

Dritter Teil:

Perspektiven für ein Europäisches Urheberrecht

Wir haben im vorangegangenen Teil gesehen, dass ein europäisches Einheitsurheberrecht in Form einer Verordnung der bisher zur Verwirklichung eines Binnenmarktes für urheberrechtlich relevante Waren und Dienstleistungen verfolgten Strategie der Harmonisierung der nationalen Urheberrechte in regelungstechnischer Hinsicht überlegen ist. Darüber hinaus haben wir diejenigen Teile des materiellen Urheberrechts identifiziert, die ein europäisches Urheberrecht umfassen sollte.

Wenn also die Lösung eines Einheitsurheberrechts für diese Bereiche favorisiert wird, stellen sich nun noch zum einen die Frage, wie ein Europäisches Urheberrecht inhaltlich auszusehen hätte, und zum anderen, wie der Übergang vom jetzigen Zustand leidlich harmonisierter nationaler Urheberrechte zu diesem europäischen Einheitsurheberrecht vollzogen werden könnte.

Auf die erste Frage, die nach der *Ausgestaltung des Europäischen Urheberrechts*, kann hier naturgemäß nur mit wenigen Worten eingegangen werden. Die Erarbeitung der materiellen Vorschriften eines Europäischen Urheberrechtsgesetzbuches, eines European Copyright Code, stellt eine Mammutaufgabe dar, die im Rahmen der hiesigen Überlegungen nicht bewältigt werden könnte. Hier wollen wir uns daher auf einige wenige Anmerkungen beschränken.

Ein Europäisches Urheberrecht muss zunächst den Anforderungen des *Primärrechts*, insbesondere der Grundrechtecharta und den dort verbürgten Grundrechten des Eigentumsschutzes im allgemeinen (Art. 17 Abs. 1) und des Schutzes des geistigen Eigentums im besonderen (Art. 17 Abs. 2),¹³⁵⁵ aber auch der Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 11), der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 13) und des Rechts auf Bildung (Art. 14) genügen. Es sollte somit einen Ausgleich der Interessen der an der Schaffung, Verwertung und Rezeption urheberrechtlicher Werke Beteiligten bewerkstelligen.

Darüber hinaus muss sich das Europäische Urheberrecht an die Vorgaben des *internationalen Rechts* halten, an die die Union und/oder ihre Mitgliedstaaten gebunden sind.¹³⁵⁶

Schließlich muss ein Europäisches Urheberrecht auch das Meisterstück vollbringen, die – wie wir gesehen haben – zum Teil stark *divergierenden nationalen Urheberrechtstraditionen* der Mitgliedstaaten auf einen Nenner zu brin-

1355 Zu der Frage, ob der insbesondere durch Art. 17 GRC verbürgte Schutz des Eigentums einer Verringerung der dem Rechtsinhaber gewährten Prärogativen entgegenstehen würde, unten, § 10.I.1.a).

1356 Zur Bindung der Union und ihrer Mitgliedstaaten an die internationalen Konventionen unten, § 10.II.4.a)aa).

gen, also Lösungen für urheberrechtliche Probleme zu bieten, die für die Mitgliedstaaten in dieser Form – zumindest für die qualifizierte Mehrheit von ihnen – angesichts ihrer überlieferten Urheberrechtstradition akzeptabel erscheinen.

Der Aufgabe, einen ausgewogenen Entwurf vorzulegen, der diesen drei Kriterien genügt, hat sich die Wittem Group verschrieben, eine Gruppe namhafter europäischer Urheberrechtswissenschaftler, die ihren Entwurf eines European Copyright Codes als ein Referenzmodell für künftige Rechtsetzung auf dem Gebiet des Urheberrechts verstanden wissen will.¹³⁵⁷

Wenn demnach die Erarbeitung der Vorschriften eines Europäischen Urheberrechtsgesetzbuches hier nicht das Ziel sein kann, soll der Mehrwert unserer Überlegungen – soweit es um die Perspektiven für dieses Urheberrechtsgesetzbuch geht – darin liegen, *Möglichkeiten für einen Übergang zu diesem Einheitsurheberrecht* auszuloten. Hier kann es nicht darum gehen, ein genaues technisches Arbeitsprogramm, quasi einen Fahrplan zum ersehnten Europäischen Urheberrecht vorzulegen. Wir wollen uns vielmehr auf eine überaus wichtige Frage konzentrieren, die sich in diesem Zusammenhang stellt, nämlich die nach dem Verhältnis der nationalen Urheberrechte zum Europäischen Einheitsurheberrecht.

Bei unseren bisherigen Überlegungen haben wir stets die jetzige Situation harmonisierter nationaler Urheberrechte einer gedachten Situation gegenübergestellt, in der es nur noch ein einziges Europäisches Urheberrecht gibt. Dies impliziert eine Verdrängung der nationalen Urheberrechte durch ein zu schaffendes Unionsurheberrecht. Wir haben aber auch gesehen, dass die Kompetenzen der Union de lege lata nicht ausreichen, um ein alle Bereiche des materiellen Urheberrechts abdeckendes Unionsurheberrecht zu schaffen. Dies wirft zwangsläufig die Frage auf, in welchem Umfang eine Verdrängung der nationalen Urheberrechte durch das zu schaffende Unionsrecht möglich ist. Alternativ zu dieser „Verdrängungslösung“ wäre es aber auch möglich, eine Koexistenz der nationalen Urheberrechte mit dem Europäischen Urheberrecht zuzulassen. Diese bisher für das Urheberrecht wenig beachtete Koexistenzlösung soll der bisher hauptsächlich verfolgten Idee einer Verdrängung der nationalen Urheberrechte durch ein Unionsurheberrecht gegenüber gestellt werden (§10).

1357 Vgl. <http://www.copyrightcode.eu>.

Zu den Hintergründen des Projektes sowie inhaltlich zu dem Vorschlag eines European Copyright Code Dreier, ZEuP 2011, 831, 835 ff.

Im Anschluss an diesen als Denkanstoß für einen „sanfteren“ Übergang gedachten Vorschlag sollen die Ergebnisse dieser Arbeit noch einmal so prägnant wie möglich zusammengefasst werden (§11).

§ 10 *Europäisches Einheitsurheberrecht: Verdrängung der nationalen Urheberrechte oder Koexistenz?*

Wenn nun also die Entscheidung für ein Europäisches Einheitsurheberrecht gefallen ist, welches die binnenmarktrelevanten Bereiche des materiellen Urheberrechts regelt, dann muss nunmehr gefragt werden, wie sich dieses Einheitsrecht zu den bisherigen nationalen Urheberrechten verhalten soll.

Die Kommission scheint mehr und mehr Gefallen an der Idee einer Urheberrechtsverordnung zu finden. Diese Möglichkeit wird in zunehmendem Maße ausdrücklich erwähnt.¹³⁵⁸ Dabei wird allerdings die Frage des Verhältnisses einer solchen Verordnung zu den nationalen Urheberrechten zumeist nicht aufgeworfen. Das dürfte daran liegen, dass der Kommission bewusst ist, welcher Zündstoff im Vorschlag der Abschaffung der nationalen Urheberrechte stecken würde.¹³⁵⁹ Wo dieses Verhältnis angesprochen wird, bezeichnet die Kommission eine Parallelität von nationalen Urheberrechten und Unionsurheberrecht als die „weichere“ Variante einer Urheberrechtsverordnung.¹³⁶⁰ Zuletzt hat die

1358 Vgl. etwa Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future. A Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT, 18; Meldung zur Rede der für die Informationsgesellschaft zuständigen Kommissarin Viviane Reding am 9.11.2009, EuZW 2009, 875; vgl. auch Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt, KOM (2011) 427, 14; 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, 14.

1359 Schon die Abschaffung der nationalen Geschmacksmuster durch ein Unionsgeschmacksmusterrecht hält Hilty, Entwicklungsperspektiven, 163, für politisch undurchführbar. Wie ungleich größer wird der Widerstand erst sein, wenn es dem Unionsgesetzgeber nun tatsächlich in den Sinn kommt, ein Unionsurheberrecht zu schaffen?

1360 Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future. A Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT, 18.

Kommission aber – wenngleich reichlich kryptisch – von einem „fakultativen“¹³⁶¹ oder „wahlweisen“¹³⁶² Unionsurheberrechtstitel gesprochen.

In der Literatur wird das Verhältnis eines Unionsurheberrechts zu den nationalen Urheberrechten noch weniger diskutiert als die Frage der richtigen Methode urheberrechtlicher Rechtsetzung auf europäischer Ebene. Wo einem Unionsurheberrecht das Wort geredet wird, wird recht selbstverständlich davon ausgegangen, dass eine Urheberrechtsverordnung an die Stelle der nationalen Urheberrechte treten, diese verdrängen müsse.¹³⁶³ Nur vereinzelt wird immerhin auf die Möglichkeit eines optionalen Europäischen Urheberrechts neben den nationalen Urheberrechten hingewiesen.¹³⁶⁴

Bisher sind wir jedenfalls implizit davon ausgegangen, dass ein Europäisches Urheberrecht an die Stelle der nationalen Urheberrechte treten, diese also verdrängen würde. Die nationalen Urheberrechte würden demnach mit Inkrafttreten des Europäischen Urheberrechts abgeschafft. Wir haben allerdings gesehen, dass die einschlägigen Kompetenzgrundlagen eine urheberrechtliche Rechtsetzung der Union nur dort ermöglichen, wo ein ausreichender Binnenmarktbezug gegeben ist. Dies gebietet eine differenzierte Betrachtung: eine Verdrängung der nationalen Urheberrechte kann sowohl insgesamt als auch nur in Teilbereichen erfolgen, worauf noch im Einzelnen einzugehen sein wird (§ 10.I.).

Doch auch wenn wir uns bisher auf die Möglichkeit einer Verdrängung konzentriert haben, könnte es sich lohnen, auch eine Parallelität von nationalem und Europäischem Urheberrecht in Erwägung zu ziehen. Dann würden das Unionsurheberrecht und die nationalen Urheberrechte in einer noch näher zu bestimmenden Weise miteinander koexistieren (§ 10.II.).

1361 Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt, KOM (2011) 427, 14.

1362 Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt, KOM (2011) 427, 14; 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, 14.

1363 *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektiven, 74 und 88; *Schack*, ZGE 2009, 275, 281 und 289; *Peifer*, GRUR Int. 2010, 671, 675.

1364 *Hilty*, Entwicklungsperspektiven, 172; *Peifer*, ZGE 2011, 329, 333.

I. Verdrängung des nationalen Urheberrechts durch ein Unionsurheberrecht

Spricht man sich für ein Europäisches Urheberrecht aus, dann war mit diesem Vorschlag bislang gedanklich stets auch die Verdrängung der nationalen Urheberrechte verknüpft. Die Brisanz dieses Vorschlages, der auf die Abschaffung der nationalen Urheberrechte abzielt, war wie schon angesprochen vermutlich auch der Grund, warum sich die Kommission sehr bedeckt gehalten hat, wenn es um die Frage des Verhältnisses eines Unionsurheberrechts zu den nationalen Urheberrechten ging.

In der wissenschaftlichen Diskussion scheint es – zumeist ohne dass dies näher problematisiert würde – dabei zumeist um die Ersetzung der nationalen Urheberrechte insgesamt zu gehen.¹³⁶⁵ Es ist jedoch auch bereits vorgeschlagen worden, die nationalen Urheberrechte nicht insgesamt durch das Unionsurheberrecht zu ersetzen, sondern die Verdrängungslösung zumindest zunächst auf bestimmte Teilbereiche des Urheberrechts zu beschränken.¹³⁶⁶ Dies erscheint auch im Hinblick auf die Kompetenzen der Union, die – wie schon ausführlich diskutiert¹³⁶⁷ – einen Binnenmarktbezug erfordern, nicht nur sinnvoll, sondern zwingend geboten. Daher soll nun in einem ersten Schritt eine Verdrängung der nationalen Urheberrechte insgesamt (§ 10.I.1.), sodann aber eine differenzierte Lösung in Gestalt einer nur teilweisen Verdrängung der nationalen Urheberrechte (§ 10.I.2.) diskutiert werden.

1. Gesamtverdrängungslösung: Verdrängung der nationalen Urheberrechte insgesamt

Würde ein Europäisches Urheberrecht die nationalen Urheberrechte insgesamt verdrängen, so würden hierdurch hervorragende Bedingungen für einen urheberrechtlichen Binnenmarkt geschaffen,¹³⁶⁸ ohne dass es im Ergebnis zu *Koexis-*

1365 Vgl. Schack, ZGE 2009, 275, 276. Ausdrücklich Stieper in: Grabitz/Hilff/Nettesheim, 44. Ergänzungslieferung, 2011, Art. 118 AEUV Rn. 38.

1366 Hilty, IIC 2004, 760, 774 ff.

1367 Oben, Erster Teil, insbesondere § 4.III.

1368 Zu bedenken bleibt, dass auch die Lizenzierungspraxis sich nicht unerheblich auf die Realität eines urheberrechtlichen Binnenmarktes auswirkt. Solange die Lizenzierung urheberrechtlicher Nutzungen getrennt nach Mitgliedstaaten erfolgt, kann nicht ohne weiteres von einem wirklichen Binnenmarkt urheberrechtlicher Waren und Dienstleistungen gesprochen werden. Das heißt aber nicht, dass eine Lizenzie-

tenzproblemen¹³⁶⁹ käme. Das Ergebnis dieser umfassenden „Gesamtverdrängungslösung“ wäre, dass unionsweit nur ein einziges Urheberrecht gälte, das sowohl auf rein nationale als auch auf potentiell oder real grenzüberschreitende Sachverhalte anwendbar wäre, alle Bereiche des materiellen Urheberrechts abdecken würde und daher idealer Weise alle urheberrechtlichen Fragen einer Lösung zuführen könnte.

Die für eine Rechtsvereinheitlichung¹³⁷⁰ und insbesondere für ein einheitliches Europäisches Urheberrecht im Gegensatz zu einer weiteren Harmonisierung¹³⁷¹ angeführten Argumente streiten in besonderem Maße für eine solche weitreichende Lösung. Die umfassende Rechtseinheit wäre hier für die Rechtsanwender so *transparent* wie nur möglich. Sie müssten sich am Europäischen Urheberrecht orientieren und in keinem Fall zusätzlich auf nationale Urheberrechte zurückgreifen. Auch für die *Kohärenz und Stimmigkeit* des anwendbaren Urheberrechtssystems brächte eine Gesamtverdrängungslösung wohl den größten Gewinn. Stammt das gesamte anwendbare materielle Urheberrecht aus einer einzigen Hand, nämlich der des Unionsgesetzgebers, gewährleistet dies wohl am besten ein insgesamt stimmiges Regelungssystem. Für diese Lösung sprechen daher insgesamt die Transparenz und die Konsistenz des Ergebnisses.

Jedoch gibt es auch gute, zum Teil auch primärrechtlich begründete Bedenken, die einer Gesamtverdrängungslösung entgegenstehen. Zum einen stellt sich die Frage, wie sich die Abschaffung der nationalen Urheberrechte mit der grundrechtlichen Eigentumsgarantie vertragen würde (§ 10.I.1.a.). Zum anderen würde sich eine Gesamtverdrängungslösung erheblichen politischen Widerständen aussetzen, die nicht unbedacht bleiben können, wenn es um die mögliche Realisierung eines Rechtsetzungsvorschlages geht (§ 10.I.1.b.). Schließlich sind es die schon ausführlich untersuchten Vorgaben der Rechtsetzungskompetenzen der Union, die bei konsequenter Anwendung auf die Gesamtver-

zung entlang der Grenzen der Mitgliedstaaten – insbesondere unter Gesichtspunkten der kulturellen Vielfalt – nicht unter Umständen wünschenswert ist. Hierzu schon oben, § 8.II.3.

1369 Mit Koexistenzproblemen sind hier diejenigen Schwierigkeiten gemeint, die sich aus dem parallelen Bestehen einer Mehrzahl von Regelungskörpern ergeben. Diese Parallelität hat uns schon bei der Diskussion der Harmonisierungsmethode beschäftigt. Dort koexistieren Unionsrichtlinien und nationale Urheberrechtsgesetze, aber auch sich in ihrem Anwendungsbereich überschneidende urheberrechtliche Richtlinien; vgl. zu den sich hieraus ergebenden Problemen oben, § 8.I.2., insbesondere § 8.I.2.b) und § 8.I.2.f).

1370 Oben, § 7.

1371 Oben, § 8.I.2.

drängungslösung einer zu weitreichenden Regelungstätigkeit der Union Einhalt gebieten würden (§ 10.I.1.c).).

a) Grundrechtlich verbürgter Schutz wohlerworbener Rechte und zeitliche Übergangsregelungen

Bedenken gegen die Gesamtverdrängungslösung lassen sich zunächst vor dem Hintergrund des primärrechtlichen Eigentumsschutzes anbringen. Damit gemeint ist nicht der Schutz der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnungen nach Art. 345 AEUV. Wir haben bereits gesehen, dass diese Vorschrift zwar die grundlegende Entscheidung zwischen den Systemen der Eigentumszuordnung den Mitgliedstaaten vorbehält, dass sich hieraus aber kein Verbot für die Union, Eigentumsrechte zu regeln und auch keinerlei inhaltliche Vorgaben für eine solche Regelung ergeben.¹³⁷²

Gemeint ist vielmehr der individuelle grundrechtliche Schutz des Eigentums auf Unionsebene, wie er sich aus Art. 17 GRC, der EMRK und den gemeinsamen Verfassungstraditionen und den gemeinsamen internationalen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten ergibt.¹³⁷³ Dieser kann dann betroffen sein, wenn *eigentumsrechtliche Prärogativen*, also etwa die Befugnisse des urheberrechtlichen Rechtsinhabers, dadurch *beschnitten* werden, dass ein die nationalen Urheberrechte verdrängendes Unionsurheberrecht aus Sicht der Rechtsinhaber weniger günstig ausfiele als die nationalen Urheberrechte.¹³⁷⁴

1372 Oben, § 2.II.2.a).

1373 Vgl. Art. 6 Abs. 3 EUV und Abs. 5 der Präambel der Grundrechtecharta. Zum Verhältnis der Grundrechtecharta zur EMRK und zu den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten *Fischer/Friüh/Jaeger*, EuLF 2009, II-29, II-30 f.; ausführlich *Postl* in: *Brosinger/Fischer/Friüh*, Reformvertrag, 8 ff.; *Pache/Rösch*, EuZW 2008, 519, 519 ff.; *Grabenwarter* in: *Tettinger/Stern*, B.III. Rn. 12 ff.; *Borowsky* in: *Meyer*, Vor Titel VII Rn. 15.

Ein Rückgriff auf die EMRK und die gemeinsame Verfassungstradition der Mitgliedstaaten wird im Bereich des Eigentumsschutzes allerdings für entbehrlich gehalten. Vgl. *Depenheuer* in: *Tettinger/Stern*, Art. 17 Rn. 21.

1374 Zur Bindung des Unionsgesetzgebers an die durch das nationale Recht garantierten Grundrechte oben, § 8.I.2.g)bb).

Ein Eingriff kann allerdings nicht nur im Falle der Gesamtverdrängungslösung, sondern auch schon dann vorliegen, wenn ein nur Teilbereiche des Urheberrechts abdeckendes Europäisches Urheberrecht ein minus urheberrechtlicher Prärogativen im Vergleich zu den nationalen Rechten vorsieht.

Art. 17 GRC verbürgt den Schutz des Eigentums, auch des geistigen Eigentums, wie Abs. 2 präzisiert,¹³⁷⁵ und also auch des Urheberrechts. Der Eigentumsschutz ist ein normgeprägtes Grundrecht, das heißt sein Schutzgegenstand ergibt sich erst aus der einfachgesetzlichen Präzisierung durch den Gesetzgeber.¹³⁷⁶ Das heißt aber nicht, dass jede Änderung des materiellen Urheberrechts schon deshalb einer Kontrolle anhand des grundrechtlichen Eigentumsschutzes entzogen wäre. Erworbene Rechtspositionen nehmen in ihrer konkreten Ausgestaltung am grundrechtlichen Eigentumsschutz teil. Das bedeutet, dass eine Änderung des materiellen Urheberrechts für die Zukunft betrachtet eine bloße Inhaltsbestimmung des Eigentumsrechts und keinen Eingriff in grundrechtlich geschützte Positionen darstellt. Einen grundrechtlichen Anspruch auf Erhalt der objektiven Eigentumsordnung gibt es also nicht. Sofern sich eine Rechtsänderung aber auch auf *bestehende subjektive Rechtspositionen* auswirkt, liegt ein grundrechtsrelevanter Eingriff vor. Beispielsweise wäre die Verkürzung der urheberrechtlichen Schutzfrist für alle zukünftig entstehenden Werke eine bloße Bestimmung des durch die Rechtsordnung gewährten urheberrechtlichen Eigentumsrechts. Würde die Schutzfrist auch schon bestehender Werke verkürzt, so läge hierin jedoch eine Beschneidung konkreter individueller Rechtspositionen, die als Eingriff anzusehen wäre.¹³⁷⁷ Das ist gemeint, wenn vom *Schutz wohl erworbener Rechte* gesprochen wird, auf den bei urheberrechtlicher Rechtsetzung zu achten ist.¹³⁷⁸

Wenn ein Unionsurheberrecht in grundlegenden Fragen gegenüber den nationalen Urheberrechten neue Akzente setzen soll,¹³⁷⁹ dann müssten die Befug-

1375 Zur expliziten Erwähnung des geistigen Eigentums vgl. *Bernsdorff* in: *Meyer*, Art. 17 Rn. 15. Kritisch *Depenheuer* in: *Tettinger/Stern*, Art. 17 Rn. 29.

1376 Hierzu *Bernsdorff* in: *Meyer*, Art. 17 Rn. 15. Aus der deutschen Grundrechtsdogmatik *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, Art. 14 Rn. 21; *Wendt* in: *Sachs*, Art. 14 Rn. 54 ff.; *Depenheuer* in: *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 14 Rn. 29 ff. Kritisch *Hufen*, Grundrechte, § 38 Rn. 8.

1377 Ausführlich hierzu *Epping*, Grundrechte, 421 ff., 430 f. und 448 ff. Vgl. auch *Wendt* in: *Sachs*, Art. 14 Rn. 56; *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, Art. 14 Rn. 21; *Becker* in: *Stern/Becker*, Art. 14 Rn. 27.

1378 Hierzu etwa ErwG 10 der Schutzdauerrichtlinie (2007).

1379 Auch die Kommission sieht einen Vorteil eines eigenen Europäischen Urheberrechts etwa darin, dass das Gleichgewicht zwischen Rechten und Schranken wiederhergestellt werden könne („Unification of EU copyright by regulation could also restore the balance between rights and exceptions – a balance that is currently skewed by the fact that the harmonisation directives mandate basic economic rights, but merely permit certain exceptions and limitations“). Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future. A Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT, 19.

nisse des Urhebers auch an mancher Stelle beschnitten werden. So wird in der Tat für eine Neujustierung des urheberrechtlichen Interessenausgleichs unter anderem eine flexiblere Handhabung der urheberrechtlichen Schutzfristen als Lösung vorgeschlagen.¹³⁸⁰ Damit ist sicher nicht nur die Ausweitung der urheberrechtlichen Schutzfristen gemeint, sondern in vielen Fällen stattdessen eine Verkürzung. Dies stellt aber eine bedeutenden Eingriff in geschützte Rechtspositionen dar, soweit es um vorbestehende Werke geht.

Bleiben also urheberrechtliche Prärogativen nach dem Unionsurheberrecht hinter den nach auch nur einem nationalen Recht gewährten zurück, steht der Unionsgesetzgeber vor der Frage, ob die neuen urheberrechtlichen Regeln nur auf künftige Werke Anwendung finden sollen oder aber auch auf schon bestehende. In ersterem Fall käme es zu *intertemporalen Problemen*, weil der Unionsgesetzgeber zeitliche Übergangsregelungen schaffen müsste, um die Anwendung der neuen Regeln auf vorbestehende Werke auszuschließen (hierzu § 10.I.1.a)aa)).¹³⁸¹ Entscheidet sich der Unionsgesetzgeber dagegen für eine Anwendung des Unionsurheberrechts auf schon bestehende Werke, so liegt wie soeben gesehen ein Eingriff in das Eigentum der Rechtsinhaber vor. Hier stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung dieses Grundrechtseingriffs (§ 10.I.1.a)bb)).

aa) Zeitliche Übergangsregelungen zur Vermeidung eines Eingriffs in den grundrechtlichen Eigentumsschutz

Bleiben die in einem Europäischen Urheberrecht vorgesehenen Prärogativen des Rechtsinhabers in bestimmten Fragen hinter den in auch nur einem nationalen Urheberrecht vorgesehenen zurück, lässt sich ein Eingriff in bestehende subjektive Rechtspositionen nur durch zeitliche Übergangsregelungen vermeiden, die eine Anwendung des Unionsurheberrechts auf vorbestehende Werke gänzlich¹³⁸² ausschließen. Jedoch führen zeitliche Übergangsregelungen

1380 Vgl. Hilty, Sündenbock Urheberrecht?, 130 ff.

1381 Die Erforderlichkeit intertemporaler Übergangsregelungen räumen auch *van Eechoud/Hughenholz/van Gompel*, Harmonizing European Copyright Law, 318 und Fn. 973, ein, die sich im Ergebnis jedoch für eine Verdrängung der nationalen Urheberrechte aussprechen.

1382 Nur bei gänzlicher Nichtanwendung der Regeln, die zu einer Absenkung des Schutzniveaus aus Sicht der Rechtsinhaber führen, kann schon ein Eingriff in Eigentumspositionen vermieden werden. Andere zeitliche Übergangsregelungen, die „Schonfristen“ für vorbestehende Werke vorsehen, also eine Anwendung der neu-

zu einer zumindest zeitweisen *Mehrgleisigkeit des Urheberrechtsregimes*. Bei unterschiedlich langen Schutzfristen erscheint dieses Problem keineswegs unlösbar, schließlich müssen Rechtsanwender aufgrund unterschiedlicher Entstehungszeitpunkte der Werke stets mit unterschiedlichen Schutzfristen operieren. Schwierig wird es aber beispielsweise, wenn unterschiedliche Schrankenregime beachtet werden müssen, weil auf vorbestehende Werke die nationalen, auf neue Werke aber die unionsurheberrechtlichen Schranken Anwendung finden. Dies wird spätestens dort problematisch, wo einheitliche Verwertungsvorgänge eine Vielzahl von Werken oder aber verbundene Werke betreffen.

Diese Mehrgleisigkeit des Urheberrechtsregimes würde aufgrund der langen urheberrechtlichen Schutzfristen lange – Jahrzehnte – andauern und eine umfassende Vereinheitlichung des Urheberrechts in Europa also sehr weit hinausschieben.¹³⁸³ Wenn eine Vereinheitlichung im Hinblick auf die Schaffung eines Binnenmarktes vorangetrieben werden soll, erscheint eine Lösung, die erst in Jahrzehnten vollends greifen wird, suboptimal.

Allerdings stellen zeitliche Übergangsregeln keine unüberwindbaren Hürden für die Rechtsanwender auf. Sie sind ein rechtstechnisches Instrument, mit dem Gesetzgeber häufig operieren und mit dem auch die Rechtsanwender umgehen können. Auch ist anzumerken, dass die Problematik der Intertemporalität nicht spezifisch mit einem Übergang von nationalen Urheberrechten zu einem Unionsurheberrecht verbunden ist. Eigentumsschutzrelevant sind alle Änderungen des Urheberrechts, die eine bestehende Rechtsposition des Rechtsinhabers schwächen. Die Frage wird nur dort viel drängender, wo nicht einzelne urheberrechtliche Prärogativen beschnitten werden, sondern das gesamte bestehende Urheberrechtsregime durch ein neues ersetzt werden soll.

Eine weitere Möglichkeit zur Abmilderung der mit der Mehrgleisigkeit verbundenen praktischen Schwierigkeiten bestünde darin, die Verdrängung der nationalen Urheberrechte auch für schon bestehende Werke vorzusehen, dabei aber bestimmte besonders eingriffsintensive – also die Rechtsposition der Rechtsinhaber besonders stark abschwächende – neue Regelungen nicht auf vorbestehende Werke anzuwenden. Beispielsweise könnte man einen neuen urheberrechtlichen Schrankenkatalog quasi „ungebremst“ auch auf vorbestehende

en Regeln für vorbestehende Werke nur zeitlich hinausschieben würden, könnten einen Eingriff zwar nicht vermeiden, spielen aber im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf der Ebene der Rechtfertigung eines Eingriffs eine Rolle. Hierzu unten, § 10.I.1.a)bb).

1383 Auf dieses Problem weist auch *Basedow*, Festschrift Mestmäcker, 358, im Hinblick auf ein europäisches Zivilrecht hin.

Werke anwenden, eine Verkürzung der urheberrechtlichen Schutzfristen aber nur mit Wirkung für künftige Werke bestimmen. Damit bliebe die Mehrgleichzeitigkeit des Urheberrechtsregimes auf die ausgenommenen Teile des Urheberrechts beschränkt, im genannten Beispiel auf die Dauer der urheberrechtlichen Schutzfristen, wohingegen im Bereich der urheberrechtlichen Schranken sofortige Rechtseinheit hergestellt wäre. Diese Lösung weist schon in Richtung auf eine Differenzierung innerhalb der Verdrängungslösung, auf die wir noch ausführlich zu sprechen kommen werden (Unten, § 10.I.2.).

- bb) Rechtfertigung eines Eingriffs in den grundrechtlichen Eigentumsschutz im Falle der Anwendung des Unionsurheberrechts auch auf vorbestehende Werke

Verzichtet der Unionsgesetzgeber auf zeitliche Übergangsregeln und unterwirft er also nicht nur neu entstehende, sondern auch vorbestehende Werke einem Unionsurheberrecht, so liegt dort ein Eingriff in den unionsgrundrechtlichen Eigentumsschutz vor, wo bestehende Rechtspositionen nach dem jeweils nationalen Urheberrecht verkürzt werden, weil das Unionsurheberrecht aus Sicht der Rechtsinhaber weniger günstig ausgestaltet ist. Es stellt sich dann die Frage, wie dieser Eingriff *gerechtfertigt* werden kann. Dies beurteilt sich nach den spezifischen Eingriffsvorbehalten des Art. 17 Abs. 1 S. 2 und 3 GRC, ein Rückgriff auf die allgemeine Schrankenregelung des Art. 52 Abs. 1 GRC wird wegen Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRC für ausgeschlossen¹³⁸⁴ bzw. „nicht notwendig“¹³⁸⁵ gehalten.

Geht man einmal davon aus, dass ein aus Sicht der Rechtsinhaber nachteiliges Zurückbleiben des Europäischen Urheberrechts hinter den nationalen Urheberrechten als eine Nutzungsregelung nach Art. 17 Abs. 1 S. 3 GRC anzusehen wäre und nicht als eine Enteignung,¹³⁸⁶ kommt es für eine Rechtfertigung

1384 Bernsdorff in: Meyer, Art. 17 Rn. 19.

1385 Schwarze in: Schwarze, Art. 17 GRC Rn. 5.

1386 Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) stellt für eine Abgrenzung zwischen *Enteignung* im Sinne des Art. 1 Abs. 1 S. 2 des Zusatzprotokolls Nr. 1 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (ZP 1 EMRK) und *Regelungen des Eigentumsgebrauchs* nach Art. 1 Abs. 2 ZP 1 EMRK letztlich auf die Eingriffsintensität ab. Danach kommt es darauf an, ob dem Eigentümer seine Rechtsposition faktisch vollständig entzogen werde. Vgl. hierzu EGMR, 23.9.1982, Serie A Nr. 52 § 63 – *Sporrong und Lönnroth ./. Schweden*. Vgl. auch *Depenheuer* in: *Tettinger/Stern*, Art. 17 Rn. 45; *Cremer* in: *Grotel/Maruhn*, Kapitel 22 Rn. 92 ff. Man kann jedoch getrost davon ausgehen,

des Eingriffs darauf an, ob er im Sinne dieser Vorschrift *für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich* ist.¹³⁸⁷

Der EuGH hat hierauf schon vor Inkrafttreten der Grundrechtecharta abgestellt und präzisiert, maßgeblich seien die dem Gemeinwohl dienenden *Ziele der Union*.¹³⁸⁸ Mit anderen Worten kommen als einen Eingriff rechtfertigende Gründe nur solche des europäischen Gemeinwohls in Betracht.¹³⁸⁹ Der EuGH hat erkennen lassen, dass er dem Gesetzgeber hinsichtlich der Frage, was alles unter die Interessen des europäischen Gemeinwohls fällt, einen weiten Beurteilungsspielraum einräumt und sich auf eine Plausibilitätskontrolle beschränken

dass selbst bei erheblich verminderten Befugnissen des Rechtsinhabers aufgrund eines Europäischen Urheberrechts hiermit nicht gerechnet werden muss und also eine Gebrauchsregelung vorliegen würde.

Der EuGH hat schon vor Inkrafttreten der Grundrechtecharta etwas andere Akzente gesetzt. Keine Enteignung, sondern nur eine Ausübungsbeschränkung liege vor, wenn es dem Eigentümer unbenommen bleibe, über sein Gut zu verfügen und es jeder anderen, nicht untersagten Nutzung zuzuführen; EuGH, 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 – *Hauer*, Rn. 19. Später scheint der EuGH darauf abgestellt zu haben, ob eine Maßnahme darauf „abziele“, den von ihr Betroffenen zu enteignen; EuGH, 3.9.2008, Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, Slg. 2008, I-6351 – *Kadi und Al Barakaat*, Rn. 358. In der Literatur wird daher zum Teil eine Orientierung an der Abgrenzung befürwortet, wie sie das Bundesverfassungsgericht für Art. 14 GG vornimmt; so *Depenheuer* in: *Tettinger/Stern*, Art. 17 Rn. 45. Danach kommt es für eine Enteignung auf die finale Entziehung konkreter Rechtspositionen bei einem bestimmten Personenkreis an; vgl. BVerfG, 15.7.1981, BVerfGE 58, 300 – *Nassauskiesung*, 330 ff.; ausführlich *Epping*, Grundrechte, Rn. 455 ff. Auch nach einer solchen Differenzierung kann eine abstrakt-generelle Regelung der Befugnisse der Urheber nicht als Enteignung eingeordnet werden.

Es liegt mithin eine Nutzungsregelung als eine hoheitliche Maßnahme, die einen bestimmten Gebrauch des Eigentums gebietet oder untersagt und darauf abzielt, die Nutzung des Eigentums in Einklang mit dem Allgemeininteresse abstrakt-generell zu regeln, vor; *Depenheuer* in: *Tettinger/Stern*, Art. 17 Rn. 47; vgl. auch *Bernsdorff* in: *Meyer*, Art. 17 Rn. 21.

1387 Hierzu *Depenheuer* in: *Tettinger/Stern*, Art. 17 Rn. 51 f.; *Bernsdorff* in: *Meyer*, Art. 17 Rn. 21.

1388 EuGH, 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 – *Hauer*, Rn. 19 ff.; EuGH, 11.7.1989, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 – *Schräder*, Rn. 15; EuGH, 28.4.1998, Rs. 200/96, Slg. 1998, I-1953 – *Metronome Musik*, Rn. 21; EuGH, 3.9.2008, Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, Slg. 2008, I-6351 – *Kadi und Al Barakaat*, Rn. 355. Hierzu auch *Depenheuer* in: *Tettinger/Stern*, Art. 17 Rn. 51.

1389 *Bernsdorff* in: *Meyer*, Art. 17 Rn. 22; *Depenheuer* in: *Tettinger/Stern*, Art. 17 Rn. 51.

will.¹³⁹⁰ Auch haben wir gesehen, dass sich das Urheberrecht einer Fülle von Unionszielen zuordnen lässt.¹³⁹¹ Zu diesen Zielen rechnet es, kulturelle Vielfalt und Wissenschaften zu fördern und die Freiheit des Wettbewerbs zu schützen. Da diese Ziele aber nur durch einen urheberrechtlichen Interessenausgleich verwirklicht werden können, lässt sich – sofern hierzu eine Neujustierung erforderlich ist – auch eine deutliche Verminderung des Schutzes des Rechtsinhabers durch ein die nationalen Urheberrechte ablösendes Unionsrecht rechtfertigen.

Freilich muss bei der inhaltlichen Ausgestaltung des Unionsurheberrechts dem *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* entsprochen werden, eine mögliche Beschränkung der Befugnisse der Rechtsinhaber also in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen.¹³⁹² Hier steht dem Gesetzgeber jedoch ein weiter Ermessensspielraum zur Seite, der erst dann überschritten sein soll, wenn die Maßnahme – also die Reduzierung der urheberrechtlichen Prärogativen – zur Erreichung des verfolgten Ziels offensichtlich ungeeignet ist¹³⁹³ oder einen „nicht tragbaren Eingriff“¹³⁹⁴ darstellt.¹³⁹⁵

Auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beinhaltet eine zeitliche Komponente. Wenn schon keine gänzliche Ausklammerung vorbestehender Werke aus dem Anwendungsbereich eines Unionsurheberrechts erfolgt, um schon einen Eingriff in urheberrechtlich geschützte Rechtspositionen zu vermeiden,¹³⁹⁶ kann der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit doch für zeitliche Übergangsregelungen für solche Werke sprechen. So könnten etwa Übergangsfristen für vorbestehende Werke vorgesehen werden, sodass die neuen unionsurheberrechtlichen Regelungen erst nach einer gewissen Zeit auf vorbestehende Werke

1390 EuGH, 12.7.2005, Verb. Rs. C-154/04 und C-155/04, Slg. 2005, I-6451 – *Alliance for Natural Health*, Rn. 129; EuGH, 15.4.1997, Rs. 22/94, Slg. 1997, I-1809 – *Irish Farmers Association*, Rn. 28; EuGH, 22.10.1991, Rs. 44/89, Slg. 1991, I-5119 – *von Deetzen II*, Rn. 29. Vgl. *Depenheuer* in: *Tettinger/Stern*, Art. 17 Rn. 51 f. und *Bernsdorff* in: *Meyer*, Art. 17 Rn. 22, jeweils mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen.

1391 Vgl. oben, § 4.V.2.a).

1392 Vgl. nur EuGH, 11.7.1989, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 – *Schräder*, Rn. 21.

1393 EuGH, 11.7.1989, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 – *Schräder*, Rn. 22.

1394 EuGH, 13.12.1994, Rs. 306/93, Slg. 1994, I-5555 – *SMW Winzersekt*, Rn. 22; EuGH, 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 – *Hauer*, Rn. 23; EuGH, 11.7.1989, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 – *Schräder*, Rn. 15.

1395 Vgl. auch *Depenheuer* in: *Tettinger/Stern*, Art. 17 Rn. 53 ff.; *Bernsdorff* in: *Meyer*, Art. 17 Rn. 22.

1396 Hierzu oben, § 10.I.1.a)aa).

anzuwenden wären. Allerdings würde hierdurch wieder eine gewisse Mehrgleichzeitigkeit des urheberrechtlichen Regelungssystems in Kauf genommen.¹³⁹⁷

Eine andere Möglichkeit der Rücksichtnahme auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit könnte in einer nur schrittweisen Verdrängung der nationalen Urheberrechte – Bereich für Bereich des materiellen Urheberrechts – bestehen. Danach würde das Unionsurheberrecht zwar mit Geltung für alle, also auch die vorbestehenden Werke, aber nicht in allen Bereichen des materiellen Urheberrechts zugleich in Kraft gesetzt.¹³⁹⁸

Schließlich müssen Eingriffe in das Eigentumsgrundrecht den *Wesensgehalt* der grundrechtlichen Garantie unangetastet lassen,¹³⁹⁹ auch wenn sich diese Beschränkung explizit nur aus dem allgemeinen Schrankenvorbehalt des Art. 52 Abs. 1 GRG ergibt. Wie auch immer ein künftiges Europäisches Urheberrecht aussehen mag: das Wesen des Eigentumsrechts wird mit hoher Wahrscheinlichkeit auch dann bestehen bleiben, wenn bestimmte Prärogativen des Rechtsinhabers zurückgenommen werden.

Zusammenfassend lässt sich sagen: weder das rechtstechnische Problem der Intertemporalität noch der grundrechtliche Schutz wohlverbodener Rechte stellen unüberwindliche Hürden auf, wenn ein künftiges Europäisches Urheberrecht die nationalen Urheberrechte insgesamt verdrängen und hierbei ein minus urheberrechtlicher Befugnisse vorsehen würde.

b) Realisierungschancen einer Gesamtverdrängungslösung

Mag die Gesamtverdrängungslösung vor dem Hintergrund des grundrechtlichen Eigentumsschutzes auch machbar sein, so dürfen die Realisierungschancen für ein solches Projekt im Hinblick auf die politischen Realitäten in der Union nicht aus dem Blick verloren werden, wenn ein Europäisches Urheberrecht nicht nur ein Gedankenexperiment bleiben soll. Bedenkt man, wie umkämpft die urheberrechtlichen Richtlinien im Gesetzgebungsprozess waren, erscheint eine Einnigung auf ein Europäisches Urheberrecht, das die Gesamtheit der nationalen Urheberrechte mitsamt ihrer jahrhundertealten Tradition und ihrer gefestigten Dogmatik mit einem Federstrich beseitigen würde, denkbar schwierig. Ein Ab-

1397 Hierzu oben, § 10.I.1.a)aa).

1398 Hierzu unten, § 10.I.3.

1399 EuGH, 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 – *Hauer*, Rn. 23; EuGH, 11.7.1989, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237 – *Schröder*, Rn. 15.

schied von den überkommenen – und durchaus auch bewährten – nationalen Urheberrechten wird sowohl in den Unionsgremien als auch in der Wissenschaft nicht nur mit Beifall aufgenommen werden.

Freilich kann auch vor dem Hintergrund lange bestehender Traditionen und gefestigter Dogmatik und auch im Rahmen von wissenschaftlichen und politischen Gremien, die eine Vielzahl von Vertretern dieser Traditionen vereinen, ein solcher Schritt erfolgreich getan werden. Die Dialektik sehr gegensätzlicher Positionen kann einem wohlausgewogenen Ergebnis überaus förderlich sein und es gibt durchaus auch Beispiele, dass der große Wurf eines Gesetzgebungsvorhabens gelingen kann. Aus deutscher Perspektive drängt sich das Beispiel der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches auf,¹⁴⁰⁰ das sich an die Stelle des „buntscheckig-zersplitterten“¹⁴⁰¹ Bildes des Privatrechts in Deutschland setzte und die Traditionen des römischen und des deutschen Rechts miteinander in Einklang zu bringen suchte.¹⁴⁰² Ein nicht nur von Wissenschaftlern, sondern auch von Praktikern im Zeitraum von 24 Jahren ausgearbeitetes Gesamtwerk wurde – wenn auch nicht ohne Übergangsvorschriften¹⁴⁰³ – über Nacht das geltende Zivilrecht im Deutschen Reich.

Allerdings sind weder der historische und politische Kontext von damals und heute noch die Art und Weise, wie Rechtsetzung früher und heute und auf nationaler und europäischer Ebene funktioniert, miteinander vergleichbar. Europäische Rechtsetzung ist in besonderem Maße von der Notwendigkeit einer Kompromissfindung beherrscht. Hinzukommt in jüngerer Zeit aber auch die Aufmerksamkeit, um nicht zu sagen das Misstrauen, mit welchen insbesondere

1400 Hieran erinnert auch *Peifer*, ZGE 2011, 329, 329.

1401 *Laufs*, Rechtsentwicklungen in Deutschland, 318. Vgl. hierzu die Bezeichnungen des urheberrechtlichen status quo in der Union als patchwork oder Flickenteppich bei *Hilty*, IIC 2004, 760, 770, *Lucas*, Festschrift Schricker zum 70. Geburtstag, 437 ff., und *Schack*, ZGE 2009, 275, 275 f.

1402 Interessanter Weise waren es damals nicht etwa politische Ereignisse oder Programmatik, sondern das dringende Bedürfnis der juristischen Praxis nach einem einheitlichen Rechtsrahmen, das letztlich den Erfolg der Vereinheitlichungsbestrebungen ermöglichte. Vgl. hierzu das Zitat von Rudolph Sohm aus dem Jahr 1874 bei *Laufs*, Rechtsentwicklungen in Deutschland, 318: „Der Codifikationsgedanke begegnet noch jetzt häufigem und entschlossenem Widerstand. Es gilt zu zeigen, dass die Codification des bürgerlichen Rechts nicht bloß die Folge *politischer* Ereignisse und Motive, sondern umgekehrt die Folge der *inneren* Entwicklung des deutschen Rechts ist. Es sind die Interessen des *Rechtslebens*, und zwar der juristischen *Praxis*, welche die Codification des Privatrechts für ganz Deutschland dringend fordern.“

1403 Art. 153 ff. EGBGB vom 18. August 1896, RGBI. S. 604 ff.

urheberrechtliche Gesetzgebungsvorhaben von Seiten der Medien und der breiten Bevölkerung unabhängig von ihrem Inhalt bedacht werden. Spätestens die gescheiterte Ratifizierung des Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) dürfte – ganz unabhängig von einer inhaltlichen Bewertung des Abkommens – gezeigt haben, wie sensibilisiert die Öffentlichkeit für urheberrechtliche Themen inzwischen ist und dass erhebliche Aufklärungs- und Überzeugungsarbeit urheberrechtliche Gesetzgebungsprozesse begleiten muss, um die breite Mehrheit der Bevölkerung „abzuholen“.

Zwar trifft diese Aussage auf alle urheberrechtlichen Rechtsetzungsvorhaben auf Ebene der Union zu. Jedoch steht zu erwarten, dass einer „großen“ Lösung, die ein die gesamte Union überwölbendes urheberrechtliches Regelwerk mit sich bringen würde, erheblich mehr politischer Gegenwind entgegenschlagen dürfte als einer schrittweisen Vereinheitlichung des Urheberrechts, wie sie durch die Richtlinien schon seit vielen Jahren betrieben wird,¹⁴⁰⁴ und als einer Parallelität des Unionsurheberrechts zu den nationalen Urheberrechten¹⁴⁰⁵.

Dieser Hinweis soll nicht als eine Aufforderung zu einer klammheimlichen und schleichenden Einführung des Unionsurheberrechts durch die Hintertür verstanden werden. Es wäre vielmehr zu begrüßen, wenn ein Unionsurheberrecht inhaltlich unter Partizipation nicht nur von Wissenschaftlern, Parlamentariern und Lobbyisten, sondern auch der breiten Öffentlichkeit diskutiert würde. Nichtsdestotrotz müssen gesetzgeberische Vorhaben den politischen Realitäten Rechnung tragen, wenn sie Wirklichkeit werden sollen. Eine schrittweise Einführung des Unionsurheberrechts oder eine Parallelität würden eine sachlichere und – auf materiellrechtliche Themen – konzentriertere Diskussion ermöglichen als der große Wurf.

c) Die Gesamtverdrängungslösung vor dem Hintergrund der Unionskompetenzen

Jenseits praktischer und politischer Argumente, die Zweifel an der Realisierbarkeit einer Gesamtverdrängungslösung nähren, ist es doch letztlich vor allem ein hartes juristisches Faktum, das gegen die Gesamtverdrängungslösung spricht. Die ausführliche Untersuchung der *Kompetenzen* der Union¹⁴⁰⁶ hat gezeigt,

1404 Hierzu sogleich, § 10.I.2.

1405 Hierzu unten, § 10.II.

1406 Oben, Erster Teil, insbesondere § 4.III.

dass eine umfassende Rechtsetzung im Urheberrecht sich vor allem auf die Binnenmarktkompetenz zu stützen hat. Weiter haben wir gesehen, dass nicht alle Bereiche des materiellen Urheberrechts einen im Sinne der Binnenmarktkompetenz erforderlichen Binnenmarktbezug aufweisen¹⁴⁰⁷ und dass eine getrennte Behandlung auch solcher Teilbereiche durchaus möglich ist, die mitunter als untrennbar bezeichnet werden¹⁴⁰⁸.

Die Konsequenz aus diesem Befund ist, dass der Union zum gegenwärtigen Zeitpunkt für eine Gesamtverdrängungslösung die Kompetenz schlicht fehlt. Angesichts der rauen See, durch die das europäische Schiff zur Zeit steuert, steht auch nicht zu erwarten, dass sich hieran auf absehbare Zeit etwas ändern wird. Eine Ablösung der nationalen Urheberrechte durch ein Europäisches Urheberrecht insgesamt zu fordern, hieße demnach, die Augen vor der Primärrechtswirklichkeit, wie sie jetzt besteht und jedenfalls in naher Zukunft bestehen wird, zu verschließen. Angesichts der Stärkung des Subsidiaritätsprinzips im weiteren Sinne durch den Vertrag von Lissabon kann hiervon nur abgeraten werden. Stattdessen erscheint es angezeigt, sich der logischen Folge dieser Überlegung zuzuwenden: wenn nur in manchen Bereichen des materiellen Urheberrechts eine Rechtsetzungskompetenz der Union besteht, dann sollte geprüft werden, was die Vor- und Nachteile eines Unionsurheberrechts wären, das nur eben diese Teilbereiche abdeckt und die nationalen Urheberrechte in eben diesen Teilbereichen verdrängt.

2. Differenzierte Verdrängungslösung: Nur teilweise Verdrängung der nationalen Urheberrechte durch das Unionsurheberrecht

Der Befund, dass die für eine urheberrechtliche Rechtsetzung der Union einschlägigen Kompetenznormen einen Binnenmarktbezug verlangen¹⁴⁰⁹ und dass nicht alle materiellrechtlichen Bereiche des Urheberrechts einen solchen aufweisen,¹⁴¹⁰ eine getrennte Behandlung dieser Teilbereiche aber möglich erscheint,¹⁴¹¹ legt es nahe, beim Übergang zu einem einheitlichen Europäischen

1407 Oben, §9.

1408 Zur Trennbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrecht und Verwertungsrechten oben, § 9.V.3.b)aa).

1409 Oben, Erster Teil, insbesondere § 4.III.

1410 Oben, §9.

1411 Zur Trennbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrecht und Verwertungsrechten oben, § 9.V.3.b)aa).

Urheberrecht eine differenziertere Lösung anzustreben, ja er macht eine solche differenzierte Lösung gar zwingend notwendig. Diese Lösung würde darin bestehen, nur diejenigen Teile des Urheberrechts zu vereinheitlichen, deren Einheitlichkeit für ein Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich ist.¹⁴¹²

Verfolgt man den Ansatz einer solchen „differenzierten Verdrängungslösung“ weiter, stellt sich zwangsläufig die Frage, wie die Binnenmarktrelevanz der zu vereinheitlichenden Teile des Urheberrechts ermittelt und also die zu vereinheitlichenden Teile des Urheberrechts identifiziert werden sollen. Die schon vorgenommene Untersuchung der verschiedenen Teilbereiche des Urheberrechts auf ihre Binnenmarktrelevanz¹⁴¹³ weist in Richtung auf eine *Differenzierung anhand der materiellen Bereiche des Urheberrechts*. Dies ist jedoch nicht der einzig denkbare Ansatz. Die Kommission hat mit dem Grünbuch über den Onlinevertrieb von audiovisuellen Werken eine weitere Möglichkeit aufgezeigt, wie zu vereinheitlichende Teilbereiche des Urheberrechts identifiziert werden könnten. Sie hat die Möglichkeit der Schaffung eines einheitlichen Europäischen Urheberrechts¹⁴¹⁴ zwar nicht explizit auf einzelne Teile des Urheberrechts beschränkt, jedoch bezieht sich das Grünbuch insgesamt auf audiovisuelle Werke und ihre Vermarktung im Onlinebereich. Damit scheint die Kommission ein Sonderregime für eben jene audiovisuellen Werke vorschlagen zu wollen, was letztlich auf eine *Differenzierung nach Werkarten* und hier *beschränkt auf den Onlinebereich* hinausläuft.

Wie schon angesprochen, machen es sich beide Varianten der differenzierten Verdrängungslösung zum Gebot, getreu den unionalen Kompetenzen nur den binnenmarktrelevanten Teil des Urheberrechts einer Vereinheitlichung durch das Europäische Urheberrecht zuzuführen. Dabei geht die erste Variante der Schaffung eines Unionsrechts nur für bestimmte Werkarten von der Prämisse aus, dass gerade für diese Werkarten ein großer Bedarf nach einem einheitlichen Rechtsrahmen besteht. Die zweite Variante stellt demgegenüber darauf ab, dass das Einheitlichkeitsbedürfnis in erster Linie nicht für bestimmte Werkarten, sondern für bestimmte Bereiche des materiellen Urheberrechts in hohem Maße besteht. Wenn wir uns nun beiden Möglichkeiten zuwenden, also sowohl einer Differenzierung nach Werkarten (§ 10.I.2.a)) als auch einer solchen nach

1412 Erstmals vorgeschlagen in der Variante des „Kombinationsmodells“ von *Hilty*, IIC 2004, 760, 774 ff. Hierzu auch *Dreier*, ZEuP 2011, 831, 850. Zum Kombinationsmodell unten, § 10.I.2.b).

1413 Oben, §9.

1414 *Kommission*, Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken, KOM (2011) 427, 13 ff.

materiellrechtlichen Teilbereichen des Urheberrechts (§ 10.I.2.b)), werden wir feststellen, dass beide Varianten diesem Anspruch der Wahrung der Kompetenzordnung in der Union in unterschiedlichem Maße genügen.

a) Verdrängung der nationalen Urheberrechte für bestimmte Werkkategorien

Wenn die Kommission mit dem Grünbuch über den Onlinevertrieb von audiovisuellen Werken eine Vereinheitlichung – unter anderem durch Schaffung eines Einheitsurheberrechts, für das wir uns hier interessieren – nur im Hinblick auf den Onlinevertrieb audiovisueller Werke vorschlägt, dann liegt hierin kein gänzlich neuer Ansatz.

Wir haben gesehen, dass der urheberrechtliche *acquis* an zahlreichen Stellen eine *Differenzierung nach Werkarten* vornimmt. Drei Richtlinien beziehen sich nur auf bestimmte Werkarten, nämlich auf Computerprogramme, Datenbanken und Originale von Kunstwerken. An anderer Stelle enthält der *acquis* Sonderregeln für Filmwerke.¹⁴¹⁵

Auch die *Anknüpfung an die Vertriebsform Onlinebereich* ist nicht neu. Die Onlinemusikempfehlung bezieht sich – wenngleich auch nicht rechtsverbindlich – auf die Lizenzierung von Musik für Onlineangebote und zwar unabhängig von den hierbei betroffenen Verwertungsrechten.¹⁴¹⁶ Die Schaffung eines Sonderrechts für den Onlinebereich erscheint auf den ersten Blick durchaus reizvoll.¹⁴¹⁷ In keinem anderen Bereich wird die grenzüberschreitende Verwertung als so „natürlich“ empfunden wie im Internet und in keinem anderen Bereich ist deshalb das Bedürfnis nach einem einheitlichen Rechtsrahmen größer.¹⁴¹⁸

Dennoch stehen diesem Modell durchgreifende *Bedenken* entgegen. Die Kommission schlägt mit dem Anknüpfen an das Vorliegen eines audiovisuellen Werkes (Hierzu § 10.I.2.a)aa.) und an den Onlinevertrieb (Hierzu § 10.I.2.a)bb.) ein Sonderregime vor, welches eine Differenzierung anhand zweier Kriterien erforderlich macht, die beide nicht ohne weiteres fassbar sind und deren Berechtigung nicht in jeder Hinsicht einleuchtet. Darüber hinaus führen wiederum kompetenzielle Erwägungen zu dem Befund, dass die von der

1415 Hierzu oben, § 9.II.2.b).

1416 Zur Onlinemusikempfehlung schon oben, § 8.I.1.

1417 Auch *Peifer*, ZGE 2011, 329, 333, deutet daher die Möglichkeit eines Sonderregimes für das „elektronische Urheberrecht“ an.

1418 Hierzu schon oben, § 4.III.1.c)aa)bbb)(1)(a) und § 7.IV.1.b)bb).

Kommission vorgeschlagene Differenzierung nicht ausreicht, sondern um weitere Kriterien ergänzt werden müsste.¹⁴¹⁹

aa) Zur Kategorie des audiovisuellen Werks

Problematisch ist schon die *Definition* des audiovisuellen Werkes. Die Kommission versteht – wie sie in den frequently asked questions zum Grünbuch über den Onlinevertrieb von audiovisuellen Werken erklärt¹⁴²⁰ – unter audiovisuellen Werken eine Mehrzahl von bewegten Bildern mit oder ohne Ton („a set of moving images, with or without sound“) und lehnt sich damit an die Definition des französischen Code de la propriété intellectuelle an¹⁴²¹. Beispielhaft werden Spielfilme, Kurzfilme, Dokumentationen, Fernsehfilme und Zeichentrickfilme („feature films, shorts, documentaries, TV dramas, cartoons“), also letztlich ausschließlich Filme und Sendungen im herkömmlichen Sinne ohne interaktives Element genannt. Dies lässt es zweifelhaft erscheinen, dass auch etwa Computerspiele in den Vorschlag einbezogen sein sollen, obwohl diese an sich die Kriterien der weiten Definition erfüllen¹⁴²². Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung des Vertriebs von Computerspielen, die schon jetzt die des Vertriebs von Musik und Filmen übersteigt,¹⁴²³ erstaunt die Vagheit des Kommissionsvorschlages.

Aber auch abgesehen von begrifflichen Unschärfen, die sich im Rahmen eines Gesetzgebungsprozesses noch ausmerzen lassen würden, sind Zweifel angebracht, ob die Anknüpfung eines kompletten Sonderrechtsregimes an das Vorliegen einer bestimmten Werkart *sicher möglich* ist. Es wurde schon bei der Untersuchung des *acquis* angesprochen, dass ein Abstellen auf bestimmte Werkarten, wie es bei einigen Richtlinien praktiziert wurde, zu Überschneidungen im Anwendungsbereich der Richtlinien führen kann, wenn eine eindeutige Zuordnung von Werken zu bestimmten Werkkategorien nicht gelingt.¹⁴²⁴ Die zunehmende Konvergenz von Werkarten erschwert ihre Einordnung in Werkka-

1419 Hierzu § 10.I.2.a)cc)

1420 *Kommission*, Online distribution of audiovisual works in the EU – Frequently Asked Questions, 13.7.2011, Nr. 1.

1421 Art. L 112-2 Nr. 6. Hierzu *Katko*, Audiovisuelles Werk und Filmwerk, 12 f.

1422 Zur Einordnung von Videospielen nach der französischen Definition etwa *Katko*, Audiovisuelles Werk und Filmwerk, 27 f.

1423 Hierzu etwa *Dubiel*, Das Leitmedium der Zukunft, Tagesspiegel, 26.8.2011; *Katkol/Maier*, MMR 2009, 306, 306; *Bullinger/Czychowski*, GRUR 2011, 19, 20.

1424 Oben, § 8.I.2.f)aa).

tegorien noch zusätzlich.¹⁴²⁵ Dies kann zu großer Unsicherheit bei den Rechtsanwendern führen, wenn es um die Frage geht, ob das Unionsurheberrecht auf ein bestimmtes Werk nun anwendbar ist oder nicht, und zwar gerade dann, wenn man eine derart breite Definition der erfassten Werkkategorie wählt wie die Kommission.

Hinzukommt die Frage, welches Rechtsregime bei der *Verbindung von mehreren Werken* zur Anwendung kommen soll, wenn also ein audiovisuelles Werk mit einem nicht unter diese Kategorie fallenden Werk verbunden wird. Welches Recht soll also Vorrang haben, wenn zum Beispiel ein Kurzfilm in einen Internetauftritt eingebunden wird? Wird hierdurch die gesamte Homepage zum audiovisuellen Werk, auch wenn im übrigen keine Abfolge von bewegten Bildern gegeben ist? Hier würde die Kommission nicht umhin kommen, eine Art Konfliktregel für das Zusammentreffen von audiovisuellen und anderen Werken aufzustellen.

Abgesehen von diesen praktischen Schwierigkeiten stellt sich obendrein auch die Frage, wie *berechtigt* das Kriterium des audiovisuellen Werkes ist. Zwar mag der „*Onlinevertrieb*“¹⁴²⁶ von audiovisuellen Werken durchaus von praktischer Bedeutung sein, wie die Zahlen der Kommission belegen.¹⁴²⁷ Jedoch merkt die Kommission selbst an, dass audiovisuelle Inhalte sich aufgrund von Sprachraumgrenzen und kulturellen Vorlieben in erster Linie an das jeweils nationale Publikum richten.¹⁴²⁸ Für eine *grenzüberschreitende* Verwertung dürften sich daher andere Werke viel eher eignen als Filme. Bei Musik kommt es beispielsweise wie schon angesprochen¹⁴²⁹ auf sprachliche Barrieren viel weniger an als bei Filmwerken. Bei Anwendersoftware stehen den Nutzern stets zahllose Sprachfassungen zur Verfügung. Gleiches gilt für Computerspiele, weshalb nicht einleuchtet, warum die Kommission gerade diese nicht unter den Begriff der audiovisuellen Werke zu fassen scheint.

1425 So auch *Hartmann*, GRUR Int. 2012, 980, 983. Zu den Möglichkeiten einer Einordnung von Multimediawerken etwa vgl. *Schricker/Loewenheim*, § 2 Rn. 77.

1426 Zur Unschärfe diese Begriffs sogleich, § 10.I.2.a)bb).

1427 Vgl. *Kommission*, Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken, KOM (2011) 427, 5 f.

1428 *Kommission*, Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken, KOM (2011) 427, 3 und 7.

1429 Oben, § 4.III.1.c)aa)aaa).

bb) Zur Kategorie des Onlinevertriebes

Zu den Problemen, die die Kategorie des audiovisuellen Werkes mit sich bringt, treten ganz ähnliche Schwierigkeiten aufgrund des Abstellens auf deren „Onlinevertrieb“.

Unklar ist schon, was die Kommission mit „Onlinevertrieb“ und dem gleichfalls *unscharfen Begriff* des IPTV meint.¹⁴³⁰ Die Verwendung einer offenen Internetinfrastruktur scheint jedenfalls nicht das für die Kommission ausschlaggebende Kriterium zu sein. Das Grünbuch geht auf unterschiedliche Netze ein, über die audiovisuelle Werke verbreitet werden können – z.B. DSL, Funknetze („mobile Netze“)¹⁴³¹ – und wirft die Frage nach einer technologieneutralen Variante der Regelungen der Satelliten- und Kabelrichtlinie zur Kabelweitersendung auf¹⁴³². Auf die aus urheberrechtlicher Sicht betroffenen Rechte kommt es der Kommission auch nicht an, befasst sich das Grünbuch über den Onlinevertrieb von audiovisuellen Werken doch nacheinander mit den bei den verschiedenen Formen des „Onlinevertriebs“ betroffenen Rechten.¹⁴³³ Ebensovienig ist der Grad der Interaktivität zwischen Anbieter und Abnehmer eines Onlineangebotes ein Abgrenzungskriterium für die Kommission, behandelt sie doch einseitig durch den Anbieter vorgegebene, also lineare Programme wie auch für den Nutzer abrufbare Angebote.¹⁴³⁴ Im Ergebnis nennt das Grünbuch keinerlei brauchbare Abgrenzungsmerkmale des „Onlinevertriebs“ von anderen über eine Distanz stattfindenden Verbreitungsformen von Inhalten.

Ein solches Kriterium zu finden, dürfte auch alles andere als leicht fallen. Denn auch bei den Vertriebswegen haben sich durch die Digitalisierung von Inhalten vielfältige technische Möglichkeiten entwickelt. *Vertriebskanäle konvergieren* und sind auf vielerlei Weise kombinierbar,¹⁴³⁵ Angebote weisen *gleiten-*

1430 Unter IPTV wird in einem weiteren Sinne sowohl Internetfernsehen über offene Netze als auch die Verbreitung von Sendesignalen über geschlossene, z.B. DSL-Netze verstanden. Zur Unterscheidung *Neurauter*, GRUR 2011, 691, 692 und 693. Vgl. auch *Flatau*, ZUM 2007, 1, 2 ff.

1431 *Kommission*, Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken, KOM (2011) 427, 5 Fn. 8 und S. 9.

1432 *Kommission*, Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken, KOM (2011) 427, 10. Zu diesem Punkt *Schmittmann/Massini*, AfP 2011, 454, 455.

1433 *Kommission*, Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken, KOM (2011) 427, 8 ff.

1434 *Kommission*, Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken, KOM (2011) 427, 8.

1435 Zu den Möglichkeiten des sogenannten Hybridfernsehens vgl. etwa *Schmid*, ZUM 2011, 457, 457 ff.

de Grade der Interaktivität auf. Dies macht die urheberrechtliche Verortung der stattfindenden Nutzungsvorgänge nicht nur schwierig, sondern lässt eine Differenzierung in der rechtlichen Behandlung mit Blick auf die dem Abnehmer gebotenen Funktionen und Qualität und den vom Anbieter geforderten Aufwand mitunter auch fragwürdig erscheinen.

Gerade im Bereich des Fernsehens entwickeln sich die technischen Möglichkeiten rasant. Zum klassischen terrestrischen und Satellitenrundfunk treten die Übertragung über geschlossene Netze und über das Internet hinzu. Ob diese letzteren schon auf technischer Ebene immer voneinander getrennt werden können, ist umstritten.¹⁴³⁶ Dementsprechend ist auch streitig, ob bei den verschiedenen Angeboten unterschiedliche Verwertungsrechte betroffen sind oder nicht.¹⁴³⁷ Auch die gleitenden Grade der Interaktion zwischen Anbieter und Abnehmer machen die Subsumtion eines Angebotes unter ein urheberrechtliches Verwertungsrecht zu einer delikaten Aufgabe.¹⁴³⁸

Insbesondere da, wo urheberrechtsrelevante Angebote aus Sicht der Nutzer aber gleichwertige Funktionen und vergleichbare Qualität bieten und aus Sicht der Anbieter vergleichbaren Aufwand fordern,¹⁴³⁹ stellt sich auch die Frage, ob eine unterschiedliche rechtliche Behandlung *gerechtfertigt* ist. Daher sollte die Geltung eines urheberrechtlichen Sonderregimes für über das Internet übertragene Werke unter Ausklammerung von über das DSL-Netz oder terrestrisch übertragenen Werken nicht festgelegt werden, ohne zuvor die wirtschaftlichen Zusammenhänge eingehend zu untersuchen. Auch der EuGH hat jüngst deutlich gemacht, dass er bei der rechtlichen Einordnung urheberrechtlich relevanter Vorgänge großes Gewicht auf eine wirtschaftliche Betrachtung legt. Ob

1436 Eine solche Trennung zwischen Internetfernsehen und Fernsehen über geschlossene Netze nimmt *Neurauter*, GRUR 2011, 691, 692 ff., vor. *Schmittmann/Massini*, AfP 2011, 454, 455, halten diese Trennung dagegen wegen des „Verschwimmens“ der Vertriebswege für undurchführbar.

1437 *Neurauter*, GRUR 2011, 691, 692 ff., sieht bei der Weiterleitung von Sendesignalen im Rahmen geschlossener Netze das Kabelweitersenderecht als betroffen an und fasst das Weiterleiten über das Internet unter das Erstsenderecht. *Schmittmann/Massini*, AfP 2011, 454, 455, halten dagegen stets nur das Kabelweitersenderecht für betroffen. *Weber*, ZUM 2011, 452, 455, und *Hillig*, ZUM 2009, 895, 896, sprechen sich für eine technologieneutrale Auslegung oder Ausgestaltung des Kabelweitersenderechts aus.

1438 Hierzu etwa *Poll*, MMR 2011, 226, 228 f.

1439 Nach *Neurauter*, GRUR 2011, 691, 691 und 693, bietet das Internet bereits jetzt die Qualität von „herkömmlichen“ Fernsehübertragungen. Andererseits seien die technischen und wirtschaftlichen Voraussetzungen von Angeboten in offenen und proprietären Netzen kaum miteinander vergleichbar.

Software beispielsweise auf einem materiellen Träger erworben und dann weitergegeben wird oder ob der Ersterwerber die über das Internet beim Anbieter heruntergeladene Software bei Weiterveräußerung löscht und der nachfolgende Nutzer, also sein Abnehmer, die Software direkt vom Anbieter herunterlädt, macht für den EuGH keinen Unterschied.¹⁴⁴⁰ Auch angesichts der eher technologieutralen, von wirtschaftlichen Überlegungen geleiteten Auslegung urheberrechtlicher Bestimmungen durch den EuGH, erscheint es zweifelhaft, ob die Geltung eines Unionsurheberrechts an das Vorliegen einer schwer abgrenzbaren und beständigen Veränderungen unterliegenden Kategorie von möglichen Werkübermittlungsarten geknüpft werden sollte.

cc) Erforderlichkeit zusätzlicher Differenzierung aufgrund der kompetenziellen Vorgaben des Primärrechts

Wie schon angesprochen ist das Bemühen der Kommission erkennbar, sich mit dem Onlinevertrieb von audiovisuellen Werken einem Bereich des Urheberrechts zuzuwenden, in dem das Bedürfnis nach einem einheitlichen rechtlichen Rahmen für grenzüberschreitende Vorgänge besonders groß ist. Damit wird besondere Rücksicht auf die binnenmarktbezogenen Kompetenzgrundlagen für urheberrechtliche Rechtsetzungsakte auf Unionsebene geübt.

Nichtsdestotrotz ist auch bei dem begrenzten Anwendungsbereich des von der Kommission vorgeschlagenen Modells nicht sichergestellt, dass ein solches Unionsurheberrecht insgesamt mit den binnenmarktbezogenen Kompetenzen der Union vereinbar wäre. Bei der Untersuchung der Kompetenzen haben wir festgestellt, dass das Potential einer grenzüberschreitenden Verwertung von urheberrechtlich geschützten Werken in der Union grundsätzlich gegeben ist.¹⁴⁴¹ Dies trifft selbstverständlich auch auf die von der Kommission angegangenen audiovisuellen Werke zu – gerade im Umfeld des Onlinevertriebs. Jedoch gilt auch für audiovisuelle Werke und auch im Umfeld des Onlinevertriebs, dass nicht alle Bereiche des materiellen Urheberrechts in gleichem Maße für die grenzüberschreitende Verwertung von Bedeutung sind. Wenn wir zum Beispiel festgestellt haben, dass die Verwertungs- und daher Binnenmarktrelevanz des

1440 EuGH, 3.7.2012, Rs. C-128/11 GRUR Int., 2012, 759 – *UsedSoft*, Rn. 47 ff., insbesondere 47 und 59 ff. Ausführlich hierzu *Hoeren/Försterling*, MMR 2012, 642. Zustimmend *Hartmann*, GRUR Int. 2012, 980, 983 ff.

1441 Oben, § 4.III.1.c)aa)aaa).

Urheberpersönlichkeitsrechts nicht in dem Maße besteht, dass eine Vereinheitlichung auf die Binnenmarktkompetenz gestützt werden kann, dann leuchtet nicht ein, warum dies gerade für audiovisuelle Werke, die online vertrieben werden, anders sein soll.

Um den Vorgaben der Kompetenzordnung in der Union genüge zu tun, wird das von der Kommission vorgeschlagene Modell daher nicht umhin kommen, weitere Differenzierungen anhand der materiellen Teilbereiche des Urheberrechts vorzunehmen. Mit anderen Worten werden auch aus einem Unionsurheberrecht, das für audiovisuelle Werke im Onlineumfeld gilt, urheberrechtliche Bereiche herausgeschnitten werden müssen, in denen die nationalen Urheberrechte weiter gültig bleiben. Wenn dem aber so ist, stellt sich die Frage, warum nicht von Anfang an eine Differenzierung nur anhand der materiellen Teilbereiche des Urheberrechts erfolgen sollte. Diese Lösung entspricht der zweiten Variante der differenzierten Verdrängungslösung.

b) Kombinationsmodell: Verdrängung der nationalen Urheberrechte in Teilbereichen des materiellen Urheberrechts

Neben der Schaffung eines Unionsurheberrechts für den Onlinevertrieb audiovisueller Werke kommt als zweite Variante der differenzierten Verdrängungslösung die Schaffung eines Unionsurheberrechts in Betracht, das nur bestimmte – nämlich die binnenmarktrelevanten – Teile des materiellen Urheberrechts abdeckt. In den übrigen Bereichen bliebe es bei der Geltung der nationalen Urheberrechte. Demnach würde also im Ergebnis ein Unionsrechtstitel für die binnenmarktrelevanten Teile des Urheberrechts neben den nationalen Urheberrechten für die nicht binnenmarktrelevanten Sektoren des Urheberrechts bestehen.¹⁴⁴² An ein und demselben Schutzgegenstand hätte der Rechtsinhaber also zwei Rechtstitel, die sich idealer Weise nicht überschneiden, sondern kombiniert miteinander – jedes für seinen Bereich des materiellen Urheberrechts – anwendbar wären. Die Gesamtheit der auf einen urheberrechtlichen Sachverhalt anwendbaren Regeln würde sich also gegebenenfalls aus einer Zusammenchau der nationalen Urheberrechte mit dem Unionsurheberrecht ergeben. Wir wollen dieses Modell wegen der Kombination von Unionsrechtstitel und natio-

¹⁴⁴² Hilty, IIC 2004, 760, 774 ff.

nationalen Rechtstiteln an ein und demselben Schutzgegenstand im folgenden als „Kombinationsmodell“ bezeichnen.

So wie das Modell eines Unionsurheberrechts für bestimmte Werkarten¹⁴⁴³ ist auch das Kombinationsmodell nicht ohne Beispiel in der Historie europäischer und außereuropäischer Rechtsakte auf dem Feld des Urheberrechts. Die Harmonisierung der nationalen Urheberrechte mittels Richtlinien hat sich nicht nur an Werkarten, sondern oftmals auch an bestimmten Aspekten des materiellen Urheberrechts orientiert. So haben sich die Richtlinien beispielsweise auf die urheberrechtlichen Verwertungsrechte und – insbesondere mit der Informationsgesellschaftsrichtlinie – die Schranken des Urheberrechts konzentriert. Blickt man über die Grenzen Europas hinaus und jenseits des Atlantiks, stößt man auf das Beispiel der USA, wo wie schon erörtert¹⁴⁴⁴ die kommerziellen Aspekte des Urheberrechts dem Bundesrecht, die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Aspekte vor Erlass des Visual Artists Rights Act dagegen dem einzelstaatlichen Rechts zuzuordnen waren. Das amerikanische Exempel passt hier noch besser, war doch in den USA durch die Kombination von unmittelbar anwendbarem einzelstaatlichem und unmittelbar anwendbarem Bundesrecht, eine Situation gegeben, die auch in Europa geschaffen würde, wenn das Kombinationsmodell per Verordnung realisiert würde. Insofern wäre eine Konzentration eines Europäischen Urheberrechts auf bestimmte Materien des Urheberrechts kein Novum.

In der bisherigen Diskussion ist das Kombinationsmodell zusammen mit einem gestuften Vorgehen vorgeschlagen worden, wonach das Unionsurheberrecht *schrittweise* in den verschiedenen Teilbereichen des Urheberrechts eingeführt werden und dort die nationalen Urheberrechte verdrängen soll.¹⁴⁴⁵ Wie wir sehen werden, bietet es sich aber an, das Endergebnis einer Koexistenz von zwei urheberrechtlichen Rechtsordnungen von der schrittweisen Schaffung eines Unionsurheberrechts¹⁴⁴⁶ zu unterscheiden. Nacheinander wollen wir nun die Vor- und Nachteile des Kombinationsmodells näher beleuchten.

1443 Hierzu oben, § 10.I.2.a).

1444 Oben, § 9.V.3.b)bb)eee).

1445 Hilty, IIC 2004, 760, 774.

1446 Hierzu unten, § 10.I.3.

aa) Vorzüge des Kombinationsmodells

Der zunächst zu nennende wesentliche Vorzug des Kombinationsmodells bestünde darin, dass er ohne Abstriche auf der Grundlage der geltenden *Kompetenzordnung* verwirklicht werden könnte. Dadurch dass jeder Teilbereich des Urheberrechts vor einer Einbeziehung in eine Urheberrechtsverordnung auf seine *Binnenmarktrelevanz* geprüft werden könnte und müsste, wäre sichergestellt, dass den Anforderungen der Binnenmarktkompetenz vollumfänglich genügt würde.

Man könnte an dieser Stelle das Kompetenzargument, welches gegen die zuvor beschriebene Variante der differenzierten Verdrängungslösung, also das Unionsurheberrecht nur für audiovisuelle Werke im Onlinebereich ins Feld geführt wurde, entsprechend auch gegen das Kombinationsmodell vorbringen. Der kompetenzielle Spieß würde dergestalt umgedreht, dass man dem Kombinationsmodell vorhielte, nicht alle Werke eigneten sich gleichermaßen für die grenzüberschreitende Verwertung. Danach müsse das Kombinationsmodell ebenfalls weitere Differenzierungen vornehmen, um der Binnenmarktkompetenz zu entsprechen. Wir haben aber gesehen, dass schon die definitorische Abgrenzung von Werkarten und Verwertungsformen kaum zu überwindende Schwierigkeiten mit sich bringt.¹⁴⁴⁷ Darüber hinaus erscheinen Zweifel an ihrer Sinnhaftigkeit angebracht, weil sich die wohl überwiegende Zahl von Werkarten zumindest potentiell für eine grenzüberschreitende Verwertung eignet.¹⁴⁴⁸ Wenn aber weder die Werkart noch die Vertriebsform sinnvolle Kriterien für die Abgrenzung eines Anwendungsbereichs bilden können, müssen sie im Rahmen des Kombinationsmodells auch nicht weiter berücksichtigt werden. Das Kombinationsmodell würde also für alle Werkarten und aller Vertriebswege gelten.

Wenn das Kombinationsmodell eine Untersuchung der verschiedenen Sektoren des Urheberrechts auf ihre Binnenmarktrelevanz nötig macht, dann erscheint dies vielleicht mühsam. So erklärt sich, dass in der Literatur recht apodiktisch der Gesamtverdrängungslösung das Wort geredet wird.¹⁴⁴⁹ Der Respekt vor dem *Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung* und dem Gedanken der *Subsidiarität* gebietet es aber, diese Mühe auf sich zu nehmen.

Zugleich darf nicht vergessen werden, dass die Kompetenzordnung kein Selbstzweck ist. Wenn der Union im Primärrecht eine Kompetenz für die Ver-

1447 Hierzu oben, § 10.I.2.a)aa) und § 10.I.2.a)bb).

1448 Hierzu oben, § 4.III.1.c)aa)aaa).

1449 Hierzu schon oben, § 10.I.

wirklichung des Binnenmarktes zugesprochen wird, dann steht dahinter die Überzeugung, dass ein Tätigwerden auf mitgliedstaatlicher Ebene mitunter nicht genügt und dass es des Handelns der zentralen Instanz bedarf, um dieses Ziel der Union verwirklichen zu können. Wenn den Mitgliedstaaten aber für den kulturellen Bereich das Gros an Kompetenz vorbehalten wird, dann steht dahinter das nicht minder berechnete Anliegen, die kulturelle Vielfalt in der Union zu erhalten und zu fördern. Mit anderen Worten fußt die Kompetenzordnung auf einer wohlgedachten Aufgabenverteilung zwischen den Mitgliedstaaten und der Union, deren Zweck die bestmögliche Verwirklichung der gemeinsamen Ziele ist. Die Beachtung der Kompetenzordnung der Union sollte daher nicht als lästige Bürde und das Dringen hierauf nicht als Haarspalterei abgetan, sondern als eine Chance betrachtet werden, für das Urheberrecht in der Union das *bestmögliche materielle Ergebnis* zu erzielen.

bb) Herausforderungen für das Kombinationsmodell

Das Kombinationsmodell impliziert das *Miteinander*, das *Zusammenwirken* von nationalen Urheberrechten und einer Unionsurheberrechtsordnung. Man könnte hier von der Koexistenz zweier Regelungssysteme sprechen. Dies soll aber in Abgrenzung zum nachfolgend besprochenen Koexistenzmodell, also dem bloßen *Nebeneinander unabhängig* voneinander wirkender Rechtstitel vermieden werden.¹⁴⁵⁰

Obwohl beim Kombinationsmodell eine Aufteilung der materiellen Bereiche des Urheberrechts stattfindet und ein Bereich jeweils nur entweder dem nationalen Urheberrecht oder dem Unionsurheberrecht zugewiesen wird, innerhalb eines Bereichs also gar keine Koexistenz gegeben ist, wirft das Zusammenspiel dieser mehreren Rechtsordnungen doch nicht unbedeutende Fragen auf.

Problematisch ist zunächst jedoch schon, ob eine *Aufspaltung* des Urheberrechts *in materielle Sektoren überhaupt möglich und sinnvoll* ist. Wir haben dies für das Urheberpersönlichkeitsrecht und die urheberrechtlichen Verwertungsrechte als eines der heikelsten Felder einer möglichen Trennung zwar schon untersucht und bejaht.¹⁴⁵¹ Eine detaillierte Untersuchung, welche Teilbereiche des Urheberrechts aber von welchen anderen geschieden werden können, haben

1450 Hierzu unten, § 10.II.

1451 Oben, § 9.V.3.b).

wir nicht vorgenommen. Sie würde auch an dieser Stelle wohl zu weit führen. Jedoch ist anzumerken, dass wenn sich die Harmonisierung mittels Richtlinien auf nur einzelne Teile des materiellen Urheberrechts beschränkt hat, dies dafür spricht, dass auch eine Konzentration des Unionsurheberrechts auf solche Teilbereiche möglich ist. Hinzukommt, dass die Trennung nach Teilbereichen des Urheberrechts nicht willkürlich erfolgt, sondern sich am Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes orientiert. Wenn also das Unionsurheberrecht *alle* Teile des Urheberrechts abdecken soll, deren Einheitlichkeit für die Verwirklichung eines urheberrechtlichen Binnenmarktes erforderlich ist, dann folgt dieses Vereinheitlichungsprogramm einer Systematik, die das Auseinanderreißen von zusammengehörigen Teilen des Urheberrechts gerade vermeiden soll.

Mit dem Leitmotiv der Verwirklichung des Binnenmarktes ist die Frage der hinter der vereinheitlichenden Rechtsetzung stehenden Systematik angesprochen. Wir erinnern uns, dass bei dem Vergleich der Regelungsinstrumente der Richtlinie und der Verordnung ein wichtiger Kritikpunkt an der Richtlinien-technik war, dass diese zu *inkohärenten und nicht stimmigen Ergebnissen* führt, weil es an einer das gesamte urheberrechtliche Regelwerk überwölbenden *Systematik* fehlt.¹⁴⁵² Wir haben gesehen, dass dies zum einen auf das schrittweise Vorgehen des Unionsgesetzgebers bei der Harmonisierung zurückzuführen ist. Auf ein sequentielles Vorgehen bei Schaffung eines Unionsurheberrechts werden wir daher noch gesondert eingehen.¹⁴⁵³

Zum anderen ist das Fehlen einer stimmigen Gesamtkonzeption im jetzigen *acquis* aber darauf zurückzuführen, dass die Richtlinien-technik das Tätigwerden zweier Gesetzgeber involviert und die Integration unionaler Richtlinien in ein zuvor geschlossenes nationales Urheberrechtsregelwerk erfordert.¹⁴⁵⁴ Hier liegt in der Tat eine Herausforderung, die auch das Kombinationsmodell bewältigen müsste. Aus dem Zusammenspiel von Unionsurheberrechtsverordnung und nationalen Urheberrechten müsste sich insgesamt ein kohärentes Urheberrechtssystem ergeben.

Allerdings stehen die Chancen, dieses Ziel mit Hilfe des Kombinationsmodells zu erreichen, deutlich besser als für die bisher verfolgte Harmonisierungsmethode. Denn die bisherige Harmonisierung bezweckte nicht, in abgeschlossenen Bereichen des Urheberrechts den Zustand völliger Rechtseinheit zu schaffen. Vielmehr war die Richtlinien-technik von einem noch weitaus

1452 Oben, § 8.I.2.f).

1453 Unten, § 10.I.3.

1454 Hierzu oben, § 8.I.2.f)bb).

kleinteiligeren Vorgehen geprägt. Beispielsweise wurden nicht etwa die urheberrechtlichen Schutzvoraussetzungen insgesamt geregelt, sondern lediglich für bestimmte Schutzgegenstände wie Software, Datenbanken und Fotografien und auch für diese keineswegs umfassend und konkret.¹⁴⁵⁵ Die Regeln zur Rechtsinhaberschaft wurden nicht insgesamt harmonisiert, sondern lediglich für Computerprogramme, Datenbanken und Filmwerke und auch für diese wurde keine Vollharmonisierung angestrebt.¹⁴⁵⁶ Demgegenüber würde mit einer Urheberrechtsverordnung vollständige Rechtseinheit für abgeschlossene Teile des materiellen Urheberrechts angestrebt. Eine Kombination kompletter „Module“ des Urheberrechts (z.B. Schutzvoraussetzungen insgesamt, Rechtsinhaberschaft im allgemeinen) ließe sich deutlich leichter realisieren als das Zusammenstückeln von Fragmenten solcher Module, wie es die bisherige Harmonisierung kennzeichnete.

Dieser Unterschied zur Harmonisierungsmethode lässt auch Bedenken hinsichtlich der *Transparenz der Rechtslage* in den Hintergrund treten. Zwar müsste der Rechtsanwender tatsächlich gegebenenfalls zwei urheberrechtliche Regelwerke konsultieren, um einen urheberrechtlichen Sachverhalt beurteilen zu können. Allerdings ist diese Technik dem Rechtsanwender durchaus vertraut. Solange eine klare Abgrenzung der verschiedenen Module des Urheberrechts gegeben ist, dürfte der zusätzliche Aufwand, den das Kombinationsmodell für den Rechtsinhaber im Vergleich etwa zur Gesamtverdrängungslösung mit sich bringt, überschaubar bleiben.

Eine weitere Sorge betrifft die Frage der *gerichtlichen Zuständigkeit*¹⁴⁵⁷ und des *effektiven Rechtsschutzes*¹⁴⁵⁸. Zwar wäre bei einer eindeutigen Aufteilung der Urheberrechtsmaterien auf das Unionsrecht einerseits und auf die nationalen Rechte andererseits auch hinreichend klar, wie weit die Kompetenz des EuGH oder eines unionalen Gerichts für Urheberrechtsfragen reichen würde. Jedoch bliebe es – anders als etwa bei der Gesamtverdrängungslösung – bei einer geteilten gerichtlichen Zuständigkeit zwischen unionalen und nationalen Gerichten. Würden nun speziell für das Unionsurheberrecht zuständige Gerichte der Union geschaffen,¹⁴⁵⁹ könnten diese wegen des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung einen Fall, der sowohl Aspekte aufweist, die der Urheberrechtsverordnung zuzuordnen sind, als auch solche, die sich wei-

1455 Hierzu oben, § 9.I.2.

1456 Hierzu oben, § 9.II.2.

1457 Hierzu oben, § 8.I.2.c).

1458 Hierzu oben, § 8.I.2.d).

1459 Hierzu oben, § 8.I.2.d).

terhin nach nationalem Recht richten, nicht abschließend entscheiden. Gegebenenfalls müsste also das Verfahren ausgesetzt und die Entscheidung eines nationalen Gerichts abgewartet werden.

Man sollte die Konsequenzen dieser geteilten Zuständigkeit allerdings auch nicht überschätzen. Zum einen ist hier davon auszugehen, dass ein Unionsurheberrecht die binnenmarktrelevanten Aspekte des Urheberrechts nicht nur umfassen darf, sondern alle diese Aspekte auch tatsächlich umfassen würde. Dementsprechend kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass ein Fall, der binnenmarktrelevante Fragen betrifft und vor ein Unionsurheberrechtsgericht käme, im Regelfall auch insgesamt allein nach Unionsrecht entschieden werden könnte. Dass gleichzeitig nach nationalem Recht zu entscheidende Fragen auftreten, bliebe demnach eine Ausnahme. Weniger zum Tragen kommt dieses Problem zum anderen aber auch, solange es keine Unionsgerichte für Fragen des Urheberrechts gibt. Denn dann bleiben die mitgliedstaatlichen Gerichte als Unionsgerichte zur umfassenden Entscheidung eines Rechtsstreits befugt und können und müssen neben dem nationalen auch das Unionsurheberrecht anwenden. Einzige Konsequenz des Kombinationsmodells wäre es dann, dass sich eine Vorlagepflicht an den EuGH nur auf die Vorschriften der Urheberrechtsverordnung und – wie bisher – auf die gegebenenfalls harmonisierten oder unionsrechtlich überlagerten Teile des nationalen Rechts¹⁴⁶⁰ beschränken würde.

Insgesamt weist sich also, dass das Kombinationsmodell im Hinblick auf Systematik und Transparenz ganz ähnlichen Schwierigkeiten ausgesetzt ist wie die bisherige Rechtsetzung mittels Richtlinien. Der Grund hierfür liegt darin, dass auch nach dem Kombinationsmodell eine Aufspaltung des Urheberrechts in Teilmaterien vorgenommen wird. Wird jedoch eine Aufteilung anhand stimmiger Kriterien und entlang der „Sollbruchstellen“ des Urheberrechts vollzogen, kann das Kombinationsmodell die Untiefen weitestgehend umschiffen, die die bisherige Harmonisierung der nationalen Urheberrecht offenbart hat.

Wie schon erwähnt geht die gegenwärtig mangelnde Kohärenz des urheberrechtlichen Gesamtregelungssystems aber nicht nur auf die Auftrennung des Urheberrechts in – unglücklich gewählte – Teilbereiche zurück, sondern auch auf die sequentielle Entstehung der urheberrechtlichen Rechtsakte.¹⁴⁶¹ Dieser wollen wir uns im Folgenden zuwenden.

1460 Zu der hieraus folgenden Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen unionsrechtlich geprägtem und rein nationalem Recht bereits oben, § 8.I.2.c).

1461 Hierzu ausführlich oben, § 8.I.2.f)aa).

3. Möglichkeit eines schrittweisen Vorgehens bei der Vereinheitlichung

Die zuletzt im Rahmen des Kombinationsmodells diskutierte Aufteilung des materiellen Urheberrechts in Teilbereiche rückt ein sequentielles Vorgehen des Unionsgesetzgebers bei der Vereinheitlichung in gedankliche Nähe. Das liegt daran, dass bei der bisherigen Harmonisierung der nationalen Urheberrechte die sektorielle Methode, also die Aufspaltung des Urheberrechts in zu behandelnde Teilbereiche, mit einer sequentiellen, also zeitlich gestaffelten Vorgehensweise verbunden wurde.¹⁴⁶² So könnte man auch bei der differenzierten Verdrängungslösung verfahren. Bei einer Umsetzung des Kombinationsmodells etwa könnten zunächst die urheberrechtlichen Schranken in einer Verordnung geregelt, sodann schrittweise die anderen Bereiche des materiellen Urheberrechts nach und nach gleichfalls einer Vereinheitlichung zugeführt werden.¹⁴⁶³ Soll dagegen eine Differenzierung nach Werkarten vorgenommen werden, könnte das Unionsurheberrecht zunächst für audiovisuelle Werke im Rahmen des Onlinevertriebs gelten, später dann auf andere Vertriebswege oder andere Werkarten ausgeweitet werden, soweit diese gleichfalls einen Binnenmarktbezug aufweisen.¹⁴⁶⁴

Es gibt hier aber *kein Junktim*. Weder muss die Gesamtverdrängung der nationalen Urheberrechte durch ein allumfassendes Unionsurheberrecht auf einmal erfolgen, noch muss ein auf bestimmte Teilbereiche des Urheberrechts beschränktes Unionsurheberrecht schrittweise geschaffen oder in Kraft gesetzt werden. Wie wir bei der Diskussion der Gesamtverdrängungslösung gesehen haben, könnte ein alle Bereiche des materiellen Urheberrechts abdeckendes Unionsrecht auch nach und nach, Bereich für Bereich die nationalen Urheberrechte verdrängen.¹⁴⁶⁵ Andererseits könnte auch eine differenzierte Verdrängungslösung auf einmal in Kraft treten. Dies würde bedeuten, dass das Unionsurheberrecht wie dargelegt zwar auf ausgewählte Bereiche des Urheberrechts beschränkt bliebe, die Inkraftsetzung aber auf einmal erfolgte.

Der *Vorteil* eines sequentiellen Vorgehens bestünde zunächst darin, dass sich der Übergang zu einem Unionsurheberrecht schonender, „sanfter“ vollzö-

1462 Hierzu oben, § 8.I.2.f)aa).

1463 So der Vorschlag von Hilty, IIC 2004, 760, 774 ff.

1464 Die Möglichkeit der Ausweitung des Unionsurheberrechts ist im Grünbuch über den Onlinevertrieb von audiovisuellen Werken freilich nicht explizit angesprochen; vgl. *Kommission*, Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken, KOM (2011) 427, 13 ff.

1465 Hierzu oben, § 10.I.1.a)bb).

ge. Hierdurch würden sich möglicherweise auch *mehr Freiräume* im Hinblick auf die *inhaltliche Ausgestaltung* des Unionsurheberrechts eröffnen als bei einer quasi über Nacht erfolgende Inkraftsetzung. Dies ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn ein Europäisches Urheberrecht Befugnisse der Rechtsinhaber beschneiden würde und dabei auch auf vorbestehende Werke anwendbar sein sollte. Der hierin liegende Eingriff in die geschützten Rechtspositionen der Rechtsinhaber würde sich weniger intensiv gestalten, wenn er in mehreren, zeitlich versetzten Schritten erfolgen würde.¹⁴⁶⁶ Anders gewendet: den Rechtsinhabern wäre eine deutlichere Schwächung ihrer Position zumutbar, wenn diese „etappenweise“ eingeführt würde. Im Hinblick auf eine Neujustierung des urheberrechtlichen Interessenausgleichs sollte man diese Möglichkeit nicht übersehen.

Bei einem sequentiellen Vorgehen könnte darüber hinaus auch mit dem Unionsurheberrecht zunächst *in abgesteckten Bereichen experimentiert* und die hierbei gemachten Erfahrungen bei den nächsten Schritten der Vereinheitlichung berücksichtigt werden. Die wie schon angesprochen¹⁴⁶⁷ durchaus gewünschte umfassende und breite Diskussion der materiellen Ausgestaltung des Unionsurheberrechts könnte fokussiert auf einzelne Teilbereiche des Urheberrechts stattfinden, was zu einer Versachlichung beitragen könnte. Dies würde möglicherweise auch die *Widerstände abmildern*, die einem Vereinheitlichungsvorhaben entgegengebracht würden und die *Akzeptanz eines Unionsurheberrechts erhöhen*.

Nicht verschwiegen werden dürfen allerdings die *Gefahren*, die mit einer schrittweisen Einführung einer Urheberrechtsverordnung verbunden sind. Bei der Besprechung der Richtlinienentechnik haben wir gesehen, dass das sequentielle Vorgehen Sektor für Sektor des Urheberrechts mitverantwortlich dafür ist, dass es dem *acquis* an *Kohärenz und Stimmigkeit* mangelt, weil dieser etappenweise und ohne zugrundeliegende Systematik geschaffen wurde.¹⁴⁶⁸ Auch sollte eine inhaltliche Diskussion des Unionsurheberrechts zwar sachlich und fokussiert, aber auch *nicht dekontextualisiert* ablaufen. Bei der Suche nach einem ausgewogenen Schrankenregime darf die Reichweite der urheberrechtlichen Verwertungsrechte nicht aus dem Blick verloren werden, eine Diskussion

1466 Dies ist eine Folge der Tatsache, dass dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine zeitliche Komponente innewohnt. Hierzu und zu weiteren Möglichkeiten, einen Eingriff in geschützte Rechtspositionen zu vermeiden oder abzumildern, oben, § 10.I.1.a)aa) und § 10.I.1.a)bb).

1467 Oben, § 10.I.1.b).

1468 Oben, § 8.I.2.f)aa) und § 10.I.2.b)bb).

um das Urhebervertragsrecht macht nur Sinn, wenn hierbei die Regelungen zur (ursprünglichen) Rechtsinhaberschaft berücksichtigt werden.

Diese Bedenken stehen einem schrittweisen Vorgehen bei der Umsetzung der Verdrängungslösungen nicht unbedingt entgegen. Möglich erscheint etwa, zunächst einen *fertigen* Entwurf einer Unionsurheberrechtsverordnung und – im Falle der differenzierten Verdrängungslösung – ein Gesamtkonzept des Zusammenwirkens der nationalen und des Unionsurheberrechts zu erarbeiten. Die *Inkraftsetzung* der Verordnung und die Umsetzung des Gesamtkonzeptes können dann durchaus in Teilschritten vollzogen werden. Allerdings ist hier darauf hinzuweisen, dass dann ein *langwieriger Reformprozess* in Gang gesetzt wird, der den Rechtsanwendern mit jedem Umsetzungsschritt wieder Adaptierung an eine neue Rechtslage abverlangen würde.¹⁴⁶⁹ Andererseits ist das für die Rechtsanwender im Bereich des Urheberrechts nichts Neues, schließlich ist auch die Schaffung des urheberrechtlichen *acquis* und die Anpassung an die urheberrechtlichen Richtlinien nicht über Nacht erfolgt, sondern hat sich über einen Zeitraum von nunmehr über 20 Jahren hingezogen. Auch stellt sich die Frage, ob eine umfassende Reform des geltenden Rechts besser auf einmal oder in mehreren Schritten erfolgen sollte, keineswegs nur im Urheberrecht, sondern bei jedem großen Gesetzgebungsprojekt. In jedem Fall sollten aber die Vorteile eines schonenden Übergangs zum neuen Recht mit den Kosten einer quasi permanenten Adaptierung an immer neue Rechtssetzungsmaßnahmen abgewogen werden.

4. Zwischenergebnis

Wir haben uns in diesem Abschnitt mit der Möglichkeit einer Verdrängung der nationalen Urheberrechte durch ein Europäisches Urheberrecht befasst und hierbei zwei gangbare Wege für eine Unionsurheberrechtsverordnung identifiziert. Zum einen könnte eine Gesamtverdrängungslösung angestrebt werden, bei der die Urheberrechtsverordnung alle Aspekte des materiellen Urheberrechts abdecken und die nationalen Urheberrechte insgesamt abgeschafft würden. Zum anderen könnte eine Unionsurheberrechtsverordnung im Sinne einer differenzierten Verdrängungslösung entweder nur für bestimmte Werkarten und/oder Vertriebswege Anwendung finden oder aber – in der hier als Kombinationsmodell bezeichneten Variante – nur bestimmte Teilbereiche des materiellen

1469 Hierzu schon oben, § 8.I.2.f)bb).

Urheberrechts abdecken, wohingegen in den anderen Bereichen des materiellen Urheberrechts das nationale Recht weiter anwendbar bliebe.

Bei der Diskussion der Gesamtverdrängungslösung haben wir festgestellt, dass selbst dann, wenn ein Unionsurheberrecht aus Sicht der Rechtsinhaber weniger günstig ausfiele als die nationalen Rechtsordnungen und dieses Unionsurheberrecht auch auf vorbestehende Werke Anwendung fände, hierin zwar ein Eingriff in das grundrechtlich geschützte Eigentum der Rechtsinhaber läge, dieser Eingriff aber mit Blick auf den im Urheberrecht anzustrebenden Interessenausgleich – abhängig von der inhaltlichen Ausgestaltung des Unionsrechtstitels – mit hoher Wahrscheinlichkeit gerechtfertigt werden könnte. Zeitliche Übergangsfristen, die mitunter zu einer Mehrgleisigkeit des urheberrechtlichen Regimes führen würden, wären dann nicht zwingend erforderlich. Nichtsdestotrotz scheitert die Gesamtverdrängungslösung an der Primärrechtswirklichkeit. Die Union hat *de lege lata* keine Kompetenz, alle Bereiche des materiellen Urheberrechts zu regeln, sondern muss sich auf die binnenmarktrelevanten Aspekte des Urheberrechts beschränken.

Beide Varianten der differenzierten Verdrängungslösung streben zwar eine Konzentration auf die Erfordernisse des Binnenmarktes an, werden diesem Anspruch aber in unterschiedlichem Maße gerecht. Die von der Kommission vorgeschlagene Beschränkung auf den Onlinevertrieb audiovisueller Werke ist einerseits zu unklar und zu eng, weil eine zielsichere Identifizierung weder von audiovisuellen Werken noch eines „Onlinevertriebs“ möglich ist und darüber hinaus – mit Blick auf ganz ähnlich gelagerte Interessen bei anderen Werken und anderen Vertriebswegen – auch nicht sinnvoll erscheint. Sie ist andererseits aber auch zu weit, denn auch bei audiovisuellen Werken und auch beim Onlinevertrieb gibt es urheberrechtliche Aspekte, die keinen Binnenmarktbezug aufweisen.

Einzig das Kombinationsmodell respektiert das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung und entspricht dem Gedanken der Subsidiarität, indem es die nationalen Urheberrechte so weit wie möglich unangetastet lässt, wo dies mit Blick auf das Ziel der Schaffung eines Binnenmarktes für urheberrechtliche Waren und Dienstleistungen möglich ist. Es kann daher so wie es ist auf der Grundlage der Unionskompetenzen *de lege lata* realisiert werden – angesichts der in naher Zukunft bescheidenen Perspektiven für eine neuerliche Primärrechtsreform ein hoch einzuschätzender Vorteil. Zugleich ist das Kombinationsmodell von dem Gedanken getragen, der Europäischen Union die urheberrechtliche Rechtsetzung dort anzuvertrauen, wo ihre Kernkompetenz – Kompetenz im Sinne von Expertise – liegt, eben auf dem Feld des Binnenmarktes, den Mit-

gliedstaaten aber dort traditionelle Gestaltungsspielräume zu belassen, wo der Wunsch nach kultureller Vielfalt dies verlangt. Dieses Vorgehen schafft günstige Bedingungen nicht nur für die wirtschaftlichen, sondern eben auch für die kulturellen und persönlichkeitsrechtlichen Aspekte des Urheberrechts und somit insgesamt für den bestmöglichen Output im Hinblick auf eine ausgewogene urheberrechtliche Gesamtregelung.

Wie wir gesehen haben, sieht sich aber auch das Kombinationsmodell nicht unbedeutenden Herausforderungen gegenüber. Es wirft wegen der Aufspaltung des Urheberrechts in Teilmaterien zum Teil ähnliche Fragen auf, wie sie schon bei der bisherigen urheberrechtlichen Rechtsetzung in der Union die Grenzen der Harmonisierungsmethode aufgezeigt haben. Dennoch kann das Kombinationsmodell Antworten bieten, die weit über die per Harmonisierung zu erzielenden Ergebnisse hinausweisen. Eine Aufteilung der urheberrechtlichen Materien entlang erkennbarer und sinnvoller „Sollbruchstellen“ statt einer künstlichen Trennung etwa nach schwierig zu unterscheidenden Werkkategorien würde nicht unter dem gleichen Mangel an Systematik und Transparenz leiden, wie sie dem gegenwärtigen *acquis* eigen ist. Eine Verzahnung der unionalen mit den nationalen Teilen des Urheberrechts, sodass sich insgesamt eine stimmige Gesamtregelung ergibt, erscheint auf diese Weise deutlich besser realisierbar.

Unabhängig davon, ob die Gesamtverdrängungslösung oder die differenzierte Verdrängungslösung umgesetzt werden soll, kann ein Übergang zum Unionsurheberrecht auf einmal oder aber schrittweise vollzogen werden. Um jedoch dieselben Probleme, wie sie sich bei der bisherigen Harmonisierung aufgetan haben – wiederum ein Mangel an Systematik, Kohärenz und Transparenz –, zu vermeiden, sollte in jedem Fall zunächst der Gesamtentwurf eines Europäischen Urheberrechts und gegebenenfalls dessen Verzahnung mit den nationalen Urheberrechten feststehen, bevor mit der Umsetzung begonnen wird. Ob die Einführung eines Europäischen Urheberrechts dann schrittweise oder auf einmal erfolgen soll, ist dann eine Frage der Abwägung zwischen möglichst schonendem Übergang zum neuen Recht und der Belastung der Rechtsanwender mit einem lang andauernden Reformprozess.

Unabhängig davon, welchen zeitlichen Horizont man für die Einführung einer Urheberrechtsverordnung in Ansatz bringt, führt – wenn der urheberrechtliche Binnenmarkt über eine Rechtsvereinheitlichung durch Verdrängung der nationalen Urheberrechte erreicht werden soll – jedenfalls auf der Grundlage des *status quo* der Unionskompetenzen kein Weg vorbei am Kombinationsmodell.

Doch möglicherweise ist eine Abschaffung der nationalen Urheberrechte gar nicht vonnöten. Vielleicht könnten die nationalen Urheberrechte nicht nur in einzelnen Bereichen des materiellen Urheberrechts, sondern in ihrer Gesamtheit weiter bestehen und zwar *neben* einem Unionsurheberrecht. So könnten zwei Urheberrechtssysteme in ihrer jeweils geschlossenen und stimmigen Systematik und ohne Interferenzen koexistieren. Dies würde auch die grundrechtliche Problematik des Schutzes wohlerworbener Rechte und die gegebenenfalls hiermit verbundenen zeitlichen Übergangsregelungen und intertemporalen Probleme gänzlich vermeiden. Wie wir noch sehen werden, könnte auf diese Weise ein Systemwettbewerb zwischen den nationalen Urheberrechten und dem Europäischen Urheberrecht geschaffen werden, der – anders als der jetzige Systemwettbewerb zwischen nationalen Urheberrechten¹⁴⁷⁰ – auch tatsächlich funktionieren würde. Auch stünden die Chancen für ein Unionsurheberrecht bedeutend besser, wenn mit seiner Einführung nicht auch die Abschaffung der von den Mitgliedstaaten verteidigten nationalen Urheberrechte verbunden wäre.

Mit den möglichen Vorteilen, die eine Koexistenz von nationalen und Unionsurheberrecht verspricht, wollen wir uns im Folgenden beschäftigen, nicht ohne jedoch auf die mit der Komplexität dieses Entwurfes und den damit einhergehenden Schwierigkeiten einzugehen.

II. Koexistenz von nationalem und Unionsrechtstitel

Wir haben soeben die Chancen und Herausforderungen für urheberrechtliche Gesamtregelungsmodelle diskutiert, die mit der vollständigen oder teilweisen Verdrängung der nationalen Urheberrechte verbunden sind. Dem wird im Folgenden ein Modell der Koexistenz gegenüber gestellt, welches die parallele Existenz von nationalen Urheberrechten und einem Unionsurheberrecht vorsieht. Diese Parallelität wäre anders als im Falle von zeitlichen Übergangsregelungen auf Dauer angelegt, es bestünden also dauerhaft nationale Urheberrechtsordnung und Unionsurheberrechtsordnung nebeneinander.¹⁴⁷¹ Die Kommission hat diese Möglichkeit wie schon erwähnt im Grünbuch über den On-

1470 Hierzu oben, § 7.III.1.

1471 Das bedeutet nicht zwingend, dass auch an einem einzelnen Schutzgegenstand dauerhaft parallel zwei Rechtstitel gegeben wären. Hierzu unten, § 10.II.2.

linevertrieb von audiovisuellen Werken angesprochen,¹⁴⁷² ihre Überlegungen hierzu allerdings auf audiovisuelle Werke begrenzt.¹⁴⁷³

Ein gewisses Nebeneinander von Rechtstiteln haben wir schon bei der Verdrängungslösung in der Variante des Kombinationsmodells kennengelernt. Dort haben wir aber eher von einem Miteinander als von einem Nebeneinander gesprochen. Damit war gemeint, dass die nationalen Urheberrechte einerseits und das Unionsurheberrecht andererseits nicht unabhängig voneinander bestehen, sondern sich zu einem Gesamtregelungskomplex ergänzen sollten. Das nationale Recht sollte bestimmte Bereiche des materiellen Urheberrechts abdecken, das Unionsrecht die anderen. Erst aus der Zusammenschau beider Rechtsordnungen sollte sich so die Gesamtheit der urheberrechtlichen Regeln ergeben. Wenn das Kombinationsmodell als eine Verdrängungslösung eingeordnet wurde, dann deshalb, weil es hiernach in den jeweils einzelnen Bereichen des materiellen Urheberrechts keine Parallelität, keine Koexistenz gibt. Beispielsweise würden die urheberrechtlichen Verwertungsrechte in der Unionsurheberrechtsverordnung geregelt, das Urheberpersönlichkeitsrecht dagegen im nationalen Urheberrecht. Demgegenüber beschreibt ein Koexistenzmodell einen Zustand, in dem auch in ein und demselben Bereich des materiellen Urheberrechts sowohl nationale als auch Unionsregeln bestehen. Das Kombinationsmodell stellt, wenn man so will, eine Kompromissformel zwischen der völligen Ersetzung der nationalen Urheberrechte durch einen Unionsrechtstitel und der ubiquitären Parallelität beider Rechtstitel dar.

Die Koexistenz von nationalen Urheberrechten und Unionsurheberrecht bietet eine Reihe von *Vorzügen gegenüber einer Verdrängungslösung*, denen wir uns zunächst zuwenden wollen (§ 10.II.1.), um dann die verschiedenen Möglichkeiten ins Auge zu fassen, wie die Koexistenz im Urheberrecht gestaltet werden könnte (§ 10.II.2. und § 10.II.3.) und welche Schwierigkeiten sich hieraus ergeben können (§ 10.II.4.).

1472 Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt, KOM (2011) 427, 14.

1473 Genau genommen schlägt die Kommission also eine Vermischung des Koexistenzmodells und der ersten Variante des Verdrängungsmodells vor.

1. Vorzüge der Koexistenz von nationalen Urheberrechten und Unionsurheberrecht

Wenn das Kombinationsmodell für sich beanspruchen kann, dem *Geiste des Subsidiaritätsprinzips* (im weiteren Sinne, also unter Einschluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips) eher zu entsprechen als die Gesamtverdrängungslösung,¹⁴⁷⁴ so gilt dies in noch stärkerem Maße für die Koexistenzlösung, und zwar nicht nur im Vergleich zur Gesamtverdrängungslösung,¹⁴⁷⁵ sondern auch im Vergleich zum Kombinationsmodell. Denn bei der Koexistenzlösung ließe das Unionsurheberrecht die nationalen Urheberrechte nicht nur in Teilbereichen, sondern gänzlich unberührt. Dies entspricht in besonderem Maße der Forderung des Subsidiaritätsprinzips, wonach – freilich „unter Einhaltung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften“ – „bewährte nationale Regelungen sowie Struktur und Funktionsweise der Rechtssysteme der Mitgliedstaaten geachtet werden“, wie es in Nr. 7 S. 2 des Subsidiaritätsprotokolls (1997) heißt.¹⁴⁷⁶ Wir haben zwar gesehen, dass ein europäisches Einheitsrecht in jedem Fall besser geeignet ist als die Harmonisierung der nationalen Urheberrechte, einen Binnenmarkt im Urheberrecht zu schaffen und daher auch einer Subsidiaritätskontrolle standhalten kann.¹⁴⁷⁷ Wenn es aber um die Folgefrage geht, also das Verhältnis des Einheitsrechts zu den nationalen Rechten, spricht das Subsidiaritätsprinzip eher für eine Koexistenz als für eine Verdrängungslösung, jedenfalls soweit das Binnenmarktziel hierdurch nicht beeinträchtigt wird.

Zugleich könnten mit Hilfe des Koexistenzmodells die *Vorzüge eines Systemwettbewerbs*¹⁴⁷⁸ im Sinne guter Rechtsetzung fruchtbar gemacht werden.¹⁴⁷⁹ Da – wie wir gesehen haben – der Wettbewerb zwischen den nationalen Urheberrechten vor allem mit Blick auf das Territorialitätsprinzip nur eingeschränkt funktioniert,¹⁴⁸⁰ ist der Rechtsvereinheitlichung gegenüber dem freien Wettbewerb der nationalen Urheberrechte der Vorzug zu geben. Wenn nun

1474 Hierzu oben, § 10.I.2.b)aa).

1475 In diesem Sinne *Hilty*, Entwicklungsperspektiven, 161 f.

1476 Hierzu *Zuleeg* in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 5 EG Rn. 39. Das Subsidiaritätsprotokoll nach dem Vertrag von Amsterdam kann für die Auslegung der Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips auch nach dem Vertrag von Lissabon noch herangezogen werden; hierzu schon oben, § 5.I.1.b).

1477 Hierzu oben, § 8.

1478 Hierzu oben, § 7.I.

1479 So auch *Hilty*, Entwicklungsperspektiven, 161 f.; vgl. auch *Hilty*, Kollektive Rechtswahrnehmung und Vergütungsregelungen, 160 f.

1480 Hierzu oben, § 7.III.1.

aber ein Einheitsurheberrecht geschaffen würde, das die nationalen Urheberrechte bestehen ließe, dann ließe sich ein – funktionierender – Systemwettbewerb zwischen diesem Einheitsurheberrecht und den nationalen Urheberrechten etablieren, ohne dass auf die Vorteile eines Einheitsrechts (insbesondere auf die Senkung der Transaktionskosten) verzichtet werden müsste. Denn das Einheitsrecht stünde ja als eine der Alternativen innerhalb des Systemwettbewerbs bereit. Mit anderen Worten könnte man über eine Parallelität von nationalen Urheberrechten und Unionsurheberrecht *beides* haben: *Systemwettbewerb und Binnenmarkt*.¹⁴⁸¹ Voraussetzung für einen funktionierenden Systemwettbewerb ist allerdings, wie wir gesehen haben,¹⁴⁸² dass es eine Möglichkeit gibt, zwischen den „angebotenen“ Regelungssystemen – Unionsrechtstitel und nationalen Rechtstiteln – zu wählen.¹⁴⁸³

Darüber hinaus muss sichergestellt werden, dass die Wahl in die Hände der „richtigen“ Partei gelegt und unter den richtigen Gesichtspunkten – nämlich nicht im alleinigen Interesse der wählenden Partei, sondern im Interesses des Funktionierens des Binnenmarktes – getroffen wird.¹⁴⁸⁴ Ist diese Voraussetzung nämlich gegeben, könnte ein Unionsurheberrecht zeigen, dass es tatsächlich Verbesserungen für den Binnenmarkt mit sich bringt. Die Koexistenzlösung böte so einen wirklichen *Lackmustest dafür, ob ein Unionsurheberrecht tatsächlich im Interesse des Binnenmarktes erforderlich wäre*: Solange sich das Unionsurheberrecht nicht in ernstzunehmendem Maße gegenüber den nationalen Rechtstiteln behauptet, könnte man hieraus folgern, dass es eines Einheitsrechts im Interesse des Binnenmarktes (noch) nicht bedarf. Soweit es sich aber im grenzüberschreitenden Verkehr durchsetzt, wäre der Beweis erbracht, dass das Einheitsrecht den Binnenmarkt auch tatsächlich voranbringt. Wenn man bedenkt, dass auch der für die Schaffung eines Einheitsurheberrechts maßgebliche Kompetenztitel, Art. 118 AEUV, einen Binnenmarktbezug verlangt,¹⁴⁸⁵ so bietet die Parallelität beider Rechtstitel auch Gewähr dafür, dass die Grenzen der Kompetenzen der Union in dieser Hinsicht gewahrt wurden.

1481 Vgl. zu dieser Situation im Markenrecht von *Mühlendahl*, Festschrift Schrickler zum 70. Geburtstag, 854.

1482 Oben, § 7.III.1.a).

1483 Dies ist aber nicht bei allen denkbaren Varianten der Koexistenz der Fall. Hierzu unten, § 10.II.3.a), § 10.II.3.b) und § 10.II.4.a).

1484 Hierzu unten, § 10.II.3.a) und § 10.II.4.c).

1485 Hierzu oben, § 4.III.1. Vgl. auch *Hilty*, IIC 2004, 760, 770; *Fischer/Früh/Jaeger*, EuLF 2009, II-29, II-31 und II-38.

Der Systemwettbewerb müsste dabei nicht für alle Werke gleich ausgehen. Die Koexistenz würde vielmehr auch *differenzierende Lösungen* ermöglichen. Denn nicht alle Werke eignen sich für eine europaweite Verwertung, so wie sich nicht alle Marken für eine Benutzung in der gesamten Union anbieten.¹⁴⁸⁶ Deshalb muss es als Vorteil betrachtet werden, wenn ein Werk entweder durch einen einheitlichen Rechtstitel geschützt werden kann, was eine grenzüberschreitende Verwertung erleichtert, oder aber durch einen nationalen Titel, weil es eines Unionsrechtstitels mangels grenzüberschreitender Verwertung gar nicht bedarf.¹⁴⁸⁷

2. Zwei Formen der Koexistenz: konkrete oder abstrakte Alternativität

Akzeptiert man nun angesichts der soeben geschilderten Vorzüge grundsätzlich die parallele *Existenz* nationaler Urheberrechte neben der Unionsurheberrechtsordnung, so muss geklärt werden, wie sich die beiden Urheberrechtsregime zueinander verhalten sollen, wenn es um ihre *Anwendung auf einzelne Schutzgegenstände* und – noch konkreter – *auf einzelne urheberrechtliche Sachverhalte* geht. Urheberrechtliche Sachverhalte können dann nämlich sowohl den nationalen Urheberrechtsregeln als auch denen des Unionsrechts unterworfen werden.

Gedanklich ausscheiden lässt sich zunächst eine Vermischung der Regeln beider Systeme, eine *Kumulation* von nationalem und Unionsurheberrecht in ihrer Anwendung auf ein und denselben Sachverhalt. Eine Urheberrechtsordnung sollte in sich bereits eine gerechte Gewichtung der Interessen der Beteiligten tragen. Werden die Regeln unterschiedlicher Systeme miteinander vermischt, läuft man Gefahr, zu praktischen Ergebnissen zu gelangen, die nicht nur keine der beiden involvierten Urheberrechtsordnungen so gewollt hätte, sondern die darüber hinaus keinerlei Interessengleichgewicht reflektieren.

In Betracht kommt daher nur die *alternative* Anwendung entweder der nationalen oder der Unionsregeln auf einen konkreten urheberrechtlich relevanten Sachverhalt. Unterscheiden lässt sich hierbei nun noch danach, ob die Entscheidung für das nationale oder das Unionsurheberrecht jeweils *für den einzelnen urheberrechtlichen Sachverhalt* oder *mit grundsätzlicher Bedeutung* getroffen werden muss. In letzterem Fall erscheint als sinnvoller Anknüpfungspunkt der

1486 So auch Hilty, Kollektive Rechtswahrnehmung und Vergütungsregelungen, 161.

1487 In diesem Sinne für das Uniongeschmacksmuster Hilty, Entwicklungsperspektiven, 163.

Schutzgegenstand, d.h. alle mit einem bestimmten Schutzgegenstand verbundenen Sachverhalte würden nach dem ein für allemal für diesen Schutzgegenstand als maßgeblich bestimmten Recht behandelt.¹⁴⁸⁸

Im Fall einer Festlegung nur für den einzelnen Sachverhalt wollen wir von „*konkreter*“, im Fall der Festlegung mit endgültiger Wirkung für den Schutzgegenstand von „*abstrakter Alternativität*“ sprechen. Beide Modelle akzeptieren die parallele *Existenz* eines nationalen und eines Unionsurheberrechts. Beide verlangen auch eine Entscheidung für das im Einzelfall *anzuwendende* Urheberrecht. Während das Modell der konkreten Alternativität aber die parallele Geltung von nationalem und Unionsrechtstitel an ein und demselben Schutzgegenstand anerkennt, läuft das Modell der abstrakten Alternativität darauf hinaus, dass an ein und demselben Schutzgegenstand – jedenfalls auf Dauer – nur entweder ein nationaler oder ein Unionsurheberrechtstitel bestehen kann.

Bevor wir uns diesen beiden Modellen etwas genauer zuwenden, sei noch darauf hingewiesen, dass auch im Hinblick auf die Schaffung eines Europäischen Vertragsrechts die uns hier beschäftigenden Probleme der Koexistenz diskutiert werden. Die in dieser Diskussion angeführten Argumente können zumindest teilweise auch auf die uns hier beschäftigende Frage der Koexistenz von Unions- und nationalen Urheberrechten übertragen werden.¹⁴⁸⁹

1488 Andere Anknüpfungspunkte erscheinen wenig sinnvoll oder realistisch. Knüpft das anwendbare Recht nicht an das Werk selbst an, dann ist nicht gesichert, dass auf ein und dasselbe Werk auch ein und dasselbe Recht Anwendung findet. Damit würde aber der Zweck eines Einheitsrechts, nämlich die Schaffung eines Binnenmarktes für Waren und Dienstleistungen – also für Werke – durch Gewährleistung der Anwendung ein und desselben Rechts, nicht erreicht.

1489 Verträge beschränken sich allerdings auf das Verhältnis zwischen den Parteien. Anders als beim Urheberrecht als absolutem Recht kann sich bei Verträgen keine Vielzahl von möglichen Rechtsbeziehungen zu zunächst völlig Unbeteiligten aufbauen. Daher kommt für das Vertragsrecht eher eine einmalige Festlegung des die Rechtsbeziehungen regelnden Rechts, also die hier als abstrakte Alternativität bezeichnete Variante in Betracht. Sie wird auch für ein Europäisches Vertragsrecht ins Auge gefasst. Hierzu ausführlich *Lando*, RIW 2005, 1, 4 f. Danach können die Parteien im Vorfeld eines Vertrages festlegen, welchem Recht ihr Vertrag unterworfen sein soll. Diese Wahl gilt dann für alle Rechtsfragen in Zusammenhang mit diesem Vertragsverhältnis. Diskutiert wird aber auch eine Festlegung auf das nationale oder das Unionsrecht anhand objektiver Kriterien, etwa des Vorliegens eines grenzüberschreitenden Bezuges. Hierzu *Wagner*, CMLRev. 2002, 995, 1018 f.

3. Konkrete Alternativität von nationalem und Unionsurheberrecht

Beim Modell der konkreten Alternativität wird ein Zustand akzeptiert, bei dem nicht nur nationale und Unionsurheberrechtsordnung dauerhaft nebeneinander existieren, sondern bei dem auch an ein und demselben Schutzgegenstand sowohl ein nationales Urheberrecht als auch ein Unionsrechtstitel dauerhaft nebeneinander bestehen. Allerdings findet nach diesem Modell je nach Sachlage nur einer der beiden Rechtstitel alternativ Anwendung.¹⁴⁹⁰ Es muss dann von Fall zu Fall bestimmt werden, welches Recht für einen bestimmten Sachverhalt maßgeblich sein soll.

Eine solche Situation ist für den Bereich der *registerpflichtigen*¹⁴⁹¹ Schutzrechte nicht ungewöhnlich. So kann ein und derselbe Schutzgegenstand sowohl durch eine nationale als auch durch eine Unionsmarke geschützt sein.¹⁴⁹²

Aber auch für *registerfreie* Schutzrechte ist eine solche Kumulierbarkeit keinesfalls ausgeschlossen. So kann ein Design etwa sowohl durch das - nicht registrierte - Unionsgeschmacksmuster als auch durch ein möglicherweise ebenfalls nicht registriertes nationales Geschmacksmuster geschützt sein. Freilich existiert ein solches nicht registerpflichtiges nationales Geschmacksmuster in der Union allein in Großbritannien,¹⁴⁹³ weshalb die sich aus der Parallelität von registerfreiem britischen und registerfreiem Unionsgeschmacksmuster ergebenden Schwierigkeiten bisher weitgehend unbeachtet geblieben sind.¹⁴⁹⁴ Auch

1490 *Hilty*, Kollektive Rechtswahrnehmung und Vergütungsregelungen, 161, bezeichnet einen solchen Zustand als nicht wünschbar.

1491 Auf diesen Unterschied zum Urheberrecht weist *Hilty*, Entwicklungsperspektiven, 164 f., hin.

1492 Vgl. nur von *Mühlendahl*, Festschrift Schrickler zum 70. Geburtstag, 854.

1493 Zur Entstehung des 1988 eingeführten registerfreien Geschmacksmusterrechts in Großbritannien sowie zu dessen Schutzvoraussetzungen *Suthersanen*, Design Law in Europe, Rn. 16-279 ff.

1494 *Hilty*, Entwicklungsperspektiven, 172 und Fn. 170, weist darauf hin, dass sich hier Probleme durch die Auswahl des jeweils günstigeren Rechts ergeben können. *Bulling*, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 2002, 170, 170, und *Kahlenberg*, Europäisches Geschmacksmusterrecht, 49 f., erwähnen lediglich, dass ein nicht eingetragenes Geschmacksmuster schon vor der Einführung des Unionsgeschmacksmusters in Großbritannien existierte. *Suthersanen*, Design Law in Europe, Rn. 7-008, verweist auf die einschlägigen Vorschriften der Geschmacksmusterverordnung, um festzustellen, dass der Schutz durch ein nicht eingetragenes nationales Geschmacksmuster unberührt bleibe. Auf die Unterschiede zwischen dem britischen und dem Unionsgeschmacksmuster geht *Thorne*, EIPR 2000, 583, 584, ein, allerdings ohne die sich hieraus ergebenden Probleme zu erörtern.

dürfte die wirtschaftliche Bedeutung dieses Bereiches kaum mit der des Urheberrechts zu vergleichen sein.¹⁴⁹⁵

Lässt man die Parallelität von nationalem und Unionsurheberrecht an ein und demselben Schutzgegenstand zu und muss also im konkreten Fall entschieden werden, die Regeln welchen Rechtstitels maßgeblich sein sollen, stellt sich die Frage, wie diese Entscheidung herbeigeführt werden soll.

a) Bestimmung des im Einzelfall maßgeblichen Rechtstitels durch eine Partei

Denkbar erscheint, diese Entscheidung einer Partei zu überlassen. Hier bietet sich natürlich der Rechtsinhaber an, denn eine Wahl des auf den konkreten (Streit-)Fall anwendbaren Rechts durch den potentiellen Verletzer erscheint wenig sachgerecht.

Wird dem Rechtsinhaber die Wahl zwischen der Geltung der nationalen Urheberrechte und des Unionsurheberrechts gelassen, bringt dies unter grundrechtlichen Aspekten einen nicht unerheblichen Vorteil mit sich. In diesem Fall wird nämlich unter keinen Umständen in die bisher aufgrund der nationalen Urheberrechte vermittelte Rechtsposition der Rechtsinhaber eingegriffen. Vielmehr wird den Rechtsinhabern eine zusätzliche Option – die des Unionsurheberrechts – verschafft. In dieser Variante müsste die Koexistenzlösung also mit Blick auf den grundrechtlichen Eigentumsschutz *keine Rücksicht auf den Grundsatz wohlervorbener Rechte* üben und käme *ohne jedwede zeitliche Übergangsregelung* aus.

Bei den Überlegungen zu einer Parallelität von nationalem und Unionsurheberrecht geht die Kommission offenbar von dieser Variante aus, spricht sie doch ausdrücklich von einer Wahlmöglichkeit der Rechtsinhaber.¹⁴⁹⁶ Zwar wird an dieser Stelle deutlich, dass die Entscheidung dem Rechtsinhaber vorbehalten bleiben soll. Unklar bleibt aber, ob diese Wahlmöglichkeit nur für den konkreten Fall – also im Sinne der konkreten Alternativität – oder doch mit grundsätzlicher Bedeutung für einen Schutzgegenstand – im Sinne der abstrakten Alternativität – ausgeübt werden soll.¹⁴⁹⁷

1495 Hilty, Entwicklungsperspektiven, 172, Fn. 170.

1496 Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future. A Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT, 18.

1497 Zu letzterem Verständnis unten, § 10.II.4.

Gehen wir aber zunächst davon aus, der Rechtsinhaber dürfte jeweils für den konkreten Fall entscheiden, welcher Rechtstitel maßgeblich sein solle, indem er sich schlicht auf diesen beriefe. Dies hätte dann aber zur Konsequenz, dass sich der Rechtsinhaber auf denjenigen Rechtstitel stützte, der für ihn im konkreten Fall günstigere Regelungen vorsieht.¹⁴⁹⁸ Es erscheint daher im Interesse *ausgewogener materiellrechtlicher Lösungen* ungünstig, einer Partei die Wahl des maßgeblichen Rechtstitels und der damit verbundenen Regelungen zu überlassen.

Hinzukommt, dass es mit großer *Rechtsunsicherheit* verbunden ist, wenn eine Partei von Fall zu Fall die für einen Schutzgegenstand maßgeblichen Regelungen bestimmen kann, insbesondere dann, wenn zwischen dieser Partei und Dritten keine vertraglichen Vereinbarungen gelten, in denen das maßgebliche Recht festgelegt wird. Beispielsweise kann von einer Schrankenregelung, die nur im nationalen oder nur im Unionsrecht vorgesehen ist, nicht Gebrauch gemacht werden, wenn befürchtet werden muss, dass sich der Rechtsinhaber auf den anderen Rechtstitel berufen wird.

Zumindest auf den ersten Blick unüberwindliche Probleme ergeben sich, wenn das Urheberrecht an einem Werk *mehreren Berechtigten* zusteht, sei es, weil an der Schaffung des Werkes mehrere Schöpfer gleichzeitig beteiligt waren, sei es, weil ein Fall der sogenannten „split copyrights“¹⁴⁹⁹ vorliegt. Treffen die verschiedenen Rechtsinhaber unterschiedliche Entscheidungen hinsichtlich des für das Werk maßgeblichen Rechtstitels, erscheint eine einheitliche Zuordnung unmöglich.

Dieses Problem wird noch dadurch verschärft, dass unterschiedliche Rechtsordnungen mitunter zu *unterschiedlichen Antworten auf die Frage* kommen, *wer* nun eigentlich der *Urheber eines Werkes ist* – gerade wenn es um die Beteiligung mehrerer Personen am Schöpfungsprozess geht.¹⁵⁰⁰ Solche Unterschiede in der Zuordnung der Rechtsinhaberschaft kann es auch zwischen dem Unionsurheberrecht und den nationalen Urheberrechten geben. Dann muss nicht nur eine einheitliche Entscheidung mehrerer Berechtigter herbeigeführt werden, sondern es muss zuvor schon ermittelt werden, wer überhaupt als Berechtigter über den maßgeblichen Rechtstitel entscheiden darf.

1498 Vgl. zu Situation im Markenrecht von *Mühlendahl*, Festschrift Schrickler zum 70. Geburtstag, 854.

1499 „Split copyrights“ entstehen etwa dadurch, dass vorbestehende Werke in ein neu geschaffenes Werk integriert werden oder dass mehrere selbständige Werke miteinander verbunden werden. Vgl. hierzu *Alich*, GRUR Int. 2008, 996, 1005 f.

1500 Hierzu oben, § 9.II.1.

b) Bestimmung des im Einzelfall maßgeblichen Rechtstitels durch objektive Anknüpfung

Im Interesse ausgewogener materiellrechtlicher Lösungen und zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen der verschiedenen Rechtsinhaber an einem Schutzgegenstand könnte man daher auch daran denken, ein objektives Kriterium zu bestimmen, das darüber entscheidet, ob der Unionsrechtstitel oder das nationale Urheberrecht einschlägig sein sollen.¹⁵⁰¹

Denkbar erscheint etwa, das Europäische Urheberrecht – jedenfalls zunächst¹⁵⁰² – nur auf Fälle mit grenzüberschreitendem Bezug anzuwenden. Dies würde aber dazu führen, dass völlig gleich gelagerte Fälle unterschiedlich entschieden würden, je nach dem, ob sie zufällig einen Auslandsbezug aufweisen oder nicht.¹⁵⁰³ Beispielsweise wäre – eine entsprechende Schrankenregelung auf europäischer Ebene einmal vorausgesetzt – die Verwendung eines Artikels in einem Pressespiegel erlaubt, wenn sie in einem anderen Mitgliedstaat erfolgt, nicht dagegen, wenn sie im gleichen Mitgliedstaat erfolgen soll, in dem auch der Artikel erschienen ist, wenn das dortige nationale Recht keine entsprechende Schranke enthält. Dies würde im Beispielsfall zur *Inländerdiskriminierung* der Nutzer führen.

Kompliziert wird es, wenn man das Europäische Urheberrecht schon dann für einschlägig halten wollte, wenn es um die Sicherstellung vergleichbarer Wettbewerbsbedingungen ginge. In unserem Beispiel könnte man etwa argumentieren, dass Pressespiegel miteinander in einem grenzüberschreitenden Wettbewerb stehen, sodass es auch in einem rein nationalen Fall dem Pressespiegelhersteller möglich sein muss, sich auf das ihm günstigere europäische Recht zu berufen, weil er sonst gegenüber ausländischen Pressespiegelherstellern, die sich zweifellos auf die europäische Schranke berufen können, in wett-

1501 Für eine entsprechende Lösung im Bereich eines Europäischen Vertragsrechts *passim Wagner*, CMLRev. 2002, 995, 1019.

1502 Auch das Europäische Parlament hat im Hinblick auf ein Europäisches Vertragsrecht zunächst eine Beschränkung der Harmonisierungsbemühungen auf grenzüberschreitende Sachverhalte vorgeschlagen, damit sich die Rechtsanwender zunächst an die neuen Regeln gewöhnen und diese mit den bestehenden nationalen Regeln vergleichen könnten. Vgl. European Parliament, Committee on Legal Affairs and the Internal Market, Report on the approximation of the civil and commercial law of the Member States, A 5-0384/2001. Hierzu auch *Wagner*, CMLRev. 2002, 995, 1019.

1503 Hierzu am Beispiel eines Europäischen Vertragsrechts *Wagner*, CMLRev. 2002, 995, 1019.

bewerbserheblicher Weise benachteiligt würde. Stellt man hier auf die Spürbarkeit einer Wettbewerbsverzerrung ab, so muss es im Einzelfall als gänzlich *unsicher* betrachtet werden, welcher Urheberrechtstitel einschlägig sein soll.¹⁵⁰⁴

Sowohl die Möglichkeit für eine Partei, den im Einzelfall maßgeblichen Rechtstitel bestimmen zu können, als auch der Versuch, ein objektives Kriterium für die Entscheidung zwischen Unionsrechtstitel und nationalem Urheberrecht festzulegen, bergen also erhebliche Unsicherheiten. In jedem Fall dürfte das beständige Nebeneinander von Unionsurheberrecht und nationalem Urheberrecht an ein und demselben Schutzgegenstand zu erheblichen Verwirrungen der Marktakteure führen.¹⁵⁰⁵

Daher sollte man die Möglichkeit einer endgültigen Festlegung des maßgeblichen Rechtstitels näher betrachten.

4. Abstrakte Alternativität von nationalem und Unionsurheberrecht

Wie schon erwähnt wird unter abstrakter Alternativität hier die Notwendigkeit verstanden, für einen Schutzgegenstand ein für allemal festzulegen, welchem Recht – dem Europäischen oder dem nationalen Urheberrecht – er unterworfen sein soll. An einem Schutzgegenstand könnten dann also nicht – jedenfalls nicht dauerhaft – mehrere Rechtstitel bestehen.

Eine Festlegung des maßgeblichen Rechtstitels kann bei der abstrakten Alternativität noch schwieriger vom Vorliegen eines potentiellen grenzüberschreitenden Bezug abhängig gemacht werden als bei der konkreten Alternativität.¹⁵⁰⁶ Denn dann müsste man entscheiden, ob ein bestimmter Schutzgegen-

1504 Wegen der Unsicherheit, die mit einer Beschränkung auf grenzüberschreitende Sachverhalte einhergehen würde, lehnt auch *Busch*, EuZW 2011, 655, 657, diesen Ansatz für ein Europäisches Vertragsrecht ab.

1505 *Sonnenberger*, RIW 2002, 496, nennt im Hinblick auf ein Europäisches Vertragsrecht als Alternativen hierzu, entweder eine endgültige Festlegung der Parteien auf ein den jeweiligen Vertrag bestimmendes Recht zu verlangen (hierzu sogleich) oder aber die nationalen Vertragsrechte gleich ganz durch ein europäisches Vertragsrecht zu ersetzen. Letztere Möglichkeit entspricht dem oben, § 10.I., angesprochenen Vorgehen der Verdrängung der nationalen Urheberrechte durch ein Unionsurheberrecht.

1506 Hierzu oben, § 10.II.3.b).

Für ein europäisches Vertragsrecht wird die Möglichkeit der (einmaligen und dann dauerhaft für den jeweiligen Vertrag gültigen) Bestimmung des maßgeblichen Rechts – europäisches Vertragsrecht oder nationales Vertragsrecht – diskutiert. Vgl. *Tilman*, Festschrift Helmrich, 445. Freilich fällt die Feststellung eines grenzüber-

stand einen solchen grenzüberschreitenden Bezug per se aufweist. Grundsätzlich kann aber wohl bei jedem Schutzgegenstand davon ausgegangen werden, dass er in einer denkbaren Konstellation in einen grenzüberschreitenden Vorgang involviert wird, etwa indem er im Internet verwendet wird.

Eine endgültige Festlegung auf einen Rechtstitel muss daher wohl willkürlich, also beispielsweise durch Entscheidung des Rechtsinhabers erfolgen. Bei einer endgültigen Festlegung könnte man naturgemäß – anders als bei der konkreten Alternativität – nicht auf die Entscheidung des jeweils aktuellen Rechtsinhabers abstellen, sondern müsste die Entscheidung des ursprünglichen Rechtsinhabers, in aller Regel also des Kreativen, für maßgeblich erachten. Vorteil einer Wahlmöglichkeit für den Rechtsinhaber ist wie schon beim Modell der konkreten Alternativität gesehen¹⁵⁰⁷, dass dann *in keinerlei bestehende Rechtspositionen eingegriffen* wird.

Gegenüber der konkreten Alternativität bietet eine solche einmalige Festlegung darüber hinaus den Vorteil größerer *Rechtssicherheit*, wenn die Entscheidung erst einmal getroffen ist.

Fraglich ist aber auch hier, *wie* die (endgültige) Festlegung des maßgeblichen Rechts erfolgen soll. Rechtssicherheit verspricht eine Festlegung durch Registrierung, deren völkerrechtliche Zulässigkeit allerdings problematisch ist (§ 10.II.4.a)). Denkbar wären aber auch andere Möglichkeiten der Festlegung (§ 10.II.4.b)). Beiden Alternativen wohnen indes bestimmte gemeinsame Schwierigkeiten inne (§ 10.II.4.c)).

schreitenden Bezuges im Bereich des Vertragsrechts deutlich leichter als im Bereich des Urheberrechts, weil bei letzterem eben nicht immer vertragliche Beziehungen gegeben sind und deshalb nicht feststeht, zwischen welchen Rechtssubjekten sich urheberrechtlich relevante Sachverhalte entspinnen können. Darüber hinaus ergeben sich selbst im Bereich des Vertragsrecht Probleme, sofern es um zwingende Schutzvorschriften geht und eine Rechtswahl der Parteien daher nicht mehr als gangbarer Weg zur Identifizierung der einschlägigen Rechtsordnung erscheint. *Tilman*, Festschrift Helmrich, 446, schlägt vor, solche Vorschriften auf nationaler Ebene zu harmonisieren und zugleich im europäischen Vertragsrecht in gleicher Weise zu regeln, sodass letztlich egal wäre, welche Rechtsordnung zur Anwendung gelangte.

1507 Oben, § 10.II.3.a).

a) Festlegung des für einen Schutzgegenstand maßgeblichen Rechtstitels durch Registrierung

Wir wollen zunächst die Möglichkeit betrachten, eine Entscheidung zwischen dem Unionsrechtstitel und den nationalen Urheberrechten durch eine Registrierung herbeizuführen. Diese Idee wurde bereits im Jahre 2010 wissenschaftlich diskutiert¹⁵⁰⁸. Auch die Kommission selbst hat diese Möglichkeit jüngst ins Spiel gebracht, wenngleich sie auch darauf verzichtet hat, konkretere Hinweise zu geben, wie eine Registrierung gestaltet werden könnte.¹⁵⁰⁹

Zur Klarstellung sei angemerkt, dass wenn hier und im folgenden von einer Registrierung und einem Urheberrechtsregister gesprochen wird, hiermit anders als etwa im Marken- oder Patentrecht keine Prüfung der Schutzvoraussetzungen durch die Registerbehörde verbunden sein soll. Mit Registrierung ist hier ein rein formaler Akt gemeint, mit dem der Rechtsinhaber seine Entscheidung für den Europäischen oder für die nationalen Urheberrechtstitel dokumentiert.

Angesichts des Grundsatzes der Formfreiheit des Urheberrechtsschutzes, auf den es sogleich noch ausführlich einzugehen gilt, erscheint es angezeigt, den Aufwand einer Registrierung so gering wie möglich zu halten.¹⁵¹⁰ Deshalb könnte man die Parallelität von Unionsurheberrecht und nationalem Urheberrecht so ausgestalten, dass einer von beiden Rechtstiteln der grundsätzliche und formfreie wäre, sodass er so lange maßgeblich bliebe, wie sich der Rechtsinhaber nicht aktiv durch Vornahme einer Registrierung für den anderen Rechtstitel entscheidet.

Diese Lösung würde das urheberrechtliche Schöpferprinzip in seiner gegenwärtigen Absolutheit in gewisser Weise einschränken, wodurch sich die Realisierungschancen dieser Lösung erheblich reduzieren. Es könnte sich aber lohnen, diese Möglichkeit zumindest einmal zuende zu denken.

1508 Tagung des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, „Fehlstellungen im europäischen Immaterialgüterrecht“, 14.–16. Oktober 2010 in Berlin.

1509 Vgl. Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt, KOM (2011) 427, 14.

1510 *Hilty*, Sündenbock Urheberrecht?, 133, der eine Reformalisierung des Urheberrechtsschutzes schlechthin diskutiert, weist aber zu Recht darauf hin, dass von einer maßvollen Hürde des Schutzes auch positive Effekte ausgehen können. Diese könnten in unserem Fall darin zu erblicken sein, dass sich das registerpflichtige Recht gegenüber dem formlos geltenden Recht auf diese Art und Weise „beweisen“ müsste.

Konstruktiv erscheinen hierbei zwei Möglichkeiten denkbar: entweder bleibt das nationale Urheberrecht der formlos geltende Regelfall und derjenige Rechtsinhaber, der stattdessen ein Unionsurheberrecht möchte, muss seinen Schutzgegenstand eintragen lassen (Opt-in-Modell, § 10.II.4.a)aa)); oder aber das Unionsurheberrecht ist das formlos entstehende Recht und der Rechtsinhaber, der sich stattdessen auf die nationalen Urheberrechte stützen möchte, muss diese eintragen lassen (Opt-out-Modell, § 10.II.4.a)bb)).

In beiden Fällen stellt sich die Frage, wie lange der Rechtsinhaber Zeit haben soll, eine Registrierung vorzunehmen und inwieweit er sich von einer einmal getroffenen Entscheidung wieder lösen können sollte (§ 10.II.4.a)cc)).

aa) Das Unionsurheberrecht als Registerrecht (Opt-in)

Die Einführung eines Unionsurheberrechts als Registerrecht erscheint völkerrechtlich problematisch, da insbesondere die RBÜ in Art. 5 Abs. 2 die *Formfreiheit des Urheberrechtsschutzes* vorschreibt.¹⁵¹¹ Nichtsdestotrotz gibt es in der Literatur Stimmen, die eine gewisse Reformalisierung des Urheberrechtsschutzes insgesamt erwägen.¹⁵¹² Auch scheint die Kommission nunmehr diese Lösung für ein Europäisches Urheberrecht ernsthaft in Betracht ziehen zu wollen.¹⁵¹³ Die Union ist zwar nicht selbst unmittelbar an die RBÜ gebunden, allerdings könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass es den Mitgliedstaaten aufgrund ihrer Bindung an die RBÜ verboten ist, im Rahmen der Union an der Schaffung eines Urheberrechts als Registerrecht mitzuwirken.¹⁵¹⁴ Hinzu-

1511 Zur Herkunft der Formfreiheit *Sprigman*, Stan. L. Rev. 57 (2004), 485, 544 ff.; *Brito/Dooling*, 12 Mich.Telecomm. & Tech. L. Rev (2005), 75, 91 f. Fn. 98.

Auf den Grundsatz der Formfreiheit im Zusammenhang mit einer Parallelität von nationalem und Europäischem Urheberrecht verweist auch schon *Hilty*, Kollektive Rechtswahrnehmung und Vergütungsregelungen, 161.

1512 *Hilty*, Sündenbock Urheberrecht?, 132, schlägt vor, der Urheber solle zunächst einen kurzen formfreien Schutz genießen, bevor er sich innerhalb der Schutzfrist um einen formgebundenen zeitlich weiteren Schutz bemühen müsse.

1513 Vgl. Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt, KOM (2011) 427, 14.

1514 Hierzu *Fischer/Frühl/Jaeger*, EuLF 2009, II-29, II-38 und Fn. 94.

kommt, dass die Union selbst über Art. 1 Abs. 4 WIPO Copyright Treaty (WCT) und über Art. 9 Abs. 1 TRIPS an Art. 5 Abs. 2 RBÜ gebunden ist.¹⁵¹⁵

Jedoch könnte man argumentieren, dass die Schaffung eines Registers *nicht gegen die RBÜ verstößt, solange – gleichsam als Rückfallposition –* ein den Anforderungen der RBÜ entsprechender *Schutz auch ohne Formalia* garantiert ist.

Als verbotene Formalität im Sinne von Art. 5 Abs. 2 RBÜ werden nur solche Bedingungen oder Maßnahmen definiert, ohne deren Erfüllung oder Vornahme ein Werk nicht geschützt wird oder den Schutz verliert.¹⁵¹⁶ Nach einer weiteren Definition liegen verbotene Formalitäten nur vor, wenn ihre Nichtbeachtung die Beeinträchtigung der Existenz, Reichweite oder Fortdauer des Urheberrechts zur Folge hat.¹⁵¹⁷ Es kommt mit anderen Worten darauf an, ob die Beobachtung einer Formalität konstitutiv für den Urheberrechtsschutz ist oder sich nur auf das „Wie“ des Urheberrechtsschutzes auswirkt.¹⁵¹⁸

Beide Definitionen treffen auf die hier angedachte Registrierungsvoraussetzung für ein Unionsurheberrecht nicht zu. Denn ein Schutzverlust wäre gerade nicht die Folge einer nicht vorgenommenen Registrierung. Würde ein Rechteinhaber sein Werk nicht für den europäischen Rechtstitel registrieren lassen, bliebe es im Falle der Nichtregistrierung bei dem den Anforderungen der RBÜ genügenden Schutz durch die nationalen Urheberrechte, der weder in seiner Existenz, noch in seiner Reichweite oder Dauer eingeschränkt würde. Die Einhaltung einer Formalität würde sich also nicht konstitutiv für die Gewährung urheberrechtlichen Schutzes auswirken.

Man könnte nun argumentieren, die Union dürfe sich bei der Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus der RBÜ nicht auf den urheberrechtlichen Schutz ih-

1515 Hierzu *Brito/Dooling*, 12 Mich.Telecomm. & Tech. L. Rev (2005), 75, 87 Fn. 76. Zur völkerrechtlichen Bindung der Union vgl. auch *Drexl*, Festschrift Dietz, 475 f.; *Gronau*, Europäisches Urheberrecht, 8.

1516 „Formalities are any conditions or measures – independent from those that relate to the creation of the work (such as the substantive condition that a production must be original in order for it to qualify as a protected work) or the fixation thereof (where it is a condition under national law) – without the fulfillment of which the work is not protected or loses protection.“ *Ficsor*, Guide to the Copyright and Related Rights Treaties, BC-5.7. Hierzu auch *United States Copyright Office*, 60 f.; *Ricketson*, Berne Convention, 222 f.

1517 „In the context of the Berne Convention, formalities are generally understood to be legal conditions that, if not fulfilled, affect the existence, scope of rights, or continuing validity of a copyright.“ *Oman*, 3 J. L. & Tech. (1988), 71, 81 f.

1518 *Drexl*, Entwicklungsmöglichkeiten des Urheberrechts im Rahmen des GATT, 92 f.; *Hilty*, Die Bedeutung des Ursprungslandes in der Berner Übereinkunft, 212.

rer Mitgliedstaaten verlassen, sondern müsse selbst den Voraussetzungen der RBÜ genügen. Ein Unionsurheberrecht müsse also selbst die Voraussetzung der Formfreiheit erfüllen. Dem lässt sich aber entgegenhalten, dass wenn man diesen Gedanken konsequent zuende dachte, man zu dem Schluss kommen müsste, dass die Union gegenwärtig schon gegen die RBÜ verstößt, weil sie selbst überhaupt keinen Urheberrechtsschutz gewährt, da es ein eigenes Urheberrecht der Union überhaupt nicht gibt.

Darüber hinaus ist auf Art. 20 RBÜ zu verweisen, der es den Verbandsstaaten erlaubt, Abkommen zu schließen, die Rechte über die in der RBÜ verbürgten hinaus gewähren oder andere Bestimmungen enthalten, die den Bestimmungen der RBÜ nicht zuwiderlaufen. Man könnte sich durchaus auf den Standpunkt stellen, dass ein per Verordnung geschaffenes europäisches Urheberrecht (welches also auf dem AEU-Vertrag als völkerrechtlichem Vertrag beruht) als ein solches „Abkommen“ zu betrachten ist. Es würde den Urhebern – insofern über den nationalen urheberrechtlichen Schutz hinausgehend – eine Option einräumen, sich für ein anderes urheberrechtliches System (das Europäische Urheberrecht) zu entscheiden. Insofern würde ihre rechtliche Position nur um diese Option verbessert. Zugleich steht die Registrierungspflicht für dieses europäische Urheberrecht nicht im Widerspruch zu den Bestimmungen der RBÜ, da eine Nichtbeachtung nicht zum Verlust oder zur Beeinträchtigung des urheberrechtlichen Schutzes, sondern zum Rückfall auf die Position des „normalen“ nationalen Urheberrechtsschutzes führt.

Ein Blick auf die Entwicklungsgeschichte der RBÜ stützt eine solche Interpretation des Art. 5 Abs. 2 RBÜ. Die originale Fassung der Berner Übereinkunft von 1886 sowie die Pariser Fassung von 1896 enthielten noch keinerlei Verbot von Formalitäten als Voraussetzung für die Schutzgewährung.¹⁵¹⁹ Erst die Berliner Fassung von 1908 führte ein völliges Verbot von Formalitäten ein.¹⁵²⁰ Fragt man nach den ursprünglichen Gründen für das Verbot von Formalitäten, stößt man auf die Resolutionen der Brüsseler Konferenz von 1858 im Vorfeld der Schaffung der Berner Übereinkunft. Dort wurde gefordert, dass es für einen internationalen Schutz des Urhebers genügen müsse, wenn sich der Urheber den Formalitäten in seinem Heimatland unterwerfe.¹⁵²¹ Ziel war also nicht eine gänzliche Lösung des Urheberrechtsschutzes von jedweder Formalität, sondern

1519 *Ficsor*, Guide to the Copyright and Related Rights Treaties, BC-5.5.

1520 *Ficsor*, Guide to the Copyright and Related Rights Treaties, BC-5.5; *Sprigman*, Stan. L. Rev. 57 (2004), 485, 545.

1521 *Sprigman*, Stan. L. Rev. 57 (2004), 485, 544.

die Sicherung eines einfachen Zugangs der Urheber zu einem internationalen Urheberschutz. Der Urheber sollte nicht gezwungen sein, sich den Formalitäten in jedem potentiellen Schutzland zu unterwerfen.¹⁵²²

Vor diesem Hintergrund lässt sich also ein Europäisches Urheberregisterrecht, das neben die formfreien nationalen Urheberrechte treten würde, sehr gut als mit der RBÜ vereinbar verteidigen. Hierin liegt ein weiterer, nicht zu unterschätzender Vorzug eines neben die nationalen Urheberrechte tretenden Europäischen Urheberrechts gegenüber der Verdrängungslösung: eine Registrierung könnte so eingeführt werden, *ohne dass hierzu die RBÜ geändert werden müsste*. Diese Möglichkeit stellt jedenfalls dann einen Vorteil dar, wenn man einer gewissen Reformalisierung des Urheberrechtsschutzes positiv gegenübersteht.

Problematisch erscheint aber, dass die *Chancen für ein registerpflichtiges Unionsurheberrecht in zweifacher Hinsicht schlechter stehen* als für ein formloses.

Zum einen setzt ein Urheberrechtsregister voraus, dass eine *Registersprache* festgelegt wird. Dies aber würde die große Erleichterung, die der Art. 118 AEUV für die Schaffung eines Unionsurheberrecht mit sich bringt, nämlich dass ein neben die nationalen Urheberrechte tretendes Unionsurheberrecht im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und mit der entsprechenden qualifizierten Mehrheit geschaffen werden kann und nicht mehr auf Einstimmigkeit im Rat angewiesen ist, wie das nach Art. 308 EG der Fall war, zunichte machen.¹⁵²³ Denn nach Art. 118 Abs. 2 AEUV muss eine Sprachregelung durch eine einstimmige Regelung im Rat nach Anhörung des Parlamentes getroffen werden.

Zum anderen dürfte es ein registerpflichtiges Unionsurheberrecht auch schwerer haben als ein registerfreies, sich gegenüber den weiterhin formfreien nationalen Urheberrechten durchzusetzen. Ein Unionsrechtstitel müsste schon substantielle Vorteile für den die Eintragung Veranlassenden bieten, damit sich der zeitliche und finanzielle Aufwand einer Registrierung lohnt. Hier besteht dann aber die Gefahr, dass sich der Wunsch des europäischen Gesetzgebers, dem Unionsurheberrecht zum Durchbruch zu verhelfen, auf dessen materielle Ausgestaltung auswirkt: die Institutionen der Union könnten versucht sein, ein

1522 Vgl. hierzu *Ricketson*, Berne Convention, 219 f.

1523 Ein die nationalen Urheberrechte *verdrängendes* Unionsurheberrecht hätte nach richtiger Auffassung schon bisher auf Art. 95 EG gestützt werden können und insofern auch keiner einstimmigen Entscheidung im Rat bedurft. Hierzu schon oben, § 4.III.2.c)aa).

Europäisches Urheberrecht zu rechtsinhaberfreundlich auszugestalten. Denn ein Unionsrechtstitel, um den sich der Rechtsinhaber aktiv bemühen muss, müsste auch dementsprechend rechtsinhaberfreundlich ausgestaltet sein, um erfolgreich zu sein.¹⁵²⁴ Dem gilt es mit Entschlossenheit entgegenzutreten. Dem europäischen Gesetzgeber sollte bewusst sein: ein Unionsurheberrecht rechtefertigt sich – wie wir schon andeutungsweise gesehen haben¹⁵²⁵ – entscheidend und vor allem durch die Fortschritte, die es für einen Binnenmarkt mit sich bringen würde. Das bedeutet aber, dass sich dieses Europäische Urheberrecht auch allein aufgrund seiner Vorteile hinsichtlich der Schaffung eines urheberrechtlichen Binnenmarktes gegenüber den nationalen Urheberrechten behaupten sollte. Wenn sich ein materiellrechtlich ausgewogenes europäisches Urheberrecht nicht durchzusetzen vermag, dann entweder, weil es keinen Bedarf für einen urheberrechtlichen Binnenmarkt gibt (ein angesichts der Realität grenzüberschreitender Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke unrealistischer Gedanke) oder weil es zur Verwirklichung eines Binnenmarktes keines Einheitsrechts bedarf. In letzterem Fall sollte der europäische Gesetzgeber aber nicht darauf verfallen, einem Unionsurheberrecht um den Preis zum Durchbruch zu verhelfen, den urheberrechtlichen Interessenausgleich zugunsten einer einseitigen Bevorzugung der Rechtsinhaber aufzugeben.

bb) Das nationale Urheberrecht als Registerrecht (Opt-out)

Entscheidet man sich umgekehrt dafür, das Unionsurheberrecht zum grundsätzlich und formfrei geltenden Titel zu machen, so müsste man dementsprechend eine Registerpflicht für die nationalen Urheberrechte einführen. Dies könnte etwa durch eine Richtlinie erfolgen.

Jedoch sind auch die Mitgliedstaaten an die RBÜ und den dort festgelegten Grundsatz der Formfreiheit gebunden. Ob die Union die Mitgliedstaaten etwa im Wege einer Richtlinie dazu zwingen dürfte, eine völkerrechtswidrige Registerpflicht einzuführen, erscheint mit Blick auf den Grundsatz des mitgliedstaatsfreundlichen Verhaltens als Ausprägung des Grundsatzes der loyalen

1524 Geht man davon aus, dass der Rechtsinhaber in seiner Entscheidung zwischen Unionsrechtstitel und nationalen Rechtstiteln nicht immer völlig frei sein dürfte (hierzu unten, § 10.II.4.c)aa)), lässt sich in etwas allgemeinerer Form sagen: ein registerpflichtiger Unionsrechtstitel muss so ausgestaltet sein, dass er derjenigen Partei erhebliche Vorteile bietet, die faktisch den Ausschlag für die Entscheidung gibt.

1525 Oben, § 10.II.1.

Zusammenarbeit, den der EuGH aus Art. 10 EG abgeleitet hat, zweifelhaft.¹⁵²⁶ Behelfen könnte man sich hier aber wiederum mit der Argumentation, dass eine Registerpflicht – diesmal der nationalen Urheberrechte – dann nicht der RBÜ zuwiderliefe, wenn zugleich für einen formfreien, der RBÜ entsprechenden Urheberrechtsschutz – diesmal durch das formfreie Unionsrecht – gesorgt wäre.

Gegenüber der Registerpflicht für das Unionsurheberrecht bringt eine solche für die nationalen Urheberrechte ein zusätzliches Sonderproblem mit sich: der Rechtsinhaber könnte in diesem Fall die Registrierung für den nationalen Schutz nur in manchen Mitgliedstaaten vornehmen lassen. Das hätte zur Folge, dass in diesen Staaten das nationale, in den anderen aber das Unionsurheberrecht gälte. Vermeiden ließe sich dies, indem man dem Rechtsinhaber nur die Möglichkeit gäbe, sich für das Unionsurheberrecht insgesamt oder aber für das Bündel nationaler Urheberrechte zu entscheiden. Hierfür würde es sich anbieten, eine einzige unionsweite Registrierungsstelle einzurichten.

Die Gefahr, dass die nationalen Urheberrechte im Kampf um registrierungswillige Rechtsinhaber materiell nach deren Interessen ausgestaltet werden, dürfte angesichts der gewachsenen Tradition und Dogmatik der nationalen Urheberrechte gegenüber dem erst neu zu schaffenden europäischen Rechtstitel geringer ausfallen. Auch ist nicht ersichtlich, welche direkten Vorteile sich einem Mitgliedstaat aus der Wahl seines Urheberrechts böten.¹⁵²⁷ Gerade mit Blick auf die gewachsenen Strukturen und die überlieferte Dogmatik der nationalen Urheberrechte darf aber nicht unterschätzt werden, mit welchem Widerstand eine Richtlinie zu rechnen hätte, die eine Registerpflicht für die nationalen Urheberrechte vorschriebe. Der Gedanke daran lässt diese Option als politisch wenig realistisch erscheinen.

cc) Begrenzung der Wahlmöglichkeit des Rechtsinhabers

Beide soeben vorgestellten Optionen – Opt-in- und Opt-out-Modell – stellen den Unionsgesetzgeber vor ein zeitliches Problem. Wenn die Registrierung, die

1526 Hierzu von Bogdandy in: Grabitz/Hilf, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 10 EGV Rn. 83. Vgl. auch Kahl in: Calliess/Ruffert, Art. 10 EG Rn. 70 ff.; Zuleeg in: von der Groeben/Schwarze, Art. 10 EG Rn. 11.

1527 In der Diskussion um ein optionales Europäisches Zivilrecht sieht Müller, EuZW 2003, 683, 685 f., mit ähnlichen Argumenten keine Gründe, weshalb die Mitgliedstaaten verbrauchererschützende Vorschriften im nationalen Recht zugunsten von Unternehmen abschwächen sollten.

den Wechsel von einem Regime zum anderen bewirkt, zeitlich unbegrenzt möglich bleibt, dann könnte der Rechtsinhaber quasi *jederzeit vom grundsätzlichen und formfreien Titel zum Registertitel wechseln*. Dies würde aber den als überaus wichtig beschriebenen Vorzug einer Registrierungspflicht, nämlich den der Rechtssicherheit, zunichte machen. Dasselbe gilt, wenn der Rechtsinhaber seine *Entscheidung* für den Wechsel zum Registerrecht *revidieren* könnte. Auch in diesem Fall würde der Rechtsverkehr mit großen Unsicherheiten belastet.

Dem könnte in zweierlei Hinsicht entgegengewirkt werden. Die Entscheidung für das Registerrecht sollte nur innerhalb eines gewissen zeitlichen Rahmens möglich sein. Auch hier könnte man an das Beispiel des Unionsgeschmacksmusters anknüpfen. Demnach hätte der Rechtsinhaber drei Jahre ab Schaffung des Werkes und unter der Geltung des formfreien Regimes Zeit, sich für den Registertitel zu entscheiden und die Registrierung zu veranlassen. Nach Ablauf dieser Zeit würde es bei dem formfrei geltenden Regime bleiben müssen. Spätestens ab diesem Zeitpunkt würde diesbezüglich Gewissheit bestehen. Dem Rechtsinhaber sollte darüber hinaus die Möglichkeit eröffnet werden, schon vor dieser Zeit Rechtssicherheit herbeizuführen. Dies könnte nicht nur dadurch erfolgen, dass er durch Eintragung den Wechsel zum Registerrecht vollzöge, sondern auch dadurch, dass er einen Verzicht auf das Registerrecht eintragen ließe und so für alle Welt sichtbar und sicher dokumentierte, dass er den Wechsel zum Regime des Registerrechts nicht mehr herbeizuführen gedenkt.

Für vorbestehende Werke sollte bei der Einführung des Unionsrechtstitels eine einmalige Frist gelten, während derer es den Rechtsinhabern erlaubt wäre, ihre Werke gleichfalls eintragen zu lassen und so für die Dauer der verbleibenden Schutzfrist vom Regime der nationalen zu dem des Unionsurheberrechts zu wechseln.

Den Gefahren, die eine Revision der Entscheidung für oder gegen den Registertitel mit sich bringt, könnte man durch den Ausschluss der Anfechtbarkeit der Entscheidung oder jedenfalls durch ihre enge Begrenzung auf absolute Ausnahmefälle begegnen.

b) Andere Möglichkeiten der Festlegung des für einen Schutzgegenstand maßgeblichen Rechtstitels

Die Zweifel, die man an der völkerrechtlichen Zulässigkeit und der politischen Durchsetzbarkeit eines registerpflichtigen Urheberrechtstitels hegen kann, las-

sen es angezeigt erscheinen, über andere Möglichkeiten nachzudenken, den für einen Schutzgegenstand definitiv maßgeblichen Rechtstitel festzulegen. Denkbar erscheint hier, ähnlich wie beim Modell der konkreten Alternativität zunächst eine Parallelität beider Rechtstitel zuzulassen. Sobald es aber zu einer ersten Festlegung auf einen der beiden Rechtstitel kommt – etwa dadurch, dass der Rechtsinhaber sich in einem Verletzungsprozess auf einen der beiden Rechtstitel beruft oder sich im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung auf einen Rechtstitel festlegt – könnte man dieser Entscheidung Allgemeingültigkeit über die inter-partes-Wirkung im laufenden Prozess oder im Vertrag hinaus verleihen.

Die zuvor untersuchte Möglichkeit eines Registers scheint dieser Alternative gegenüber jedoch vorzugswürdig. Denn über die Registrierung kann Rechtssicherheit jederzeit herbeigeführt werden, ohne dass man es der *Zufälligkeit* einer Rechtsverletzung und eines Prozesses hierüber oder aber eines Vertragschlusses überlassen müsste, Gewissheit über das maßgebliche Recht herbeizuführen.

Hinzukommt, dass ein Register die Rechtslage für urheberrechtliche Werke in kaum zu übertreffender Weise *transparent* machen würde. Nutzer und potentielle Lizenznehmer könnten auf ein zentrales Register zugreifen, um die Rechtslage hinsichtlich eines bestimmten Werkes zu ermitteln. Würde man demgegenüber auf eine Entscheidung im Verletzungsprozess abstellen wollen, so müsste man sicherstellen, dass die Entscheidung des Rechtsinhabers im Prozess auch ausreichend publik und somit für Dritte erkennbar wird. Noch schwieriger erscheint es, die Entscheidung im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung transparent zu machen, denn möglicherweise haben die Parteien kein Interesse daran, ihre Vereinbarung bekannt zu geben.

Nicht zu unterschätzen ist auch die *Warnfunktion*, die der Formalität der Registrierung innewohnt. Wer sich dazu entschließt, seine Entscheidung für (oder gegen) das Registerrecht eintragen zu lassen, wird sich der Bedeutung seiner Entscheidung viel eher bewusst sein, als ein Rechtsinhaber, der sich nur im Rahmen eines Verletzungsprozesses auf eine Rechtsfolge beruft, die er nur aus einem der beiden Rechtstitel – nationalem Urheberrecht oder Unionsurheberrecht – herleiten kann. Der Rechtsinhaber wird sich in einem solchen Fall möglicherweise gar nicht darüber im Klaren ist, dass er mit seiner Berufung auf einen Rechtstitel zugleich eine Entscheidung trifft, die über den laufenden Prozess hinausreicht.

Die rechtssichere, transparente und bewusste Festlegung des für einen Schutzgegenstand maßgeblichen Rechtstitels ohne ein Register erscheint somit nur schwer vorstellbar.

c) Herausforderungen an das Modell der abstrakten Alternativität

Unabhängig davon, ob die Entscheidung über den maßgeblichen Rechtstitel über eine Registrierung oder anders herbeigeführt wird, ergeben sich Herausforderungen an beide Varianten der abstrakten Alternativität, die hier nicht verschwiegen werden sollen.

aa) Gefahr einer unangemessenen Privilegierung der Rechtsinhaber?

Wie schon für das Modell der konkreten Alternativität in der Variante der Festlegung des maßgeblichen Rechtstitels durch den Rechtsinhaber angesprochen¹⁵²⁸ besteht auch beim Modell der abstrakten Alternativität eine Wahlmöglichkeit zugunsten des Rechtsinhabers. Es liegt daher in seiner Hand, den maßgeblichen Rechtstitel danach auszuwählen, wie vorteilhaft er sich für ihn als Rechtsinhaber darstellt. Dies kann wie schon angesprochen mit dem Wunsch nach einer das *Interessengleichgewicht* im Urheberrecht wahren Lösung konfligieren.¹⁵²⁹ Darüber hinaus könnte der eigentliche Kreative gerade wegen der Wahlmöglichkeit, die seine Position eigentlich verbessern sollte, schnell unter Druck geraten. Verwerter könnten geneigt sein, Kreative dazu zu drängen, eine *Rechtstitelwahl nicht entsprechend den eigenen Interessen, sondern im Interesse der Verwerter* zu treffen. So wären die Kreativen gezwungen, sich für denjenigen Rechtstitel zu entscheiden, der verwerterfreundlicher ausgestaltet

¹⁵²⁸ Hierzu oben, § 10.II.3.a).

¹⁵²⁹ Dieses Problem stellt sich auf den ersten Blick bei einem europäischen Vertragsrecht nicht, weil hier die Parteien gemeinsam bestimmen müssen, welches Recht ihrem Vertrag zugrunde liegen soll. Das macht die Wahlmöglichkeit der Parteien zur Identifizierung des geltenden Rechts für das Feld des Vertragsrechts zu einer attraktiven Variante. Doch auch hier ergeben sich bei näherem Hinsehen ganz ähnliche Schwierigkeiten. Wenn nämlich eine der Parteien de facto allein bestimmt, welches Recht das Vertragsverhältnis beherrschen soll – etwa durch die Verwendung von AGB – dann wird diese Partei natürlich das Recht auswählen, welches für sie günstiger ausgestaltet ist. Hierzu Müller, EuZW 2003, 683, 684, und Lando, RIW 2005, 1, 5, die deshalb für Vorschriften mit schützendem Charakter eine Wahlmöglichkeit ablehnen.

ist, weil sie sonst keinen Verwerter finden, mit dem sie ins Geschäft kommen könnten.

Allerdings sollte die Tragweite der Wahlmöglichkeit jedenfalls beim Modell der abstrakten Alternativität auch nicht überschätzt werden. Denn der Rechtsinhaber könnte dort gerade nicht von Fall zu Fall entscheiden, auf welchen Rechtstitel er sich beruft, sondern müsste sich ein für allemal festlegen. Dies reduziert die Gefahr einseitig mit Blick auf bestimmte materiellrechtliche Lösungen getroffener Entscheidungen doch erheblich. Grundsätzlich soll hier davon ausgegangen werden, dass – bei allen materiellrechtlichen Herausforderungen, die sich an ein modernes Urheberrecht stellen – sowohl die nationalen Urheberrechte als auch ein Europäisches Urheberrecht einen fairen Ausgleich aller involvierten Interessen reflektieren würden. Dass die Rechtswahl daher mit einer einseitigen Privilegierung einer am Schaffens- oder Verwertungsprozess beteiligten Partei verbunden wäre, muss daher nicht befürchtet werden. Dies ist kein Widerspruch zur Idee des Systemwettbewerbs, der nun gerade davon lebt, dass die das Regelungssystem bestimmende Partei sich von der Ausübung ihres Wahlrechts einen Vorteil verspricht. Denn das Pfund, mit dem ein Europäisches Urheberrecht wuchern könnte, wäre nicht eine Privilegierung der materiellrechtlichen Position des Rechtsinhabers, sondern die Verwirklichung eines urheberrechtlichen Binnenmarktes.

Was den Schutz des Wahlrechts gerade des Kreativen gegenüber unangemessener Beeinflussung durch die Verwerter angeht, könnte hier eine wichtige Aufgabe für die Registrierungsstelle liegen. Diese könnte die Rechtsinhaber vor einer Registrierung oder der Eintragung eines Verzichts auf Registrierung über die Folgen einer solchen Entscheidung aufklären und so sicherstellen, dass diese Entscheidung zumindest auf informierter Basis getroffen wird.

bb) Konflikte beim Zusammentreffen mehrerer Rechtsinhaber an einem Werk

Eine weitere Herausforderung ergibt sich – wie schon hinsichtlich der konkreten Alternativität angemerkt¹⁵³⁰ – daraus, dass an einem Werk mehrere Personen berechtigt sein können, sei es, weil ein Werk von mehreren Kreativen gemeinsam geschaffen wurde, sei es, weil das Werk sich aus Beiträgen zusam-

1530 Oben, § 10.II.3.a).

mensetzt, die ihrerseits Werkqualität aufweisen und gegebenenfalls von unterschiedlichen Personen stammen.

Hier sind zwei Fragen voneinander zu unterscheiden. Zum einen muss geklärt werden, wie in einem solchen Fall das für das Gesamtwerk bzw. die Bearbeitung maßgebliche Recht bestimmt wird. Zum anderen ist zu fragen, wie sich dies auf die in dem Gesamtwerk enthaltenen Beiträge auswirkt, wenn diese selbst Werkqualität haben.

Hinsichtlich des Gesamtwerkes oder der Bearbeitung sollten klare Regeln für die Lösung von Meinungsverschiedenheiten über den auszuwählenden Rechtstitel gelten. Danach könnte etwa eine Eintragung des Gesamtwerkes in das Unionsurheberrechtsregister vom Vorliegen der Zustimmung aller Berechtigten abhängig gemacht werden. Wären also an der Schaffung eines Werkes mehrere Kreative beteiligt, müssten sich diese einstimmig für das Unionsurheberrecht entscheiden. Würde der an einem vorbestehenden Werk Berechtigte die Bearbeitung dieses Werkes erlauben, müssten sich ursprünglich Berechtigter und Bearbeiter im Rahmen der Erlaubnis darauf verständigen, ob die Bearbeitung in das Unionsurheberrechtsregister eingetragen werden soll oder nicht.¹⁵³¹ Werden schließlich mehrere vorbestehende Werke miteinander verbunden, gilt dasselbe für die an den vorbestehenden Werken Berechtigten.¹⁵³²

Hinsichtlich der zweiten Frage nach den Auswirkungen der Rechtswahl für das Gesamtwerk auf die darin enthaltenen Beiträge würde Folgendes gelten: das für das ursprüngliche Werk geltende Rechtsregime bliebe von der Rechtswahl für die Bearbeitung selbstverständlich unberührt, soweit es um das ursprüngliche Werk selbst geht. Gleiches würde für die vorbestehenden Werke im Falle einer Verbindung gelten. Allerdings würde die für die Bearbeitung oder das Gesamtwerk getroffene Wahl auch Wirkung für das ursprüngliche Werk bzw. die vorbestehenden Werke entfalten, soweit sie in der Bearbeitung oder dem

1531 Wenig sinnvoll erscheint es, in diesem Fall das für das vorbestehende Werk maßgebliche Urheberrecht auch auf das Ergebnis der Bearbeitung durchschlagen zu lassen. Denn damit würde die Wahlfreiheit der Beteiligten (des Rechtsinhabers am ursprünglichen Werk und des Bearbeiters) unnötig eingeschränkt und die Geltung des für das vorbestehende Werk maßgeblichen Regimes auch für nachfolgende Bearbeitungen perpetuiert. Diese Lösung kommt allenfalls in Betracht, wenn die Bearbeitung ohne das Einverständnis des am ursprünglichen Werk Berechtigten erfolgt.

1532 Dass hier nicht das für die vorbestehenden Werke geltende Recht auch für das Gesamtwerk gelten kann, ergibt sich schon daraus, dass für die mehreren vorbestehenden Werke ihrerseits entweder das Unionsrecht oder die nationalen Rechte maßgeblich sein können.

Gesamtwerk enthalten sind. Dies erscheint deshalb gerechtfertigt, weil die ursprünglichen Rechtsinhaber der Bearbeitung bzw. der Verbindung im Regelfall zugestimmt haben werden und weil sie auch hinsichtlich der Rechtswahl für die Bearbeitung bzw. das verbundene Werk ein Mitspracherecht haben. Auf diese Weise würde vermieden, dass für bestimmte Teile einer Bearbeitung oder eines Gesamtwerkes ein anderer Rechtstitel maßgeblich wäre als für die Bearbeitung oder das Gesamtwerk insgesamt.

cc) Sonstige Fragen an das Modell der abstrakten Alternativität

Der Klärung bedarf auch die schon für die Variante der konkreten Alternativität angesprochene Frage, was zu geschehen hat, wenn Europäisches und nationales Urheberrecht zu *unterschiedlichen Ergebnissen in der Frage* kommen, wer nun als Urheber eines Werkes anzusehen und daher *entscheidungsbefugt* sein soll. Hier könnte eine Antwort darin bestehen, dass gleichzeitig mit der Schaffung des Europäischen Urheberrechts eine Harmonisierung der nationalen Urheberrechte in der Frage der Rechtsinhaberschaft auf den Weg gebracht würde.¹⁵³³ Wenn die nationalen Urheberrechte und das Europäische Urheberrecht zumindest in der Frage der Zuweisung der Urheberschaft übereinstimmen, wäre zumindest klar, von wem die Entscheidung für oder gegen das Registerrecht abhängt.

Schließlich müssen wir auch beim Modell der abstrakten Alternativität auf die Frage der *Kompetenzen* der Union für eine Regelung des Urheberrechts zu sprechen kommen. Genauer gesagt betrifft diese Frage nicht nur das Modell der abstrakten Alternativität, sondern alle Koexistenzmodelle. Wenn die urheberrechtliche Kompetenz der Union wie schon mehrfach erörtert auf die binnenmarktrelevanten Bereiche des Urheberrechts beschränkt ist, kann ein Europäisches Urheberrecht auch dann, wenn es nur parallel zu den nationalen Urheberrechten gilt, nicht auch die übrigen, nicht binnenmarktrelevanten Bereiche des Urheberrechts abdecken. In diesen Bereichen muss es also bei der alleinigen Geltung der nationalen Urheberrechte bleiben, es darf kein auch nur paral-

¹⁵³³ Zu begrüßen sind daher Überlegungen der Kommission, in der Frage der Urheberschaft eine Harmonisierung der nationalen Urheberrechte herbeizuführen, selbst wenn sich diese Überlegungen vorerst auf audiovisuelle Werke beschränken. Vgl. Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt, KOM (2011) 427, 16 f. und 19, Frage 15.

lel zu diesen geltendes Europäisches Urheberrecht hinzutreten. Beispielsweise wird auch ein parallel zu den nationalen Urheberrechten geltendes Unionsurheberrecht nicht das Urheberpersönlichkeitsrecht oder die nicht verwertungsrelevanten Schranken des Urheberrechts behandeln können, weil es an einem Binnenmarktbezug fehlt. Hierdurch wird aber die Möglichkeit des Unionsgesetzgebers, ein ganzheitliches Urheberrechtssystem zu entwickeln, ein Stück weit wieder in Frage gestellt. Denn er darf nicht über alle Teilbereiche des Urheberrechts hinweg regeln, sondern muss bedenken, dass sein Unionsurheberrecht in den Bereichen, die es mangels Binnenmarktbezuges nicht abdecken kann, durch die nationalen Urheberrechtsregeln ergänzt wird.

Im Ergebnis ist es wie beim Kombinationsmodell erforderlich, die binnenmarktrelevanten von den nicht binnenmarktrelevanten Teilen des materiellen Urheberrechts zu unterscheiden. So wie bei dem von der Kommission vorgeschlagenen Unionsurheberrecht für audiovisuelle Werke¹⁵³⁴ stellt sich daher die Frage, warum in diesem Fall nicht sogleich dem Kombinationsmodell gefolgt werden sollte. Hierauf wird bei einer abschließenden Gegenüberstellung des Kombinationsmodells mit dem Modell der abstrakten Alternativität einzugehen sein.¹⁵³⁵

5. Zwischenergebnis

In diesem Abschnitt haben wir der Möglichkeit einer Verdrängung der nationalen Urheberrechte durch ein Europäisches Urheberrecht die Alternative einer Parallelität von nationalen Urheberrechten und Unionsurheberrecht gegenüber gestellt. Auch hier haben wir unterschiedliche Varianten einer Koexistenz untersucht.

Abgelehnt haben wir zunächst eine Kumulation, also die Anwendung von nationalen und unionsurheberrechtlichen Regeln auf ein und denselben Sachverhalt. Eine solche könnte zu widersprüchlichen, schlicht falschen Ergebnissen führen, die weder die nationale noch die europäische Urheberrechtsordnung so gewollt hätten und die Gefahr liefen, keinerlei urheberrechtlichen Interessen ausgleich zu reflektieren. Im Falle einer Koexistenz von nationalen und Unionsurheberrecht kommt also nur die alternative Anwendung eines Rechts auf einen urheberrechtlichen Sachverhalt in Frage.

¹⁵³⁴ Hierzu oben, § 10.I.2.a)cc).

¹⁵³⁵ Hierzu unten, § 10.III.

Beim Modell der konkreten Alternativität würde das jeweils auf einen urheberrechtlichen Sachverhalt anwendbare Recht stets von Fall zu Fall bestimmt. Würde man aber dem Rechtsinhaber die Möglichkeit gegeben, sich für jeden Sachverhalt das anwendbare Urheberrechtsregime aussuchen zu können, würde dies eine nicht gerechtfertigte Bevorzugung des Rechtsinhabers darstellen und wäre einem Interessenausgleich insgesamt abträglich. Allerdings ist auch kein Kriterium erkennbar, das eine objektive Festlegung des im Einzelfall maßgeblichen Rechts erlauben würde. Das Kriterium eines grenzüberschreitenden Bezugs ist viel zu vage, als dass es die rechtssichere Identifizierung des anwendbaren Rechts erlauben würde.

Deshalb muss die Festlegung des maßgeblichen Urheberrechtsregimes losgelöst vom Einzelfall, also abstrakt erfolgen. Objektive Anknüpfungspunkte, an denen die Identifizierung des anwendbaren Rechts festgemacht werden könnte, lassen sich bei einer abstrakten Festlegung noch schwieriger finden als bei einer Festlegung im Einzelfall. Daher müsste bei dem hier vorgeschlagenen Modell der abstrakten Alternativität die Entscheidung über das maßgebliche Recht in die Hände des Rechtsinhabers gelegt werden. Da die Festlegung losgelöst vom Einzelfall erfolgen würde, wäre die Gefahr, dass der Rechtsinhaber ein einseitig seinen Interessen dienliches Recht wählen könnte, gering einzuschätzen. Da weder das Bündel der nationalen Rechte noch das Unionsurheberrecht insgesamt einseitig die Interessen des Rechtsinhabers privilegieren, sondern einen Interessenausgleich im Urheberrecht bewerkstelligen wollen, stünde ganz einfach kein für den Rechtsinhaber immer materiell günstigeres Recht zur Auswahl. Die Rechtswahl beeinflussen und so einen Systemwettbewerb zwischen nationalen Urheberrechten und Unionsurheberrecht ermöglichen würde vor allem das Versprechen des Unionsurheberrechts, den freien Verkehr urheberrechtlicher Waren und Dienstleistungen in der Union zu erleichtern.

Die Entscheidung des Rechtsinhabers für den einen oder den anderen Rechtstitel würde nach dem hier vorgeschlagenen Modell durch die Eintragung des jeweiligen Werkes in ein Urheberrechtsregister herbeigeführt. So wäre die Entscheidung des Rechtsinhabers so transparent wie nur möglich. Eines der beiden Urheberrechtsregime wäre das formfrei gültige, das andere würde nur dann für das jeweilige Werk gelten, wenn sich der Rechtsinhaber aktiv durch Registrierung hierfür entschiede. Da also ein formfreier Schutz als Rückfallposition in jedem Falle gewährleistet wäre, ließe sich das Modell der abstrakten Alternativität mit dem Formverbot der RBÜ vereinbaren. Im Interesse der Rechtssicherheit müsste die Wahl des Rechtsinhabers innerhalb eines gewissen Zeitraums ab Entstehung des Werkes getroffen werden (bzw. für schon bei

Inkrafttreten des Unionsurheberrechts bestehende Werke während einer zeitlichen Übergangsfrist) und dürfte nur in eng begrenzten Ausnahmefällen revidierbar sein. Zwar könnte man sowohl die nationalen Urheberrechte als auch das Unionsurheberrecht zu Registerrechten machen, jedoch bietet es sich an, mit Rücksicht auf die gewachsenen Traditionen der nationalen Urheberrechte deren Formfreiheit bestehen zu lassen. Auf diese Weise würde sich zeigen, ob ein Unionsurheberrecht mit der Verheißung eines urheberrechtlichen Binnenmarktes attraktiv genug erscheint, die Rechtsinhaber zu einer Registrierung ihrer Werke für das Unionsurheberrecht zu bewegen.

Das Anknüpfen an die Entscheidung des Rechtsinhabers kann unter zweierlei Gesichtspunkten problematisch sein. Zum einen kann die Person des Rechtsinhabers mitunter nicht eindeutig feststehen, weil die nationalen Urheberrechte untereinander und im Vergleich zum Unionsurheberrecht zu unterschiedlichen Ergebnissen in der Frage kommen können, wer der Rechtsinhaber an einem bestimmten Werk ist. Dieses Problem kann am besten durch die Harmonisierung der nationalen Urheberrechte in der Frage der originären Rechtsinhaberschaft angegangen werden. Zum anderen können an einem Werk auch mehrere Personen berechtigt sein, weil sie schon beim Schaffensprozess zusammengewirkt haben oder weil vorbestehende Werke bearbeitet oder verbunden wurden. Hier muss zum einen durch klare Regeln über die Entscheidungsfindung sichergestellt werden, dass für das Gesamtwerk eine verbindliche Rechtswahl getroffen wird. Zum anderen muss über eine Konfliktregel dafür Sorge getragen werden, dass die in einem Werk enthaltenen Beiträge – soweit es um ihre rechtliche Behandlung im Zusammenhang mit dem Gesamtwerk geht – demselben Recht unterworfen sind wie das Gesamtwerk selbst.

Insgesamt stellt sich das Modell der abstrakten Alternativität als eine weitere Möglichkeit neben dem Kombinationsmodell dar, wie das Verhältnis zwischen nationalen Urheberrechten und Unionsurheberrecht sinnvoll gestaltet werden könnte. Wenn wir somit zwei Modelle identifiziert haben, die vielversprechende Perspektiven für die Wirklichkeit eines Europäischen Urheberrechts bieten können, wollen wir am Ende dieses Paragraphen beide Modelle noch einmal abschließend einander gegenüber stellen.

III. Zwischenergebnis zu Verdrängungslösung und Koexistenzlösung

Wir haben uns in diesem Paragraphen mit der Frage befasst, wie der Übergang vom jetzigen Zustand der teilweise harmonisierten nationalen Urheber-

rechte zu einem Unionsurheberrechte vollzogen werden kann. Hierbei stehen zunächst zwei große Alternativen zur Wahl, nämlich die einer Verdrängung der nationalen Urheberrechte durch das Europäische Urheberrecht („Verdrängungslösung“) und die einer parallelen Geltung von nationalen Urheberrechten und Unionsurheberrecht („Koexistenzlösung“).

Beide großen Alternativen sind in mehreren Varianten vorstellbar. Bei der Verdrängungslösung ist zum einen die vollständige Verdrängung der nationalen Urheberrechte in allen Bereichen des materiellen Urheberrechts und für alle Werkarten denkbar („Gesamtverdrängungslösung“), oder aber – als „differenzierte Verdrängungslösung“ – die Verdrängung der nationalen Urheberrechte entweder nur für bestimmte Werkarten und Vertriebswege oder aber in nur bestimmten Bereichen des Urheberrechts (letzteres: „Kombinationsmodell“). Bei der Koexistenzlösung kommt eine Vermischung der Regeln beider parallel bestehenden Regelungssysteme nicht in Betracht, vielmehr muss das jeweils für ein bestimmtes Werk maßgebliche Recht entweder von Fall zu Fall („konkrete Alternativität“) oder mit Geltung über den Einzelfall hinaus („abstrakte Alternativität“) festgelegt werden und zwar jeweils entweder anhand objektiver Anknüpfungskriterien oder aufgrund einer Entscheidung des Rechtsinhabers.

Bei der Untersuchung der verschiedenen Varianten haben wir herausgearbeitet, dass für jede große Alternative jeweils nur ein Modell geeignet erscheint, befriedigende Antworten auf die Herausforderungen des Übergangs zum Europäischen Urheberrecht zu bieten. Es sind dies das Kombinationsmodell und das Modell der abstrakten Alternativität mit Wahlmöglichkeit zugunsten der Rechtsinhaber. Diese beiden Modelle wollen wir hier noch einmal einander gegenüber stellen, um ihre jeweiligen Vor- und Nachteile im Vergleich zueinander zu verdeutlichen.

Die mit dem Modell der abstrakten Alternativität verbundene Wahlmöglichkeit zwischen zwei Rechtstiteln zugunsten des Rechtsinhabers bietet einerseits die Möglichkeit, einen *Systemwettbewerb* zwischen den nationalen Urheberrechten und dem Unionsurheberrecht zu etablieren. Die Rechtsinhaber könnten und würden sich dann für das Unionsurheberrecht entscheiden, wenn sie sich hiervon Vorteile im Hinblick auf eine grenzüberschreitende Verwertung der Werke in der Union versprechen. Auf diese Art und Weise würde sich zeigen, ob es im Interesse eines urheberrechtlichen Binnenmarktes wirklich eines einheitlichen Europäischen Urheberrechts bedarf. So würde auch gewährleistet, dass der *Binnenmarktbezug der unionalen Kompetenzen* im Urheberrecht beachtet und das *Subsidiaritätsprinzip* gewahrt würde.

Andererseits ist jede Wahlmöglichkeit zugunsten der Rechtsinhaber mit der Gefahr verbunden, dass diese *Wahl von anderen Interessen geleitet* wird, als sie der Gesetzgeber intendiert hat. Mit anderen Worten könnte nicht eine Beförderung des Binnenmarktes Ziel der Rechtsinhaber sein, wenn sie sich für den Unionsrechtstitel entscheiden, sondern die (berechtigte oder nicht berechnigte) Hoffnung, dass ihnen diese Wahl materiellrechtliche Vorteile gegenüber den anderen bei der Schaffung oder Verwertung von urheberrechtlich geschützten Werken Beteiligten verschaffen könnte. Da das Kombinationsmodell in den einzelnen Teilbereichen des materiellen Urheberrechts keine Parallelität mehrerer Rechtssysteme zulässt und es also auch keine Wahlmöglichkeit gibt, besteht die Gefahr von falschen Interessen geleiteter Entscheidungen bei der Rechtswahl nicht.

Eher rechtstechnisch ist die Überlegung, dass beim Kombinationsmodell eine (für das Modell der abstrakten Alternativität enorm wichtige) *Identifizierung des Rechtsinhabers* weniger Schwierigkeiten aufwirft als beim Modell der abstrakten Alternativität, da die Rechtsinhaberschaft – je nach Binnenmarktrelevanz – entweder auf Unions- oder auf nationaler Ebene geregelt wird, nicht aber auf beiden Ebenen. Auch bereitet das *Vorhandensein mehrerer Rechtsinhaber* an einem Werk kein Kopfzerbrechen. Einer einheitlichen Entscheidung über das anzuwendende Urheberrecht bedarf es nämlich mangels Wahlmöglichkeit nicht. Auch können das Werk und die darin enthaltene Beiträge niemals unterschiedlichen Rechten unterworfen sein, ohne dass es hierfür erst einer Konfliktregel bedürfte.

Im Hinblick auf Transparenz und Rechtssicherheit bringt das Modell der abstrakten Alternativität für die Rechtsanwender die Notwendigkeit mit sich, immer zunächst *ermitteln* zu müssen, ob das *Unionsurheberrecht oder die nationalen Urheberrechte* für das jeweilige Werk maßgeblich sind. Andererseits bedarf es beim Kombinationsmodell zumindest auf der Ebene der Rechtsetzung einer sorgfältigen *Abgrenzung der Teilbereiche* des materiellen Urheberrechts und der Untersuchung, ob diese Teilbereiche binnenmarktrelevant sind oder nicht, weil ein Unionsurheberrecht nur dann den jeweiligen Teilbereich abdecken kann. Genau diese Untersuchung ist allerdings auch beim Modell der abstrakten Alternativität mit Blick auf die *Kompetenzen* der Union erforderlich, weil auch ein paralleles Unionsurheberrecht nur die binnenmarktrelevanten Bereiche des materiellen Urheberrechts abdecken darf. Der an sich aus der Autonomie des Unionsurheberrechts hervorgehende Vorteil, eine eigene, stimmige und übergreifende Urheberrechtssystematik entwickeln zu können, wird hier wieder ein Stück weit zurückgenommen.

Das Modell der abstrakten Alternativität lässt dafür *bestehende Rechtspositionen*, die sich aus den nationalen Urheberrechten ergeben, *unberührt*. Die Position der Rechtsinhaber wird lediglich um die Option eines Unionsrechtstitels erweitert. Zwar steht dem Unionsgesetzgeber auch bei einem Eingriff in bestehende Rechtspositionen ein weiter Beurteilungsspielraum zu. Sollte ein Unionsurheberrecht aber hinsichtlich der dem Rechtsinhaber zustehenden Prärogativen sehr weit hinter den nach den nationalen Urheberrechten bestehenden zurückbleiben, böte das Modell der abstrakten Alternativität die Gewähr dafür, dass eine Verletzung des Eigentumsrechts in jedem Fall ausgeschlossen wäre. Der Handlungsspielraum des Gesetzgebers würde also noch einmal deutlich erweitert.

Sowohl für das Kombinationsmodell als auch für das Modell der abstrakten Alternativität streiten also gute Argumente. Das führt zu der Überlegung, ob nicht *beide Modelle zusammengeführt* werden können, um dem Europäischen Urheberrecht die Vorteile beider Modelle zu sichern. Wenn die aufgrund der Kompetenzen beim Modell der abstrakten Alternativität erforderliche Differenzierung nach Bereichen des materiellen Urheberrechts – solchen, die wegen eines Binnenmarktbezuges von einer parallel zu den nationalen Urheberrechten geltenden Unionsurheberrechtsverordnung erfasst, und solchen, die mangels Verwertungsrelevanz weiterhin allein durch die nationalen Urheberrechte geregelt werden sollen – vorgenommen wird, dann ist dies nichts anderes als eine Ergänzung des Modells der abstrakten Alternativität um ein wesentliches Element der Kombinationslösung, nämlich die Unterscheidung von materiellrechtlichen Teilbereichen des Urheberrechts. Umgekehrt könnte man auch sagen, das Kombinationsmodell werde um das maßgebliche Merkmal des Modells der abstrakten Alternativität ergänzt, nämlich um die Parallelität von Unionsurheberrecht und nationalen Urheberrechten. Was hier im Ergebnis vorgeschlagen wird, ist also eine *Synthese* beider Regelungsmodelle, um so das bestmögliche Ergebnis für ein Europäisches Urheberrecht zu erreichen.

Wir wollen nun im Ergebnis dieser Arbeit die wesentlichen Befunde noch einmal zusammentragen. Den Abschluss soll dabei eine Skizze für die Verwirklichung einer neuen Urheberrechtsordnung in der Europäischen Union bilden, wie sie die hier favorisierte Synthese von Kombinationsmodell und Modell der abstrakten Alternativität vorgeben würde.

