelsaspekte des geistigen Eigentums bilden also an sich – abgesehen von den Einstimmigkeitserfordernissen des Abs. 4 – keinen Sonderfall der Handelskompetenz mehr.¹⁰⁰ Demnach könnte man annehmen, die Union könne auch interne Maßnahmen im Bereich des Urheberrechts grundsätzlich auf der Grundlage von Art. 207 Abs. 1 AEUV erlassen.¹⁰¹ So könnten Umsetzungsmaßnahmen zu internationalen Abkommen im Bereich des Urheberrechts auf Art. 207 Abs. 1 AEUV gestützt werden. Dies würde zu dem überraschenden Ergebnis führen, dass eine Vereinheitlichung des Urheberrechts in der Union sehr weitgehend von der Kompetenz für die gemeinsame Handelspolitik gedeckt wäre.

Hier kommt jedoch Art. 207 Abs. 4 UAbs. 2 AEUV ins Spiel. Nach dieser Vorschrift muss der Rat einstimmig über Abkommen über Handelsaspekte des geistigen Eigentums beschließen, wenn das Abkommen Bestimmungen enthält, die intern Einstimmigkeit erfordern würden. Diese Regelung macht nur Sinn, wenn Binnen- und Außenkompetenz im Bereich der Handelsaspekte des geistigen Eigentums auseinanderfallen, denn nur dann müssen für interne Maßnahmen der Union gegebenenfalls andere Kompetenzen herangezogen werden als die des Art. 207 AEUV, die dann möglicherweise Einstimmigkeit voraussetzen.¹⁰²

In die gleiche Richtung kann mit Abs. 6 der Vorschrift argumentiert werden.¹⁰³ Dieser bestimmt, dass die Ausübung der Kompetenzen nach Art. 207 AEUV keine Auswirkungen auf die vertikale Kompetenzabgrenzung hat und nicht zu Harmonisierung in Bereichen führt, in denen eine solche ausgeschlossen ist. Geht man von einem völligen Gleichlauf der Innen- und Außenkompetenzen, die Art. 207 AEUV verleiht, aus, dann macht auch Abs. 6 keinen Sinn. Denn wie könnte sich die Ausübung einer bestehenden Kompetenz auf die vertikale Kompetenzverteilung auswirken? Sinn macht diese Bestimmung nur dann, wenn mit ihr im Falle des Auseinanderfallens von Binnen- und Außenkompetenz im Bereich der Handelsaspekte des geistigen Eigentums sicher-

100 Zum gleichlautenden Art. III-315 EVV *Hummer* in: *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Art. III-315 EVV.

101 *Krajewski*, CMLRev. 2005, 91, 109 f.

102 *Herrmann*, Die Außenhandelsdimension des Binnenmarktes im Verfassungsentwurf, 195 f.

103 Vgl. hierzu *Postl* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 44 f.; *Krajewski*, CMLRev. 2005, 91, 115 ff.; *Hummer* in: *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Art. III-315 EVV Rn. 32 f.

gestellt werden soll, dass eine überschießende Außenkompetenz nicht zu einer Verschiebung der Kompetenzen im Innern führt.¹⁰⁴

Klarer wird die Bedeutung des Art. 207 Abs. 6 AEUV dann, wenn man dessen Vorgängervorschrift betrachtet. Art. 133 Abs. 6 UAbs. 1 EGV bestimmte, dass die Union keine Abkommen schließen konnte, wenn hierdurch die interne Zuständigkeitsordnung verletzt worden wäre, insbesondere wenn dies zu einer Harmonisierung in Bereichen geführt hätte, in denen diese ausgeschlossen ist. Die Außenkompetenz für Abkommen im Bereich der Handelsaspekte des geistigen Eigentums wurde so ein Stück weit zurückgenommen. Mit dem Vertrag von Lissabon hat die Union über Art. 207 Abs. 1 AEUV wie gezeigt für alle Bereiche der Handelspolitik einschließlich der Handelsaspekte des geistigen Eigentums grundsätzlich Kompetenzen erhalten. Hierdurch soll aber nicht die *interne* Zuständigkeitsverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten verändert werden. Zu lesen ist Abs. 6 daher wohl so: Die Ausübung der durch diesen Artikel übertragenen *Außenkompetenzen* im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik (insbesondere der Handelsaspekte des geistigen Eigentums) hat keine Auswirkungen auf die Abgrenzung der *internen* Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten und führt nicht zu einer Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, soweit eine solche Harmonisierung in den Verträgen ausgeschlossen wird.

Die Einordnung des Abs. 6 als eine Kompetenzausübungsschranke¹⁰⁵ verwirrt. Treffender wäre es, von einer Klarstellung dahingehend zu sprechen, dass die Ausübung der weiten externen Handelskompetenz der Union nicht dazu führt, dass der Union intern über die Handelskompetenz neue Zuständigkeiten zuwachsen.¹⁰⁶ Übt die Union ihre Vertragsschlusskompetenz aus, indem sie etwa ein Abkommen über die Harmonisierung des Urheberrechts schließt, dann bleibt davon – trotz möglicherweise hierdurch erfolgreicher Erweiterung des Be-

104 Herrmann, Die Außenhandelsdimension des Binnenmarktes im Verfassungsentwurf, 195 f.

105 So Hummer in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Art. III-315 EVV Rn. 32 f.; wohl auch Krajewski, CMLRev. 2005, 91, 115.

106 Krajewski, CMLRev. 2005, 91, 115 ff., meint, Art. 207 Abs. 1 AEUV verleihe der Union im Bereich der Handelsaspekte des geistigen Eigentums grundsätzlich sowohl Innen- als auch Außenkompetenz. Abs. 6 begrenze aber die interne Kompetenz in diesem Bereich. Ob Abs. 6 nur als eine Klarstellung fungiert oder eine zunächst verliehene Innenkompetenz wieder zurücknimmt, ist im Ergebnis nicht entscheidend. Allerdings spricht auch eine Zusammenschau mit Abs. 4 UAbs. 2 wie schon dargelegt für die Auslegung als bloße Klarstellung.

griffs der gemeinsamen Handelspolitik – die interne Zuständigkeitsverteilung für eine Harmonisierung des Urheberrechts unberührt.

Dies kann sich faktisch als eine Kompetenzausübungsschranke für die externe Kompetenz auswirken, weil die Union kaum Abkommen schließen wird, wenn sie deren Umsetzung im Inneren nicht selbst – auch aufgrund anderer Kompetenzen – sicherstellen kann oder sich versichert hat, dass die Mitgliedstaaten für die Umsetzung sorgen werden.¹⁰⁷

Richtig ist es daher, hinsichtlich der Handelsaspekte des geistigen Eigentums nur von einer Übertragung der *externen* Kompetenzen auf die Union auszugehen.¹⁰⁸

Hierfür spricht auch das dynamische Konzept der Handelspolitik. Durch Art. 207 Abs. 1 AEUV erhält die Union weitreichende Kompetenzen in Bereichen des geistigen Eigentums als Teil der Handelspolitik. Wenn nun das Konzept der Handelspolitik ein dynamisches ist, folgt hieraus, dass sich die Kompetenzen aufgrund von Art. 207 Abs. 1 AEUV fortentwickeln können. Würde das TRIPS-Abkommen auf weitere Bereiche des geistigen Eigentums ausgeweitet, so könnte die Union ihre Zuständigkeit für diese Bereiche auf Art. 207 AEUV stützen. Dies mag im Hinblick auf internationale Abkommen wünschenswert sein, denn so kann die Union in Verhandlungen mit Drittstaaten stets mit einer Stimme sprechen, auch wenn sich das Konzept der Handelspolitik auf internationaler Ebene weiterentwickelt. Diese Möglichkeit war von den Kritikern des Gutachtens 1/94 stets gefordert worden. Würde dies jedoch nicht nur für die *Außenkompetenz*, sondern auch für die *internen* Kompetenzen gelten, dann würden sich aufgrund der Entwicklungen der internationalen Handelspolitik neue interne Kompetenzen für die Union ergeben und zwar in Bereichen, für die die Verträge bereits eine differenzierte Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten vorsehen.¹⁰⁹

Eine solche Auslegung ermöglicht es einerseits, der Union eine dynamische Außenkompetenz für die gemeinsame Handelspolitik zu geben, bewahrt aber die interne Rechtsetzungskompetenz vor Verschiebungen aufgrund der internationalen Entwicklung des Begriffs der Handelspolitik. Schon im Hin-

107 Die Möglichkeit einer Abstimmung der Union mit den Mitgliedstaaten über ein zu schließendes Abkommen, das dann später die Mitgliedstaaten umsetzen müssten, spricht auch *Krajewski*, CMLRev. 2005, 91, 117 ff., an.

108 *Herrmann*, Die Außenhandelsdimension des Binnenmarktes im Verfassungsentwurf, 195 f. A.A. *Krajewski*, CMLRev. 2005, 91, 110, der aber wohl die Ausführungen Herrmanns zur Einstimmigkeit missversteht.

109 So auch *Krajewski*, CMLRev. 2005, 91, 116 f.

blick auf das Gutachten 1/94 war angemerkt worden, die enge Auslegung des Begriffs der gemeinsamen Handelspolitik unter Ausschluss der meisten Aspekte des geistigen Eigentums sei im Außenverhältnis problematisch, von der Warte der internen Rechtsetzung aus jedoch zu begrüßen.¹¹⁰ So könne eine schleichende Kompetenzverschiebung innerhalb der Union verhindert werden. Zu Recht hatte auch der EuGH betont, dass der Union auf der Grundlage von Art. 114 AEUV (Art. 95 EGV), Art. 115 AEUV (Art. 94 EGV) und Art. 352 AEUV (Art. 308 EGV) Binnenkompetenzen im Bereich des geistigen Eigentums zustanden, für die jedoch andere materielle Voraussetzungen und Verfahrensvorschriften galten. Diese Voraussetzungen hätte die Gemeinschaft aber umgehen können, hätte man den Begriff der Handelspolitik und damit die entsprechende interne Kompetenz zu weit ausdehnt.¹¹¹

Im Ergebnis muss daher festgehalten werden: Auch wenn die Union bei unbefangener Lektüre des Art. 207 Abs. 1 AEUV für die Handelsaspekte des geistigen Eigentums sowohl die Außen- als auch die Innenkompetenz hat, nehmen die Abs. 4 und 6 diesen Befund für die Innenkompetenz wieder zurück. Im Bereich des geistigen Eigentums kann die Union daher Abkommen relativ ungehindert abschließen. Was die Umsetzung dieser Abkommen im Inneren angeht, muss sie jedoch auf andere Kompetenzen zurückgreifen. Interne Rechtsakte können im Bereich des geistigen Eigentums daher nicht auf Art. 207 AEUV gestützt werden.¹¹² Will die Union also durch einseitige Rechtsakte die nationalen Urheberrechte harmonisieren oder ein Europäisches Urheberrecht schaffen, so kann sie hierbei nicht auf Art. 207 AEUV zurückgreifen.

3. Zwischenergebnis

Der Begriff der Handelsaspekte des geistigen Eigentums wird durch den Vertrag von Lissabon nicht verändert. Er verweist nach wie vor auf die internationale Ebene und das System des Welthandels. Durch die Integration der Handelsaspekte des geistigen Eigentums in die gemeinsame Handelspolitik wird die externe Kompetenz der Union für diese Handelsaspekte an das Regime der allgemeinen Handelspolitik angenähert. Demgegenüber ergeben sich für die interne

110 So Hahn in: *Calliess/Ruffert*, 3. Auflage, 2007, Art. 133 EGV Rn. 36 ff.

111 EuGH, 15.11.1994, Gutachten 1/94, Slg. 1994, I-5267 – *Gutachten 1/94 – WTO*, Rn. 59.

112 Im Ergebnis auch *Krajewski*, CMLRev. 2005, 91, 117 ff.; *Weiß* in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 207 AEUV Rn. 35.

Zuständigkeit für die Handelsaspekte des geistigen Eigentums keine Veränderungen, weil entweder Art. 207 Abs. 1 AEUV diesbezüglich schon keine interne Kompetenz verleiht oder aber Abs. 6 eine solche wieder zurücknimmt. Kann die Union also auf der Grundlage von Art. 207 AEUV sehr frei auf internationaler Ebene agieren, muss sie sich doch für interne Maßnahmen im Urheberrecht auf andere Kompetenzen stützen. Die überschießende Außenkompetenz der Union führt dazu, dass diese bei entsprechenden Abkommen sicherstellen muss, dass später auch eine Umsetzung der Abkommen erfolgen kann. Dies kann sich mitunter als eine Kompetenzausübungsschranke für die externe Kompetenz auswirken.

II. Art. 167 AEUV (Art. 151 EGV, Art. 128 EWG)

1. Urheberrecht, Kulturförderung und ihre Rolle im Rahmen der Zielbestimmungen der Union

Das Urheberrecht hat zweifelsohne die Aufgabe, ein reichhaltiges Kulturleben zu fördern.¹¹³ Das mag nur einer der Daseinsgründe des Urheberrechts sein,¹¹⁴ der in anderen Rechtsordnungen als den kontinentaleuropäischen stärker betont wird.¹¹⁵ Nichtsdestotrotz handelt es sich auch nach kontinentaleuropäischem Verständnis um eine wesentliche Rechtfertigung des Urheberrechts, die gerade auch das Interesse der Allgemeinheit am Urheberrechtsschutz begründet. Wenn das Urheberrecht also – neben seiner menschenrechtlichen Bedeutung – der Kulturförderung dient, dann könnte sich aus einer Kulturkompetenz der Union auch eine Kompetenz zur Regelung kulturrelevanter Aspekte des Urheberrechts ergeben.

Die Union hat in diesem Sinne bei ihren urheberrechtlich relevanten Aktivitäten in den letzten Jahren zunehmend auch die kulturelle Dimension ihres Handelns betont und darauf hingewiesen, welche zentrale Rolle die kulturelle Ent-

113 *Schack*, Urheberrecht, Rn. 17; *Schricker*, GRUR 1992, 242, 245.

114 Umfassend zur Rechtfertigung des Urheberrechts aus heutiger Sicht *Hilty*, Urheberrecht, Rn. 52 ff. Zur Rechtfertigung des Schutzes geistigen Eigentums im allgemeinen *Hilty*, IIC 2009, 883, 887 ff.

115 Sehr gern zitiert wird in diesem Zusammenhang Art. 1 § 8(8) der US-Bundesverfassung, der bestimmt: The Congress shall have Power [...] To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.

wicklung Europas für andere Bereiche, insbesondere Innovation, Wirtschaftswachstum und internationale Wettbewerbsfähigkeit einnimmt.¹¹⁶ Vor allem die Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vom 22. Mai 2001¹¹⁷ liefert zahlreiche Beispiele dafür, dass kulturelle Erwägungen in urheberrechtliche Regelungen miteinbezogen werden. So spricht etwa ErwG 8 IGRL auch die kulturellen Auswirkungen der Informationsgesellschaft an, weshalb die Besonderheiten ihrer Produkte und Dienstleistungen zu berücksichtigen seien. In ErwG 9 derselben Richtlinie heißt es, der Schutz des Urheberrechts trage zur Entwicklung kreativer Tätigkeit auch im Interesse der Kultur bei. ErwG 12 IGRL, der ausdrücklich auf die Vorgängervorschrift des Art. 167 AEUV (Art. 151 EGV) Bezug nimmt, weist auf die kulturell große Bedeutung eines angemessenen Schutzes des Urheberrechts hin. Ziel der Richtlinie ist es ausweislich ihrer ErwG 14 und 22 auch, kulturelle Aktivitäten und die Verbreitung von Kultur zu fördern.

Vor diesem Hintergrund lässt sich eine Tätigkeit der Union auf dem Gebiet des Urheberrechts auch mit dem Interesse an einer Förderung der kulturellen Entwicklung Europas begründen. Es liegt daher nahe, die Grundlage für Urheberrechtsinitiativen der Union auch in einer Kulturkompetenz zu suchen.

Untersucht man die Verträge auf Vorschriften für eine Tätigkeit der Union in kulturellen Fragen, wird man schon an exponierter Stelle, nämlich bei den *Zielbestimmungen der Union*, fündig. Eine Zielbestimmung kann wie schon besprochen allein zwar keine Kompetenz der Union im kulturellen Bereich begründen.¹¹⁸ Es erscheint aber durchaus sinnvoll, sich die Änderungen in den Zielbestimmungen zu vergegenwärtigen, da Art. 167 AEUV, der die eigentliche Kulturkompetenz enthält, wie schon vormals Art. 151 EGV der Konkretisierung der kulturellen Zielbestimmung der Union dient.¹¹⁹

116 Vgl. etwa Entschließung des Rates vom 16. November 2007 zu einer europäischen Kulturagenda, ABl. C-287, S. 1–4; Entschließung des Rates vom 21. Januar 2002 über die Bedeutung der Kultur im europäischen Aufbauwerk, ABl. C-32/02, S. 2; zur Entwicklung der Kulturpolitik in der Union vgl. *Fechner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Vor Art. 151 EGV Rn. 2 ff.

117 Im Folgenden: Informationsgesellschaftsrichtlinie – IGRL.

118 Hierzu oben, § 3.

119 *Ress/Ukrow* in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 167 AEUV Rn. 14; *Fischer* in: *Lenz/Borchardt*, Art. 167 AEUV Rn. 1. Zum EG-Vertrag *Ress/Ukrow* in: *Grabitz/Hilff*, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 151 EGV Rn. 87; *Fischer* in: *Lenz/Borchardt*, 4. Auflage, 2006, Art. 151 EGV Rn. 1; *Fechner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 151 EGV Rn. 2.

Art. 3 Abs. 3 UAbs. 4 EUV bestimmt: „[Die Union] wahrt den Reichtum ihrer kulturellen und sprachlichen Vielfalt und sorgt für den Schutz und die Entwicklung des kulturellen Erbes Europas.“ Damit übernimmt der Vertrag von Lissabon wörtlich Art. I-3 Abs. 3 UAbs. 4 EVV.¹²⁰ In Art. 3 Abs. 1 lit. q EGV hatte es demgegenüber geheißen, die Tätigkeit der Gemeinschaft umfasse „einen Beitrag [...] zur Entfaltung des Kulturlebens in den Mitgliedstaaten.“ Art. 3 Abs. 3 UAbs. 4 EUV spricht also nicht mehr vom Kulturleben *in den Mitgliedstaaten*, sondern von einem zwar vielfältigen, aber doch als einheitlich betitelten kulturellen Erbe *Europas*.¹²¹ Die sich in den erwähnten Rechtsakten, insbesondere der Informationsgesellschaftsrichtlinie andeutende Tendenz, die Entwicklung Europas hin zu einem Gemeinwesen nicht mehr nur auf wirtschaftliche Prosperität zu stützen, sondern auch auf eine gemeinsame kulturelle Identität,¹²² findet hier ihren textuellen Niederschlag im Primärrecht. Dahinter dürfte auch die Überzeugung stehen, dass eine vertiefte Integration im gewachsenen und noch wachsenden Europa Verständnis für und Rücksicht auf die kulturellen Besonderheiten der Mitgliedstaaten voraussetzt und sich daher auch die Frage einer neuen Rollenverteilung von Union und Mitgliedstaaten in der Kulturpolitik stellt.¹²³ Die Kultur könnte hier einen entscheidenden Beitrag leisten, Europa die geistige Dimension, die „Seele“ geben, derer es auf dem gegenwärtigen Integrationsstand bedarf.¹²⁴

Die Änderung in den Zielbestimmungen sollte auch deshalb nicht unterschätzt werden, weil das kulturelle Erbe Europas nunmehr auch in der *Präambel*

Vor dem Vertrag von Maastricht, der die Kulturkompetenz des damaligen Art. 128 EWG einführt, stützte die Gemeinschaft Maßnahmen (auch) kulturpolitischen Inhalts auf Art. 114, 115, 207 und 352 AEUV (damals Art. 100 a, 100, 113 und 235 EWG). Vgl. die Zusammenstellung bei *Fechner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Vor Art. 151 EGV Rn. 8; vgl. auch *Blanke* in: *Calliess/Ruffert*, 3. Auflage, 2007, Art. 151 EGV Rn. 1. Vgl. allgemein zur Kulturpolitik der Union vor dem Vertrag von Maastricht die Zusammenstellung bei *Benabou*, *Droit d'auteur et droit communautaire*, Rn. 6 Fn. 7.

120 Zum Stellenwert der Kultur im gescheiterten Verfassungsvertrag ausführlich *von Danwitz*, NJW 2005.

121 *Fischer* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 18.

122 Vgl. hierzu Entschließung des Rates vom 21. Januar 2002 über die Bedeutung der Kultur im europäischen Aufbauwerk, ABl. C-32/02, S. 2; *Blanke* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 167 AEUV Rn. 4; *Fischer* in: *Lenz/Borchardt*, 4. Auflage, 2006, Art. 151 EGV Rn. 4.

123 *von Danwitz*, NJW 2005, 531.

124 *von Danwitz*, NJW 2005, 531.

des EU-Vertrages Erwähnung findet,¹²⁵ und zwar in dem einzigen Erwägungsgrund, der dieser mit dem Vertrag von Lissabon hinzugefügt wurde.¹²⁶

Dabei kann das kulturelle Erbe Europas nicht reduziert werden auf die Summe der nationalen und regionalen Kulturen.¹²⁷ Seine besondere Bedeutung dürfte in der „Betonung der gemeinsamen geistigen Wurzeln der europäischen Völker“¹²⁸ liegen. Wenn sich demgegenüber in Art. 167 AEUV weiterhin sowohl die Kulturen der Mitgliedstaaten als auch das gemeinsame kulturelle Erbe finden, verdeutlicht dies das Spannungsverhältnis europäischer Kulturpolitik zwischen Vielfalt und Gemeinsamkeit.¹²⁹

Die angesprochenen Änderungen an prominenter Stelle müssen also bei der Auslegung des Art. 167 AEUV und damit der Frage, ob sich diese Norm als Rechtsgrundlage für eine Tätigkeit der Union im Bereich des Urheberrechts eignet, bedacht werden.

2. Art. 167 AEUV als Grundlage urheberrechtlicher Regelungen?

Wenn auch die Stärkung der Rolle der Union im kulturellen Bereich durch die Veränderungen ihrer Zielbestimmungen im Vertrag von Lissabon berücksichtigt werden sollte, bleibt es doch bei dem Befund, dass eine Tätigkeit der Union im kulturellen Bereich wegen des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung zusätzlich einer echten Kompetenzgrundlage bedarf. Hier kommt nun Art. 167 AEUV in den Blick, der eine echte Kulturkompetenz der Union enthält.

Der Vertrag von Lissabon hat an der Vorschrift selbst keine materiellen Veränderungen vorgenommen. In Abs. 5 wurde lediglich das bisher gegebene Einstimmigkeitserfordernis im Rat für Fördermaßnahmen und Empfehlungen fallen gelassen.

Art. 167 Abs. 3 AEUV betrifft die *Außenbeziehungen* der Union¹³⁰ und kann daher nicht für die hier interessierenden internen Maßnahmen für eine Vereinheitlichung des Urheberrechts herangezogen werden.

125 Zur Aufnahme des kulturellen Erbes in die Präambel des Verfassungsvertrages schon von Danwitz, NJW 2005, 530.

126 Fischer in: Brosinger/Fischer/Friüh, Reformvertrag, 19.

127 Blanke in: Calliess/Ruffert, Art. 167 AEUV Rn. 4.

128 Blanke in: Calliess/Ruffert, Art. 167 AEUV Rn. 4.

129 Fischer in: Brosinger/Fischer/Friüh, Reformvertrag, 19. Vgl. auch Vedder in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Art. III-280 EVV Rn. 5.

130 Hierzu Blanke in: Calliess/Ruffert, Art. 167 AEUV Rn. 13.

Art. 167 Abs. 4 AEUV bestimmt, dass die Union bei ihrer Tätigkeit aufgrund anderer Bestimmungen des Vertrages kulturellen Aspekten Rechnung zu tragen hat. Hierin ist eine *Querschnittsklausel* zu erblicken, die die Union zu einer umfassenden Berücksichtigung kultureller Belange in anderen Politikbereichen anhält. Dies verpflichtet sie zur Rücksichtnahme, berechtigt sie aber umgekehrt auch, sich bei ihren Aktivitäten in anderen Politikbereichen, also insbesondere bei ihrer wirtschaftlichen Regelungstätigkeit, auch von kulturellen Motiven leiten zu lassen.¹³¹ Indes schafft Abs. 4 keine neue Kompetenz der Union für den kulturellen Bereich, sondern wirkt sich auf die Ausübung der Kompetenzen aufgrund anderer Vorschriften aus.

Als möglicherweise taugliche Grundlagen kulturfördernder Maßnahmen innerhalb der Union erscheinen daher nur die Abs. 1 und 2.

a) Gegenständlicher Bereich der Kulturkompetenz der Union

Art. 167 Abs. 2 AEUV nennt die gegenständlichen Bereiche, in denen die Union tätig werden kann.¹³² Besonders relevant für die hier interessierende Frage nach einer Kompetenz im Bereich des Urheberrechts erscheint dabei der vierte Spiegelstrich, der das künstlerische und literarische Schaffen einschließlich des audiovisuellen Bereichs anspricht. Hier liegt ein Bezug zum Urheberrecht nahe,¹³³ bedenkt man wie schon eingangs postuliert die Bedeutung des Urheberrechts für den Prozess kreativer Tätigkeit.¹³⁴ Das kreative Schaffen und somit auch das Urheberrecht lassen sich somit dem sachlichen Anwendungsbereich der Kulturförderkompetenz zurechnen.¹³⁵

131 Fechner in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 151 EGV Rn. 34.

132 Zur Frage, ob die dortige Aufzählung abschließenden Charakter hat, vgl. *Blanke* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 167 AEUV Rn. 8.

133 So auch *Fechner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 151 EGV Rn. 27.

134 Vgl. auch *Blanke* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 167 AEUV Rn. 12. In diesem Sinne auch *Gronau*, Europäisches Urheberrecht, 19.

135 So auch explizit *Ress/Ukrow* in: *Grabitz/Hilf*, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 151 EGV Rn. 119. Vgl. auch die Auflistung urheberrechtlicher Aktivitäten bei *Ress/Ukrow* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 167 AEUV Rn. 247 ff.

b) Fördernder, unterstützender oder ergänzender Charakter der Kulturkompetenz

Zu klären ist dann aber noch, welche Maßnahmen auf Rechtsfolgenreite auf die Kulturförderkompetenz gestützt werden können.

Art. 167 Abs. 1 AEUV gibt – wie es vormalig schon Art. 3 Abs. 1 lit. q EGV umschrieb¹³⁶ – der Union die Möglichkeit, einen *Beitrag* zur Entfaltung des Kulturlebens in den Mitgliedstaaten zu leisten.

Abs. 2, der die Tätigkeit im kulturellen Bereich konkretisiert,¹³⁷ gibt der Union die Möglichkeit, die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten zu *fördern* und deren Tätigkeit zu *unterstützen* und zu *ergänzen*. Dies setzt aber eine Zusammenarbeit bzw. eine Tätigkeit der Mitgliedstaaten auf dem kulturellen Sektor voraus, an welche entsprechende Maßnahmen der Union anknüpfen können.¹³⁸

Aufgabe der Union ist es also zum einen, die Kulturen der Mitgliedstaaten zu fördern und dabei besondere Rücksicht auf die nationalen und regionalen Besonderheiten zu nehmen, wie Abs. 1 verdeutlicht. Zugleich soll sie aber aktiv das allen Mitgliedstaaten gemeinsame kulturelle Erbe Europas hervorheben.¹³⁹ Für den Schutz und die Entwicklung dieses gemeinsamen kulturellen Erbes Europas ist der Union – wie sich aus der Zielbestimmung des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 4 EUV ergibt – seit dem Vertrag von Lissabon die Hauptverantwortung zugewiesen.

Die Union kann also durchaus eigene kulturpolitische Ziele verfolgen, denn ihre Tätigkeit „ergänzt“ die der Mitgliedstaaten.¹⁴⁰ Insgesamt bleibt die Kompetenz der Union jedoch eine komplementäre,¹⁴¹ die Kulturpolitik der Union darf nicht an die Stelle der nationalen Kulturpolitiken treten.¹⁴² Strenger noch

136 Hierzu Blanke in: *Calliess/Ruffert*, Art. 151 EGV Rn. 1.

137 *Ress/Ukrow* in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 167 AEUV Rn. 103.

138 *Fischer* in: *Lenz/Borchardt*, Art. 167 AEUV Rn. 8; *Blanke* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 167 EGV Rn. 5; *Ress/Ukrow* in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 167 AEUV Rn. 38.

139 *Fechner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 151 EGV Rn. 14; *Fischer* in: *Lenz/Borchardt*, Art. 167 AEUV Rn. 5; *Blanke* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 167 AEUV Rn. 4.

140 *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 36 Rn. 61; *Fischer* in: *Lenz/Borchardt*, Art. 167 AEUV Rn. 8.

141 Vgl. *Fechner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 151 EGV Rn. 8.

142 *Fechner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 151 EGV Rn. 3.

wird man der Union eine Kompetenz, eine umfassende eigenständige Kulturpolitik zu betreiben, nicht zubilligen können.¹⁴³

Der Vertrag von Lissabon hat zwar die eigenständige Rolle einer europäischen Dimension der Kultur hervorgehoben, die Kompetenz der Union bleibt aber dennoch auf diesem Feld eine ergänzende.¹⁴⁴ Dies bestimmt nunmehr auch ausdrücklich Art. 6 lit. c AEUV. Die Kulturpolitik der Union darf nicht an die Stelle der nationalen Kulturpolitiken treten, was gemäß Art. 2 Abs. 5 UAbs. 1 AEUV für alle ergänzenden Zuständigkeiten gilt. Die Kompetenz tritt nur neben die mitgliedstaatliche und vervollständigt diese.

c) Von der Kulturkompetenz gedeckte Maßnahmen

Dieser Befund wird durch die Regelung des Abs. 5 bestätigt, der die *Handlungsformen* beschreibt, die die Union bei ihrer fördernden Tätigkeit ergreifen kann. Danach kann die Union Fördermaßnahmen und Empfehlungen erlassen.

Fördermaßnahmen bezeichnen Maßnahmen, die die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten oder die Tätigkeit der einzelnen Mitgliedstaaten unterstützen oder ergänzen.¹⁴⁵ Ob als solche Fördermaßnahmen auch Maßnahmen nach Art. 288 AEUV, insbesondere Maßnahmen, die Regelungen allgemeiner Art enthalten, erlassen werden können, ist umstritten.¹⁴⁶ Für diese Fördermaßnahmen stellt der erste Spiegelstrich des Abs. 5 aber klar, dass sie jedenfalls keine Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten bewirken dürfen. Selbst wenn man also rechtsverbindliche Maßnahmen wie

143 Blanke in: *Calliess/Ruffert*, Art. 167 AEUV Rn. 6; *Ress/Ukrow* in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 151 EGV Rn. 38; *Herdegen*, Europarecht, § 28 Rn. 6; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 36 Rn. 61. Missverständlich *Gronau*, Europäisches Urheberrecht, 19.

Kritisch ist es daher zu betrachten, wenn sich der Unionsgesetzgeber wie in ErwG 11 der Informationsgesellschaftsrichtlinie auf die Fahnen schreibt, vor allem „die notwendigen Mittel für das kulturelle Schaffen in Europa zu garantieren und die Unabhängigkeit und Würde der Urheber und ausübenden Künstler zu wahren“. Hierzu *Hilty*, PI 2005, 140, 141.

144 *Fischer* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 19.

145 *Fechner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 151 EGV Rn. 43.

146 Dagegen noch *Fischer* in: *Lenz/Borchardt*, 4. Auflage, 2006, Art. 151 EGV Rn. 15. Auch *Blanke* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 167 AEUV Rn. 18; *Fechner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 151 EGV Rn. 43. Dafür jetzt aber *Fischer* in: *Lenz/Borchardt*, Art. 167 AEUV Rn. 12. Auch *Ress/Ukrow* in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 167 EGV Rn. 176.

Verordnungen oder Richtlinien als Fördermaßnahmen zulassen will, schließt doch diese Einschränkung eine Harmonisierung der nationalen Urheberrechte aufgrund der Kulturkompetenz ausdrücklich aus. Jedenfalls ein europäisches Einheitsurheberrecht, welches an die Stelle der nationalen Urheberrechte treten würde, beinhaltet – wie wir noch sehen werden¹⁴⁷ – eine Harmonisierung der nationalen Urheberrechte und kommt daher auf der Grundlage von Art. 167 AEUV ebenfalls nicht in Betracht. Ein Europäisches Urheberrecht, das neben die nationalen Urheberrechte träte, würde zwar keine Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen beinhalten, es würde aber sicherlich die Grenzen des Förderns, Unterstützens und Ergänzens überschreiten. Ein Rückgriff auf die Fördermaßnahmen ist daher für die hier interessierenden Zwecke nicht denkbar.

Empfehlungen sind rechtlich nicht verbindlich, wie Art. 288 Abs. 5 AEUV unzweideutig bestimmt. Auch wenn sich Empfehlungen auf die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten beziehen können,¹⁴⁸ sind sie daher an sich nicht für eine zwingende Harmonisierung der nationalen Urheberrechte geeignet. Als taugliches Instrument einer umfassenden urheberrechtlichen Regelungstätigkeit der Union scheiden sie daher aus.

Allerdings hat die Kommission etwa mit der Empfehlung für die länderübergreifende kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, die für legale Online-Musikdienste benötigt werden¹⁴⁹ unter Beweis gestellt, dass solche Maßnahmen, insbesondere wenn sie sich an Individuen richten, auch im kulturellen Bereich durchaus geeignet sind, das Verhalten dieser Individuen in einer Weise zu beeinflussen, die der Wirkung rechtsverbindlicher Rechtsakte kaum nachsteht.¹⁵⁰ Auf diese Möglichkeit, Rechtsakte in Form der Empfehlung für Regelungen im Bereich des Urheberrechts zu nutzen, wird noch einzugehen sein.¹⁵¹

Sonstige Maßnahmen im Bereich der Kultur werden in Art. 167 AEUV nicht erwähnt, erscheinen aber prinzipiell möglich. Zu Recht wird jedoch ge-

147 Unten, § 4.III.2.c)aa).

148 *Ress/Ukrow* in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 167 AEUV Rn. 183.

149 ABl. EU 2005/L-276/54, im Folgenden: *Onlinemusikempfehlung*.

150 Auch *Fechner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 151 EGV Rn. 48, weist auf die faktische Wirkung von Empfehlungen hin.

151 Unten, § 8.I.1.

fordert, dass solche Maßnahmen keinen rechtsverbindlichen Charakter haben dürfen.¹⁵²

d) Zwischenergebnis

Das Urheberrecht fällt grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Kulturkompetenz des Art. 167 AEUV. Schon aus dem unterstützenden und ergänzenden Charakter ihrer Zuständigkeit folgt jedoch, dass die Union hier keinen direkten Einfluss auf nationale Regelungen nehmen kann. Eine Harmonisierung des Urheberrechts auf der Grundlage der Kulturkompetenz ist daher ausgeschlossen, was für die Fördermaßnahmen in Art. 167 Abs. 5 AEUV ausdrücklich festgehalten wird. Aber auch ein Europäisches Urheberrecht, welches neben die nationalen Urheberrechte oder an ihre Stelle treten würde, ließe sich keinesfalls unter Berufung auf kulturfördernde Ziele auf Art. 167 AEUV stützen. Der Vertrag von Lissabon hat die Kulturkompetenz der Union sicherlich gestärkt, jedoch nichts an ihrem komplementären Charakter verändert. Am deutlichsten geht dies aus dem Harmonisierungsverbot hervor, das unverändert in Art. 167 Abs. 5 AEUV erhalten bleibt.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Art. 167 Abs. 1, 2 und 5 AEUV keine Grundlage bietet, aufgrund derer die Union im Bereich des Urheberrechts gestalterisch tätig werden könnte. Abs. 4 enthält aber eine Querschnittsklausel, welche Rücksichtnahme auf kulturelle Belange verlangt und daher im Rahmen einer Tätigkeit aufgrund anderer Grundlagen beachtet werden muss. Auch das Harmonisierungsverbot des Abs. 5 muss im Hinblick auf andere Kompetenzen im Auge behalten werden.¹⁵³

III. Art. 118 AEUV

Wenn also das Urheberrecht unter seinem kulturfördernden Aspekt mangels umfassender kultureller Kompetenz der Union nicht vereinheitlicht werden kann, so rücken die wirtschaftlichen Implikationen des Urheberrechts ins nähere Blickfeld und werfen die Frage auf, ob nicht die Kompetenzen der Uni-

152 Vgl. *Fechner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 151 EGV Rn. 49.

153 Hierzu unten, § 5.II.

on auf wirtschaftlichem Gebiet – auf dem Gebiet des Binnenmarktes¹⁵⁴ – eine Grundlage für eine Vereinheitlichung des Urheberrechts bieten.

Der AEU-Vertrag enthält mehrere Vorschriften, die der Union Rechtsetzungskompetenzen zur Verwirklichung des Binnenmarktes zuweisen und auf die im folgenden noch eingegangen werden soll. Art. 114 AEUV (Art. 95 EGV) beinhaltet eine allgemeine Rechtsangleichungskompetenz zur Verwirklichung des Binnenmarktes. Art. 53 Abs. 1 AEUV (Art. 47 Abs. 1 und 2 EGV) befasst sich mit der Rechtsangleichung im Interesse der Niederlassungsfreiheit, Art. 62 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 AEUV (Art. 55 i.V.m. Art. 47 Abs. 2 EGV) mit der im Interesse der Dienstleistungsfreiheit.

Für die hier interessierende Frage nach einem einheitlichen Europäischen Urheberrecht erscheint jedoch die mit dem Vertrag von Lissabon eingeführte Vorschrift des Art. 118 AEUV als die mit Abstand bedeutendste Rechtsgrundlage. Es handelt sich hierbei um die für das Recht des geistigen Eigentums wohl insgesamt wichtigste Neuerung des Vertrags von Lissabon. Die Regelung war ebenso auch in der gescheiterten Verfassung in Art. III-176 EVV vorgesehen. Sie verleiht der Union erstmals ausdrücklich eine Kompetenz im Bereich des geistigen Eigentums und ermächtigt sie, europäische Rechtstitel für einen einheitlichen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums zu schaffen.

Wir wollen uns zunächst ausführlich mit den Voraussetzungen der Vorschrift befassen. Im Anschluss daran werden wir untersuchen, ob die möglichen Unsicherheiten oder Lücken, die Art. 118 AEUV lässt, mithilfe der anderen Vorschriften der Binnenmarktkompetenz beseitigt werden können.

1. Voraussetzung des Art. 118 AEUV: Tätigwerden im Rahmen der Verwirklichung oder des Funktionierens des Binnenmarktes

Art. 118 AEUV bestimmt, dass europäische Rechtstitel über einen einheitlichen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums „im Rahmen der Verwirklichung oder des Funktionierens des Binnenmarktes“ geschaffen werden dürfen. Diese Formel enthält die Voraussetzungen eines Tätigwerdens auf der Grundlage des Art. 118 AEUV in sehr komprimierter Form, was eine sorgfältige Auslegung aller ihrer Teilmerkmale erforderlich macht.

154 Zum Begriff des Binnenmarktes sogleich, § 4.III.1.a).

Die Formulierung „im Rahmen der Verwirklichung oder des Funktionierens des Binnenmarktes“ taucht in dieser Form erstmals mit dem Vertrag von Lissabon auf, knüpft aber an mehrere ähnlich formulierte vorbestehende Normen im Kontext des Binnenmarktes an. Dies kann und muss bei der Auslegung der einzelnen Teile der Formel berücksichtigt werden.

Wir werden nun die einzelnen Teile dieser Formel und somit die Voraussetzungen des Art. 118 AEUV schrittweise analysieren. Hierbei werden wir zunächst auf das Binnenmarktkonzept der Verträge nach dem Vertrag von Lissabon einzugehen haben. Sodann werden wir uns der Bedeutung der Formulierung „im Rahmen“ zuwenden. Die größte Aufmerksamkeit wird schließlich die Interpretation des Teilmerkmals „Verwirklichung oder Funktionieren“ beanspruchen. Denn sie setzt voraus, dass ein urheberrechtlicher Binnenmarkt gegenwärtig noch nicht besteht. Hier muss also geklärt werden, warum der jetzige Zustand nebeneinander bestehender und divergierender nationaler Urheberrechte das Zustandekommen eines urheberrechtlichen Binnenmarktes verhindert.

a) Zum Begriff des Binnenmarktes

Schon der Begriff des Binnenmarktes selbst, dem wir uns zuerst widmen wollen, ist in seiner gegenständlichen Weite nicht ganz leicht zu fassen.

Fragen wirft zunächst die vollständige Ersetzung des Begriffs des Gemeinsamen Marktes im Primärrecht durch den des Binnenmarktes auf. Vor dem Vertrag von Lissabon wurden beide Begriffe im Primärrecht verwendet, wodurch mögliche Bedeutungsunterschiede im Raum standen.

Verknüpft mit dieser Frage ist diejenige nach der Einbeziehung der Freiheit vor Wettbewerbsbeschränkungen in den Binnenmarktbegriff. Diese erlangt durch den Vertrag von Lissabon sogar noch besondere Brisanz.

Schließlich ist noch auf Stimmen einzugehen, die einen besonders weiten Binnenmarktbegriff vertreten.

aa) Binnenmarkt und Gemeinsamer Markt

Art. 2 Nr. 2 lit. g des Vertrages von Lissabon beendet die parallele Verwendung der Begriffe Binnenmarkt und Gemeinsamer Markt im Primärrecht. Seitdem sprechen die Verträge einheitlich nur noch vom Binnenmarkt. Dieser umfasst gemäß Art. 26 Abs. 2 AEUV, der – bis auf eine terminologische Anpassung des

Wortlauts (Bestimmungen der Verträge statt des Vertrages) – der Vorgängervorschrift Art. 14 Abs. 2 EGV vollständig entspricht, einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem die *Grundfreiheiten* gewährleistet sind. Dies ist wohl wegen der offenen Formulierung („umfasst“) nicht als eine vollumfängliche Definition des Binnenmarktes zu interpretieren,¹⁵⁵ umschreibt aber zumindest seine Kernelemente. Die Grundfreiheiten stellen demnach ein konstitutives Element des Binnenmarktes dar.

Vor der Vereinheitlichung der Begrifflichkeiten waren die Bedeutungsunterschiede zwischen beiden Termini nicht unumstritten.¹⁵⁶ Zum Teil wurde angenommen, der Binnenmarkt stelle einen Teilbereich des Gemeinsamen Marktes dar, der neben den ausdrücklich ausgenommenen Bereichen in Art. 114 (damals Art. 95 EGV) auch die Wettbewerbspolitik nicht mit einschließe (Einschränkungstheorie). Andere Stimmen gingen von der Kongruenz beider Begriffe aus, weil der Vertrag beide Termini synonym gebrauchte (Synonymitätstheorie). Schließlich wurde angenommen, der Binnenmarkt stelle eine Weiterentwicklung des Gemeinsamen Marktes dar (Erweiterungstheorie), weil er den Gemeinsamen Markt um neue Tätigkeitsfelder ergänze, zumindest aber eine Intensivierung der Integration bezwecke.¹⁵⁷ In diesem Sinn wurde auf die Entstehungsgeschichte und die ratio des Art. 26 AEUV (Art. 14 EGV, Art. 8 a EWG) verwiesen, der bei seiner Einführung mit der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA) eine Vertiefung der Integration bezweckt habe und noch bezwecke. Auch der Wortlaut mit der Einbeziehung des Wegfalls der Binnengrenzen verdeutliche den Fortschritt, den der Binnenmarkt gegenüber dem Gemeinsamen Markt mit sich bringe.¹⁵⁸ Der Binnenmarkt stelle auch insofern eine Präzisierung des Gemeinsamen Marktes dar, als er die Ziele des Weißbuchs zur Vollendung des Binnenmarktes¹⁵⁹ miteinbeziehe. In der Tat verweist die Erklärung der Konfe-

155 So aber wohl *Kahl* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 26 AEUV Rn. 8.

156 Zum Streitstand vgl. *Kahl* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 26 AEUV Rn. 10 ff.; *von Bogdandy* in: *Grabitz/Hilf*, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 14 EGV Rn. 6 ff., beide mit zahlreichen Nachweisen.

157 *Kahl* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 26 AEUV Rn. 12 f.; *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 14 EGV Rn. 1 ff., 6 ff.; *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 95 EGV Rn. 8 ff.; *von Bogdandy* in: *Grabitz/Hilf*, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 14 EGV Rn. 8 ff. Nur für eine Intensivierung ohne gegenständliche Erweiterung des Gemeinsamen Marktes *Fischer* in: *Lenz/Borchardt*, 4. Auflage, 2006, Art. 95 EGV Rn. 6.

158 *Kahl* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 26 AEUV Rn. 13.

159 KOM(85)310.

renz der Regierungsvertreter in der Schlussakte der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA) zu Art. 8 a EWG (jetzt Art. 26 AEUV) auf eben jenes Weißbuch.

Auch der EuGH hat sich zum Begriff des Gemeinsamen Marktes geäußert. Dabei hat er das Konzept des Gemeinsamen Marktes als eine Vorstufe eines „wirklichen Binnenmarktes“ aufgefasst, dem der Gemeinsame Markt möglichst nahe kommen solle.¹⁶⁰ Allerdings konnte sich der EuGH in dieser Entscheidung noch nicht auf das gemeinschaftsrechtliche Konzept des Binnenmarktes beziehen, da dieses wie erwähnt erst mit der EEA Einzug ins Gemeinschaftsrecht fand. Wenn der EuGH somit keine eindeutige Position in der Frage bezogen hat, ob der Binnenmarkt einen qualitativen Fortschritt gegenüber dem Gemeinsamen Markt darstellt, also eine höhere Stufe der Integration beinhaltet, liegt es doch nahe, den später eingeführten Begriff des Binnenmarktes als eine Fortentwicklung des früheren Begriffes des Gemeinsamen Marktes zu begreifen.

Dies legt auch die durch den Vertrag von Lissabon herbeigeführte einheitliche Begrifflichkeit nahe. Denn geht man davon aus, dass der Vertrag von Lissabon eine Vertiefung der Integration Europas bezweckt, so deutet die nunmehr exklusive Verwendung des Begriffs des Binnenmarktes darauf hin, dass der Binnenmarkt zunächst einmal tatsächlich die Fortentwicklung des Gemeinsamen Marktes ist, zumindest aber nicht hinter dem letzteren zurückbleibt.

Zweifel an dieser Auslegung könnten sich jedoch aus einer möglichen Ausklammerung des unverfälschten Wettbewerbs aus dem Binnenmarktkonzept durch die Neufassung der Zielbestimmungen der Union im Vertrag von Lissabon ergeben.

bb) Schutz eines unverfälschten Wettbewerbs als Teilelement des Binnenmarktes

Für die Frage der Reichweite der Binnenmarktkompetenz der Union nicht unerheblich ist, ob das Binnenmarktkonzept auch den Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen beinhaltet.

160 EuGH, 5.5.1982, Rs. 15/81, Slg. 1982, 1409 – *Gaston Schul*, Rn. 33. Hierzu *Kahl* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 26 AEUV Rn. 9.

- aaa) Einschluss des unverfälschten Wettbewerbs in das Binnenmarktkonzept vor dem Vertrag von Lissabon

Vor dem Vertrag von Lissabon wurde der Einschluss des unverfälschten Wettbewerbs in das Binnenmarktkonzept im Schrifttum ganz überwiegend angenommen. Wenn der Binnenmarkt gemäß Art. 2 EGV zu einer nachhaltigen Entwicklung des Wirtschaftslebens in der Gemeinschaft beitragen sollte, dann müsse zu diesem Konzept auch ein freier und unverfälschter Wettbewerb gehören.¹⁶¹ Sowohl der Begriff des Gemeinsamen Marktes als auch der des Binnenmarktes beinhalte daher den Schutz des Wettbewerbs.¹⁶²

Der EuGH hat sich in späteren Entscheidungen zum Begriff des Binnenmarktes geäußert und dabei klargestellt, dass der Binnenmarkt in Zusammenschau mit den Zielen und Tätigkeiten der Gemeinschaft nach Art. 2 und 3 EGV unverfälschte Wettbewerbsbedingungen voraussetze.¹⁶³ Die Beseitigung der durch Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen verursachten Wettbewerbsverfälschungen diene der Verwirklichung der Grundfreiheiten, weshalb Art. 114 AEUV (damals Art. 95 EGV) zu diesem Zweck herangezogen werden dürfe.¹⁶⁴

Der freie und unverfälschte Wettbewerb wurde und wird aber nicht nur durch das Verbot wettbewerbsbehindernder Vereinbarungen und Beschlüsse nach Art. 101 AEUV (Art. 81 EGV) und das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV (Art. 82 EGV) gewährleistet,¹⁶⁵ sondern auch indem sichergestellt wird, dass der Wettbewerb nicht durch

161 Kahl in: *Calliess/Ruffert*, 3. Auflage, 2007, Art. 14 EGV Rn. 24.

162 von Bogdandy in: *Grabitz/Hilf*, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 14 EGV Rn. 8; *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 14 EGV Rn. 37; *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 95 EGV Rn. 19.

163 EuGH, 11.6.1991, Rs. C-300/89, Slg. 1991, I-2867 – *Titandioxid*, Rn. 14; auch *Tietje* in: *Grabitz/Hilf*, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 95 EGV Rn. 13, verweist auf die „untrennbare Verbindung“ der Grundfreiheiten mit den in den Art. 2 und 3 EGV genannten übrigen Aufgaben; *Schieble*, Kompetenz der EG, Fn. 671, sieht die Unverfälschtheit des Wettbewerbs konkret wegen Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV einbezogen.

164 EuGH, 13.7.1995, Rs. C-350/92, Slg. 1995, I-1985 – *Arzneimittelschutzzertifikat*, Rn. 32; so auch *Tietje* in: *Grabitz/Hilf*, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 95 EGV Rn. 13.

165 Kahl in: *Calliess/Ruffert*, Art. 26 AEUV Rn. 27.

ein Gefälle unterschiedlich stark belastender Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten beeinflusst wird.¹⁶⁶

Solche belastenden Rechtsvorschriften können zu produktbezogenen und produktionsbezogenen Wettbewerbsverfälschungen führen.¹⁶⁷ Produktbezogen sind Wettbewerbsverfälschungen dann, wenn sie sich auf den grenzüberschreitenden Verkehr von Waren auswirken (z.B. Produktnormen, Produktsicherheitsbestimmungen). Als produktions- oder standortbezogen werden sie dann bezeichnet, wenn sie nicht den freien Verkehr der Produkte betreffen, sondern sich aus unterschiedlichen Produktionsbedingungen in den jeweiligen Mitgliedstaaten ergeben (z.B. umweltschutz- oder arbeitsrechtliche Bestimmungen). Wegen der größeren Nähe produktbezogener Verfälschungen zu den Verkehrsfreiheiten wird man den Schutz vor diesen eher dem Binnenmarktziel zuordnen als die produktionsbezogenen.

Diese Unterscheidung ist von einem urheberrechtlichen Standpunkt aus betrachtet nicht ganz unbedeutend. Denn nicht alle urheberrechtlichen Regelungen wirken sich in gleich starkem Maße auf den grenzüberschreitenden Verkehr aus. Liegt die Bedeutung des Erschöpfungsgrundsatzes für den Warenverkehr etwa auf der Hand, so fällt es schwerer, einen Bezug einer Regelung über die originäre Rechtsinhaberschaft an im Rahmen von Arbeitsverhältnissen entstandenen Werken zu den Verkehrsfreiheiten herzustellen. Man wäre eher geneigt, solche Regelungen als produktionsbezogen, in unserem Fall als schöpfungsaktsbezogen einzuordnen.

Richtig dürfte es aber sein, auch den Schutz vor nur standort- oder produktionsbezogenen Wettbewerbsverfälschungen in das Binnenmarktkonzept miteinzubeziehen. Denn wenn Art. 114 AEUV (Art. 95 EGV) als die Generalnorm für die Rechtsvereinheitlichung im Binnenmarkt nur die produktbezogenen Wettbewerbsverfälschungen erfasste, so wäre die Bereichsausnahme des Art. 114 Abs. 2 AEUV (Art. 95 Abs. 2 EGV) etwa hinsichtlich des Arbeitnehmerschutzes überflüssig, weil letzterer unzweifelhaft Produktionsfaktoren betrifft.¹⁶⁸

Wenn der Einschluss des Schutzes des Wettbewerbs vor Verzerrungen in das Binnenmarktkonzept bislang als gefestigte Rechtsprechung des EuGH und ganz herrschende Meinung in der Literatur bezeichnet werden konnte, so enthält

166 Anschaulich *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 14 EGV Rn. 37.

167 Vgl. *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 95 EGV Rn. 18 f.

168 *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 95 EGV Rn. 18 f.

der Vertrag von Lissabon bestimmte Änderungen, die dieses Ergebnis in Frage stellen.

bbb) Einengung des Binnenmarktkonzeptes durch den Vertrag von Lissabon?

Der Vertrag von Lissabon hat die Zielbestimmungen der Union neu gefasst. Viele der Tätigkeiten der Gemeinschaft nach Art. 3 Abs. 1 EGV finden sich – wenn auch in nicht so detaillierter Form – auch in Art. 3 EUV wieder. Nicht hierzu zählt jedoch Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV, der den Tätigkeiten der Gemeinschaft „ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt,“ beifügte. Auch der Verfassungsvertrag hatte in Art. I-3 Abs. 2 noch „den Bürgerinnen und Bürgern [...] einen Binnenmarkt mit freiem und unverfälschtem Wettbewerb“ versprochen. Die Streichung, welche der Europäische Rat in Brüssel im Juni 2007 vorgenommen hat,¹⁶⁹ wirft die Frage auf, ob hierdurch die Freiheit vor Wettbewerbsverfälschungen aus dem Binnenmarktkonzept herausgenommen werden sollte.

Vieles spricht dafür, in der Streichung eine gewisse Abwertung des unverfälschten Wettbewerbs gegenüber den anderen Zielen der Union zu erblicken.¹⁷⁰ Dagegen spricht allerdings der Inhalt des Protokolls Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb¹⁷¹, welches den Verträgen beigelegt wurde.¹⁷² Der Tilgung des unverfälschten Wettbewerbs aus dem Zielekatalog steht nämlich der einzige Erwägungsgrund dieses Protokolls gegenüber, in dem es heißt, der Binnenmarkt im Sinne des Art. 3 EUV umfasse auch ein System, welches den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt. Hieraus ergibt sich zweierlei.

Zum einen mildert der Einschluss des unverfälschten Wettbewerbs in das Binnenmarktkonzept die Folgen der Streichung aus den Zielen der Union ab, auch wenn er sich nur in einem Protokoll befindet. Nach Art. 51 EUV sind

169 Ausführlich zu den Hintergründen der Streichung der entsprechenden Passage *Früh* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 52 ff.

170 Dies könnte deshalb wichtig werden, weil der EuGH bei der Interpretation des Unionsrechts oftmals auf die Zielbestimmungen der Verträge zurückgreift. Kommt es zu einem Zielkonflikt, ist nicht auszuschließen, dass der EuGH einem anderen Ziel als dem des unverfälschten Wettbewerbs größeres Gewicht beimessen wird. Vgl. hierzu *Früh* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 53.

171 ABl. EU 2007/C-306/156, konsolidierte Fassung; ABl. EU 2008/C-115/309.

172 Hierzu *Drexler*, Wettbewerbsverfassung, 910.

die Protokolle der Verträge Bestandteil der Verträge.¹⁷³ An der Verbindlichkeit des Protokolls kann daher kein Zweifel bestehen.¹⁷⁴ Nicht vergessen werden darf zudem, dass der redliche Wettbewerb in der Präambel des AEU-Vertrages unverändert gegenüber derjenigen des EG-Vertrages erscheint, was den freien Wettbewerb wiederum aufwerten dürfte.¹⁷⁵ Auch greift Art. 119 Abs. 1 AEUV den freien Wettbewerb auf, dem die europäische Wirtschaftspolitik verpflichtet ist.¹⁷⁶

Zum anderen findet sich hier zum ersten Mal eine primärrechtliche Verankerung des unverfälschten Wettbewerbs als *Teil* des Binnenmarktes. Auf die Frage, ob der Binnenmarkt i.S.d. Verträge – konkret: i.S.d. Art. 118 AEUV – auch die Freiheit vor Wettbewerbsbeschränkungen umfasst, was im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH bejaht wurde, finden wir jetzt erstmals eine ausdrückliche Antwort im Primärrecht.

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Der Schutz vor Wettbewerbsverfälschungen gehört zum Binnenmarktkonzept. Der Vertrag von Lissabon mag eine gewisse Abwertung des Schutzes des unverfälschten Wettbewerbs als Ziel der Union mit sich bringen. In jedem Fall verankert er diesen aber als Teil des Binnenmarktkonzeptes. Zweifellos greift die Kompetenz des Art. 118 AEUV daher nicht erst dann, wenn es um die Beseitigung von Behinderungen für die Verkehrsfreiheiten geht, sondern schon dann, wenn Wettbewerbsverzerrungen bekämpft werden sollen. Die Union kann danach auch dann Rechtstitel des geistigen Eigentums schaffen, wenn dies der Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen dient.

cc) Weiter reichende Binnenmarktbegriffe

Über die Verwirklichung der Grundfreiheiten und die Freiheit vor Wettbewerbsverfälschungen hinaus wird zum Teil ein noch weiterer Binnenmarktbegriff angenommen. Die Binnenmarktkompetenz dürfe auch herangezogen werden, um die rechtlichen Rahmenbedingungen für eine immer engere Verknüpfung der

173 Hierzu *Drexel*, Wettbewerbsverfassung, 910.

174 Zu bedenken bleibt allerdings, dass der Passus nur in einen Erwägungsgrund des Protokolls aufgenommen wurde. Wenn *Weber*, EuZW 2008, 7, 7, deshalb Auswirkungen des Protokolls auf die Wettbewerbsregeln verneinen will, dürfte dies aber zu weit gehen.

175 Vgl. *Früh* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 53.

176 *Drexel*, Wettbewerbsverfassung, 918.

nationalen Volkswirtschaften bis hin zu ihrer Verschmelzung zu schaffen. Zu Recht wird diesbezüglich auf Art. 174 und 175 AEUV (Art. 158 und 159 EGV) verwiesen.¹⁷⁷ Art. 174 AEUV verpflichtet die Union zur Stärkung des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts im Hinblick auf eine harmonische Entwicklung der Union als Ganzes. Art. 175 Abs. 1 S. 2 AEUV bestimmt, dass die Errichtung des Binnenmarktes dieses Ziel zu berücksichtigen habe. Dies legt es zumindest nahe, dass die Verschmelzung der Volkswirtschaften zu einem Ganzen als Teil des Binnenmarktkonzeptes anzusehen ist. Allerdings erlaubt dies eher Rückschlüsse auf den Grad einer Rechtsvereinheitlichung, die im Rahmen der Binnenmarktkompetenzen möglich sein soll, als auf die vom Binnenmarktkonzept erfassten Regelungsbereiche.

Art. 179 AEUV (Art. 163 EGV) legt die Union auf das Ziel der Stärkung ihrer wissenschaftlichen und technologischen Grundlagen und der Förderung ihrer internationalen Wettbewerbsfähigkeit fest. Hierzu soll die Union nach Abs. 2 die Zusammenarbeit der Unternehmen und Forschungseinrichtungen fördern, damit die Forscher grenzüberschreitend zusammenarbeiten und die Unternehmen die Möglichkeiten des Binnenmarktes ausschöpfen können. Hieraus ergibt sich noch nicht, dass der Binnenmarkt auch die Ziele des Abs. 1 mit umfasst.¹⁷⁸ Jedoch verlangt auch das Weißbuch über die Vollendung des Binnenmarktes die Schaffung geeigneter Rahmenbedingungen für die industrielle Zusammenarbeit.¹⁷⁹ Die Binnenmarktkompetenz umfasst also auch solche Maßnahmen, die der Stärkung der industriellen Zusammenarbeit und auf diesem Wege der Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit dienen.

Im Zusammenhang mit dem Urheberrecht könnte man diesbezüglich an die Erleichterung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit zwischen Forschern, aber auch zwischen Verwertungsgesellschaften oder kommerziellen Verwertungsunternehmen denken. Es ist allerdings fraglich, ob hierdurch Bereiche erfasst werden, die nicht ohnehin von der Kompetenz zur Verwirklichung der Verkehrsfreiheiten und zum Schutz des Wettbewerbes erfasst werden. Gelten einheitliche Wettbewerbsbedingungen und werden die Verkehrsfreiheiten gewährleistet, so erleichtert dies ohne Zweifel auch eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit von Unternehmen.

177 *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 95 EGV Rn. 27.

178 So aber wohl *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 95 EGV Rn. 27.

179 Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes, KOM (85) 310, Rn. 133 ff.

dd) Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Das Binnenmarktziel, dem die Anwendung der Rechtsetzungskompetenzen nach Art. 118 AEUV verpflichtet ist, umfasst neben der Beseitigung von Hindernissen für die Grundfreiheiten jedenfalls auch die Bekämpfung von Wettbewerbsverfälschungen. Hieran ändert letztlich auch der Vertrag von Lissabon nichts. Überlegungen zu einer noch weitergehenden Fassung des Binnenmarktziels bringen keine entscheidenden Erweiterungen. Die ohnehin schon sehr breite Fassung der Binnenmarktkompetenz legt es nahe, keine über die herrschende Meinung hinausgehenden Kompetenzbereiche in die nachfolgenden Überlegungen miteinzubeziehen.

b) Im Rahmen: europäische Rechtstitel des geistigen Eigentums müssen dem Binnenmarkt dienen

Art. 118 AEUV erlaubt die Schaffung von Rechtstiteln des geistigen Eigentums „im Rahmen der Verwirklichung oder des Funktionierens des Binnenmarkts“. Diese Formulierung charakterisiert das Verhältnis, in welchem die auf Art. 118 AEUV gestützten Maßnahmen zum Binnenmarkt stehen müssen. Wie dies genau zu verstehen ist, ist nicht gänzlich klar.

Zum einen könnte man das Merkmal „im Rahmen“ sehr weit auslegen und dahingehend verstehen, dass es alle Maßnahmen deckt, die dem Binnenmarktziel *nicht zuwiderlaufen*. Ein entsprechendes Verständnis wurde – richtiger Weise – auch für Art. 308 EGV (jetzt – allerdings mit wichtigen Veränderungen – Art. 352 AEUV) angenommen.¹⁸⁰ Die Schaffung eines Europäischen Urheberrechts wäre der Union also schon dann gestattet, wenn dieses dem Binnenmarkt nicht schadete.

Zum anderen könnte man die Formulierung auch bedeutend enger verstehen, nämlich in dem Sinne, dass Maßnahmen nach Art. 118 AEUV die Verwirklichung des Binnenmarktes *voranbringen* müssen.

Für diese Sichtweise spricht, dass Art. 118 AEUV und Art. 352 AEUV (Art. 308 EGV) völlig unterschiedliche Funktionen haben. Art. 118 AEUV gibt eine präzise Kompetenz zum Erlass von Rechtstiteln zum Schutz des geistigen Eigentums. Demgegenüber soll Art. 352 AEUV Abhilfe schaffen, wenn für eine der überaus breiten Aufgaben der Union keine expliziten Kompetenzen vorge-

180 Hierzu ausführlich unten, § 4.V.2.b).

sehen wurden, was in einer sehr großen Zahl von Fällen und Konstellationen denkbar erscheint. Wenn mit Art. 352 AEUV also auf nicht genau vorhergesehene und vorhersehbare Situationen reagiert werden können soll, so rechtfertigt dies eine breite Auslegung des Merkmals „im Rahmen“. Anders liegt der Fall aber bei Art. 118 AEUV, der in einer bestimmten Situation zu einem ganz bestimmten Tätigwerden der Union (dem Erlass von Rechtstiteln der Union) ermächtigt.

Gleichfalls für diese engere Auslegung spricht, dass Art. 118 AEUV der Binnenmarktkompetenz zuzurechnen ist. Deren Generalklausel, Art. 114 AEUV, verlangt ein Tätigwerden „für die Verwirklichung der Ziele des Artikels 26“, also des Binnenmarktes, und gestattet nur solche Maßnahmen, „welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben“.¹⁸¹ Es wäre überraschend, wenn die weitaus engere Grundlage des Art. 118 AEUV, die nur einen kleinen Ausschnitt der Binnenmarktkompetenz bildet und nur zum Erlass von Rechtstiteln des geistigen Eigentums ermächtigt, in diesem Punkt über die Generalklausel hinausginge.

Für eine enge Auslegung der Voraussetzung bei Art. 118 AEUV spricht schließlich auch, dass kaum ersichtlich ist, wie ein einheitlicher Rechtstitel der Union dem Binnenmarkt zuwiderlaufen könnte. Dem Merkmal „im Rahmen der Verwirklichung oder des Funktionierens des Binnenmarktes“ ginge daher bei einem zu weiten Verständnis jede eigenständige Bedeutung ab.

Richtig erscheint es daher, die Formel eher im Sinne des Art. 114 AEUV (Art. 95 EGV) zu verstehen.¹⁸² Soll also aufgrund von Art. 118 AEUV ein Rechtstitel der Union geschaffen werden, so muss ein solcher Rechtstitel eine Verbesserung der Voraussetzungen für den Binnenmarkt bewirken.¹⁸³

181 Der Wortlaut des Art. 114 Abs. 1 S. 2 AEUV ist zweideutig, könnte man doch annehmen, der letzte Halbsatz beziehe sich nicht auf die zu treffenden Maßnahmen der Union, sondern auf die anzugleichenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten. Jedoch können mitgliedstaatliche Vorschriften kaum die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Hierzu *Kahl* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 114 AEUV Rn. 20. Schon zum alten Recht *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 95 EGV Rn. 21.

182 *Fischer/Frühl/Jaeger*, EuLF 2009, II-29, II-38.

183 In diesem Sinne auch *Rossi* in: *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Art. III-176 EVV Rn. 5 f., der von einem „besonderen Bezug“ des zu schaffenden Rechtstitels zu Verwirklichung und Funktionieren des Binnenmarktes spricht. Noch zu Art. 95 EGV *Hilty*, PI 2005, 140, 140 f. Besonders deutlich *Hilty*, Die Umsetzung der Informationsgesellschaftsrichtlinie in Deutschland, 52 f.; 60.

c) Verwirklichung und Funktionieren des Binnenmarktes: ein perfekter Binnenmarkt braucht keine Maßnahmen

Wie wir soeben gesehen haben, müssen die auf der Grundlage von Art. 118 AEUV geschaffenen Rechtstitel des geistigen Eigentums die Voraussetzungen für den Binnenmarkt verbessern, diesem also dienen.

Die Vorschrift spricht nun nicht vom Binnenmarkt schlechthin, sondern von dessen Verwirklichung und Funktionieren.¹⁸⁴

Dies setzt gedanklich voraus, dass der Idealzustand eines perfekt funktionierenden Binnenmarktes nicht besteht, sondern eine Situation gegeben ist, in der (noch) *Beeinträchtigungen des Binnenmarktes* vorliegen.¹⁸⁵ Wenn nun der Bin-

184 Ganz ähnlich bestimmt Art. 26 Abs. 1 AEUV, dass die Union Maßnahmen trifft, um „den Binnenmarkt zu verwirklichen beziehungsweise dessen Funktionieren zu gewährleisten.“ Dessen Vorgängervorschrift, Art. 14 EGV, hatte noch nur von der Verwirklichung des Binnenmarktes gesprochen. Dennoch war schon nach der Rechtslage vor dem Vertrag von Lissabon ganz herrschende Meinung, dass der Binnenmarkt eine Daueraufgabe darstellt. Vgl. nur *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 14 Rn. 24.

Nach der Verwirklichung des Binnenmarktes musste es darum gehen, dessen beständiges Funktionieren zu sichern. Zu Recht wurde diesbezüglich darauf verwiesen, dass etwa Art. 114 und 115 AEUV (vormals Art. 95 und 94 EGV) sowohl von der Errichtung als auch dem Funktionieren des Binnenmarktes sprechen. Vgl. *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 14 Rn. 24.

185 Vgl. *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 95 EGV Rn. 25.

Allerdings dürfen aufgrund der Binnenmarktkompetenz auch dann schon Maßnahmen ergriffen werden, wenn noch keine Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen bestehen, die den Binnenmarkt beeinträchtigen, die Entstehung von Hindernissen jedoch wahrscheinlich ist und die Maßnahmen die Vermeidung solcher Diskrepanzen bezwecken. Hierzu EuGH, 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 – *Tabakwerberichtlinie I*, Rn. 86.

Schon für Art. 115 AEUV (vormals Art. 94 EGV) wurde angenommen, dass er vorbeugende Maßnahmen der Union erlaube. Dies gilt umso mehr für Art. 114 AEUV (Art. 95 EGV) und auch für Art. 118 AEUV, knüpfen diese doch nicht an die Auswirkungen der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten an, sondern ermöglichen prospektiv ein Tätigwerden im Hinblick auf den Binnenmarkt. Hierzu *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 95 EGV Rn. 43 f.

Nach der Rechtsprechung ist jedoch erforderlich, dass die Entstehung von Hindernissen im Gefolge unterschiedlicher Entwicklungen der nationalen Rechtsordnungen wahrscheinlich ist und die Maßnahme ihre Vermeidung bezweckt. Hierzu EuGH, 13.7.1995, Rs. C-350/92, Slg. 1995, I-1985 – *Arzneimittelschutzzertifikat*, Rn. 35; EuGH, 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 – *Tabakwerberichtlinie I*, Rn. 86; EuGH, 9.10.2001, Rs. C-377/98, Slg. 2001, I-7079 – *Biotechnolo-*

nenmarkt die Gewährleistung der Grundfreiheiten und die Freiheit des Marktes von Wettbewerbsverzerrungen beinhaltet,¹⁸⁶ so muss vor Erlass einer Maßnahme geprüft werden, ob zumindest potentiell *Behinderungen der Grundfreiheiten oder aber Wettbewerbsverzerrungen* vorliegen, die mit der anvisierten Maßnahme bekämpft werden sollen. Erst danach kann beurteilt werden, ob die Maßnahme die Union dem Ziel der Beseitigung eines Missstandes näher bringt.¹⁸⁷

Konkret geht es also an dieser Stelle darum festzustellen, inwieweit der jetzige Zustand nebeneinander bestehender nationaler Urheberrechte zu Beeinträchtigungen eines urheberrechtlichen Binnenmarktes führt.

Um Beeinträchtigungen eines perfekten urheberrechtlichen Binnenmarktes durch das parallele Bestehen nationaler Urheberrechte festzustellen, ist zunächst zu erörtern, wie sich diese nationalen Urheberrechte in der Union, insbesondere auf grenzüberschreitende Vorgänge auswirken. An sich ist hierbei auf zwei Phänomene einzugehen: die materielle Unterschiedlichkeit der nationalen Urheberrechte sowie die Erforderlichkeit, grenzüberschreitende Lizenzen für urheberrechtlich relevante Verwertungsvorgänge zu erwerben. Schwerpunktmäßig wird hier aber nur das Problem der parallelen Existenz nationaler Urheberrechte bearbeitet, nicht ohne jedoch mögliche Auswirkungen einer Vereinheitlichung auf die Lizenzierungsproblematik im Auge zu behalten.

aa) Unterschiedlichkeit der nationalen Urheberrechte

Zu Beeinträchtigungen des Binnenmarktes kann es zunächst infolge unterschiedlicher nationaler Rechtsordnungen kommen. Die nationalen Urheberrechtsordnungen unterscheiden sich auch nach jahrelangen Harmonisierungsbemühungen in der Union materiellrechtlich voneinander, wenn auch nicht in allen Bereichen des materiellen Urheberrechts gleich stark.

Die bloße Feststellung von Rechtsunterschieden genügt indes nicht, um Behinderungen der Grundfreiheiten oder Wettbewerbsverzerrungen zu belegen,

gische Erfindungen, Rn. 15; EuGH, 10.12.2002, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11453 – *British American Tobacco*, Rn. 61; EuGH, 14.12.2004, Rs. C-434/02, Slg. 2004, I-11825 – *Arnold André*, Rn. 31; EuGH, 14.12.2004, Rs. C-210/03, Slg. 2004, I-11893 – *Swedish Match*, Rn. 30; EuGH, 12.7.2005, Verb. Rs. C-154/04 und C-155/04, Slg. 2005, I-6451 – *Alliance for Natural Health*, Rn. 29.

¹⁸⁶ Oben, § 4.III.1.a).

¹⁸⁷ Für ein vergleichbares Vorgehen vgl. Schlussanträge des Generalwalts Fenelly, 15.6.2000, Slg. 2000, I-8419 – *Tabakwerberichtlinie I*, Rn. 93 ff.

und kann folglich auch nicht zur Begründung einer Kompetenz aufgrund von Art. 118 AEUV oder eines sonstigen Binnenmarktkompetenztitels herangezogen werden.¹⁸⁸ Erforderlich ist vielmehr, dass die festgestellten Unterschiede *den Handel zwischen den Mitgliedstaaten behindern können*.¹⁸⁹

Zum Teil wird vorgetragen, die noch bestehenden materiellen Unterschiede der nationalen Urheberrechte seien zu marginal, um tatsächlich Hindernisse für eine grenzüberschreitende Verwertung darzustellen.¹⁹⁰ Tatsächlich wird man – wegen des unterschiedlichen Grades der Angleichung, die in den verschiedenen Bereichen des Urheberrechts erreicht wurden – dies nicht pauschal behaupten können. Es muss für die verschiedenen Felder des materiellen Urheberrechts untersucht werden, welche *Rechtsunterschiede trotz möglicherweise erfolgter Harmonisierung* noch bestehen und ob die demzufolge divergierenden nationalen Regelungen in dem jeweiligen Bereich *in gegenständlicher Hinsicht den Handel* – in unserem Falle den Handel mit urheberrechtlich relevanten Waren und Dienstleistungen – *beeinflussen* können. Soweit sich Regelungen materiell nicht auf den Handel, also die Verwertung von Werken auswirken, können Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen den Binnenmarkt auch nicht beeinträchtigen.¹⁹¹ Die Untersuchung der einzelnen Bereiche des Urheberrechts soll nicht schon hier im Rahmen der Kompetenzgrundlagen erfolgen, sondern einer ausführlichen späteren Betrachtung vorbehalten bleiben.¹⁹²

Schon an dieser Stelle kann aber allgemein und losgelöst von den einzelnen Bereichen des Urheberrechts auf zwei weitere Fragen eingegangen werden: Zum einen kann es zu einer Beeinträchtigung des Binnenmarktes nur kommen, wenn zumindest das *Potential für einen grenzüberschreitenden Handel* urheber-

188 Noch zu Art. 95 EGV EuGH, 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 – *Tabakwerberichtlinie I*, Rn. 84; EuGH, 14.12.2004, Rs. C-434/02, Slg. 2004, I-11825 – *Arnold André*, Rn. 30; EuGH, 14.12.2004, Rs. C-210/03, Slg. 2004, I-11893 – *Swedish Match*, Rn. 29. Kahl in: *Calliess/Ruffert*, 3. Auflage, 2007, Art. 95 EGV Rn. 17; Fischer in: *Lenz/Borchardt*, 4. Auflage, 2006, Art. 95 EGV Rn. 17. Zu Art. 114 AEUV Fischer in: *Lenz/Borchardt*, Art. 114 AEUV Rn. 9.

189 Kahl in: *Calliess/Ruffert*, Art. 114 AEUV Rn. 21.

190 So etwa *Hugenholz/van Eechoud/van Gompel*, Recasting of Copyright, 22 f.

191 Zu entsprechenden Überlegungen hinsichtlich eines Europäischen Zivilrechts *Basedow*, Festschrift Mestmäcker, 359.

192 Die Untersuchung der einzelnen materiellen Bereiche des Urheberrechts auf ihre Binnenmarktrelevanz soll in einem eigenen Kapitel erfolgen, vgl. unten, § 9. Für eine strenge Prüfung der Binnenmarktrelevanz auch *Hilty*, Entwicklungsperspektiven, 148.

rechtlich relevanter Waren und Dienstleistungen gegeben ist.¹⁹³ Wo es dieses Potential nicht gibt, kann ein Binnenmarkt urheberrechtlich relevanter Erzeugnisse auch nicht beeinträchtigt werden (§ 4.III.1.c)aa)aaa)).

Zum anderen ist zu bedenken, dass an sich *vorhandene Unterschiede* zwischen den nationalen Urheberrechten, selbst wenn sie verwertungsrelevant sind, möglicherweise *aus rechtlichen Gründen nicht zum Tragen* kommen (§ 4.III.1.c)aa)bbb)). Auch in diesem Fall besteht im Hinblick auf den Binnenmarkt kein Handlungsbedarf.

aaa) Das Potential für einen Binnenmarkt urheberrechtlich geschützter Werke

Zu Beeinträchtigungen der *Grundfreiheiten* kann es nur kommen, wenn sich die zu untersuchenden Waren und Dienstleistungen prinzipiell für den unionsweiten Handel eignen. Andernfalls findet kein grenzüberschreitender Verkehr statt und kann dementsprechend auch eine Inanspruchnahme der Verkehrsfreiheiten nicht beeinträchtigt werden.¹⁹⁴

Komplizierter liegt der Fall bei den *Wettbewerbsbedingungen*. Die in den Mitgliedstaaten gegebenen Wettbewerbsbedingungen können zwar an sich auch verglichen werden, ohne dass ein grenzüberschreitender Handel festgestellt werden muss.¹⁹⁵ Man würde demnach überprüfen, ob die Wettbewerbsbedingungen in einem Mitgliedstaat vergleichbar sind mit den Wettbewerbsbedingungen in einem anderen Mitgliedstaat. Jedoch gelten die nationalen Regelungen, welche die rechtlichen Wettbewerbsbedingungen ausmachen, grundsätzlich für alle auf dem jeweiligen nationalen Markt Aktiven gleichermaßen.¹⁹⁶ Zu Wettbewerbsverzerrungen und damit zu Binnenmarktrelevanz kommt es durch

193 Streng genommen ist dies eigentlich eine Frage, die erst im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu prüfen ist. Nur wo das Potential eines nennenswerten grenzüberschreitenden Handels gegeben ist, können Maßnahmen zur Unterstützung dieses Handels dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.

194 Vgl. das Parteivorbringen in EuGH, 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 – *Tabakwerberichtlinie I*, Rn. 13 ff.

195 Ausführlicher hierzu unten, § 4.III.1.c)aa)bbb)(2).

196 Anders wäre dies, wenn fremdenrechtliche Bestimmungen eines Landes ausländischen Akteuren aus einem anderen Mitgliedstaat den Genuss bestimmter Inländerbefugnisse verweigern würden. Dies ist aber spätestens seit der *Phil-Collins*-Entscheidung des EuGH (EuGH, 20.10.1993, Verb. Rs. C-92/92 und C-326/92, Slg. 1993, I-5145 – *Phil Collins*) nicht mehr der Fall.

Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen daher nur dann, wenn es zumindest potentiell eine grenzüberschreitende Verwertung gibt. Denn nur dann kann sich ein Unternehmen die auf seinem Heimatmarkt aufgrund günstigerer Wettbewerbsbedingungen erzielten Vorteile zunutze machen, um seine Wettbewerbsposition auf anderen nationalen Märkten auszubauen.¹⁹⁷

Sowohl Beeinträchtigungen der Verkehrsfreiheiten als auch Wettbewerbsverzerrungen setzen also gedanklich voraus, dass es eine potentielle grenzüberschreitende Verwertung von Werken gibt. Dies ist für urheberrechtlich relevante Waren und Dienstleistungen wegen ihrer vielfach gegebenen Bindung an Sprache und Kultur nicht genauso offensichtlich wie für die Schutzgegenstände anderer Immaterialgüterrechte.¹⁹⁸ Kunst und Kultur hängen sehr von der Tradition des jeweiligen Kulturraums und dem Geschmack des heimischen Publikums ab. Gerade bei Werken der Literatur, aber auch der Musik kommen die Sprachgrenzen hinzu, die in Europa weitgehend mit den Grenzen der Mitgliedstaaten übereinstimmen.

Deshalb annehmen zu wollen, dass es einen grenzüberschreitenden Verkehr, einen Binnenmarkt urheberrechtlich geschützter Produkte gar nicht gibt, eine Beeinträchtigung in diesem Bereich also begrifflich ausgeschlossen ist, ginge an der heutigen Realität jedoch vorbei.¹⁹⁹

Im Hinblick auf die Sprachgrenzen lässt sich zunächst auf diejenigen Werke und Schutzgegenstände verweisen, die ganz ohne Sprache auskommen oder für die die Sprache zumindest keine große Rolle spielt, also etwa Werke der Bildenden Kunst und bestimmte Musikwerke²⁰⁰. Hinzu kommt, dass viele Werke, die in digitaler Form verbreitet werden wie beispielsweise Filme auf DVDs oder auch Anwendersoftware häufig mehrere Sprachfassungen enthalten, sodass der Nutzer die von ihm bevorzugte Sprache frei wählen kann. Weiter muss die nicht zu verleugnende Dominanz der englischen Sprache bedacht werden. Musikwer-

197 In diesem Sinne EuGH, 12.3.2002, Rs. C-168/00, Slg. 2002, I-2631 – *Leitner*, Rn. 21; anschaulich hierzu *Ludwigs*, EuR 2006, 370, 392. Vgl. auch das Parteivorbringen in der Rechtssache EuGH, 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 – *Tabakwerberichtlinie I*, sowie die Stellungnahme des Generalanwaltes Fenelly hierzu, Schlussanträge des Generalwalts Fenelly, 15.6.2000, Slg. 2000, I-8419 – *Tabakwerberichtlinie I*, Rn. 38 und 103 ff.

198 Vgl. *Dreier*, ZEuP 2011, 831, 850, *passim*.

199 Vgl. hierzu auch *Schieble*, Kompetenz der EG, 143. Zur Entwicklung von audiovisuellen Mediendiensten vgl. auch Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt, KOM (2011) 427, 7 f.

200 Zu den Musikwerken vgl. *Bortloff*, GRUR Int. 2003, 669, 679.

ke, aber auch Werke der Literatur, insbesondere der Fachliteratur werden in vielen Bereichen heute unionsweit hauptsächlich auf Englisch verfasst und gehört und gelesen. Im Filmbereich lässt sich eine verstärkte Nachfrage nach Originalfassungen beobachten. Überhaupt sind die Fremdsprachenkenntnisse – das gilt nicht nur für das Englische – heute in Europa als weitaus fortgeschrittener zu betrachten als noch vor einigen Jahrzehnten.²⁰¹ Sprachen stellen daher heute ein recht geringes Hindernis dar, wenn es um die gemeinschaftsweite Verbreitung von Werken geht.

Selbst wenn das Publikum hinsichtlich mancher kulturell relevanter Waren und Dienstleistungen wie etwa Bücher und – je nach mitgliedstaatlicher Tradition – auch Filme und Fernsehsendungen daran gewöhnt ist, diese in der jeweiligen Landessprache zu lesen, zu sehen oder zu hören, muss bedacht werden, dass die Staatsgrenzen zwar oft, aber bei weitem nicht immer mit den Sprachraumgrenzen zusammenfallen. Französischsprachige Inhalte sind etwa auch in Belgien und Luxemburg relevant, deutschsprachige in Österreich, englischsprachige in Irland.

Was die kulturellen Besonderheiten der Völker Europas anbelangt, so hindern diese heute den einzelnen Bürger immer weniger daran, sich auch mit Werken anderer Herkunft zu befassen. Die rasante Entwicklung der Onlineverbreitung urheberrechtlich geschützter Inhalte, die den Zugang zu Werken beliebiger Herkunft bedeutend vereinfacht hat und weiter vereinfachen wird, hat diesen Trend sicher noch erheblich verstärkt.²⁰² Nicht vergessen werden darf auch, dass für bestimmte Schutzgegenstände des Urheberrechts wie etwa Softwareprodukte, die nicht unbedingt zu den Kulturerzeugnissen rechnen, Sprach- und Kulturraumgrenzen kaum eine Rolle spielen.

Insgesamt kann man also trotz der sicher gegebenen sprachlichen und kulturellen Grenzen in Europa durchaus von einem potentiellen Binnenmarkt urheberrechtlich relevanter Produkte sprechen.

201 Vgl. hierzu die Statistik *Mejer/Boateng/Turchetti*, More students study foreign languages in Europe.

202 Vgl. hierzu Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future. A Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT, 9 f. Schon das Grünbuch über Urheberrecht und die technologische Herausforderung wies im Jahr 1988 auf die aufgrund neuer Vervielfältigungs- und Verbreitungsmöglichkeiten revolutionären Möglichkeiten für Urheber hin, ihre Werke gemeinschaftsweit bekanntzumachen. Vgl. Grünbuch über Urheberrecht und die technologische Herausforderung – Urheberrechtsfragen, die sofortiges Handeln erfordern, KOM (88) 172, Rn. 1.4.1. ff.

bbb) Entfallen Unterschiede zwischen den divergierenden nationalen Urheberrechten rechtlich Wirkung?

Selbst wenn Rechtsunterschiede zwischen nationalen urheberrechtlichen Regelungen bestehen und selbst wenn diese Regelungen auch Bereiche betreffen, die sich an sich auf die Verwertung von Werken auswirken können,²⁰³ kann doch aus rechtlichen Gründen sichergestellt sein, dass diese Unterschiede letztlich nicht auf die unionsweite Verwertung „durchschlagen“. Dies gilt jedenfalls für die Beeinträchtigung der *Verkehrsfreiheiten*. Zum Tragen kommen die Rechtsunterschiede nämlich nur dann, wenn die nationalen Rechtsordnungen aufgrund kollisionsrechtlicher Bestimmungen kumulativ auf grenzüberschreitende Sachverhalte angewendet werden. Selbst in diesem Falle trägt das Unionsrecht aber im Rahmen der Gewährleistung der Grundfreiheiten unter bestimmten Voraussetzungen dafür Sorge, dass divergierendes nationales Recht auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt keine Anwendung findet.

Im Rahmen des Schutzes vor *Wettbewerbsverzerrungen* wirkt sich dagegen – immer vorausgesetzt es gibt einen zumindest potentiellen grenzüberschreitenden Wettbewerb²⁰⁴ – an sich jede Regelung, die sich gegenständlich mit der Verwertung von Werken befasst, auch tatsächlich aus, weil sich aus den Grundfreiheiten kein Nichtanwendungsbefehl für solche Vorschriften ergeben kann. Die Rechtsprechung hat jedoch erkannt, dass deshalb ein Spürbarkeitskriterium vonnöten ist, um eine Überdehnung der Binnenmarktkompetenz zur Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern.

(1) Hindernisse für die Grundfreiheiten

Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten ergeben sich nur dann aus divergierenden nationalen Urheberrechtsregelungen, wenn diese unterschiedlichen Regelungen auch *kumulativ* auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt Anwendung finden. Dies kann aus zwei Gründen nicht der Fall sein. Zum einen kann das *Kollisionsrecht* ganz allgemein dafür sorgen, dass nur das Recht eines an einem grenzüberschreitenden Vorgang beteiligten Landes Anwendung findet. Zum anderen kann das *Unionsrecht* über die Gewährleistung der Verkehrsfrei-

203 Diese Frage gilt es wie oben, § 4.III.1.c)aa), gesehen für die einzelnen Regelungsbereich noch zu untersuchen.

204 Dies haben wir oben, § 4.III.1.c)aa)aaa), schon festgestellt.

heiten im Wege eines Nichtanwendungsbefehls ausnahmsweise die Anwendung nationaler Vorschriften verhindern.

- (a) Kumulative Anwendung der nationalen Urheberrechte auf grenzüberschreitende Sachverhalte aufgrund des Territorialitäts- und Schutzlandprinzips

Fände auch auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt nur das Recht *eines* Mitgliedstaates Anwendung, kämen eventuelle Rechtsunterschiede zwischen den nationalen Urheberrechtsordnungen nicht zum Tragen und eine Beeinträchtigung der Verkehrsfreiheiten wäre begrifflich ausgeschlossen.²⁰⁵ Das Zusammenspiel von Territorialitäts- und Schutzlandprinzip sorgt jedoch dafür, dass es zu eben dieser kumulativen Anwendung mehrerer nationaler Rechte auf grenzüberschreitende Sachverhalte kommt.²⁰⁶

Das *Territorialitätsprinzip*²⁰⁷, ein grundlegendes Prinzip des Immaterialgüterrechts, welches als solches auch vom EuGH anerkannt wird,²⁰⁸ geht davon aus, dass ein einzelner Urheber an seinem Werk ein Bündel voneinander unabhängiger nationaler Urheberrechte erwirbt. Wegen des im Urheberrecht geltenden Grundsatzes der Formfreiheit geschieht dies ex lege allein durch den Schöpfungsakt. Diese nationalen Urheberrechte sind auf das jeweilige Territorium, in dem die entsprechende Urheberrechtsordnung gilt, beschränkt. Das führt dazu, dass ein nationales Urheberrecht nur durch Handlungen in dem jeweiligen Land verletzt werden kann.

Das Territorialitätsprinzip hat zur Folge, dass in den Mitgliedstaaten der Union das jeweilige nationale Urheberrecht *gilt*. Die materiellrechtlichen Unterschiede zwischen den nationalen Urheberrechtsordnungen können aber einen grenzüberschreitenden Vorgang und daher den Binnenmarkt nur dann beeinträchtigen, wenn sie auf ein und denselben Vorgang auch *Anwendung* bean-

205 Ausführlicher hierzu unten, § 7.IV.

206 *Benabou*, Droit d’auteur et droit communautaire, Rn. 11, sieht im Territorialitätsprinzip daher schon per se eine unausweichliche Unvereinbarkeit mit den Verkehrsfreiheiten angelegt.

207 Hierzu statt vieler *Drexl*, Münchener Kommentar zum BGB, Int. Immaterialgüterrecht, Rn. 6 ff. Kritisch zu diesem Prinzip *Schack*, Urheberrecht, Rn. 910 ff.; *Schack*, MMR 2000, 59, 62. Aus urheberrechtlicher Perspektive *van Eechoud/Hugenholtz/van Gompel*, Harmonizing European Copyright Law, 307 ff.

208 Vgl. die zitierte Rechtsprechung in *Jaeger/Ruse-Khan/Drexl*, IIC 2010, 674, 677, Fn. 13.

sprochen.²⁰⁹ Denn dann müssen sich die in den urheberrechtlichen Sachverhalt involvierten Rechtssubjekte nicht mehr nach einer, sondern nach mehreren Rechtsordnungen richten. Anders gewendet: die Territorialität der nationalen Urheberrechte und ihre Unterschiedlichkeit schadet dann nicht, wenn diese unterschiedlichen nationalen Urheberrechte nicht zugleich die Anwendung auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt beanspruchen.²¹⁰

Über die Anwendbarkeit des materiellen Urheberrechts entscheidet nun das Kollisionsrecht. Sofern das Kollisionsrecht dem *Schutzlandprinzip* folgt, kommt es genau zu der beschriebenen kumulativen Anwendung nationaler Urheberrechte auf einen grenzüberschreitenden Vorgang. Das Schutzlandprinzip besagt, dass ein urheberrechtlicher Sachverhalt dem Recht desjenigen Landes unterworfen ist, für welches Schutz beansprucht wird.²¹¹ Dies ist in der Regel das Land, in dem urheberrechtlich relevante Nutzungshandlungen stattfinden, denn nur solche sind dem Rechtsinhaber vorbehalten und nur gegen solche unautorisierten Handlungen wird er gegebenenfalls Schutz beanspruchen. Finden urheberrechtlich relevante Handlungen aber in mehreren Staaten statt, was bei grenzüberschreitender Verwertung häufig der Fall sein wird, dann kann Schutz in allen involvierten Staaten beansprucht werden, wodurch das materielle Urheberrecht all dieser Staaten Anwendung findet.

Besonders augenfällig werden die Konsequenzen des Zusammenspiels des Territorialitäts- und des Schutzlandprinzips bei Verwertungen über das Internet. Das Internet zeichnet sich grundsätzlich durch die Zugänglichkeit der eingestellten Inhalte von überall auf der Welt aus. Dies ermöglicht es Anbietern, grundsätzlich ohne Mehraufwand – sieht man von sprachlichen Barrieren ab – nicht nur ein nationales, sondern ein unions- oder weltweites Publikum zu erreichen. Anders als im Offlinebereich müssen hierfür keine Strukturen in dem jeweiligen Land aufgebaut werden, die es ermöglichen, sich auch an das dort ansässige Publikum zu wenden. Soweit man den europäischen Raum betrachtet, ist demnach der Binnenmarkt an sich das natürliche Umfeld, in dem eine Verwertung stattfinden sollte.²¹²

209 Ob das Territorialitätsprinzip selbst schon einen kollisionsrechtlichen Gehalt aufweist, ist umstritten. Vgl. hierzu nur *Drexler*, Festschrift Dietz, 464 f.

210 Entsprechende Überlegungen spielen für das kollisionsrechtliche Herkunftslandprinzip eine Rolle, welches als eine mögliche Lösung für die Probleme der Territorialität erwogen werden kann. Hierzu unten, § 7.IV.

211 Vgl. *Hilty*, Urheberrecht, Rn. 441.

212 So auch Commission Staff Working Document: Study on a Community Initiative on the Cross-Border Collective Management of Copyright, 23.

Gerade die Ubiquität des Internets ist es aber, die nun die kumulative Anwendung mehrerer nationaler Urheberrechte auf den Plan ruft. Je nach dem, ob Inhalte gesendet werden wie etwa bei internetgestütztem Radio oder Fernsehen oder ob sie auf Abruf bereit gestellt werden wie bei den zahlreichen Musikvertriebsdiensten, video-on-demand-Diensten oder wissenschaftlichen Datenbanken, sind unterschiedliche Rechte einschlägig. Ersterenfalls ist das in erster Linie das Senderecht, letzterenfalls das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung.²¹³

Für das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gilt nach ganz herrschender Meinung die sogenannte Bogsch-Theorie²¹⁴. Sie besagt übertragen auf das Internet, dass die öffentliche Zugänglichmachung von Inhalten über das Internet nicht nur in dem Land erfolgt, von dem aus der Upload erfolgt, sondern auch in allen Ländern, von denen aus der Inhalt abgerufen werden kann, den Zielländern. Bei einem weltweit zugänglichen Angebot im Internet führt dies dazu, dass urheberrechtliche Nutzungshandlungen in all diesen Ländern stattfinden und daher die Rechtsordnungen aller Länder dieser Erde auf dieses

213 Ausführlich und überzeugend zur Einordnung der verschiedenen Formen des Inhaltevermittlung über das Internet *Handig*, GRUR Int. 2007, 206, 208 ff.; dagegen will *Bortloff*, GRUR Int. 2003, 669, 675, jede Form des Simulcasting auch dann dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung zuordnen, wenn der Nutzer keine Möglichkeit hat, auf Programmgestaltung und Ablauf einzuwirken; vgl. zu weiteren Nachweisen über die Einordnung der Inhaltevermittlung *Bortloff*, GRUR Int. 2003, 669, 675 Fn. 54.

214 Die Anwendung der Bogsch-Theorie auf das Internet erscheint indes an sich nicht zwingend, insbesondere besteht der zu terrestrischen oder Satellitensendungen signifikante Unterschied, dass es bei diesen Sendungen, auch bei einer Satellitensendung, einen möglicherweise weiten, aber doch begrenzten Ausleuchtbereich gibt. Demgegenüber erfolgt die Sendung oder öffentliche Zugänglichmachung von Inhalten über das Internet an sich immer weltweit. Wenn nun trotz des begrenzten Empfangsbereichs schon für Satellitensendungen die Bogsch-Theorie keine Anwendung findet, dann – so könnte man argumentieren –, müsste für das Internet erst recht von ihr Abstand genommen werden. Die internationalen Verträge würden eine Anwendung des Herkunftslandprinzips auf Nutzungen im Internet zulassen, vgl. hierzu *Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, GRUR 2006, 303, 303. Dies würde hinsichtlich des Internets eine Lösung für das Problem der kumulativen Anwendung der nationalen Urheberrechte darstellen. Hierzu unten, § 7.IV.1.b)bb).

Angebot Anwendung beanspruchen.²¹⁵ Unterschiede und Widersprüche können dabei nicht ausbleiben.²¹⁶

Für das Senderecht wird die Anwendung der Ziellandtheorie noch weniger in Zweifel gezogen als für die öffentliche Zugänglichmachung. Auch wenn Inhalte über das Internet gesendet werden, finden die relevanten Nutzungshandlungen also in allen Staaten statt, in denen das Angebot zugänglich ist.

Das Schutzlandprinzip führt also zu der kumulativen Anwendung nationaler Urheberrechtsordnungen auf einen einheitlichen grenzüberschreitenden Sachverhalt. Auf diese Weise gelangen die divergierenden nationalen Urheberrechte jedenfalls unter kollisionsrechtlichen Gesichtspunkten zur Anwendung. Für den Binnenmarkt können hier aber unter Umständen unionsrechtliche Regelungen, genauer die Grundfreiheiten, zu einem anderen Ergebnis führen.

- (b) Ausnahmsweise Nichtanwendung nationaler Regelungen aufgrund der unionsrechtlichen Gewährleistung der Verkehrsfreiheiten

Enthalten die aufgrund des Kollisionsrechts kumulativ anwendbaren nationalen Rechtsordnungen nun unterschiedliche Regelungen, kann dies die grenzüberschreitende Verwertung erheblich behindern. Diese Hindernisse stehen dann im *Widerspruch zu den in der Union geltenden Verkehrsfreiheiten*.²¹⁷

Dieses Problem wird im Bereich der Warenverkehrsfreiheit durch den *Grundsatz der unionsweiten Erschöpfung* abgemildert.²¹⁸ Ist ein verkörpertes Werkstück in einem Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden, ist das Verbreitungsrecht in allen Mitgliedstaaten der Union erschöpft.²¹⁹ Insofern unterscheiden sich verkörperte urheberrechtlich geschützte Werke nicht von anderen Waren. Die unionsweite Erschöpfung vermag indes längst nicht alle Hindernisse für die Grundfreiheiten zu beseitigen. Sie gilt nämlich nur für das

215 Hierzu auch *Thünken*, Herkunftslandprinzip, 211.

216 Hierzu nachdrücklich *Handig*, GRUR Int. 2007, 206, 213, der dieses Ergebnis aber nur auf die materiellrechtliche Bogsch-Theorie zurückführt, ohne auf das kollisionsrechtliche Schutzlandprinzip einzugehen. Zur kumulativen Anwendung öffentlichen Rechts auf Internetsachverhalte *Thünken*, Herkunftslandprinzip, 38. Zu den Ansätzen, das Schutzlandprinzip für das Internet nicht zur Anwendung zu bringen, vgl. unten, § 7.IV.1.b)bb).

217 *Müller-Graff* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 30 EGV Rn. 76.

218 Ausführlich hierzu *Benabou*, Droit d'auteur et droit communautaire, Rn. 119 ff.

219 Ständige Rechtsprechung des EuGH seit EuGH, 8.6.1971, Rs. 78/70, 1971, 487 – *Polydor*, Rn. 12 f.

Verbreitungsrecht²²⁰ und nicht für die Rechte der unkörperlichen Verwertung wie das Recht der öffentlichen Wiedergabe²²¹ oder der öffentlichen Zugänglichmachung eines Werkes. Auch kann die unionsweite Erschöpfung selbst im Bereich der Warenverkehrsfreiheit nicht die Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen einleichen, die einer unionsweiten, den Grundfreiheiten entsprechenden Verwertung entgegenstehen. Zwar kann sich der Rechtsinhaber nicht mehr auf sein Verbreitungsrecht berufen, um die Einfuhr und Verbreitung eines Werkstücks in einem anderen Mitgliedstaat zu verhindern, jedoch gelten für die exportierten Werkstücke von Land zu Land etwa unterschiedliche Schrankenbestimmungen.²²²

An sich müssten die unterschiedlichen nationalen Urheberrechtsregelungen wegen des Vorrangs des Unionsrechts ausnahmsweise unangewendet bleiben, soweit sie aufgrund ihrer Unterschiedlichkeit den grenzüberschreitenden Handel beeinträchtigen. Durch diese Nichtanwendung wäre die Geltung der Verkehrsfreiheiten an sich sichergestellt. Allerdings rechtfertigt Art. 36 AEUV (Art. 30 EGV) Hindernisse für die Warenverkehrsfreiheit im Interesse des gewerblichen und kommerziellen Eigentums, wozu auch das Urheberrecht zählt.²²³ Das bedeutet, dass unterschiedliche nationale Urheberrechte sich gegenüber den eigentlich vorrangigen Grundfreiheiten durchsetzen, soweit sie durch Art. 36 AEUV gerechtfertigt sind.

Hierzu zählen allerdings nicht alle Bereiche des Rechts des geistigen Eigentums und folglich nicht alle Rechtsunterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen. Der EuGH unternimmt hier eine problematische Abgrenzung von *Bestand* und *Ausübung* des jeweiligen Rechts des geistigen Eigentums.²²⁴ Als Ausnahme vom Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit sind nur solche nationalen Regelungen gerechtfertigt, die den *Bestand* des Urheberrechts oder – so der EuGH in abgewandelter Formulierung – seinen *spezifischen Gegen-*

220 Hierzu *Benabou*, Droit d’auteur et droit communautaire, Rn. 162 ff.

221 EuGH, 18.3.1980, Rs. 62/79, Slg. 1980, 881 – *Coditel I*, Rn. 16 f.; hierzu ausführlich *Benabou*, Droit d’auteur et droit communautaire, Rn. 168 ff.

222 Zu den Auswirkungen unterschiedlicher Schrankenbestimmungen auf die Verkehrsfreiheiten oder Wettbewerbsbedingungen unten, § 9.VI.3.

223 Vgl. oben, § 2.II.1.

224 EuGH, 8.6.1971, Rs. 78/70, 1971, 487 – *Polydor*, Rn. 11; EuGH, 6.10.1982, Rs. 262/81, Slg. 1982, 3381 – *Coditel II*, Rn. 13. Vgl. auch *Ubertazzi*, GRUR Int. 1984, 327, 331; *Hilty/Henning-Bodewig*, Leistungsschutzrechte zugunsten von Sportveranstaltern?, 23 f.

*stand*²²⁵, nicht aber solche, die nur seine *Ausübung* betreffen. Als den Bestand des Rechts betreffende Unterschiede hat der EuGH etwa unterschiedlich lange Schutzdauern akzeptiert.²²⁶ Indes ist die Abgrenzung von solchen Unterschieden, die den Bestand, den spezifischen Gegenstand des Urheberrechts, betreffen und daher zulässige Hindernisse darstellen, und solchen, die nur die Ausübung des Rechts erfassen und daher die Warenverkehrsfreiheit nicht beeinträchtigen dürfen, schwer vorzunehmen.²²⁷

Darüber hinaus können Beeinträchtigungen der Verkehrsfreiheiten, die durch die unterschiedlichen nationalen Urheberrecht verursacht werden, durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt sein.²²⁸

Sofern sich also ein Unterschied der nationalen Rechtsordnungen aus dem spezifischen Gegenstand des Urheberrechts ergibt, kann er in von Art. 36 AEUV erlaubter oder durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigter Weise die Verkehrsfreiheiten beeinträchtigen. Erst hier kommt dann die Binnenmarktkompetenz zum Tragen, denn sie erlaubt die – zwar gerechtfertigten, aber doch den Binnenmarkt beeinträchtigenden – Rechtsunterschiede durch Rechtsvereinheitlichung zu beseitigen.²²⁹ Verhindern die Grundfreiheiten dagegen ein Eingreifen der unterschiedlichen nationalen Urheberrechtsregeln, weil diese nicht zum spezifischen Gegenstand des Urheberrechts gehören, gibt es keine

-
- 225 EuGH, 8.6.1971, Rs. 78/70, 1971, 487 – *Polydor*, Rn. 11. Für *Benabou*, Droit d’auteur et droit communautaire, Rn. 61 ff., ergänzt das Konzept des spezifischen Schutzgegenstandes das der Unterscheidung Bestand – Ausübung. Vgl. auch die Rechtsprechung zu anderen Rechten des geistigen Eigentums: EuGH, 31.10.1974, Rs. 15/74, Slg. 1974, 1147 – *Centrafarm*, Rn. 6/8; EuGH, 17.10.1990, Rs. C-10/89, Slg. 1990, I-3711 – *HAG GF*, Rn. 12.
- 226 EuGH, 24.1.1989, Rs. 341/87, Slg. 1989, 79 – *Patricia*, Rn. 12. Zu weiteren Fällen zulässiger Beschränkungen vgl. *Müller-Graff* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 30 EGV fn. 215.
- 227 Ausführlich *Benabou*, Droit d’auteur et droit communautaire, Rn. 69 ff. Kritisch zu dieser Abgrenzung daher *Schack*, Urheberrecht, Rn. 147; *Beier*, GRUR Int. 1989, 603, 609; *Müller-Graff* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 30 EGV Rn. 77. Vgl. hierzu auch die unbeantwortet gebliebene zweite Vorlagefrage des BGH in BGH, 5.10.2006 GRUR Int., 2007, 74 – *Le Corbusier-Möbel*.
- 228 EuGH, 18.3.1980, Rs. 62/79, Slg. 1980, 881 – *Coditel I*, Rn. 15; *Haratsch/Koenigl/Pechstein*, Europarecht, Rn. 886; *Asmus*, Urheberpersönlichkeitsrecht in Europa, 71 f.
- 229 Vgl. *Kahl* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 114 AEUV Rn. 21.

Beeinträchtigungen die aufgrund der Binnenmarktkompetenz beseitigt werden müssten.²³⁰

Wir werden indes sehen, dass kaum eine Regelung des materiellen Urheberrechts nicht dessen Bestand zugerechnet wird oder würde, wenn sich der EuGH hierzu zu äußern hätte. Das Kriterium der Zugehörigkeit zum Bestand des Urheberrechts und damit die Frage nach dem Durchschlagen von Rechtsunterschieden auf die Verwertung im Binnenmarkt können die Kompetenz der Union für Rechtsangleichungsmaßnahmen zur Beseitigung von Hindernissen für die Grundfreiheiten daher nur geringfügig eingrenzen.

(2) Wettbewerbsverzerrungen

Wettbewerbsverzerrungen können sich nicht nur aus Verstößen gegen die Art. 101 und 102 AEUV ergeben, sondern auch aus divergierenden nationalen Regelungen.²³¹ Voraussetzung ist auch hier, dass es grundsätzlich eine Verwertung auf Unionsebene geben kann²³² und dass sich die anzugleichenden Regelungen in irgendeiner Form gegenständlich auf die Verwertung auswirken²³³.

Der wohl entscheidende *Unterschied zwischen bloßen Wettbewerbsverzerrungen und Beeinträchtigungen der Verkehrsfreiheiten* besteht darin, dass es bei unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen nicht per definitionem darauf ankommt, dass diese einen grenzüberschreitenden Vorgang erschweren. Bei Behinderungen der Verkehrsfreiheiten wird danach gefragt, ob sich ein Rechtsunterschied dergestalt auswirkt, dass Akteure des Wirtschaftslebens von einer grenzüberschreitenden Aktivität Abstand nehmen. Bei unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen kommt es dagegen zunächst einmal nicht darauf an, ob diese Unterschiede auch die Entscheidung, grenzüberschreitend tätig zu werden, beeinflussen. Unterschiedliche Urheberrechtsregelungen können sich auch in einem geringeren Maße auf das Wirtschaftsleben auswirken, indem sie Ent-

230 Die Gewährleistungen der Verkehrsfreiheiten und die Möglichkeit der Rechtsangleichung stehen somit in einer Art Ergänzungsverhältnis. Beide dienen der Verwirklichung des Binnenmarktes. Wo die Verkehrsfreiheiten nicht zum Tragen kommen, weil gerechtfertigte Ausnahmen greifen, kann der Unionsgesetzgeber den Binnenmarkt durch Rechtsvereinheitlichung realisieren. Vgl. Schlussanträge des Generalwalts Geelhoed, 10.09.2002, Slg. 2002, I-1145 – *British American Tobacco*, Rn. 103.

231 Vgl. oben, § 4.III.1.a)bb)aaa).

232 Vgl. oben, § 4.III.1.c)aa)aaa).

233 Vgl. oben, § 4.III.1.c)aa).

scheidungen, auf dem entsprechenden Markt tätig zu werden, noch nicht verändern. Nichtsdestotrotz handelt es sich um Wettbewerbsbedingungen. Der Unterschied ist also ein gradueller. Überschreiten die Unterschiede zwischen den auf den nationalen Märkten herrschenden Wettbewerbsbedingungen eine bestimmte Intensitätsschwelle, wirken sie sich auch als Beeinträchtigungen der Verkehrsfreiheiten aus. Anders gewendet geht die Gewährleistung der Freiheit von Wettbewerbsverzerrungen über die Gewährleistungen der Grundfreiheiten hinaus.

Da bei nur unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen die Gewährleistungen der Verkehrsfreiheiten entweder wegen fehlenden grenzüberschreitenden Bezuges im konkreten Fall oder trotz grenzüberschreitenden Bezuges infolge mangelnder Intensität der Rechtsunterschiede nicht greifen, kann das Unionsrecht auch nicht zur ausnahmsweisen Nichtanwendung der als beeinträchtigend empfundenen Regelung führen. Auf eine Unterscheidung von Bestand und Ausübung kommt es daher bei unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen nicht an. Demzufolge können unterschiedliche Regelungen in den nationalen Urheberrechten auch dann miteinander verglichen werden, wenn sie nicht den Bestand, sondern bloß die Ausübung urheberrechtlicher Befugnisse betreffen. Selbst der „Filter“ der Zugehörigkeit einer Regelung zum Bestand des Urheberrechts – so fragwürdig er sein mag²³⁴ – fällt also weg, wenn man die Wettbewerbsbedingungen auf ihre Unterschiede hin untersucht.

Würde man der Union nun dementsprechend zur Beseitigung jeglicher Wettbewerbsverfälschung eine Rechtsangleichungskompetenz zuweisen, so könnten alle urheberrechtlichen Vorschriften aufgrund der Binnenmarktkompetenz vereinheitlicht werden, sofern sie nur einen Bezug zur Verwertung von und daher zum Handel mit Werken haben.²³⁵ Um die hier drohende Ausweitung der Binnenmarktkompetenz ins Uferlose zu verhindern, fordert der EuGH daher, dass Wettbewerbsverzerrungen, die zu Rechtsangleichungsmaßnahmen aufgrund der Binnenmarktkompetenz berechtigen sollen, *spürbar* sein müs-

234 Vgl. oben, § 4.III.1.c)aa)bbb)(1)(b).

235 Vgl. in diesem Sinn *Ludwigs*, EuR 2006, 370, 387.

sen.²³⁶ Der EuGH sieht Maßnahmen aufgrund der Binnenmarktkompetenz, die der Beseitigung nur geringfügiger Wettbewerbsverfälschungen dienen, nicht mehr als vom Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung gedeckt an.²³⁷

Wann indes eine Wettbewerbsverzerrung spürbar ist, ist nicht ohne weiteres zu bestimmen. Zum Teil wird darauf abgestellt, ob die Wettbewerbsverzerrung *geeignet* ist, die Rechtssubjekte in ihrer *Entscheidung zu beeinflussen, eine Grundfreiheit wahrzunehmen* oder nicht, weil die Wettbewerbsverzerrungen in einem Näheverhältnis zu den Grundfreiheiten stünden.²³⁸ Örtlich beschränkte Sachverhalte ohne grenzüberschreitenden Bezug seien daher nicht über die Binnenmarktkompetenz harmonisierbar. Allerdings spricht gegen eine zu enge Verknüpfung des Schutzes vor Wettbewerbsverzerrungen mit dem Schutz der Grundfreiheiten, dass dann ein Mehrwert des Schutzes vor Wettbewerbsverzerrungen im Bereich der Rechtsangleichung nicht erkennbar ist. Wenn eine Wettbewerbsverzerrung erst dann spürbar und daher im Rahmen der Binnenmarktkompetenz relevant ist, wenn sie sich negativ auf die Entscheidung, von einer Verkehrsfreiheit Gebrauch zu machen, auswirkt, dann ist eine eigenständige Bedeutung der Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen nicht auszumachen.

Der EuGH scheint einen anderen Akzent zu setzen, wenn er fordert, spürbare Verfälschungen dürften sich *nicht nur entfernt und mittelbar auf den Wettbewerb auswirken*. Sie müssten vielmehr *Verzerrungen infolge unterschiedli-*

236 Vgl. zu Art. 114 AEUV (Art. 95 EGV) EuGH, 18.3.1980, Rs. 91/79, Slg. 1980, 1099 – *Detergentien*, Rn. 8; EuGH, 11.6.1991, Rs. C-300/89, Slg. 1991, I-2867 – *Titandioxid*, Rn.38; EuGH, 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 – *Tabakwerberichtlinie I*, Rn. 106 f. Hierzu *Kahl* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 114 AEUV Rn. 23; *Fischer* in: *Lenz/Borchardt*, Art. 114 AEUV Rn. 14. Zustimmend *Möstl*, EuR 2002, 318, 342. *Tietje* in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 114 AEUV Rn. 102, verlangt diesen strengeren Maßstab, da mit der Einbeziehung der Wettbewerbsverfälschungen über den Wortlaut des Art. 95 EGV hinausgegangen werde. Zurückhaltender in der Bewertung der Bedeutung des Spürbarkeitskriteriums *Epiney*, NVwZ 2001, 525.

237 EuGH, 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 – *Tabakwerberichtlinie I*, Rn. 107; ebenso *Kahl* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 114 AEUV Rn. 23 m.w.N.; kritisch dazu *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 95 EGV Fn. 44, die in diesem Fall eher keine Erforderlichkeit der Maßnahme gegeben sehen.

238 *Schweitzer/Schroeder/Bock*, EG-Binnenmarkt und Gesundheitsschutz, 44 f.; *Tietje* in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 114 AEUV Rn. 104.

cher Produktionskosten vergleichbar sein.²³⁹ Man mag einwenden, dass unterschiedliche Produktionskosten die Entscheidung, grenzüberschreitend tätig zu werden, ebenfalls beeinflussen, womit wieder ein Bezug zu den Grundfreiheiten bestünde. Nichtsdestotrotz scheint das Unmittelbarkeitskriterium des EuGH eher geeignet, dem Merkmal der Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen eigenständige Bedeutung neben dem Schutz der Grundfreiheiten zu verleihen. Die Auslegung durch den EuGH erscheint daher vorzugswürdig.

Die Anforderungen an die Spürbarkeit bzw. an die Unmittelbarkeit dürften dabei umso höher anzusiedeln sein, je weniger es sich bei den zu vereinheitlichenden Vorschriften um branchenspezifische Regelungen, sondern um allgemeine Regelungen handelt und je weiter aufgrund der Binnenmarktkompetenz in gegenständliche Politikbereiche vorgedrungen wird, für die die Union spezifische und besonderen Einschränkungen unterworfenen Sachkompetenzen besitzt.²⁴⁰ Sollen nun urheberrechtliche Regelungen zur Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen vereinheitlicht werden, so muss ein hohes Maß an Spürbarkeit oder Unmittelbarkeit verlangt werden, da es sich um nicht branchenspezifische, sondern gesetzliche Regelungen recht allgemeiner Art handelt. Soweit Bereiche des Urheberrechts kulturelle Implikationen haben, erhöhen sich demnach wegen der im kulturellen Bereich gegebenen besonderen Sachkompetenz der Union und wegen des darin enthaltenen Harmonisierungsverbotes diese Anforderungen nochmals.²⁴¹

bb) Schwierigkeit des Lizenzerwerbs für grenzüberschreitende Verwertungshandlungen

Hindernisse für einen Binnenmarkt im Urheberrecht können sich aber nicht nur aus der Unterschiedlichkeit der nationalen Urheberrechte ergeben. Aus der Natur des Urheberrechts als Ausschließlichkeitsrecht ergibt sich, dass urheberrechtliche Nutzungshandlungen nur legal möglich sind, wenn der Anbieter die hierfür notwendigen Verwertungsrechte erworben hat. Sollen Nutzungshandlungen nun grenzüberschreitend stattfinden, so muss der Verwerter hierfür die Lizenzen für alle Länder erwerben, in denen urheberrechtlich relevante Nut-

239 EuGH, 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 – *Tabakwerberichtlinie I*, Rn. 109.

240 *Ludwigs*, EuR 2006, 370, 388.

241 Auch *Ludwigs*, EuR 2006, 370, 388 f., nimmt ausdrücklich auf die Kulturkompetenz des Art. 151 EGV Bezug.

zungshandlungen erfolgen. Behindert wird ein grenzüberschreitendes Angebot aber durch die Unmöglichkeit, eine Vielzahl nationaler Lizenzen oder sogar eine unionsweite, paneuropäische Lizenz möglichst einfach und schnell zu erwerben.

Ob das Haupthindernis für einen urheberrechtlichen Binnenmarkt nun in der unzureichenden Harmonisierung des materiellen Urheberrechts in der Union²⁴² oder doch in der Lizenzierung getrennt nach Mitgliedstaaten²⁴³ zu erblicken ist, wird in der Lehre unterschiedlich beurteilt. Die Diskussion um die Möglichkeiten, den Erwerb unionsweiter Lizenzen möglichst einfach zu gestalten, und die Vielzahl der hierzu diskutierten Vorschläge zeigen jedoch jedenfalls, dass auch der Lizenzerwerb ein Problem von praktischer Relevanz für unionsweite Verwerter ist. Auch die Kommission hat sich dieses Problems zunächst für den Bereich der Onlinemusik in der Onlinemusikempfehlung vom 18.5.2005 angenommen und später in einem breiteren Ansatz die Schaffung eines Rechtsrahmens für die Lizenzierung und Verwaltung von Urheberrechten im Interesse eines Binnenmarktes der Rechte des geistigen Eigentums angekündigt.²⁴⁴

Es würde den Rahmen dieser Arbeit indes sprengen, wollte man versuchen, die Lizenzierungsproblematik gleichsam als Facette des unzureichend verwirklichten Binnenmarktes im Urheberrecht hier mitzulösen. Wie wir noch sehen

242 So Gaster, ZUM 2006, 8, 14.

243 So Lüder, Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 18 (2007), 1, 7 und 15.

Auch die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Ein Binnenmarkt für Rechte des geistigen Eigentums. Förderung von Kreativität und Innovation zur Gewährleistung von Wirtschaftswachstum, hochwertigen Arbeitsplätzen sowie erstklassigen Produkten und Dienstleistungen in Europa, KOM(2011)287, im Folgenden: Mitteilung der Kommission zum Binnenmarkt für Rechte des Geistigen Eigentums, betont die Rolle, die die unionsweite Lizenzierung bei der Schaffung eines Binnenmarktes einnehmen muss. Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Ein Binnenmarkt für Rechte des geistigen Eigentums. Förderung von Kreativität und Innovation zur Gewährleistung von Wirtschaftswachstum, hochwertigen Arbeitsplätzen sowie erstklassigen Produkten und Dienstleistungen in Europa, KOM (2011) 287, 7 f.

244 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Ein Binnenmarkt für Rechte des geistigen Eigentums. Förderung von Kreativität und Innovation zur Gewährleistung von Wirtschaftswachstum, hochwertigen Arbeitsplätzen sowie erstklassigen Produkten und Dienstleistungen in Europa, KOM (2011) 287, 13 ff.

werden,²⁴⁵ hängt die Frage der Lizenzierung auch nicht unmittelbar mit dem Problem der divergierenden nationalen Urheberrechte zusammen. Wir haben uns hier daher auf die Problematik der Unterschiedlichkeit der nationalen Urheberrechte konzentriert. Gleichwohl wollen wir die Frage des unionsweiten Lizenzzerwerbs nicht vollständig ausklammern. Denn eine Lösung des Problems, welches sich aus der Unterschiedlichkeit der nationalen Urheberrechte ergibt, bliebe wohl nicht ohne Auswirkungen auf die Frage der unionsweiten Lizenzierung.²⁴⁶

cc) Zwischenergebnis

Wir haben uns vorstehend mit der Frage befasst, inwieweit das parallele Bestehen divergierender nationaler Urheberrechtsordnungen den Binnenmarkt im Urheberrecht beeinträchtigen kann.

Da wie gezeigt trotz bestehender sprachlicher und kultureller Unterschiede in der Union das Potential für einen solchen Binnenmarkt besteht, können sich die auch nach der Harmonisierung noch bestehenden Unterschiede des materiellen Urheberrechts auf grenzüberschreitende Vorgänge auswirken. Voraussetzung dafür ist, dass die divergierenden Vorschriften in gegenständlicher Hinsicht Verwertungsrelevanz besitzen. Wir werden später bei der Untersuchung der verschiedenen Teilbereiche des materiellen Urheberrechts also verbleibende Unterschiede zwischen den nationalen Urheberrechten ausloten und auf ihre Binnenmarktrelevanz prüfen.

Damit verbleibende Unterschiede aber auf den Binnenmarkt durchschlagen, müssen sie auch rechtlich zum Tragen kommen. Hierfür sorgt in kollisionsrechtlicher Hinsicht das Schutzlandprinzip. Auch das Unionsrecht verhindert nicht, dass die unterschiedlichen nationalen Urheberrechte auf grenzüberschreitende Sachverhalte kumulativ Anwendung finden. Die Verkehrsfreiheiten stehen hinter den Unterschieden der nationalen Urheberrechte nämlich immer dann zurück, wenn sich diese Unterschiede dem spezifischen Schutzbereich des Urheberrechts zuordnen lassen. Beeinträchtigungen der Wettbewerbsbedingungen sind auch außerhalb des spezifischen Schutzbereichs des Urheberrechts denkbar, jedoch kann eine Vereinheitlichung gestützt auf die Binnenmarktkompetenz hier nur dann erfolgen, wenn es zu wirklich spürbaren Wettbewerbsver-

245 Hierzu unten, § 8.II.

246 Hierzu unten, § 8.II.

zerrungen kommt. Auch der spezifische Schutzbereich des Urheberrechts bzw. die Spürbarkeit von Wettbewerbsverzerrungen gilt es also im Auge zu behalten, wenn wir uns nachher den verschiedenen Bereichen des Urheberrechts zuwenden.

2. Rechtsfolge des Art. 118 AEUV: Maßnahmen zur Schaffung europäischer Rechtstitel über einen einheitlichen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums in der Union

Ist die Voraussetzung des Tätigwerdens zur Verbesserung des Binnenmarktes gegeben, so erlassen die Organe der Union nach Art. 118 AEUV Maßnahmen zur Schaffung europäischer Rechtstitel über einen einheitlichen Schutz des geistigen Eigentums. Die Formulierung bedarf näherer Erläuterung.

a) Gibt es eine Verpflichtung der Unionsorgane zum Tätigwerden?

Die Verwendung des Indikativs wirft zunächst die Frage auf, ob die Unionsorgane bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 118 AEUV, also bei Vorliegen von Beeinträchtigungen des Binnenmarktes, die durch einen einheitlichen Rechtstitel über den Schutz des geistigen Eigentums beseitigt werden könnten, *zu einem Tätigwerden gezwungen* sind, ohne dass ihnen ein Ermessensspielraum zustünde. Dies wird zum Teil bejaht und hieraus gefolgert, dass das *Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit*²⁴⁷, welches seit dem Vertrag von Lissabon den Platz des vorherigen Subsidiaritätsprotokolls einnimmt,²⁴⁸ auf Rechtsakte aufgrund von Art. 118 AEUV *nicht angewendet* werden müsse.²⁴⁹

Während sich eine Verpflichtung der Union zum Tätigwerden im Hinblick auf die Formulierung des Art. 118 AEUV möglicherweise noch begründen lässt, erscheint doch jedenfalls die hieraus abgeleitete Konsequenz der Nichtanwendung des Subsidiaritätsprotokolls wenig plausibel.

²⁴⁷ Konsolidierte Fassung: ABl. EU 2008/C-115/206.

²⁴⁸ Hierzu unten, § 5.I.1.b).

²⁴⁹ *Ubertazzi*, IIC 2007, 881, 883.

Der EuGH scheint der Verwendung des Indikativs in der Tat eine Verpflichtung der Unionsorgane zum Tätigwerden entnehmen zu wollen.²⁵⁰ Jedoch ist eine Verpflichtung der Unionsorgane zum Tätigwerden nicht überall, wo der Indikativ in den Verträgen verwendet wird, unumstritten. Dies galt etwa schon für Art. 308 EGV (jetzt Art. 352 AEUV).²⁵¹ Für Art. 118 AEUV muss eine solche Pflicht noch eher in Frage gestellt werden. Denn während Art. 352 AEUV aufgrund seiner Subsidiarität nur dort zur Anwendung kommt, wo keine andere Kompetenzgrundlage einschlägig ist, könnte man bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 118 AEUV auch daran denken, statt der Schaffung eines Rechtstitels der Union die Harmonisierung der nationalen Rechtstitel in Angriff zu nehmen. Eine solche Harmonisierungslösung, für die auf Art. 114 AEUV zurückgegriffen werden müsste,²⁵² würde aber ausgeschlossen, wenn die Union gezwungen wäre, bei Vorliegen von Beeinträchtigungen für den Binnenmarkt durch divergierende nationale Rechtstitel diese durch Schaffung eines Unionsrechtstitels zu beseitigen.

Nicht einzusehen ist auch, weshalb – auch bei einer Pflicht der Union zum Tätigwerden – das neue Subsidiaritätsprotokoll nicht auf Art. 118 AEUV angewendet werden sollte.²⁵³ Nach Art. 5 Abs. 3 EUV findet das Subsidiaritätsprinzip in allen Bereichen nicht ausschließlicher Kompetenz der Union Anwendung und wird anhand des Subsidiaritätsprotokolls umgesetzt. Gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. a AEUV fällt der Binnenmarkt in die geteilte Zuständigkeit der Union. Die Unionsorgane sind daher sogar verpflichtet, das Subsidiaritätsprinzip entsprechend dem Subsidiaritätsprotokoll auf Art. 118 AEUV anzuwenden. Das kann – wenn man von einer Pflicht zum Tätigwerden ausgeht – dazu führen, dass aufgrund des Subsidiaritätsprinzips die Anordnung des Tätigwerdens aufgrund von Art. 118 AEUV wieder zurückgenommen wird.²⁵⁴

250 Für Art. 43 AEUV (Art. 37 EGV) etwa EuGH, 14.7.1976, Verb. Rs. 3, 4 und 6/76, Slg. 1976, 1279 – *Biologische Schätze des Meeres*, Rn. 21/25. Zu Art. 341 AEUV (Art. 289 EGV) EuGH, 1.10.1997, Rn. C-345/95, Slg. 1997, I-5215 – *Sitz der Organe*, Rn. 20. Hierzu Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 190 und Fn. 225, mit weiteren Nachweisen.

251 Hierzu unten, § 5.1.1.a)bb).

252 Hierzu unten, § 4.IV.3.

253 Vgl. zu Art. 308 EGV Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 192, der zwar von einer Verpflichtung der Gemeinschaftsorgane zum Tätigwerden ausging, aber dennoch das Subsidiaritätsprinzip für anwendbar hielt.

254 Vgl. zu Art. 308 EGV Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 192.

Im Ergebnis lässt sich festhalten: Eine Pflicht der Union, bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 118 AEUV auch auf dieser Grundlage tätig zu werden und einen europäischen Rechtstitel zu schaffen, erscheint sehr fragwürdig. Jedenfalls muss ein Tätigwerden aufgrund von Art. 118 AEUV als nur geteilter Zuständigkeit einer Subsidiaritätsprüfung unterzogen werden, die dazu führen kann, dass von der Schaffung eines Rechtstitels abzusehen ist.

b) Das Urheberrecht als europäischer Rechtstitel im Sinne des Art. 118 AEUV

Wenn Art. 118 AEUV von der Schaffung von Rechtstiteln über einen einheitlichen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums spricht, so erfasst der Wortlaut der Vorschrift an sich auch das Urheberrecht als ein Recht des geistigen Eigentums.²⁵⁵

Trotzdem wird mitunter vorgeschlagen, den Anwendungsbereich des Art. 118 AEUV auf die Schaffung von Rechtstiteln des gewerblichen Rechtsschutzes zu beschränken.²⁵⁶ Der besondere Bezug, den auf der Grundlage von Art. 118 AEUV zu schaffende Rechtstitel zu Verwirklichung und Funktionieren des Binnenmarktes haben müssten, spreche gegen eine Einbeziehung des Urheberrechts, weil die kulturellen Aspekte des Urheberrechts, insbesondere das Urheberpersönlichkeitsrecht, diesen gerade nicht aufwiesen.²⁵⁷

Aus den Überlegungen zur Binnenmarktrelevanz des Urheberrechts²⁵⁸ ergibt sich jedoch, dass dieser Einwand zu kurz greift. Es ist zwar richtig, dass Art. 118 AEUV einen Binnenmarktbezug fordert. Demnach muss ein Unionsurheberrecht in der Tat einen engen Binnenmarktbezug aufweisen. Dies bedeutet aber lediglich eine inhaltliche Fokussierung auf Bereiche des Urheberrechts, die Verwertungs- und deshalb Binnenmarktrelevanz aufweisen. Das Urheberrecht insgesamt ausklammern zu wollen, weil es auch Bereiche abdeckt, die keinen Binnenmarktbezug aufweisen,²⁵⁹ wäre verfehlt.

255 Zum Urheberrecht als Recht des geistigen Eigentums vgl. nur Götting, GRUR 2006, 353, 353.

256 In diesem Sinne wohl Rossi in: *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Art. III-176 EVV Rn. 5 f.

257 Rossi in: *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Art. III-176 EVV Rn. 5.

258 Oben, § 4.III.1.c).

259 Zur Untersuchung der einzelnen Bereiche des Urheberrechts auf ihre Binnenmarktrelevanz unten, §9.

Ein weiteres Argument zur Ausklammerung des Urheberrechts aus Art. 118 AEUV, wonach dessen Bestimmungen über die Einführung von Zulassungsregeln nicht auf das Urheberrecht passten, weil dieses stets formfrei entstehe,²⁶⁰ kann ebensowenig überzeugen. Denn Art. 118 AEUV bezieht sich auf alle denkbaren Rechtstitel des geistigen Eigentums und somit auch auf Rechtstitel, die zweifellos als Registerrechte existieren oder geschaffen werden können. Wenn Art. 118 AEUV nicht unnötig zwischen formfreien und registerpflichtigen Rechtstiteln differenzieren sollte, lag es demnach nahe, die eventuellen Zulassungsregelungen ohne nähere Spezifizierung in Art. 118 AEUV anzusprechen.²⁶¹ Hinzu kommt, dass – wie wir noch sehen werden – auch ein Registerurheberrecht auf Unionsebene nicht von vorneherein gänzlich ausgeschlossen werden sollte.²⁶²

Für eine Geltung des Art. 118 AEUV auch für das Urheberrecht spricht schließlich auch die inhaltliche Änderung des Art. 262 AEUV (Art. 229 a EGV) durch den Vertrag von Lissabon, der es dem Rat erlaubt, dem Gerichtshof die Zuständigkeit für Streitigkeiten im Zusammenhang mit europäischen Rechtstiteln zu übertragen. Während sich die Vorschrift zuvor auf Rechtstitel für den *gewerblichen Rechtsschutz* bezog, gibt sie nach dem Vertrag von Lissabon ausdrücklich die Möglichkeit, die Zuständigkeit für Streitigkeiten über Rechtstitel des *geistigen Eigentums* zuzuweisen. Hier wird der Wille der Autoren des Vertrags von Lissabon deutlich, künftig auch das Urheberrecht in die Regelung des Art. 262 AEUV miteinzubeziehen.²⁶³ Dies macht aber nur dann Sinn, wenn ein Europäisches Urheberrecht auch tatsächlich geschaffen werden kann.

Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass mit den Rechtstiteln des geistigen Eigentums des Art. 118 AEUV auch das Urheberrecht gemeint, die Schaffung eines Unionsurheberrechts also als mögliche Rechtsfolge des Art. 118 AEUV vorgesehen ist.²⁶⁴

260 Rossi in: *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Art. III-176 EVV Rn. 6.

261 Fischer in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 33 f.

262 Hierzu unten, § 10.II.4.a)aa).

263 Fischer/Früh/Jaeger, EuLF 2009, II-29, II-32 und II-34 f.; Fischer in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 34; Pache in: *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Art. III-364 EVV Rn. 1, 5.

264 Im Ergebnis ebenso, wenn auch ohne vertiefte Analyse Ubertazzi, IIC 2007, 881, 883.

- c) Zum Verhältnis der aufgrund von Art. 118 AEUV zu schaffenden Rechtstitel zu nationalen Urheberrechten – oder: Was der Vertrag von Lissabon im Hinblick auf die Schaffung eines Europäischen Urheberrechts wirklich verändert hat

Art. 118 AEUV gestattet ganz allgemein die Schaffung europäischer Rechtstitel des geistigen Eigentums. Wie sich diese Rechtstitel zu den nationalen Rechtstiteln verhalten, ob sie diese verdrängen oder neben diese treten müssen, bestimmt die Vorschrift nicht. Damit fällt eine wichtige Differenzierung, die nach dem Primärrecht vor dem Vertrag von Lissabon nach richtiger Auffassung einzuhalten war, weg.

Hier soll zunächst im Rahmen eines Exkurses die bisher bestehende Abgrenzungsproblematik erläutert werden. Hierzu werden wir die Frage beantworten müssen, wie ein Europäisches Urheberrecht vor dem Vertrag von Lissabon hätte auf den Weg gebracht werden können. Sodann soll aufgezeigt werden, welche Änderungen der Vertrag von Lissabon mit dem Art. 118 AEUV mit sich gebracht hat. Diese Vorgehensweise wird es erlauben, die nicht unbedeutenden Fortschritte, die die Einführung des Art. 118 AEUV für die Schaffung eines Europäischen Urheberrechts mit sich gebracht hat, zu verdeutlichen.

- aa) Exkurs: Zur Möglichkeit der Schaffung eines Europäischen Urheberrechts und zu dessen Verhältnis zu den nationalen Urheberrechten *vor* dem Vertrag von Lissabon

Vor dem Vertrag von Lissabon gab es eine spezielle Kompetenz für die Schaffung von Rechtstiteln des geistigen Eigentums auf europäischer Ebene nicht. Als mögliche Kompetenzgrundlagen kamen aber Art. 95 EGV (jetzt Art. 114 AEUV) und Art. 308 EGV (jetzt Art. 352 AEUV) in Betracht, die sich in ihren materiellen Voraussetzungen und in dem zur Anwendung zu bringenden Rechtsetzungsverfahren voneinander unterschieden. Denn während nach Art. 95 EGV das Mitentscheidungsverfahren einschlägig und eine qualifizierte Mehrheit im Rat erforderlich war, verlangte Art. 308 EGV die Anwendung des Anhörungsverfahrens und – insofern weitaus strenger – eine einstimmige Beschlussfassung im Rat. Angesichts des Einstimmigkeitserfordernisses nach Art. 308 EGV erschien es weitaus vielversprechender, den Art. 95 EGV für die Schaffung von Rechtstiteln des geistigen Eigentums fruchtbar zu machen. Nur wenn man davon ausging, dass ein Gemeinschaftsurheberrecht nicht auf

Art. 95 EGV gestützt werden konnte, musste – wie wir noch sehen werden²⁶⁵ – auf Art. 308 EGV zurückgegriffen werden.²⁶⁶

Da die Frage, ob ein Europäisches Urheberrecht auf Art. 95 EGV gestützt werden konnte, also von durchaus praktischer Relevanz war und für das Verständnis des Art. 118 AEUV auch heute noch ist, wollen wir uns jetzt mit den Einwänden auseinandersetzen, die hiergegen vorgebracht wurden.

aaa) Ein Europäisches Urheberrecht per Verordnung auf der Grundlage von Art. 95 EGV?

Art. 95 EGV erlaubte die *Angleichung* der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten. Dies warf die Frage auf, ob die Gemeinschaft auf die *Annäherung der nationalen Urheberrechte per Richtlinie* beschränkt war oder ob sie auf der Grundlage von Art. 95 EGV auch ein *Gemeinschaftsurheberrecht per Verordnung* erlassen konnte.²⁶⁷

Auch wenn der *Begriff der Angleichung* zunächst einmal auf eine bloße Annäherung der nationalen Urheberrechte hindeutete, konnte man nicht davon ausgehen, dass er die Vereinheitlichung durch ein einheitliches Europäisches Urheberrecht von vorneherein ausschloss. Denn die Autoren der Verträge hatten zahlreiche Begriffe wie etwa den der Koordinierung oder sogar der Vereinheitlichung synonym verwendet, was stark gegen eine zu große Bedeutung des Wortsinnes sprach.²⁶⁸

265 Unten, § 4.V., insbesondere § 4.V.2.d).

266 Davon ging Hilty, Entwicklungsperspektiven, 172, aus.

267 Vgl. auch die entsprechende Diskussion zur Schaffung eines optionalen Europäischen Kaufrechts per Verordnung auf der Grundlage von Art. 114 AEUV. Hierzu Ludwigs, EuZW 2012, 608, 609, mit zahlreichen Nachweisen.

268 Nach ganz herrschender Meinung wurden und werden die Begriffe *Koordinierung* z.B. in Art. 53 Abs. 1 AEUV (Art. 47 Abs. 2 EGV), *Harmonisierung* z.B. in Art. 113 AEUV (Art. 93 EGV) und *Vereinheitlichung* in Art. 207 Abs. 1 AEUV (Art. 133 Abs. 1 EGV) synonym zum Begriff der Angleichung verwendet. Vgl. Fischer in: Lenz/Borchardt, Vor Art. 114–118 AEUV Rn. 1; Kahl in: Calliess/Ruffert, 3. Auflage, 2007, Art. 94 EGV Rn. 1; ausführlich Taschner in: von der Groeben/Schwarze, Art. 94 EGV Rn. 1.

Selbst innerhalb des Art. 114 AEUV (Art. 95 EGV) wird sowohl der Begriff der Angleichung als auch der der Harmonisierung verwendet.

Bezieht man zusätzlich noch die verschiedenen Sprachfassungen des AEU- beziehungsweise des EG-Vertrages in einen Vergleich mit ein, zeigt sich, dass die Begriffe auch nicht stets eine einheitliche Übersetzung in andere Sprachen gefunden haben. So wird etwa der Begriff der Angleichung in Art. 114 Abs. 1 AEUV (Art. 95

Zudem ließ sich ein überzeugendes rechtstechnisches Argument dafür anführen, dass ein europäisches Einheitsrechts auch auf der Grundlage des Art. 95 EGV denkbar sei. Denn auf Art. 95 EGV konnten anders als etwa auf Art. 94 EGV nicht nur Richtlinien, sondern alle Handlungsformen des Gemein-

Abs. 1 EGV) in der englischen Fassung mit approximation und in der französischen mit rapprochement wiedergegeben, wohingegen er in Art. 151 AEUV (Art. 136 Abs. 1 EGV) auf Englisch mit harmonisation und auf Französisch mit égalisation bezeichnet wird. Demgegenüber erscheint der Begriff der Harmonisierung in Art. 19 Abs. 2 AEUV (Art. 13 Abs. 2 EGV) in der englischen wie in der französischen Fassung als harmonisation und der deutsche Begriff der Harmonisierungsmaßnahme in Art. 114 Abs. 5 (Art. 95 Abs. 5 EGV) als harmonisation measure bzw. mesure d'harmonisation. Wo in der deutschen Fassung das Verb vereinheitlichen verwendet wurde (Art. 132 Abs. 1 EGV), hieß es auf Englisch to harmonise und auf Französisch harmoniser. Dagegen wird das Substantiv Vereinheitlichung nur einen Artikel weiter (Art. 133 Abs. 1 EGV, jetzt Art. 207 Abs. 1 AEUV) mit achievement of uniformity bzw. uniformisation übersetzt. Vgl. auch *Taschner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 94 EGV Rn. 1, der sich auf die ursprünglichen Fassungen des Vertrages in den damaligen Vertragssprachen bezieht.

Nichtsdestotrotz wurde z.T. versucht, eine begriffliche Unterscheidung von Rechtsvereinheitlichung im Sinne der Schaffung eines (unmittelbar anwendbaren) Einheitsrechts einerseits und Angleichung andererseits vorzunehmen. Die Angleichung unterscheide sich von der Schaffung von Einheitsrecht dadurch, dass sie die Identität der nationalen Rechtsordnungen bestehen lasse, diese inhaltlich zwar verändere, aber nicht verdränge. Vgl. *Taschner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 94 EGV Rn. 12; *Kahl* in: *Calliess/Ruffert*, 3. Auflage, 2007, Art. 94 EGV Rn. 1. Das angeglichebene Recht als Ergebnis des Angleichungsprozesses bleibe nationales Recht und als solches allein der Auslegung durch die nationalen Gerichte vorbehalten und einer einheitlichen Auslegung durch den EuGH entzogen. Aus diesem Grund könne ein Europäisches Urheberrecht nicht im Rahmen einer „Angleichungsmaßnahme“ geschaffen werden. Vgl. in diesem Sinne auch *Schieble*, Kompetenz der EG, 146.

Die Überlegungen zur richtigen Auslegung des Begriffs der Angleichung entbehren nicht eines gewissen Reizes, bringen aber für die Frage, ob ein Gemeinschaftsurheberrecht als europäisches Einheitsrecht auf Art. 95 EGV hätte gestützt werden können, tatsächlich keinen Gewinn. Denn wie gezeigt sind die Autoren der Verträge bei der Verwendung der Begriffe Angleichung und Vereinheitlichung keineswegs so behutsam vorgegangen, wie das eine Unterscheidung voraussetzen würde. Demnach kann aus der Verwendung des Begriffs der Angleichung nicht gefolgert werden, dass ein Gemeinschaftsrechtstitel nicht auf die Grundlage des Art. 95 EGV gestützt werden durfte.

schaftsrechts, also auch Verordnungen gestützt werden.²⁶⁹ Verordnungen schufen und schaffen aber unmittelbar geltendes Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht, das nicht zwangsläufig zu einer Angleichung der bestehenden nationalen Regelungen führen muss, dieses sogar gänzlich unberührt lassen kann, nämlich dann, wenn Unionsrecht neben die nationalen Rechtsordnungen tritt.

War der Erlass von Verordnungen also prinzipiell auf der Grundlage von Art. 95 EGV möglich, so wurden im Schrifttum mit Blick auf den Begriff der Angleichung zum Teil einschränkende Anforderungen gestellt, die die Möglichkeit der Schaffung eines Gemeinschaftsurheberrechts nach dieser Vorschrift in Zweifel ziehen konnten. Während die Forderung nach einem *Ausschluss spezifisch gemeinschaftlichen Rechts* nicht zu überzeugen vermag, trifft der *Ausschluss nur parallel zu den nationalen Rechtsordnungen geltenden Rechts* zu.

bbb) Unmöglichkeit der Schaffung gemeinschaftsweiter Rechtstitel als spezifisch gemeinschaftlichen Rechts aufgrund von Art. 95 EGV?

Eine Verordnungen auf der Grundlage von Art. 95 EGV, so hieß es zum Teil in der Literatur, müsse so gefasst sein, dass prinzipiell auch der *nationale Gesetzgeber entsprechende Regeln hätte erlassen können*.²⁷⁰ Nur dann sei ein hinreichender Bezug zu den nationalen Rechtsordnungen gegeben und man könne

269 Schlussanträge des Generalwalts Jacobs, 28.1.1999, Slg. 1999, I-3143 – *Antoine Kortas*, Rn. 14; *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 95 EGV Rn. 37; *Kahl* in: *Calliess/Ruffert*, 3. Auflage, 2007, Art. 95 EGV Rn. 9, 20; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 33 Rn. 14. Daran änderte auch das Faktum nichts, dass die Gemeinschaft sich bei der Rechtsangleichung in der Regel der Richtlinie bediente. *Slot*, 21 ELRev 1996, 378, 379, wollte daraus einen „besonderen Charakter der Harmonisierung im Gegensatz zur Rechtsvereinheitlichung“ ableiten.

In der Praxis nämlich wurden und werden wohl auch in Zukunft in mehreren Sachbereichen Richtlinien und Verordnungen kombiniert. Im Bereich des Zollverfahrensrechts und des Arzneimittelrechts etwa wurden beide Instrumente verwendet. Vgl. hierzu *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 95 EGV Rn. 38, mit weiteren Beispielen. Die Verordnung (EWG) Nr. 4046/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Sicherheitsleistungen für Zollschulden, ABl. EU 1989 L 388/24, die eine einheitliche Regelung für die Sicherheitsleistung gegenüber den Zollbehörden enthält, wurde nur auf der Grundlage des Art. 100a EWG (jetzt Art. 114 AEUV) erlassen, obwohl sie als unmittelbar anwendbares Recht nationales Recht verdrängte.

270 *Müller-Graff*, EuR 1989, 107, 129.

noch von einer *Angleichung* der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten sprechen.

Damit wäre jedoch ein gemeinschaftlicher Rechtstitel nicht mehr von Art. 95 EGV erfasst gewesen. Denn kein nationaler Gesetzgeber wäre – wegen des Territorialitätsprinzips – in der Lage, einen Rechtstitel zu schaffen, der gemeinschaftsweit Geltung beanspruchen könnte.²⁷¹

Ein Abstellen auf die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, vergleichbare Regelungen zu erlassen, erschien indes nicht sachgerecht. Die Binnenmarktkompetenz diene und dient der Beseitigung von Rechtsunterschieden, die das Funktionieren des Binnenmarktes beeinträchtigen. Natürlich ist hierbei auf die vertikale Kompetenzabgrenzung, also die Abgrenzung der gemeinschaftlichen bzw. unionalen von der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit zu achten. Es ist aber nicht einzusehen, warum die Gemeinschaft bzw. Union – wenn sie nun einmal dazu berufen ist, den Binnenmarkt beeinträchtigende Unterschiede zu beseitigen – dabei auf den Erlass von Vorschriften beschränkt sein soll, die genauso gut die Mitgliedstaaten hätten erlassen können. Der Mehrwert der Union gegenüber der Summe ihrer Mitglieder würde auf diese Weise verspielt.

271 *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 95 EGV Rn. 40.

Gegen diese zusätzliche Voraussetzung wurde vorgebracht, dass die Gemeinschaft dann nur Maßnahmen ergreifen könne, die die materiellen Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen beseitigen würden. Das löse aber nicht das Problem der territorialen Beschränkung der nationalen Rechtstitel, welche aber ebenfalls Hindernisse für den Binnenmarkt verursachen könne, selbst wenn die nationalen Rechte identisch seien. Die Gemeinschaft müsse in der Lage sein, Rechtstitel zu schaffen, um gerade auch die territoriale Begrenztheit auflösen zu können. Vgl. hierzu *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 95 EGV Rn. 40.

Auch der EuGH habe Art. 95 EGV als die richtige Grundlage angesehen, um Hindernisse durch die territoriale Begrenztheit der Schutzrechte auszuräumen. Vgl. *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 95 EGV Rn. 42.

Dieser Einwand konnte jedoch nicht überzeugen. Die in diesem Zusammenhang zitierte Entscheidung des EuGH, EuGH, 22.6.1994, Rs. C-9/93, Slg. 1994, I-2789 – *Ideal-Standard*, Rn. 57 f., sah in der Tat Art. 95 EGV als eine geeignete Grundlage an, Hindernisse aufgrund der territorialen Begrenztheit der Rechtstitel zu beseitigen. Allerdings schlug der EuGH selbst dazu einen anderen Weg als die Schaffung eines Gemeinschaftstitels vor, nämlich die Vorschrift an die Mitgliedstaaten, in ihren Rechtsordnungen die Gültigkeit der Übertragung des nationalen Rechtstitels davon abhängig zu machen, dass zugleich die Rechte für die anderen Mitgliedstaaten übertragen würden. Ein obiter dictum des Gerichtshofes, wonach Art. 95 EGV für die Schaffung eines Gemeinschaftsrechtstitels herangezogen werden könne, ließ sich hieraus nicht lesen.

Darüber hinaus wäre ein Konflikt mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vorprogrammiert. Denn wenn man Verordnungen nach Art. 95 EGV nur hätte zulassen wollen, wenn entsprechende Regelungen ebenso gut auch durch die Mitgliedstaaten hätten geschaffen werden können, so wäre eine gemeinschaftliche Regelung gerade nicht erforderlich gewesen und die Gemeinschaft hätte auf die Ausübung ihrer Kompetenz verzichten müssen.

Es lässt sich also festhalten, dass Art. 95 EGV (und jetzt Art. 114 AEUV) nicht nur Verordnungen im allgemeinen, sondern auch den Erlass spezifisch gemeinschaftlichen bzw. unionalen Rechts ermöglichte. Hierunter sind solche Regelungen zu verstehen, welche in dieser Form nur durch die Gemeinschaft bzw. Union geschaffen werden konnten, also gerade auch gemeinschaftsweit geltende Rechtstitel. Überzeugender als der Ausschluss spezifisch gemeinschaftsrechtlicher Verordnungen aus dem Bereich des Art. 95 EGV wirkte aber eine Einschränkung, die das Verhältnis des zu schaffenden Gemeinschaftsrechts zu den nationalen Rechtsordnungen betraf.

ccc) Unmöglichkeit der Schaffung nur parallel anwendbaren Gemeinschaftsrechts auf der Grundlage des Art. 95 EGV

Zu Recht wurde in der Literatur argumentiert, eine Maßnahme sei nur dann von Art. 95 EGV gedeckt, wenn sie in irgendeiner Weise *mit den Regelungen der Mitgliedstaaten interagiere*, sie verdränge oder ergänze. Auf dieser Grundlage geschaffene Regelungen des Gemeinschaftsrechts dürften nicht völlig selbständig und losgelöst neben das nationale Recht treten, es dürfe also kein nur parallel zum Recht der Mitgliedstaaten geltendes Recht geschaffen werden.²⁷²

Diese Einschränkung ließ sich gut mit der Rechtsprechung des EuGH zur Schaffung von gemeinschaftlichen Rechtstiteln des geistigen Eigentums vereinbaren. Der EuGH hatte sich im Gutachten 1/94 zur Grundlage solcher Rechtstitel geäußert: „Auf der Ebene der internen Rechtsetzung verfügt die Gemeinschaft im Bereich des geistigen Eigentums über eine Zuständigkeit zur Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften gemäß den Artikeln 100 und 100a [Art. 94 und 95 EGV, Art. 115 und 114 AEUV] und kann auf der Grundlage von Artikel 235 [Art. 308 EGV, Art. 352 AEUV] neue Titel schaffen, die dann

272 Tietje in: Grabitz/Hilf, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 95 EGV Rn. 52; Fischer/Früh/Jaeger, EuLF 2009, II-29, II-38.

die nationalen Titel überlagern [...].²⁷³ Damit hatte der EuGH klargestellt, dass zumindest solche Verordnungen, die einen Rechtstitel schaffen, der *selbständig neben* nationale Rechtstitel tritt, diese also „überlagert“, ohne diese zu verdrängen oder zu verändern, auf Art. 308 EGV zu stützen waren. Zu Gemeinschaftsrechtstiteln, die nationale Rechtstitel *verdrängen oder ergänzen*, hatte sich der EuGH aber nicht explizit geäußert. Eine Lösung konnte nach altem Recht also darin bestehen, Art. 95 EGV als Grundlage für die Schaffung von Gemeinschaftsrechtstiteln anzusehen, die nationale Rechtstitel verdrängen, nicht aber für solche, die neben diese nationalen Rechte treten.²⁷⁴ Ob der EuGH diese Unterscheidung hatte vornehmen wollen, ließ sich aber beim knappen Wortlaut der Entscheidung nicht mit abschließender Sicherheit sagen.

Der Vorschlag, auf die Interaktion des nach Art. 95 EGV zu schaffenden Gemeinschaftsrechts mit dem nationalen Recht abzustellen, überzeugt jedoch. Es wäre widersprüchlich, wenn einerseits aufgrund von Art. 95 EGV nur solche Maßnahmen zulässig sein sollten, die die nationalen Regelungen inhaltlich veränderten, nicht aber auch solche, welche sie verdrängten, und andererseits Verordnungen trotzdem möglich sein mussten, obwohl sie keine Veränderungen der nationalen Regelungen bewirkten. Der hier zuletzt genannte Lösungsvorschlag vermochte jedoch, einen solchen Widerspruch zu vermeiden.

Gleichfalls in diese Richtung ging die Überlegung, dass der Telos der Binnenmarktkompetenz die Beseitigung von den Binnenmarkt störenden Rechtsunterschieden ist. Solche Rechtsunterschiede werden aber durch die Schaffung einheitlichen Gemeinschaftsrechts mindestens ebenso gut behoben wie durch eine inhaltliche Annäherung der nationalen Rechtsordnungen.²⁷⁵ Dies gilt aber nur dann, wenn dieses einheitliche Gemeinschaftsrecht an die Stelle der nationalen Regelungen tritt. Tritt das Gemeinschaftsrecht dagegen neben die nationalen Rechtsordnungen, trägt es – zumindest direkt – nicht zu einer Beseitigung

273 EuGH, 15.11.1994, Gutachten 1/94, Slg. 1994, I-5267 – *Gutachten 1/94 – WTO*, Rn. 59.

274 So wohl auch *Tietje* in: *Grabitz/Hilf*, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 95 EGV Rn. 52; speziell zum Urheberrecht *Hugenholz/van Eechoud/van Gompel*, *Recasting of Copyright*, 14 und 221; *Leistner*, *Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven*, 74; *Schack*, *ZGE* 2009, 275, 283. Vgl. auch *Hilty*, *Entwicklungsperspektiven*, 141, zu Rechtstiteln des Geistigen Eigentums insgesamt. *Ludwigs*, *EuZW* 2012, 608, 609, sieht bei der Diskussion um die Schaffung eines optionalen Europäischen Kaufrechts auf der Grundlage von Art. 114 AEUV hierin dagegen ein Paradox.

275 Hierzu unten, § 8.I.2.

von Rechtsunterschieden bei, sondern fügt im Gegenteil den divergierenden nationalen Rechtsordnungen noch eine weitere hinzu.²⁷⁶

Vor dem Vertrag von Lissabon blieb als Rechtsgrundlage für die Schaffung eines parallel zu den nationalen Urheberrechten geltenden Gemeinschaftsurheberrechts daher nur die ergänzende Rechtsetzungsbefugnis nach Art. 308 EGV. Wir wollen hier noch nicht auf die Voraussetzungen der Vorschrift eingehen, weil sie sich weitgehend mit denen der Nachfolgevorschrift des Art. 352 AEUV decken, auf die wir noch zu sprechen kommen werden. Hingewiesen sei aber nochmals darauf, dass ein Rückgriff auf Art. 308 EGV die praktische Folge gehabt hätte, dass ein Europäisches Urheberrecht nur nach dem in Art. 308 EGV festgelegten Anhörungsverfahren und vor allem nur durch eine einstimmige Entscheidung des Rates hätte auf den Weg gebracht werden können.

ddd) Zwischenergebnis

Art. 95 Abs. 1 EGV erlaubte die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten. Wir haben hieraus die Frage entwickelt, ob aufgrund dieser Vorschrift nur eine Annäherung der nationalen Urheberrechte möglich war oder ob auch ein Europäisches Urheberrecht auf Art. 95 EGV hätte gestützt werden können. Wegen der uneinheitlichen Verwendung der Begriffe Angleichung, Harmonisierung, Vereinheitlichung und Koordinierung im EG-Vertrag ließ sich aus dem Wortlaut der Vorschrift hierauf keine Antwort finden. Die Tatsache, dass auch Verordnungen auf Art. 95 EGV gestützt werden konnten, sprach indes dagegen, einen europäischen Rechtstitel auf dieser Grundlage pauschal abzulehnen. Die Rechtsprechung des EuGH schloss aber die Schaffung von parallel zu nationalen Rechten bestehenden gemeinschaftlichen Rechtstiteln des geistigen Eigentums nach Art. 95 EGV aus.

Hieraus ist zu folgern, dass ein Europäisches Urheberrecht nur dann auf Art. 95 EGV hätte gestützt werden können, wenn es mit den nationalen Urheberrechten interagierte, indem es sie ergänzte oder teilweise oder ganz ersetzte.

276 Eine rechtsvereinheitlichende Wirkung kann sich bei einem parallel zu den nationalen Rechtsordnungen geltenden Gemeinschafts- oder Unionsrecht nur aus einer Vorbildwirkung ergeben. Erweisen sich nämlich die gemeinschaftlichen oder Unionsregeln als besonders gut, können die nationalen Gesetzgeber ihre eigene Gesetzgebung dem europäischen Recht anpassen, obwohl hierzu keine Pflicht besteht. Dieser Effekt erscheint aber als zu weit entfernt, um die hier aufgestellten Anforderung der Interaktion mit dem nationalen Recht erfüllen zu können.

Andernfalls hätte auf Art. 308 EGV zurückgegriffen werden müssen, sodass im Rat Einstimmigkeit erforderlich gewesen wäre.

- bb) Zur Möglichkeit der Schaffung eines Europäischen Urheberrechts und zu dessen Verhältnis zu den nationalen Urheberrechten *nach* dem Vertrag von Lissabon

Art. 118 AEUV stellt die für die Schaffung von Rechtstiteln des geistigen Eigentums wichtigste Neuerung durch den Vertrag von Lissabon dar. Trotz ihres auf den ersten Blick klaren Wortlautes im Hinblick auf ihre Rechtsfolgen (die Möglichkeit der Schaffung europäischer Rechtstitel) wirft auch diese Vorschrift einige Fragen auf, auf die es hier einzugehen gilt.

Zum einen enthält Art. 118 AEUV anders als Art. 95 EGV (jetzt Art. 114 AEUV) keinerlei Hinweis auf eine Angleichung oder Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten. Es ist daher zu diskutieren, ob sich hieraus Beschränkungen für aufgrund von Art. 118 AEUV einzuführende Rechtstitel der Union ergeben (§ 4.III.2.c)bb)aaa)).

Zum anderen soll angesichts der Tatsache, dass zumindest nach hiesiger Auffassung ein Unionsurheberrecht schon bisher nach Art. 95 EGV oder Art. 308 EGV hätte erlassen werden können, herausgearbeitet werden, welche praktischen Veränderungen der Vertrag von Lissabon im Hinblick auf die Schaffung eines Unionsurheberrechts mit sich gebracht hat (§ 4.III.2.c)bb)bbb)).

- aaa) Keine Harmonisierung aufgrund von Art. 118 AEUV?

Wie schon angesprochen erwähnt Art. 118 AEUV eine Angleichung oder Harmonisierung der nationalen Rechtstitel nicht, sondern allein die Schaffung neuer, europäischer Rechtstitel. Dies hat zur Folge, dass die Union aufgrund von Art. 118 AEUV keine Richtlinie erlassen könnte, die die nationalen Gesetzgeber dazu zwingen würde, ihr Recht einer solchen Vorgabe der Union anzupassen.

Jedoch kann auch durch die Schaffung neuer Rechtstitel eine Harmonisierung erreicht werden, wenn nämlich der neue Rechtstitel die nationalen Rechtstitel verdrängt. Nur deshalb konnte ein solches substituierendes Europäisches

Urheberrecht jedenfalls nach der hier vertretenen Auffassung schon vor dem Vertrag von Lissabon auf Art. 95 EGV gestützt werden.²⁷⁷

Der Wortlaut des Art. 118 AEUV schließt eine solche harmonisierende Wirkung eines europäischen Rechtstitels aber auch nicht aus. Würde man aus dem Fehlen des Merkmals der Angleichung der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten in Art. 118 AEUV ableiten wollen, dass auf Art. 118 AEUV nur ein solcher Rechtstitel gestützt werden dürfte, der neben die nationalen Urheberrechte tritt und diese vollständig unberührt lässt,²⁷⁸ dann würden die Kompetenzen der Union aufgrund von Art. 118 AEUV ganz erheblich eingeschränkt. Auch die Überlegung, dass die Kompetenz des Art. 118 AEUV als Teil der Binnenmarktkompetenz der Fortentwicklung des Binnenmarktes dienen soll,²⁷⁹ spricht gegen eine derartig enge Auslegung des Art. 118 AEUV. Denn ein Vorteil für den Binnenmarkt kann am besten durch ein europaweit einheitliches Urheberrecht *statt* der gegenwärtigen nationalen Urheberrechte und in nur viel geringerem Umfang durch ein *zu den nationalen Urheberrechten lediglich hinzutretendes* Europäisches Urheberrecht bewirkt werden.²⁸⁰

Zu denken wäre aber daran, einen interagierenden Rechtstitel zusätzlich auf Art. 114 AEUV zu stützen, weil er eben nicht nur einen neuen Rechtstitel schafft, sondern implizit auch zu einer Art Harmonisierung (durch Verdrängung der divergierenden nationalen Rechte) führen würde.²⁸¹ Da aber beide Vorschriften dasselbe Rechtsetzungsverfahren und dieselben Mehrheitserfordernisse vorsehen, bliebe eine Stützung von Unionsrechtstiteln auf beide Grundlagen ohne praktische Konsequenzen.

bbb) Erleichterungen und weiter bestehende Schwierigkeiten für die Schaffung eines Unionsurheberrechts nach dem Vertrag von Lissabon

Die *eigentliche Neuerung*, die Art. 118 AEUV mit sich bringt, ist also, dass die nach altem Recht erforderliche Unterscheidung zwischen einem parallel zu den nationalen Urheberrechten geltenden Unionsurheberrecht und einem die nationalen Urheberrechte verdrängenden Unionsurheberrecht überflüssig wird und im Falle der *Parallelität* nicht mehr auf den subsidiären Art. 308 EGV (jetzt

277 Hierzu oben, § 4.III.2.c)aa)ccc).

278 Dies erwägt auch *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 80.

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

280 Hierzu ausführlich unten, § 8.I.2.

281 *Fischer/Früh/Jaeger*, EuLF 2009, II-29, II-32, II-38.

Art. 352 AEUV) zurückgegriffen werden muss, weil Art. 118 AEUV die „erforderlichen Befugnisse“ im Sinne des Art. 352 AEUV hierzu bereit hält, und der subsidiäre Art. 352 AEUV daher hinter Art. 118 AEUV zurücktreten muss. Da mit Art. 118 AEUV das *ordentliche Gesetzgebungsverfahren* Anwendung findet, also das frühere Mitentscheidungsverfahren mit dem Erfordernis einer *qualifizierten Mehrheit* im Rat, ergibt sich die praktische Konsequenz, dass ein parallel zu den nationalen Urheberrechten geschaffenes Unionsurheberrecht nicht mehr im Wege des Anhörungsverfahrens und nur durch einstimmige Entscheidung im Rat geschaffen werden könnte, was eine erhebliche Erleichterung darstellt.²⁸²

Keine praktische Neuerung ergibt sich dagegen nach der hier vertretenen Auffassung für die Schaffung eines die nationalen Urheberrechte ergänzenden oder *substituierenden Europäischen Urheberrechts*, weil auch schon nach Art. 95 EGV das Mitentscheidungsverfahren mit qualifizierter Mehrheit einschlägig war.

Beachtet werden muss allerdings, dass Art. 118 Abs. 2 AEUV für eine *Sprachenregelung* im Zusammenhang mit der Schaffung europäischer Rechtstitel über den Schutz des geistigen Eigentums das Anhörungsverfahren mit einstimmigem Beschluss im Rat vorsieht. Registerpflichtige Rechtstitel dürften kaum ohne eine Regelung der Register- und Verfahrenssprache auskommen, sodass für die Schaffung solcher Rechtstitel letztlich doch wieder ein *einstimmiger Ratsbeschluss* erforderlich ist.²⁸³

Für ein Europäisches Urheberrecht erscheint dies auf den ersten Blick irrelevant, sieht doch Art. 5 Abs. 2 S. 1 RBÜ die Formfreiheit des urheberrechtlichen Schutzes vor. Zwar ist die Union nicht Vertragspartei der RBÜ und auch aufgrund von Art. 351 AEUV (Art. 307 EGV) nach herrschender Meinung grundsätzlich nicht an die völkervertraglichen Pflichten ihrer Mitgliedstaaten gebunden.²⁸⁴ Jedoch kann sich aus dem Grundsatz der völkerrechtskonformen Integration eine mittelbare Bindung der Union an vorbestehende völkerrechtliche Verpflichtungen der Mitgliedstaaten ergeben.²⁸⁵ Auch ist die Union als Partei des WIPO Copyright Treaty (WCT) über dessen Art. 1 Abs. 4 selbst an Art. 5

282 So auch *Ubertazzi*, IIC 2007, 881, 883, und *Kingston*, EIPR 2008, 439, 439, freilich ohne Unterscheidung nach Interaktion und Parallelität.

283 *Fischer/Frühl/Jaeger*, EuLF 2009, II-29, II-31.

284 *Schmalenbach* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 351 AEUV Rn. 23 ; *Lorenzmeier* in: *Grabitz/Hilf*, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 307 EGV Rn. 38.

285 *Petersmann/Spennemann* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 307 EGV Rn. 1 ff. und 13.

Abs. 2 RBÜ gebunden. Hinzu kommt, dass die Mitgliedstaaten durch ihren Zusammenschluss in der Union nicht von der Erfüllung ihrer völkerrechtlichen Verpflichtungen befreit werden²⁸⁶ und daher gehalten sein könnten, nicht an der Schaffung eines registerpflichtigen Urheberrechts im Rahmen der Union mitzuwirken.²⁸⁷

Geht man davon aus, dass ein Unionsurheberrecht als Registerrecht gegen Art. 5 Abs. 2 S. 1 RBÜ verstieße, dann wäre in der Tat Art. 118 Abs. 2 AEUV für das Urheberrecht irrelevant. Hält man dagegen ein Unionsurheberrecht unter gewissen Umständen für mit den völkerrechtlichen Vorgaben vereinbar, so käme dem Einstimmigkeitserfordernis des Art. 118 Abs. 2 AEUV auch für das Urheberrecht Bedeutung zu.²⁸⁸

ccc) Zwischenergebnis

Auf der Grundlage des Art. 118 AEUV können sowohl Rechtstitel erlassen werden, die zu den nationalen Rechtstiteln hinzutreten, als auch solche, die diese verdrängen. Mit dem Vertrag von Lissabon wird somit die bisher erforderliche Unterscheidung zwischen Rechtstiteln des geistigen Eigentums, für die Art. 308 EGV herangezogen werden musste, und solchen, die auf Art. 95 EGV gestützt werden konnten, obsolet. In beiden Fällen ist nunmehr Art. 118 AEUV einschlägig.²⁸⁹

Das bedeutet gegenüber der bisherigen Rechtslage insofern einen Fortschritt, als das Erfordernis einer einstimmigen Entscheidung im Rat für parallel geltende Unionsrechtstitel wegfällt. Dies gilt allerdings nur insoweit, als man von einem weiterhin registerfreien Urheberrecht ausgeht, denn für Registerrechte bedarf es einer Sprachregelung, die weiterhin einer einstimmigen Entscheidung im Rat unterworfen ist.

286 EGMR, 18.2.1999, Rs. 24833/94 EuZW, 1999, 308 – *Denise Matthews ./. Vereinigtes Königreich*, Rn. 32.

287 *Fischer/Frühl/Jaeger*, EuLF 2009, II-29, II-38, insbesondere Fn. 94.

288 Ausführlich zur Vereinbarkeit eines Unionsurheberrechts als Registerrecht mit den völkerrechtlichen Vorgaben unten, § 10.II.4.a)aa).

289 Im Ergebnis ebenso *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 80, der aber erwägt, ob Art. 118 AEUV nicht nur die Schaffung solcher Titel abdeckt, die neben die nationalen Rechtstitel treten.

3. Zwischenergebnis zu Art. 118 AEUV

Art. 118 AEUV stellt die für die Schaffung eines Unionsurheberrechts bedeutendste Neuerung des Vertrages von Lissabon dar. Er ermöglicht es der Union, europäische Rechtstitel zum Schutz des geistigen Eigentums zu schaffen, soweit dies der Verwirklichung des Binnenmarktes unter Einschluss der Verhütung von Wettbewerbsverzerrungen dient. Ob dies der Fall ist, muss noch für die einzelnen Bereiche des materiellen Urheberrechts getrennt untersucht werden. Soweit ein Binnenmarktbezug festgestellt werden kann, ist von Art. 118 AEUV auch die Schaffung eines Europäischen Urheberrechts gedeckt.

Art. 118 AEUV erlaubt die Schaffung eines parallel neben die nationalen Urheberrechte tretenden Europäischen Urheberrechts ebenso wie die eines die nationalen Urheberrechte substituierenden Unionsrechtstitels. Dies bedeutet gegenüber der Rechtslage vor dem Vertrag von Lissabon insofern eine Erleichterung, als für ein parallel geltendes Unionsurheberrecht zuvor auf Art. 308 EGV mit dem Erfordernis eines einstimmigen Ratsbeschlusses hätte zurückgegriffen werden müssen, wohingegen Art. 118 AEUV das ordentliche Gesetzgebungsverfahren mit nur qualifizierter Mehrheitsentscheidung vorsieht. Davon ausgenommen bleibt allerdings eine Sprachregelung, die dann relevant würde, wenn man ein Unionsurheberrecht als Registerrecht ausgestalten würde.

IV. Sonstige Rechtsgrundlagen der Binnenmarktkompetenz

Art. 118 AEUV ist als eine spezielle Rechtsgrundlage für die Schaffung von Rechtstiteln des geistigen Eigentums im Rahmen der Binnenmarktkompetenz der Union anzusehen. Da die Binnenmarktkompetenz aber bedeutend breiter gefasst ist, kommen auch noch andere Rechtsgrundlagen für eine Rechtsetzung der Union auf dem Feld des Urheberrechts in Betracht.

1. Art. 53 Abs. 1 AEUV (Art. 47 Abs. 2 EGV)

Art. 53 Abs. 1 AEUV (Art. 47 Abs. 2 EGV) ermächtigt die Union, Richtlinien zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten zu erlassen, um letztere zu erleichtern.

Koordinierung ist dabei nicht anders zu verstehen als die an anderer Stelle in den Verträgen verwendeten Begriffe der Harmonisierung und der Angleichung, die eine umfassende Rechtsetzungstätigkeit der Union erlauben.²⁹⁰

Allerdings sieht Art. 53 Abs. 1 AEUV als zulässige Maßnahmen zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit *nur Richtlinien* vor. Obwohl also der Begriff der Koordinierung ebenso wie der der Angleichung in Art. 114 AEUV (Art. 95 EGV)²⁹¹ auch die Schaffung eines Europäischen Urheberrechts trüge, kann daher ein Europäisches Urheberrecht per Verordnung schon deshalb nicht auf Art. 53 Abs. 2 AEUV gestützt werden.

Art. 53 Abs. 2 AEUV dürfte aber auch nach dem Vertrag von Lissabon weiter Bedeutung für die Harmonisierung der nationalen Urheberrechte entfalten. Nicht unerhebliche Teile des urheberrechtlichen *acquis*, nämlich die Vermiet- und Verleihrichtsrichtlinie²⁹², die Satelliten- und Kabelrichtlinie²⁹³, die Schutzdauerrichtlinie²⁹⁴, die Datenbankrichtlinie²⁹⁵ und die Informationsgesellschaftsrichtlinie²⁹⁶, sind in der Vergangenheit explizit auch auf der Grundlage von Art. 53 Abs. 1 AEUV (damals Art. 47 Abs. 2 EGV) geschaffen worden. Angesichts der Bedeutung, die urheberrechtliche Regelungen für die Aufnahme selbständiger Tätigkeit entfalten können, darf davon ausgegangen

290 Bröhmer in: *Calliess/Ruffert*, Art. 53 AEUV Rn. 10; Tiedje/Troberg in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 47 EGV Rn. 43 ff.; Randelzhofer/Forsthoff in: *Grabitz/Hilf*, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 47 EGV Rn. 20.

Vgl. auch schon oben, § 4.III.2.c)aa)aaa).

291 Oben, § 4.III.2.c)aa)aaa).

292 Richtlinie 92/100/EWG des Rates vom 19. November 1992 zum Vermietrecht und Verleihrrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums, ABl. EU 1992/L 346/61, im Folgenden: Vermiet- und Verleihrichtsrichtlinie (1992) (VVRL-1992). Die Richtlinie wurde inzwischen neu gefasst als Richtlinie 2006/115/EG, ABl. EU 2006/L 376/28, im Folgenden Vermiet- und Verleihrichtsrichtlinie.

293 Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, ABl. EU 1993/L 248/15, im Folgenden Satelliten- und Kabelrichtlinie (SKRL).

294 Richtlinie 93/98/EWG des Rates vom 29. Oktober 1993 zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, ABl. EU 1993/L 290/9, im Folgenden: Schutzdauerrichtlinie (1993) (SDRL-1993). Die Richtlinie wurde inzwischen neu gefasst als Richtlinie 2006/116/EG, ABl. EU 2006/L 372/12, im Folgenden Schutzdauerrichtlinie (SDRL).

295 Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. EU 1996/L 77/20, im Folgenden: Datenbankrichtlinie (DBRL).

296 Zu deren Abstützung auf Art. 47 Abs. 2 EGV *Hilty*, Die Umsetzung der Informationsgesellschaftsrichtlinie in Deutschland, 52 f.

werden, dass auch künftig Art. 53 Abs. 2 AEUV herangezogen wird, wenn sich der Unionsgesetzgeber zu einer weiteren Harmonisierung der nationalen Urheberrechte entschließen sollte.²⁹⁷

2. Art. 62 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 AEUV (Art. 55 EGV i.V.m. Art. 47 Abs. 2 EGV)

Art. 62 AEUV (Art. 55 EGV) erstreckt den Anwendungsbereich des Art. 53 Abs. 1 AEUV auf die Dienstleistungsfreiheit.²⁹⁸ Somit können Maßnahmen zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten auch getroffen werden, um eine grenzüberschreitende Dienstleistungstätigkeit zu erleichtern. Wie schon erwähnt ist der Begriff der Koordinierung gleichzusetzen mit dem der Angleichung oder Harmonisierung und erlaubt eine breite Regelungstätigkeit.

Das Angebot von Dienstleistungen (wie Sendungen oder öffentliche Zugänglichmachung von Inhalten) wie auch deren Inanspruchnahme setzen im Zusammenhang mit der Verwertung von Werken in der Regel urheberrechtlich relevante Nutzungshandlungen voraus.²⁹⁹ Hierdurch kommt es im Zusammenspiel mit dem kollisionsrechtlichen Schutzlandprinzip zur kumulativen Anwendung der nationalen Urheberrechte auf grenzüberschreitende Sachverhalte. Divergieren die nationalen Urheberrechte stark voneinander, so können sich für die Erbringer urheberrechtlich relevanter Dienstleistungen Hindernisse im Hinblick auf ein unionsweites Angebot ergeben. Gleiches gilt für die passive Dienstleistungsfreiheit, die es den Nachfragern der Dienstleistung ermöglichen soll, unionsweit Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen.³⁰⁰

297 Vgl. auch *Schieble*, Kompetenz der EG, 141.

298 Hierzu *Hilty*, Entwicklungsperspektiven, 141.

299 Hierin liegt ein Unterschied zur Niederlassungsfreiheit: die Niederlassung impliziert nicht schon ein urheberrechtlich relevantes Handeln und selbst wenn an die Niederlassung urheberrechtlich relevante Handlungen anknüpfen, weil etwa ein Künstler seine Werke vornehmlich am Ort seiner Niederlassung schafft, führt doch nach dem Schutzlandprinzip die Wahl des Ortes der Niederlassung (und somit des Entstehungsortes des Werkes) nicht auch zur Identifizierung des auf einen urheberrechtlichen Sachverhalt anwendbaren Rechts. Ausführlich zum Schutzlandprinzip und zu seiner Alternative, dem Herkunftslandprinzip unten, § 7.IV.

300 Zu den verschiedenen Ausprägungen der Dienstleistungsfreiheit vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 857.

Auch die Koordinierungskompetenz der Union aufgrund des Art. 62 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 AEUV (Art. 55 i.V.m. Art. 47 Abs. 2 EGV) zur Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit kann also Maßnahmen zur Vereinheitlichung des Urheberrechts tragen. Wegen des Verweises des Art. 62 auf Art. 53 Abs. 1 AEUV stehen jedoch auch zur Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit *nur Richtlinien* als Koordinierungsinstrument zur Verfügung, mit der Folge, dass ein Europäisches Urheberrecht auch nicht auf diese Vorschriften gemeinsam gestützt werden könnte.

3. Art. 114 AEUV (Art. 95 EGV)

Der frühere Art. 95 EGV wurde durch den Vertrag von Lissabon – von Anpassungen des Wortlauts abgesehen, die dem einschlägigen ordentlichen Gesetzgebungsverfahren geschuldet sind – unverändert als Art. 114 AEUV übernommen. Die Vorschrift ist die *Generalrechtsangleichungskompetenz*³⁰¹ zur Verwirklichung des Binnenmarktziels. Soweit es um die Verwirklichung der Niederlassungs- oder der Dienstleistungsfreiheit geht, gehen ihr daher die Art. 53 Abs. 1 und Art. 62 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 AEUV als speziellere Normen vor.³⁰²

Die allgemeine Rechtsangleichungskompetenz nach Art. 95 EGV war die wichtigste Grundlage für die bisherige Harmonisierung des Urheberrechts in der Union. Darüber hinaus hätte sie auch als Grundlage für die Schaffung eines die nationalen Urheberrechte substituierenden Unionsurheberrechts herangezogen werden können.³⁰³ Denn im Unterschied zu den Rechtsangleichungskompetenzen zur Verwirklichung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit erlaubte Art. 95 EGV auch den Erlass von Verordnungen.

Für eine *weitere Harmonisierung der nationalen Urheberrechte* dürfte Art. 114 AEUV wohl auch in Zukunft die Rechtsgrundlage mit der größten Bedeutung bleiben, sollte sich der Unionsgesetzgeber für diesen Weg entscheiden. Art. 118 AEUV jedenfalls würde eine bloße Harmonisierung der nationalen Urheberrechte mittels Richtlinie nicht tragen.

301 Kahl in: Calliess/Ruffert, Art. 114 AEUV Rn. 9.

302 Tiedje/Troberg in: von der Groeben/Schwarze, Art. 47 EGV Rn. 12 ff.; Kahl in: Calliess/Ruffert, Art. 114 AEUV Rn. 9.

303 Oben, § 4.III.2.c)aa)aaa).

Für die *Schaffung eines Unionsurheberrechts* – gleich ob parallel geltend oder substituierend – ist aber nunmehr Art. 118 AEUV einschlägig. Er verdrängt als die speziellere Norm Art. 114 AEUV. Allerdings wäre daran zu denken, ein substituierendes Unionsurheberrecht nicht nur auf Art. 118 AEUV zu stützen, sondern ergänzend Art. 114 AEUV heranzuziehen, weil ein solcher Unionsrechtstitel auch zu einer Harmonisierung (durch Verdrängung divergierender nationaler Urheberrechte) führen würde.³⁰⁴

4. Zwischenergebnis zu den sonstigen Rechtsgrundlagen der Binnenmarktkompetenz

Die neben Art. 118 AEUV zur Binnenmarktkompetenz der Union zählenden Rechtsgrundlagen der Art. 53 Abs. 1, Art. 62 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 sowie Art. 114 AEUV erlauben die Vereinheitlichung von Rechtsvorschriften im Interesse des Binnenmarktes. Dabei gehen die Angleichungskompetenzen zur Verwirklichung der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit der allgemeinen Rechtsangleichungskompetenz nach Art. 114 AEUV vor, erlauben aber anders als diese nicht den Erlass von Verordnungen und somit auch nicht den Erlass eines einheitlichen Europäischen Urheberrechts.

Art. 114 AEUV würde wie zuvor seine Vorgängervorschrift Art. 95 EGV auch die Schaffung eines Unionsurheberrechts abdecken, er wird jedoch von dem insoweit spezielleren Art. 118 AEUV verdrängt.

Die anderen Vorschriften der Binnenmarktkompetenz können demzufolge in Zukunft weiter für die Harmonisierung der nationalen Urheberrechte herangezogen werden, für die Art. 118 AEUV gerade keine taugliche Rechtsgrundlage bildet. Soweit ein Unionsurheberrecht aufgrund von Art. 118 AEUV die nationalen Urheberrechte verdrängt und nicht bloß neben sie tritt, sollten demzufolge die passenden Harmonisierungskompetenzen ergänzend herangezogen werden.

V. Art. 352 AEUV (Art. 308 EGV)

Wir haben festgestellt, dass der Union aufgrund von Art. 167 AEUV (Art. 151 EGV) Kompetenzen im kulturellen Bereich zustehen, dass eine weit-

304 Oben, § 4.III.2.c)bb)aaa).

reichende Regelung des Urheberrechts aber insbesondere wegen des unterstützenden Charakters dieser Zuständigkeit³⁰⁵ und wegen des Harmonisierungsverbotes des Art. 167 Abs. 5 AEUV³⁰⁶ aufgrund dieser Vorschrift nicht in Betracht kommt.

Die Binnenmarktkompetenz stellt eine brauchbare Grundlage für gesetzgeberische Aktivitäten der Union im Urheberrecht dar und kann unter dem Art. 118 AEUV auch ein einheitliches Europäisches Urheberrecht tragen. Voraussetzung für Rechtsakte auf der Grundlage der Binnenmarktkompetenz ist aber, dass diese schwerpunktmäßig urheberrechtliche Bereiche betreffen, die sich auf die Verwertung von Werken und somit auf den Binnenmarkt auswirken.

Da die gesetzgeberischen Möglichkeiten der Union aufgrund der Kultur- und der Binnenmarktkompetenz somit nicht unbegrenzt sind, stellt sich die Frage, ob nicht die ergänzende Rechtsetzungsbefugnis des Art. 352 AEUV (Art. 308 EGV) als Rechtsgrundlage für eine Tätigkeit der Union im Bereich des Urheberrechts fruchtbar gemacht werden kann, wo weder die Kultur- noch die Binnenmarktkompetenz weiterhelfen.

1. Bedeutung und ratio des Art. 352 AEUV

Art. 352 AEUV ermächtigt die Union zum Erlass geeigneter Vorschriften, um Ziele der Union zu erreichen, wenn im Vertrag die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen sind. Die Vorschrift überbrückt somit Diskrepanzen zwischen Sollen (Zielen) und Können (Befugnissen) der Union.³⁰⁷

Nach dem EuGH erlaubt die Vorschrift der Union, „den Unzulänglichkeiten der ihr zur Verwirklichung ihrer Ziele ausdrücklich oder stillschweigend übertragenen Befugnisse abzuhelpen“³⁰⁸. Sie solle „einen Ausgleich in Fällen schaffen [...] , in denen den Gemeinschaftsorganen durch spezifische Bestimmungen des Vertrags ausdrücklich oder implizit verliehene Befugnisse fehlen, die gleichwohl erforderlich erscheinen, damit die Gemeinschaft ihre Aufgaben

305 Hierzu oben, § 4.II.2.b).

306 Hierzu oben, § 4.II.2.c).

307 Rossi in: *Calliess/Ruffert*, Art. 352 AEUV Rn. 10.

308 EuGH, 15.11.1994, Gutachten 1/94, Slg. 1994, I-5267 – *Gutachten 1/94 – WTO*, Rn. 89.

im Hinblick auf die Erreichung eines der vom Vertrag festgelegten Ziele wahrnehmen kann“³⁰⁹.

Art. 352 AEUV schafft somit eine *Kompetenz für im Vertrag nicht vorgesehene Konstellationen*, ohne dabei das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zu durchbrechen.³¹⁰ Letzteres wird allenfalls gelockert,³¹¹ denn Art. 352 AEUV stellt selbst die erforderliche Einzelermächtigung dar. Wird von der Vorschrift Gebrauch gemacht, so stellt dies die Ausübung dieser Kompetenz dar, nicht etwa die Begründung einer neuen.³¹² Es liegt also *keine Kompetenzkompetenz* vor.³¹³

2. Voraussetzungen des Art. 352 AEUV

Sollen also Maßnahmen auf Art. 352 AEUV gestützt werden, muss wie bei jeder anderen Kompetenzgrundlage geprüft werden, ob ihre Voraussetzungen vorliegen.

a) Verwirklichung eines Ziels der Union

Auch wenn Art. 352 AEUV im Vergleich zu anderen Kompetenznormen geradezu generalklauselartig weit erscheinen mag,³¹⁴ so bleibt ein Tätigwerden der Union an die Verwirklichung ihrer Ziele, so wie sie durch die Verträge vorgegeben werden, gebunden. Keinesfalls kann die Union sich aufgrund von Art. 352 AEUV neue Ziele geben.³¹⁵

309 EuGH, 28.3.1996, Gutachten 2/942, Slg. 1996, I-1759 – *EMRK-Beitritt*, Rn. 29; EuGH, 3.9.2008, Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, Slg. 2008, I-6351 – *Kadi und Al Barakat*, Rn. 211.

310 Rossi in: *Calliess/Ruffert*, Art. 352 AEUV Rn. 12; vgl. auch Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 12. A.A. zu Art. 308 EGV Bitterlich in: *Lenz/Borchardt*, 4. Auflage, 2006, Art. 308 EGV Rn. 3.

311 Rossi in: *Calliess/Ruffert*, Art. 352 AEUV Rn. 14.

312 Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 13 und 21 ff.; Winkler in: *Grabitz/Hilf*, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 308 EGV Rn. 9.

313 Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 12, 22; Winkler in: *Grabitz/Hilf*, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 308 EGV Rn. 9; Boß in: *Lenz/Borchardt*, Art. 352 AEUV Rn. 2.

314 So Rossi in: *Calliess/Ruffert*, Art. 352 AEUV Rn. 24.

315 Rossi in: *Calliess/Ruffert*, Art. 352 AEUV Rn. 24. Zu Art. 308 EGV Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 14; Bitterlich in: *Lenz/Borchardt*, 4. Auflage, 2006, Art. 308 EGV Rn. 7.

Die Ziele der Union lassen sich zum einen einzelnen *besonderen Vorschriften* in den Verträgen entnehmen, die ausdrücklich von Zielen sprechen (z.B. Art. 3 AEUV, Art. 167 AEUV / Art. 151 EGV) oder aber den Schluss aus Verboten oder Geboten auf bestimmte Ziele zulassen (z.B. Art. 34 AEUV, Art. 28 EGV).³¹⁶ Zum anderen lässt sich auf die *allgemeineren Zielbestimmungen* der Art. 2 EUV sowie der Art. 18 und 19 AEUV zurückgreifen.³¹⁷ Auch der EuGH hat die in den Art. 2 und 3 EGV niedergelegten und inzwischen in Art. 3 EUV überführten Bereiche als Ziele der Union anerkannt.³¹⁸

Ob die in den *Präambeln* der Verträge aufgeführten Ziele auch solche im Sinne des Art. 352 AEUV sind, ist streitig.³¹⁹ Der EuGH schien auch die Präambel des EG-Vertrages bei der Ermittlung der Ziele der Gemeinschaft nach Art. 308 EGV berücksichtigen zu wollen.³²⁰ Das EuG hat sich diesbezüglich in jüngerer Zeit jedoch zurückgehalten.³²¹

Schließlich werden von einigen Vertretern im Schrifttum auch *implizite Ziele* der Union anerkannt. Da hier die Schwelle zur Vertragsänderung in gefährliche

316 Vgl. Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 86; Winkler in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 352 AEUV Rn. 45.

317 Vgl. zum alten Recht Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 87 ff.

318 Für den Art. 2 EGV: EuGH, 13.7.1966, Rs. 32/65, Slg. 1966, 458 – *Italien ./ Rat und Kommission*, 483; für den Art. 3 EGV: EuGH, 12.7.1973, Rs. 8/73, Slg. 1973, 897 – *Massey-Ferguson*, Rn. 3; für die Art. 2 und 3 EGV: EuGH, 4.4.1974, Rs. 167/73, Slg. 1974, 359 – *Seeleute*, Rn. 24/26; EuGH, 5.5.1982, Rs. 15/81, Slg. 1982, 1409 – *Gaston Schul*, Rn. 33; EuGH, 24.11.1982, Rs. 249/81, Slg. 1982, 4005 – *Buy Irish*, Rn. 28; EuGH, 18.2.1992, Rs. 30/90, Slg. 1992, 829 – *Patent-zwangslizenz*, Rn. 30.

Zur Zusammenfassung der Ziele der Union und der Gemeinschaft durch den Vertrag von Lissabon Fischer in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 17.

319 Dagegen Winkler in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 352 AEUV Rn. 56. Zum Streitstand nach altem Recht siehe Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 111 ff. Gegen eine Berücksichtigung der Präambel des EG-Vertrages Bitterlich in: *Lenz/Borchardt*, 4. Auflage, 2006, Art. 308 EGV Rn. 7.

320 EuGH, 30.11.1982, Rs. 12/82, Slg. 1982, 4089 – *Margenttarife im Straßenverkehr* – *Joseph Triron*, Rn. 7.

321 EuG, 21.9.2005, Rs. T-306/01, Slg. 2005, II-3533 – *Yusuf*, 154.

che Nähe rückt, ist gegenüber der Annahme ungeschriebener Ziele des Unionsrechts jedoch Zurückhaltung geboten.³²²

Sollen nun urheberrechtliche Regelungen aufgrund von Art. 352 AEUV erlassen werden, so müssen zunächst Ziele der Gemeinschaft identifiziert werden, deren Verwirklichung solche urheberrechtlichen Maßnahmen rechtfertigt.

aa) Kultureller Auftrag

Art. 167 Abs. 1 AEUV enthält als besondere Zielbestimmung einen kulturellen Auftrag der Union.³²³ Wie schon besprochen dient das Urheberrecht durchaus auch der Förderung der kulturellen Entwicklung.³²⁴ Unabhängig davon, wie weit die Förderkompetenz des Art. 167 AEUV selbst reicht,³²⁵ kann der Vorschrift in jedem Fall ein Auftrag zur Kulturförderung und somit ein entsprechendes Ziel der Union entnommen werden. Ob dieses Ziel zu weiter reichenden Maßnahmen aufgrund von Art. 352 AEUV ermächtigt, wird indes noch zu klären sein.³²⁶

Art. 167 AEUV konkretisiert das allgemeine Unionsziel des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 4 EUV, der bestimmt: „Sie [die Union] wahrt den Reichtum ihrer kulturellen und sprachlichen Vielfalt und sorgt für den Schutz und die Entwicklung des kulturellen Erbes Europas.“ Art. 3 Abs. 1 lit. q EGV, in dessen Tradition die jetzige Zielbestimmung steht, hatte die Gemeinschaft noch enger auf „einen Beitrag zu einer qualitativ hochstehenden allgemeinen und beruflichen Bildung sowie zur Entfaltung des Kulturlebens in den Mitgliedstaaten“ beschränkt.³²⁷ Da die besonderen Ziele die allgemeinen keineswegs einschränken, die allge-

322 Ein ungeschriebenes Ziel sollte nur dann als Ziel der Union verstanden werden, wenn es unzweifelhaft in einem geschriebenen Ziel enthalten ist, keinesfalls sollte man die Ableitung von Zielen der Union aus einer Gesamtschau des Vertrages oder gar nach dessen Geist zulassen. Vgl. *Schwartz* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 124 ff.; *Rossi* in: *Calliess/Ruffert*, 3. Auflage, 2007, Art. 308 EGV Rn. 36.

323 *Fechner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 151 EGV Rn. 1; *Blanke* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 151 EGV Rn. 1.

324 Vgl. dazu oben, § 4.II.

325 Hierzu oben, § 4.II.2.

326 Hierzu unten, § 4.V.2.d)bb).

327 Zur alten Rechtslage *Fechner* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 151 EGV Rn. 2; *Fischer* in: *Lenz/Borchardt*, 4. Auflage, 2006, Art. 151 EGV Rn. 1.

Zur Änderung der Kulturzielbestimmung durch den Vertrag von Lissabon *Fischer* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 18 f.

meineren Ziele zur Sicherung ihrer vollen rechtlichen Verbindlichkeit daher neben den besonderen anwendbar bleiben,³²⁸ kann auch auf das Ziel des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 4 EUV Bezug genommen werden, sofern es um die kulturelle Dimension des Urheberrechts geht.

bb) Förderung der Wissenschaft

Das Ziel des Art. 179 Abs. 1 AEUV (Art. 163 Abs. 1 EGV), die wissenschaftlichen und technologischen Grundlagen der Union zu stärken, die Entwicklung ihrer Wettbewerbsfähigkeit zu fördern und die für erforderlich gehaltenen Forschungsmaßnahmen zu unterstützen, scheint zwar auf den ersten Blick eher auf technische und innovationsbezogene Bereiche gemünzt zu sein, die den Mittelpunkt anderer Rechte des geistigen Eigentums bilden, kommt aber für das Urheberrecht in Betracht. Es darf nicht vergessen werden, dass wissenschaftliches Arbeiten und Forschen in allen Disziplinen der Wissenschaft heute im Höchstmaß vom Zugang zu bereits erschlossenem Wissen abhängen. Wissenschaftler müssen dazu auf wissenschaftliche Publikationen zugreifen können,³²⁹ denn schließlich werden wissenschaftliche Erkenntnisse und Informationen selbst zwar nicht urheberrechtlich geschützt, jedoch in Form urheberrechtlich geschützter Werke publiziert.³³⁰ Der Zugang zu solchen Werken und ihre Verbreitung ist aber ein Anliegen des Urheberrechts, welches aufgrund drängender werdender Fragen in den letzten Jahren zunehmend in das Blickfeld der Urheberrechtswissenschaft gerückt ist.³³¹ Soweit mit urheberrechtlichen Regelungen der Zugang zu und die Verbreitung von Wissen zu Zwecken der Wissenschaft gefördert werden soll, erscheint es daher keineswegs abwegig, hierfür auch das Ziel des Art. 179 AEUV zu mobilisieren.

Dies gilt umso mehr, als Art. 179 Abs. 1 AEUV im Unterschied zu seiner Vorgängervorschrift Art. 163 Abs. 1 EGV³³² bestimmt, dass das Ziel der Stär-

328 Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 135 ff.

329 Vgl. hierzu etwa die Ergebnisse einer Befragung der Kommission zum Grünbuch „Der Europäische Forschungsraum: Neue Perspektiven“ vom April 2007, in welcher sich über 70 Prozent der Befragten für einen besseren Zugang zu wissenschaftlichen Informationen aussprechen; *Kommission*.

330 Vgl. hierzu etwa *Hilty/Krujatz/Bajon*, IIC 2009, 309, 311.

331 Vgl. zu der Problematik eingehend *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179.

332 Zu den Änderungen der Forschungs- und Technologiezielbestimmung durch den Vertrag von Lissabon vgl. wiederum *Fischer* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 18.

kung der wissenschaftlichen und technologischen Grundlagen durch die Schaffung eines „europäischen Raums der Forschung“ erreicht werden soll, in dem „wissenschaftliche Erkenntnisse und Technologien frei ausgetauscht werden“. Urheberrechtliche Regeln können sicher einen sehr wichtigen Beitrag dazu leisten, diesen grenzüberschreitenden Austausch von Forschungsergebnissen zu erleichtern.

Darüber hinaus dürfte das Urheberrecht auch eine nicht zu unterschätzende Rolle im Hinblick auf das Ziel der Förderung der Wettbewerbsfähigkeit spielen. Denn mit wachsender Bedeutung der „Urheberrechtsindustrie“ im Vergleich zu anderen Sektoren des Wirtschaftslebens steigt natürlich auch die Bedeutung des Urheberrechts für die Wettbewerbsfähigkeit einer Volkswirtschaft insgesamt.³³³

Auch Art. 179 AEUV stellt die Konkretisierung einer allgemeinen Zielbestimmung, nämlich der des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 3 EUV dar, der die Förderung des wissenschaftlichen und technischen Fortschritts verlangt.³³⁴

cc) Grundfreiheiten und Schutz vor Wettbewerbsverfälschungen

Die bisher angesprochenen Ziele betreffen vor allem diejenigen Aspekte des Urheberrechts, die im Umfeld der kulturellen Entwicklung und der Verbreitung von Wissen anzusiedeln sind. Wie wir aber bereits gesehen haben, berührt das Urheberrecht in nicht unerheblichem Maße auch wirtschaftliche Belange und kann sich auf die grenzüberschreitende Verwertung von urheberrechtlich relevanten Produkten auswirken. Der Binnenmarkt als ein Raum der Grundfreiheiten und der Freiheit von Wettbewerbsverzerrungen ist ein wesentliches Ziel der Union und findet unter seinen verschiedenen Aspekten etwa in den Zielbestimmungen des Art. 3 Abs. 3 EUV und des Art. 26 AEUV seinen Niederschlag. Auch diese Ziele können also Aktivitäten im Bereich des Urheberrechts tragen, soweit diese Aktivitäten der Verwirklichung des Binnenmarktes dienen.

Aufgrund der Binnenmarktkompetenz bestehen bereits weitreichende Möglichkeiten der Union, auf das Binnenmarktziel hinzuarbeiten. Zu klären wird

333 Zur wachsenden Bedeutung der „Urheberrechtsindustrie“ vgl. Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt, KOM (2011) 427, 3.

334 Vgl. zu dessen Vorgängervorschrift Art. 3 Abs. 1 lit. n EGV, der die Förderung der Forschung und technologischen Entwicklung zum Gemeinschaftsziel erhob, *Hilf* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 163 EGV Rn. 1.

daher sein, ob sich aus Art. 352 AEUV in Verbindung mit dem Binnenmarktziel zusätzliche Kompetenzen der Union herleiten lassen.

dd) Zwischenergebnis

Der vielfache Zweck des Urheberrechts und seine sowohl kulturellen als auch wirtschaftlichen Implikationen führen dazu, dass sich für urheberrechtliche Aktivitäten der Union auf der Basis des Art. 352 AEUV mehrere Zielbestimmungen ins Feld führen lassen, je nach dem, auf welchem Gebiet die urheberrechtlichen Maßnahmen wirken oder wirken sollen. Kulturförderung und Verbreitung von und Zugang zu Wissen im Sinne der Wissenschaft zählen ebenso zu den Aufgaben der Union wie die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes. All diese Zielbestimmungen können somit für Maßnahmen nach Art. 352 AEUV herangezogen werden.

b) Im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche

Können ein oder mehrere Ziele der Union identifiziert werden, zu deren Verwirklichung eine Vorschrift beitragen soll, dann muss weiter geprüft werden, ob diese Verwirklichung im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche stattfindet.

Vor dem Vertrag von Lissabon hatte Art. 308 EGV noch gefordert, dass eine Maßnahme aufgrund dieser Vorschrift „im Rahmen des Gemeinsamen Marktes“ zu erfolgen habe. Wie das Merkmal des Gemeinsamen Marktes speziell in Art. 308 EGV auszulegen war,³³⁵ war ebenso streitig wie das Verständnis der Formulierung „im Rahmen“.³³⁶

335 Ausführlich zum Meinungsstand *Schwartz* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 148 ff.

Zum Teil wurde eine besonders weite Auslegung dahingehend vorgeschlagen, dass ein Kontext der Zielverfolgung zum EG-Vertrag ausreiche. Der Gemeinsame Markt im Sinne des Art. 308 EGV wäre dann letztlich mit den Tätigkeiten der Gemeinschaft im Sinne des Art. 3 EGV gleichzusetzen und insofern anders zu verstehen gewesen als an anderen Stellen des Vertrages. Vgl. die Nachweise bei *Schwartz* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 148 ff.

Gegen eine solch weite Auslegung und daher für eine Interpretation im Sinne eines Raums der Marktfreiheiten und des Schutzes vor Wettbewerbsverfälschungen so wie an anderen Stellen des Vertrages *Schwartz* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 153 ff.; *Rossi* in: *Calliess/Ruffert*, 3. Auflage, 2007, Art. 308 EGV Rn. 39; *Bitterlich* in: *Lenz/Borchardt*, 4. Auflage, 2006, Art. 308 EGV Rn. 8; vgl. auch *Niedobitek*, Kultur und EG-Recht, 301.

336 Denkbar erschien zunächst eine enge Auslegung des Merkmals, wonach es auf einen *gegenständlichen Bezug* zum Gemeinsamen Markt ankomme, eine Maßnahme sich also unmittelbar auf das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken müsse. Vgl. *Rossi* in: *Calliess/Ruffert*, 3. Auflage, 2007, Art. 308 EGV Rn. 40; *Schwartz* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 158.

Nicht sehr viel anders wurde in einer eher *funktionalen Betrachtung* gefordert, Maßnahmen nach Art. 308 EGV müssten Verbesserungen der Bedingungen für den Gemeinsamen Markt bezwecken. Vgl. *Rossi* in: *Calliess/Ruffert*, 3. Auflage, 2007, Art. 308 EGV Rn. 40. Zur Stützung dieser Auslegung wurde auf den Wortlaut des Art. 308 EGV in anderen Sprachfassungen verwiesen. In der englischen und der französischen Sprachfassung fordere Art. 308 EGV etwa ein Tätigwerden „in the course of the operation of the common market“, bzw. „dans le fonctionnement du marché commun“. Zu den anderen Sprachfassungen *Schwartz* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 157.

Gegen ein solch enges Verständnis sprach indes die Überlegung, dass dann die Bezugnahme des Art. 308 EGV auf *die* (also alle) Ziele der Gemeinschaft nicht sinnvoll erschien und es die Vertragsparteien mit einer Begrenzung auf den Rahmen des Gemeinsamen Marktes hätte bewenden lassen können. Der klare Wortlaut der Vorschrift erlaubte aber ein Tätigwerden zur Verwirklichung *der* (also aller) Ziele der Gemeinschaft und nicht nur zur Verwirklichung des Binnenmark-

Mit dem Vertrag von Lissabon haben sich diese Streitfragen jedoch weitgehend erledigt.³³⁷ Die Bezugnahme auf die in den Verträgen festgelegten Politikbereiche (statt wie bisher nur auf den Gemeinsamen Markt) stellt bereits einen so breiten Handlungsrahmen auf, dass es auf die Auslegung des Merkmals „im Rahmen“ nicht mehr entscheidend ankommt. Auch eine enge Interpretation des Merkmals wie bei Art. 118 AEUV³³⁸, bei der Maßnahmen nach Art. 352 AEUV nicht nur den in den Verträgen niedergelegten Politikbereichen nicht zuwiderlaufen dürfen, sondern ihnen darüber hinaus gehend dienen müssen, dürfte zu keiner nennenswerten Einschränkung der Kompetenz führen. Es dürfte nämlich kaum Fälle geben, in denen eine Maßnahme der Verwirklichung eines Ziels der Union dient, ohne sich zugleich auch positiv im Sinne eines Politikbereichs der Union auszuwirken.³³⁹

Ob mit der Änderung des Wortlauts des Art. 352 AEUV durch den Vertrag von Lissabon letztlich eine Verbreiterung des Anwendungsbereichs der ergän-

tes. Vgl. *Niedobitek*, Kultur und EG-Recht, 301; *Schwartz* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 163 ff. Nicht unbeachtet bleiben darf auch die systematische Stellung und die ratio der Vorschrift. Art. 308 EGV gehörte wie jetzt auch Art. 352 AEUV zu den allgemeinen und Schlussbestimmungen. Es lag daher nahe, ihm Bedeutung nicht nur für den Gemeinsamen Markt, sondern für den gesamten Vertrag zuzusprechen. Vgl. *Schwartz* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 165. Ratio der Vorschrift war und ist es, Unzulänglichkeiten, die sich aus der Begrenztheit der Kompetenzen der Gemeinschaft bzw. der Union ergeben, auszugleichen. Zur Entstehungsgeschichte des Art. 308 EGV vgl. *Schwartz* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 1 ff. Gerade im Hinblick darauf, dass die Aufgaben der Gemeinschaft seit ihrer Entstehung erheblich ausgeweitet worden waren, war die Gefahr unzureichender Befugnisse doch eher gestiegen als gesunken. Der Sinn und Zweck, dieses Defizit ausgleichen zu können, musste somit umso mehr auch für die neuen Tätigkeitsfelder der Gemeinschaft über den Gemeinsamen Markt hinaus gelten. Andernfalls hätte man hinnehmen müssen, dass der Gemeinschaft neue Aufgaben zugewiesen wurden, sie aber auch aufgrund von Art. 308 EGV nicht in der Lage sein sollte, diese Aufgaben durch Maßnahmen anzugehen.

Richtig war es daher, den Satzteil „im Rahmen des Gemeinsamen Marktes“ weit auszulegen und alle Maßnahmen als erfasst anzusehen, die mit den Regeln des Gemeinsamen Marktes vereinbar waren, diesem nicht zuwiderliefen. Vgl. *Niedobitek*, Kultur und EG-Recht, 302; *Rossi* in: *Calliess/Ruffert*, 3. Auflage, 2007, Art. 308 EGV Rn.39; *Schwartz* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 163 und 167.

337 Ausführlich hierzu *Fischer* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 35 f.; vgl. auch *Vedder* in: *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Art. I-18 EVV Rn. 8.

338 Hierzu oben, § 4.III.1.b).

339 *Fischer* in: *Brosinger/Fischer/Früh*, Reformvertrag, 35 f.

zenden Rechtsetzungsbefugnis gesehen werden kann³⁴⁰ oder nicht³⁴¹, hängt hauptsächlich davon ab, welche Bedeutung man dem Merkmal „im Rahmen“ bisher einräumen wollte. In jedem Fall ist die Voraussetzung des Rahmens der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche nunmehr so weit gefasst, dass sie wohl alle urheberrechtlichen Maßnahmen der Union tragen könnte.

c) Erforderlichkeit eines Tätigwerdens der Union

Art. 352 AEUV autorisiert Maßnahmen der Unionsorgane, sofern ein Tätigwerden der Union erforderlich erscheint. Diese Voraussetzung wirft zwei Fragen auf. Strittig ist zum einen, ob es sich beim Merkmal der Erforderlichkeit um eine kompetenzbegründende Voraussetzung oder um eine Kompetenzausübungsschranke handelt (§ 4.V.2.c)aa)). Zum anderen wird diskutiert, was der Vergleichspunkt für die Feststellung der Erforderlichkeit im Sinne der milderen Maßnahme ist, ob also nur mit alternativen Handlungsmöglichkeiten der Union und mit einem Tätigwerden der Mitgliedstaaten anstelle der Union verglichen werden muss oder ob es vielmehr – ohne Berücksichtigung verschiedener Handlungsoptionen und -akteure – nur auf einen Vergleich des idealen Sollzustandes der Zielverwirklichung mit dem des gegenwärtigen Ist-Zustandes ankommt (§ 4.V.2.c)bb)).

aa) Erforderlichkeit als kompetenzbegründendes oder die Kompetenzausübung einschränkendes Merkmal

Zunächst muss geklärt werden, ob es sich bei dem Merkmal der Erforderlichkeit um die *Wiederholung der allgemeinen Ausübungsvoraussetzungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips* für alle Unionskompetenzen gemäß Art. 5 Abs. 4 EUV

340 So Bitterlich in: Lenz/Borchardt, 4. Auflage, 2006, Art. 308 EGV Rn. 5, zu Art. I-18 EVV.

341 So Weber, EuZW 2008, 7, 12, der meint, die Erweiterung falle „kaum ins Gewicht“. In diesem Sinne auch Terhechte, EuR 2008, 143, 157. Auf die bisher großzügige Praxis im Umgang mit dem Merkmal verweist Wuermeling, EuR 2004, 216, 228. Rossi in: Calliess/Ruffert, 3. Auflage, 2007, Art. 308 EGV Rn. 18, geht zwar von eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Vorschrift im Verfassungsvertrag aus. Wegen der geringen Bedeutung des Merkmals „im Rahmen des Gemeinsamen Marktes“ sei diese aber nicht auf die Änderung des Wortlauts des Art. 308 EGV zurückzuführen, sondern auf die Verrechtlichung der anderen Säulen der Union.

(vormals Art. 5 Abs. 3 EGV) oder um eine im Rahmen des Art. 352 AEUV *besondere kompetenzbegründende Voraussetzung* handelt.³⁴² Plausibel erscheint eine eigenständige kompetenzbegründende Funktion jedenfalls dann, wenn man die Erforderlichkeit im Sinne des Art. 352 AEUV immer schon dann als gegeben erachtet, wenn eine Diskrepanz zwischen einem Ziel der Union und dessen Verwirklichung besteht.³⁴³ Dann kommt es nämlich auf der Ebene der Kompetenzbegründung nicht darauf an, ob ein Ziel auf die eine oder andere Art besser erreicht werden könnte, sondern nur darauf, dass eine Zielverwirklichung überhaupt besonders dringlich erscheint.³⁴⁴ Für eine eigenständige Bedeutung des Merkmals spricht auch der gegenüber Art. 5 Abs. 4 EUV veränderte Maßstab, genügt es doch im Rahmen des Art. 352 AEUV, dass ein Tätigwerden der Union erforderlich *erscheint*.³⁴⁵

Praktische Auswirkungen hat die Verortung des Merkmals der Erforderlichkeit bei der Kompetenzbegründung oder -ausübung aber nur dann, wenn hieraus Konsequenzen für die Prüfungsbefugnisse des EuGH abgeleitet werden.³⁴⁶

bb) Bezugspunkt der Erforderlichkeit

Mit dem soeben besprochenen Problem teilweise verknüpft ist die Frage nach dem Bezugspunkt der Erforderlichkeit.

Zum Teil wird wie schon angeführt vertreten, die Erforderlichkeit ergebe sich allein aus der *Diskrepanz zwischen einem Unionsziel und seiner Verwirklichung*.³⁴⁷ Je weiter die Wirklichkeit hinter dem Unionsziel zurückbleibe, umso erforderlicher sei eine Maßnahme nach Art. 352 AEUV.

Im Hinblick auf Regelungen im Bereich des Urheberrechts muss dementsprechend nach der Erforderlichkeit einer Maßnahme der Union zur Verwirklichung derjenigen Ziele gefragt werden, denen das Urheberrecht zu dienen be-

342 Ausführlich hierzu Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 29 ff., 32 ff.

343 Rossi in: *Calliess/Ruffert*, Art. 352 AEUV Rn. 44 ; Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 174 .

344 Vgl. Rossi in: *Calliess/Ruffert*, Art. 352 AEUV Rn. 44.

345 Rossi in: *Calliess/Ruffert*, Art. 352 AEUV Rn. 46; Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 172.

346 Vgl. hierzu Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 178.

347 Rossi in: *Calliess/Ruffert*, Art. 352 AEUV Rn. 44; vgl. auch Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 174, der jedoch nicht nur auf diese Diskrepanz abstellen will.

stimmt ist. Den Unionsorganen steht hier ein Einschätzungsspielraum zu, dessen Grenzen und Kontrollsdichte umstritten sind.³⁴⁸ Aus der Weite der Ziele der Union und der Notwendigkeit, im Rahmen der Beurteilung einer so verstandenen Erforderlichkeit komplexe soziale, wirtschaftliche und rechtliche Wertungen vornehmen zu müssen, ergibt sich jedoch ein sehr weiter Ermessensspielraum für die Unionsorgane. Hierfür spricht auch, dass Art. 352 AEUV nur voraussetzt, dass ein Tätigwerden der Union erforderlich *erscheint*.³⁴⁹ Es ist daher nicht anzunehmen, dass Regelungen der Union im Bereich des Urheberrechts gerade an der Frage einer so verstandenen ganz allgemeinen Erforderlichkeit eines Tätigwerdens scheitern würden.

Würde man mit einer zweiten Meinung die Voraussetzung der Erforderlichkeit in Art. 352 AEUV als Aufgreifen der allgemeinen Erforderlichkeit in Art. 5 Abs. 4 AEUV (Art. 5 Abs. 3 EGV) betrachten,³⁵⁰ so müsste konsequenter Weise geprüft werden, ob die konkret anvisierte Maßnahme das *im Vergleich zu anderen Maßnahmen der Union mildeste Mittel* darstellt. Da Art. 352 AEUV aber ohnehin gegenüber anderen Rechtsgrundlagen im Vertrag subsidiär ist,³⁵¹ kommen als Alternativen nur andere Maßnahmen in Betracht, die ebenfalls aufgrund von Art. 352 AEUV erlassen würden. Diese können demnach aber nur aufgrund ihrer anderen inhaltlichen Ausgestaltung ein milderer Mittel sein. Für die Frage des *Ob* eine Tätigwerdens der Union aufgrund von Art. 352 AEUV ergeben sich bei einer solchen Auslegung des Erforderlichkeitsmerkmals keine zusätzlichen Einschränkungen. Die Frage des *Wie*, also der inhaltlichen Ausgestaltung einer Maßnahme auf der Grundlage von Art. 352 AEUV, wird ohnehin im Rahmen des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach Art. 5 Abs. 4 EUV auf der Ebene der Kompetenzausübung geprüft.

Schließlich führt eine dritte Meinung im Schrifttum einen weiteren möglichen Bezugspunkt an. Es komme nicht nur auf die Diskrepanz zwischen Ziel und Verwirklichung an. Vielmehr müsse darüber hinaus gefragt werden, ob nicht eine Tätigkeit gerade der Union erforderlich sei. Dies sei dann nicht der Fall, wenn ein Ziel durch *Tätigkeiten der Mitgliedstaaten* erreicht werden kön-

348 Vgl. zum Streitstand *Rossi* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 352 AEUV Rn. 46 ff. und *Schwartz* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 177 f.

349 *Rossi* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 352 AEUV Rn. 46 ff.; *Winkler* in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 352 AEUV Rn. 72.

350 Vgl. *Schwartz* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 32 ff.

351 Hierzu sogleich unten, § 4.V.2.d).

ne.³⁵² Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass Art. 352 AEUV ausdrücklich auf die Erforderlichkeit eines Tätigwerdens *der Union* abstellt, nicht auf die Erforderlichkeit eines Tätigwerdens schlechthin. Dabei soll als Alternative zu einem Handeln der Union aber nur ein autonomes Handeln der Mitgliedstaaten verglichen werden. Aufgrund völkerrechtlicher Vereinbarungen koordinierte Maßnahmen der Mitgliedstaaten sollen demgegenüber außer Betracht bleiben, weil Art. 352 AEUV den Abschluss neuer völkerrechtlicher Verträge gerade überflüssig machen solle.³⁵³ Zugleich wird vorgeschlagen, die Erforderlichkeit eines Tätigwerdens auch im Hinblick auf die Möglichkeit mitgliedstaatlicher Tätigkeiten schon als Voraussetzung des Art. 352 AEUV und somit im Rahmen der Kompetenzbegründung zu prüfen.³⁵⁴

Obwohl diese Meinung durchaus eine Stütze im Wortlaut des Art. 352 AEUV findet, spricht einiges dafür, zwischen Erforderlichkeit im Sinne des Art. 352 AEUV und den Anforderungen des allgemeinen Subsidiaritätsprinzips im Sinne des Art. 5 Abs. 3 EUV (vormals Art. 5 Abs. 2 EGV) zu trennen.³⁵⁵ Andernfalls liefe die Erforderlichkeitsvoraussetzung des Art. 352 AEUV auf eine Prüfung der Voraussetzungen des allgemeinen Subsidiaritätsprinzips hinaus, bei der es auf eine möglicherweise bessere Zielverwirklichung durch die Mitgliedstaaten ankommt, die aber grundsätzlich erst auf der Stufe der Kompetenzausübung vorgenommen wird.³⁵⁶

cc) Zwischenergebnis

Die Frage nach der Bedeutung des Erforderlichkeitskriteriums des Art. 352 AEUV wird nicht immer scharf getrennt von der Frage, ob seine Prüfung auf der Ebene der Kompetenzbegründung oder -ausübung vorzunehmen ist. Letztere ist aber nur dann von praktischer Bedeutung, wenn

352 Winkler in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 352 AEUV Rn. 65 ff., 68; Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 32 ff. und 179 ff.

353 Ausführlich hierzu Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 179 ff.; vgl. auch Rossi in: *Calliess/Ruffert*, Art. 352 AEUV Rn. 51 f.

354 Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 39.

355 Rossi in: *Calliess/Ruffert*, Art. 352 AEUV Rn. 55 ff.

356 Um Art. 5 Abs. 3 EUV dennoch eigenständige Bedeutung zu verleihen, wird dort ein strengerer Prüfungsmaßstab als im Rahmen des Art. 352 AEUV vorgeschlagen. Vgl. Winkler in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 352 AEUV Rn. 65 ff., 69; Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 39.

hieraus Konsequenzen für die Prüfungsbefugnisse des EuGH abgeleitet werden sollen.

Betrachtet man die Erforderlichkeit als die Suche nach einem milderen Mittel auf Unionsebene (Interpretation 2) oder nach einer alternativen Regelungstätigkeit auf der Ebene der Mitgliedstaaten (Interpretation 3), erhält das Merkmal inhaltlich letztlich keine eigenständige Bedeutung. Denn die Suche nach einem milderen Mittel auf Unionsebene erfolgt in jedem Fall auch im Rahmen des allgemeinen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 4 EUV und eine möglicherweise bessere Regelungstätigkeit der Mitgliedstaaten wird auch im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 5 Abs. 3 EUV geprüft.

Eine eigene inhaltliche Bedeutung erhält das Merkmal nur, wenn es im Sinne einer zu identifizierenden Diskrepanz zwischen einem Unionsziel und dessen Verwirklichung interpretiert wird (Interpretation 1). In diesem Fall muss es wohl zwingend auch auf der Ebene der Kompetenzbegründung geprüft werden. Aber auch in diesem Fall stünde diese Voraussetzung urheberrechtlichen Regelungen auf Gemeinschaftsebene wohl kaum entgegen, weil der Gemeinschaft diesbezüglich ein sehr weiter Ermessensspielraum zugebilligt wird.

Insgesamt entfaltet also das Merkmal der Erforderlichkeit eines Tätigwerdens der Union in Art. 352 AEUV für die uns interessierende Frage, ob urheberrechtliche Regelungen auf Art. 352 EUV gestützt werden könnten, geringe selbständige Bedeutung.

d) Fehlen der erforderlichen Befugnisse

Die ergänzende Rechtsetzungsbefugnis nach Art. 352 AEUV ist gegenüber anderen Rechtsgrundlagen eines Handelns der Union streng subsidiär.³⁵⁷ Sie kann nur dann herangezogen werden, wenn „in den Verträgen die hierfür [zur Verwirklichung eines Unionsziels] erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen“ sind.

357 In Abgrenzung von der Subsidiarität gegenüber einem Handeln der Mitgliedstaaten (Außensubsidiarität), welche nach der hier vertretenen Auffassung nicht im Rahmen der Voraussetzungen des Art. 352 AEUV geprüft wird, sondern erst auf der Ebene der Kompetenzausübung, wird auch von Innensubsidiarität gesprochen. Vgl. Rossi in: *Calliess/Ruffert*, Art. 352 AEUV Rn. 58; *Schwartz in: von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 61; *Winkler in: Grabitz/Hilff/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 352 AEUV Rn. 73 ff.

Die Binnenmarktkompetenz bietet schon weitreichende und Art. 167 AEUV immerhin einige beschränkte Befugnisse für eine Tätigkeit der Union im Bereich des Urheberrechts. Ob trotzdem auf Art. 352 AEUV zurückgegriffen werden kann, ist nicht völlig unumstritten.

Nach herrschender Meinung und nach ständiger Rechtsprechung des EuGH³⁵⁸ liegt ein Fall des Fehlens der erforderlichen Befugnisse nicht nur dann vor, wenn die Verträge *keinerlei Befugnisse* zur Zielverwirklichung bereithalten, sondern auch dann, wenn sie zwar prinzipiell bestimmte *Befugnisse* enthalten, diese aber *nicht ausreichen*.

Hiergegen wird nicht zu Unrecht eingewandt, die differenzierende Kompetenzarchitektur der Verträge werde hierdurch in Frage gestellt, weil sie stets über den Weg des Art. 352 AEUV umgangen werden könne.³⁵⁹ Jedoch spricht die Vorschrift ausdrücklich vom Fehlen der „erforderlichen Befugnisse“ und nicht vom Fehlen von Befugnissen schlechthin. Auch ist nicht einzusehen, warum der Union ein Handeln gemäß Art. 352 AEUV erlaubt sein soll, wenn der Vertrag überhaupt keine Befugnisse vorsieht, aber dann nicht, wenn er nur unzureichende Befugnisse bereithält.³⁶⁰

Richtig ist es daher, einen Rückgriff auf Art. 352 AEUV für urheberrechtliche Maßnahmen dort zuzulassen, wo die Kompetenzen nach Art. 118 AEUV (gegebenenfalls i.V.m. Art. 114 AEUV) und nach Art. 167 AEUV nicht ausreichen. Hierfür kommen zwei Konstellationen in Betracht.

aa) Urheberrechtliche Maßnahmen trotz fehlenden Binnenmarktbezuges

Urheberrechtliche Maßnahmen können zum einen auf Art. 352 AEUV gestützt werden, wenn Art. 118 AEUV (gegebenenfalls i.V.m. Art. 114 AEUV) nicht als Rechtsgrundlage ausreicht, weil ein *Binnenmarktbezug* der entsprechenden

358 EuGH, 12.7.1973, Rs. 8/73, Slg. 1973, 897 – *Massey-Ferguson*, Rn.3 f.; EuGH, 26.3.1987, Rs. 45/86, Slg. 1987, 1493 – *Zollpräferenzen*, Rn.13 f.; EuGH, 13.7.1995, Rs. C-350/92, Slg. 1995, I-1985 – *Arzneimittelschutzzertifikat*, Rn.26 ff., 29; EuGH, 26.3.1996, Rs. C-271/94, Slg. 1996, I-1689 – *Telematiknetze*, Rn.13 ff., 15; EuGH, 12.11.1996, Rs. C-84/94, Slg. 1996, I-5755 – *Arbeitszeitgestaltung*, Rn.48; EuGH, 3.12.1996, Rs. C-268/94, Slg. 1996, I-6177 – *Kooperationsabkommen Gemeinschaft–Indien*, Rn.21; EuGH, 28.5.1998, Rs. C-22/96, Slg. 1998, I-3231 – *IDA-Informationsverbund*, Rn.22.

359 Rossi in: *Calliess/Ruffert*, Art. 352 AEUV Rn. 66.

360 Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 72.

Materie *nicht festgestellt* werden kann.³⁶¹ Es könnten also über Art. 352 AEUV Bereiche des Urheberrechts vereinheitlicht werden, die keinen Einfluss auf den Binnenmarkt haben.

Zu bedenken ist aber, dass die Maßnahmen dann trotzdem noch der Verwirklichung eines Ziels der Union zu dienen haben. Urheberrechtliche Regelungen können aber außer dem Binnenmarktziel und außer dem Ziel der Kulturförderung wohl nur noch dem Ziel der Wissenschaftsförderung dienen. Dies lässt einen denkbar kleinen Raum für urheberrechtliche Regelungen ohne Binnenmarktbezug und auf der Grundlage von Art. 352 AEUV.

bb) Umgehung des Harmonisierungsverbotes im kulturellen Bereich?

Zum anderen könnte man auf die Idee kommen, dass über die Anwendung des Art. 352 AEUV *Maßnahmen im kulturellen Bereich*, die über die Ergänzung und Förderung, wie sie Art. 167 AEUV erlaubt, hinausgehen, doch ermöglicht werden. Diese Annahme geht jedoch fehl. Art. 167 Abs. 5 AEUV enthält ein *ausdrückliches Harmonisierungsverbot*. Der Vertrag sieht somit die zu einer Zielerreichung erforderlichen Befugnisse nicht nur nicht vor, sondern schließt sie sogar explizit aus.³⁶² Ein solcher Ausschluss kann nicht mit Hilfe des Art. 352 AEUV umgangen werden.³⁶³ Anders gewendet: ein Harmonisierungsverbot im Rahmen einer anderen Kompetenz entfaltet auch für den Art. 352 AEUV Wirkung. In kultureller Hinsicht konnte die Union daher schon nach ganz herrschender Meinung im Schrifttum vor dem Vertrag von Lissabon auch nicht auf der Grundlage von Art. 352 AEUV aktiv werden.

An diesem Befund hat sich durch den Vertrag von Lissabon nichts verändert.³⁶⁴ Im Gegenteil bestimmt nunmehr Art. 352 Abs. 3 AEUV explizit, dass Harmonisierungsverbote in den Verträgen auch für Maßnahmen aufgrund der Vertragsabrundungskompetenz des Art. 352 AEUV gelten.³⁶⁵

361 Hierzu oben, § 4.III.1.c).

362 Treffend Schwartz in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 308 EGV Rn. 57.

363 Zuleeg in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 5 EGV Rn. 21; Winkler in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 352 AEUV Rn. 83. Missverständlich Gronau, *Europäisches Urheberrecht*, 18.

364 Fischer/Früh/Jaeger, *EuLF* 2009, II-29, II-32; Vedder in: *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Art. I-18 EVV Rn. 12, 19.

365 Winkler in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 352 AEUV Rn. 83; Vedder in: *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Art. I-18 EVV Rn. 19.

e) *Zwischenergebnis*

Art. 352 AEUV kann als Rechtsgrundlage für Regelungen der Union im Bereich des Urheberrechts herangezogen werden. Dazu müssen die anvisierten Regelungen einem Ziel der Union zu dienen bestimmt sein, was angesichts der sehr breiten Formulierung dieser Ziele keine hohe Hürde darstellt. In Betracht kommen die Ziele der Kulturförderung und der Wissenschaftsförderung sowie das Binnenmarktziel.

Weiter müssen sich die geplanten Maßnahmen im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche halten, was jedoch bereits dann gegeben ist, wenn sich die jeweilige Maßnahme einem Ziel der Union zuordnen lässt.

Ein Tätigwerden der Union muss darüber hinaus erforderlich erscheinen. Dies ist nach überzeugender Auffassung dann der Fall, wenn eine nicht unerhebliche Diskrepanz zwischen Unionsziel und dessen Verwirklichung besteht. Hier verfügen die Unionsorgane über eine besonders große Einschätzungsprärogative, sodass auch an dieser Voraussetzung praktisch kaum eine Initiative der Union scheitern dürfte.

Praktisch größere Bedeutung hat die Voraussetzung der fehlenden anderweitigen Befugnisse. Zwar kann auf Art. 352 AEUV auch zurückgegriffen werden, wenn grundsätzlich bestehende Kompetenzen nicht ausreichen. Ein ausdrückliches Harmonisierungsverbot kann aber auch mit Hilfe des Art. 352 AEUV nicht umgangen werden. Dies hat zur Folge, dass urheberrechtliche Regelungen aufgrund dieser Vorschrift zwar getroffen werden können, wenn sie materiellrechtliche Bereiche ohne Binnenmarktbezug betreffen. Regelungen, die ihren Schwerpunkt im kulturellen Bereich haben, können aber wegen Art. 167 Abs. 5 AEUV nicht geschaffen werden.

Da aber außer dem Binnenmarktziel und dem Ziel der Kulturförderung als Ziel der Union, dem eine Maßnahme nach Art. 352 AEUV zu dienen bestimmt ist, nur noch das Ziel der Wissenschaftsförderung als ein für urheberrechtliche Regelungen relevantes identifiziert wurde, hält sich der Anwendungsbezug des Art. 352 AEUV diesbezüglich in sehr engen Grenzen.

VI. *Zwischenergebnis zu den möglichen Kompetenztiteln*

Für urheberrechtliche Aktivitäten stehen der Union grundsätzlich die Kulturförderungskompetenz des Art. 167 AEUV, die Binnenmarktkompetenz, insbesondere Art. 118 AEUV und Art. 114 AEUV, sowie die ergänzende Rechtsetzungs-

befugnis des Art. 352 AEUV zur Verfügung. Wegen der engen Begrenzungen, denen die Kulturförderungskompetenz unterliegt, kommt diese für die Schaffung urheberrechtlicher Regelungen jedoch nicht in Betracht.

Die Binnenmarktkompetenz erfasst nur Bereiche des Urheberrechts, die sich auf den Binnenmarkt urheberrechtlich relevanter Waren und Dienstleistungen, also letztlich auf die Verwertung von Werken auswirken. Zur Vereinheitlichung dieser binnenmarktrelevanten Bereiche des materiellen Urheberrechts kann die Union ein einheitliches Europäisches Urheberrecht auf der Grundlage von Art. 118 AEUV schaffen. Soll dieses neben die nationalen Urheberrechte treten, genügt Art. 118 AEUV allein als Rechtsgrundlage. Sollen die nationalen Urheberrechte jedoch substituiert werden, bedarf es wegen der damit verbundenen Harmonisierung eines zusätzlichen Rückgriffs auf Art. 114 AEUV. Darüber hinaus kann die Union wie bisher den Weg der Harmonisierung der nationalen Urheberrechte beschreiten. Hierfür wäre nach wie vor die allgemeine Binnenmarktrechtsangleichungskompetenz des Art. 114 AEUV einschlägig.

Solche Bereiche des materiellen Urheberrechts, die keinerlei Binnenmarktbezug aufweisen, werden grundsätzlich von der ergänzenden Rechtsetzungsbefugnis des Art. 352 AEUV erfasst. Da aber das Harmonisierungsverbot des Art. 167 Abs. 5 AEUV auch im Rahmen des Art. 352 AEUV Wirkung entfaltet, kann eine urheberrechtliche Rechtsetzung im kulturellen Bereich auch nicht auf die ergänzende Rechtsetzungsbefugnis gestützt werden.